

REFORMA DEL PROCESO CIVIL

Giovanni Priori Posada
Luis Alfaro Valverde
(Coordinadores)

FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

REFORMA DEL PROCESO CIVIL

III Coloquio de Centros y Talleres de
Investigación de Derecho Procesal

GIOVANNI PRIORI POSADA

LUIS ALFARO VALVERDE

(Coordinadores)

FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

REFORMA DEL PROCESO CIVIL

Coordinadores:

Giovanni Priori Posada

Luis Alfaro Valverde

Primera edición-noviembre 2018

Copyright 2018

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018
Facultad de Derecho
Av. Universitaria 1801, San Miguel Lima-32
Central: (511) 6262650
E-mail: facderecho@pucp.edu.pe

Tiraje: 300 ejemplares

ISBN

: 978-612-47181-9-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.°

: 2018-17581

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor y El Fondo editorial de la PUCP quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

PRÓLOGO

“... el que quiera ser grande, que se haga servidor de ustedes; y el que quiera ser el primero, que se haga servidor de todos.” (Mateo 20:26-27)

Comenzar a cambiar y mejorar el país desde la investigación jurídica en pregrado no es una tarea fácil. En el camino se han presentado problemas de diversa índole, pero el compromiso con la difusión del estudio del Derecho Procesal en los estudiantes de Derecho puede más que ello. Es con este propósito que hace dos años decidimos iniciar un proyecto con vocación de permanencia en el tiempo y que -para mi felicidad- poco a poco se está convirtiendo en una noble tradición jurídica en nuestro país, al punto que hoy alcanza su tercera versión; me refiero al *III Coloquio de Centros y Talleres de Investigación de Derecho Procesal*. La primera vez se realizó en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la segunda se llevó a cabo en la Universidad Continental en Huancayo y en esta oportunidad se realizará en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con un tema de alta relevancia para la sociedad peruana: La reforma del proceso civil.

Ante la funesta coyuntura actual que atraviesa el país, que revela el alto grado de corrupción en los distintos estamentos del Estado, los estudiantes de Derecho responden con más estudio e investigación jurídica, sumado a un fuerte respeto a los valores. La historia demuestra que el conocimiento sin una base fuerte en valores puede ser altamente peligroso para una sociedad. Es cierto que el conocimiento es poder, pero el poder sin control o parámetros desencadena, entre otras cosas, en arbitrariedad y perversión. Los jóvenes universitarios, último bastión de esperanza en la mejora de nuestra sociedad, se ponen de pie para enseñarnos con sus distintas investigaciones que

están inconformes con el estado de cosas y que están decididos a ser agentes de cambio y mejora.

La presente obra jurídica es justamente una muestra de tal determinación. En efecto, en ella participan doce grupos de investigación de distintas ciudades del país: Semilleros de Derecho Procesal (Pontificia Universidad Católica del Perú); Taller de Derecho Procesal Mario Alzamora Valdez (Universidad Nacional Mayor de San Marcos); Taller de Investigación de Derecho de la Universidad del Pacífico (Universidad del Pacífico); Centro de Investigación de Derecho Procesal (Universidad Inca Garcilaso de la Vega); Centro de Investigación Proceso y Constitución (Universidad Nacional del Santa); Grupo de Investigación Proceso & Argumentación (Universidad Continental); Centro de Investigación de Derecho Procesal Crítico (Universidad Nacional de Barranca); Cátedra Procesal – UAC (Universidad Andina del Cusco); Asociación de estudios e investigación en Derecho Procesal “Processus” (Universidad Nacional de Cajamarca); Libertas Capitur (Universidad Nacional Hermilio Valdizán); Centro de Estudios Constitucionales, Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo - CECFDDA (Universidad Privada del Norte); Círculo de Estudios Procesales Los Andes (Universidad Peruana Los Andes).

El propósito de esta obra es analizar las principales instituciones y categorías procesales desarrolladas en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y exposición de motivos, elaborado por el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil. Se examinan, de manera crítica, la posible recepción normativa de instituciones y figuras jurídicas novedosas para nuestro sistema procesal, como el procedimiento monitorio, la tutela anticipada y la ejecución provisional de sentencia; además, se revisan las sustanciales reformas a la postulación del proceso, al contradictorio, pruebas de oficio, vías de procesales de cognición, tutela cautelar, nulidad procesal, revisión civil, procesos colectivos y proceso de ejecución. Se trata de un trabajo pionero en su género, pues es el primer estudio realizado que ha logrado revisar los aspectos más relevantes y controvertidos del referido Proyecto de Reforma, evidenciando, con el mayor rigor académico, las ventajas y desventajas que puede suponer una posible reforma del proceso civil peruano.

Este proyecto no se pudo concretizar sino es por la ayuda de las autoridades de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en particular agradezco a la Dra. Renata Bregaglio, quien desde del Centro de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho nos apoyó en las múltiples gestiones y coordinaciones que exigió la realización del III Coloquio y para la publicación de la presente obra. Además, agradezco de forma muy especial el apoyo permanente del Dr. Giovanni Priori, quien no dudó en apostar por esta noble labor. Sólo un gran profesional puede ser parte de una empresa que busca revisar un Proyecto de reforma, que precisamente fue dirigida por su persona en el referido Grupo de Trabajo. Espero Dios me permita devolverle tantos gestos de desprendimiento. También, agradezco al Dr. Iván Meini, Jefe del Departamento de Derecho, por mostrarse tan fraterno y considerado en proyectos como el presente y en general en todas actividades académicas que emprendo en la carrera docente.

Lima, 5 de noviembre del 2018

Luis Alfaro Valverde

Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú

TABLA *de* CONTENIDO

Prólogo	5
---------------	---

EL PROCESO MONITORIO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y SU CONFRONTACIÓN CON LA REALIDAD PERUANA

I. Introducción	16
II. La tutela jurisdiccional efectiva en la realidad social jurídica peruana: el proceso ordinario peruano y la posible implementación del proceso monitorio en el ordenamiento jurídico peruano	17
1. Aproximación a la realidad peruana.....	17
III. El proceso monitorio.....	21
1. Clases o modelos de proceso monitorio.....	22
1.1. Modelo de prueba puro.....	22
1.2. Modelo de prueba documental.....	23
IV. Análisis del monitorio en el proyecto	24
V. Hacia una tutela jurisdiccional efectiva: ¿El modelo de prueba del proceso monitorio del proyecto de reforma es el que más se ajusta a nuestra realidad?.....	28
1. Argumentos a favor de la regulación de la prueba documental en el modelo de proceso monitorio en el Proyecto de Reforma	28
2. Argumentos en contra de la regulación de la prueba documental en el modelo de proceso monitorio en el Proyecto de Reforma	29
3. Argumentos a favor de la regulación de la prueba pura	30
4. Argumentos en contra de la regulación de la prueba pura	31
VI. Nuestra propuesta	32
VII. Conclusiones.....	36
VIII. Referencias bibliográficas	37

EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA Y SU EFECTO DEMOCRATIZADOR EN LA APLICACIÓN DEL *IURA NOVIT CURIA*

I. Introducción	42
II. El <i>iura novit curia</i> y el contradictorio. Aspectos generales	43

1.	El <i>iura novit curia</i>	43
1.1.	Origen histórico del <i>iura novit curia</i>	43
1.2.	El <i>iura novit curia</i> en la doctrina. Posiciones.....	43
2.	Principio de audiencia.....	44
2.1.	¿Bilateralidad, contradicción o audiencia?.....	44
2.2.	Origen histórico del principio de audiencia.....	45
2.3.	Concepción moderna del principio de audiencia.....	46
III.	El <i>iura novit curia</i> y el contradictorio en nuestro ordenamiento procesal peruano. El estado actual de las cosas.....	46
1.	Una premisa necesaria: nuestro "publicístico" sistema procesal.....	46
2.	La regulación del <i>iura novit curia</i> y el contradictorio en nuestro ordenamiento procesal peruano.....	49
2.1.	Las etapas postulatoria y de saneamiento.....	51
2.2.	La etapa decisoria.....	55
IV.	El <i>iura novit curia</i> y el contradictorio en el proyecto de reforma 2018 del código procesal civil. Una oportunidad perdida.....	56
1.	La regulación del <i>iura novit curia</i> y el contradictorio en el Proyecto de Reforma 2018 del Código Procesal Civil.....	56
V.	La intermitencia del principio de audiencia en la práctica judicial del <i>iura novit curia</i>	58
1.	Los pronunciamientos de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional.....	59
1.1.	Artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil.....	64
VI.	Conclusiones.....	64
VII.	Referencias bibliográficas.....	65

**LA DESPROTECCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR FRENTE A LA LIMITACIÓN
QUE ESTABLECE EL CÓDIGO EN EL SUPUESTO DEL
ARTÍCULO 178° DE FRAUDE PROCESAL**

I.	Introducción.....	70
II.	Contenido.....	71
1.	<i>Ratio legis</i> de la norma.....	71
2.	Propuesta Legislativa sobre los alcances de la nulidad de la cosa juzgada Fraudulenta.....	72
2.1.	Medida cautelar.....	72
2.2.	Inicio del cómputo del plazo.....	79
2.3.	Órgano Competente.....	81
2.4.	Redacción legal propuesta.....	83
III.	Conclusiones.....	84
IV.	Referencias bibliográficas.....	85

**DECONSTRUCCIÓN DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO
Problemas en la recepción normativa**

I.	Introducción.....	88
II.	Comparación jurídica y tutela anticipada.....	90
1.	Trasplante legal y Comparación jurídica.....	90
2.	Modelo brasileño de tutela anticipada.....	91
3.	Secuela en sus presupuestos para la obtención.....	92

III.	Presupuestos de la tutela anticipada en el PRCPC	93
1.	Rebeldía	94
2.	Ejercicio abusivo del derecho de defensa	95
3.	Defensa en argumentos manifiestamente inconsistente	95
4.	Desconocimiento de precedente	96
IV.	Tutela anticipada y presupuestos en la experiencia comparada	97
1.	Modelo Italiano	97
2.	Modelo Uruguayo	98
3.	Modelo Colombiano	99
V.	¿La utilización de esta nueva forma de tutela anticipada?	100
1.	Repensando los presupuestos de la tutela anticipada de evidencia	101
2.	La Celeridad ante la verdad	104
VI.	Conclusión	107
VII.	Referencias bibliográficas	108

LA RELEVANCIA JURÍDICA FUNDAMENTAL DEL RECURSO DE CASACIÓN

Análisis al incierto filtro recursal peruano

I.	Introducción	116
II.	La metamorfosis de la casación civil en el Perú	118
1.	Antecedentes	118
2.	Fines de la Corte de Vértice	120
3.	Actual escenario de la casación	123
III.	Los filtros recursales de la casación	126
1.	Generalidades	126
2.	Los filtros recursales en la legislación comparada	127
2.1.	Certiorari	127
2.2.	Interés casacional	128
2.3.	Repercusión general	130
IV.	Análisis de la cuestión jurídica de relevancia fundamental	132
1.	Cuestión de derecho	133
2.	Relevancia jurídica fundamental	134
3.	Principio de previsibilidad	135
4.	La valoración del impacto de la decisión del Juez Supremo	137
A)	Impacto jurídico	137
B)	Impacto social	138
C)	Impacto económico	139
V.	Conclusiones	140
VI.	Referencias bibliográficas	141

¿QUIÉN ES EL VERDADERO PROTAGONISTA DE LA PRUEBA DE OFICIO? ¿EL JUEZ O LAS PARTES?

I.	Introducción	148
II.	Aproximación a la prueba de oficio y su evolución	151
1.	El lazo entre prueba, proceso y verdad	151

2.	Prueba insuficiente	153
3.	Aproximación al concepto ¿Prueba de oficio como poder deber o poder discrecional?	154
4.	Evolución de la prueba de oficio	156
4.1.	Sistema dispositivo y sistema inquisitivo-Sistema procesal privatístico y publicístico	156
4.2.	Legislación comparada	157
4.3.	La iniciativa probatoria y su evolución en la legislación peruana	159
III.	¿Qué vulnera la prueba de oficio?	160
1.	Respecto de la imparcialidad del juez	161
2.	Igualdad de las partes.....	161
3.	Carga probatoria	162
IV.	Los problemas que encontramos en el proyecto de reforma del código procesal civil	164
V.	Hablemos de las propuestas y sus requisitos	166
1.	¿Por qué estos requisitos son necesarios?	166
1.1.	Las partes deben presentar mínimamente una prueba.....	166
1.2.	Se comunicará mediante una audiencia que el juez ejercerá su iniciativa probatoria, motivando sus razones.....	167
1.3.	En dicha audiencia las partes serán las que definan el plazo, obviamente razonable, para que el juez aporte las pruebas que considere relevantes, si las partes acuerdan en aportar medios probatorios y en aras de salvaguardar la esencia de la prueba de oficio, el juez hará suyas las pruebas y las incorporará al proceso.	167
1.4.	Si bien es cierto, la prueba de oficio es un poder discrecional, en tanto debe generar seguridad jurídica, a lo que denominaremos prueba de oficio vinculante	168
VI.	Conclusiones.....	169
VII.	Referencias bibliográficas	171

EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA CIVIL: REFORMANDO LA REFORMA EN BUSCA DE UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

I.	Introducción	176
1.	Tutela provisional vs. ejecución provisional	177
II.	Desarrollo.....	179
1.	¿Con efecto suspensivo o sin efecto suspensivo?.....	179
2.	Problemas de dejar sin efecto la ejecución provisional de sentencia en caso de ser anulada la resolución impugnada.	180
3.	Sentencia condenatoria.....	181
4.	Sentencias declarativas o constitutivas.....	183
5.	Afectación al derecho a la contradicción	185
III.	Conclusiones.....	189
IV.	Referencias bibliográficas	193

REFORMA DEL PROCESO CIVIL CON RELACIÓN A LA CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA

I.	Introducción	196
II.	Contenido y desarrollo	197
1.	Fundamentos del derecho del derecho de acción y la demanda.....	197

2.	La demanda y su calificación en el marco del código procesal civil vigente	199
i.	Inadmisibilidad e improcedencia.....	202
3.	La demanda y su calificación en el proyecto de reforma	204
III.	Conclusiones.....	209
IV.	Referencias Bibliográficas.....	209

ENTRE EL GARANTISMO Y EFICIENTISMO, LA NULIDAD EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

I.	Introducción	212
II.	Garantismo y eficientismo procesal.....	213
III.	Aspectos generales de la nulidad procesal.....	214
IV.	Nulidad de oficio en el código procesal civil vigente y en el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil.....	216
1.	Nulidad de oficio en el código procesal civil vigente	216
2.	Nulidad de oficio en el proyecto de código procesal civil.....	218
V.	La concepción en específico sobre la nulidad de oficio.....	223
VI.	El error de asignarle al saneamiento procesal una función convalidadora y su contradicción con la nulidad de oficio	224
VII.	Afectación a la tutela jurisdiccional y debido proceso.....	225
VIII.	La importancia de regulación de la nulidad en base a la concepción del proceso como garantía.....	226
IX.	Conclusiones.....	228
X.	Referencias bibliográficas	228

"JURISDICCIÓN Y EJECUCIÓN": APUNTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

I.	Introducción	232
II.	Noción de proceso de ejecución.....	235
III.	Presupuestos para la construcción de un proceso de ejecución propiamente dicho	237
1.	Delimitación conceptual del título ejecutivo.....	237
2.	De la contradicción a la oposición.....	238
IV.	Conclusiones.....	242
V.	Referencias bibliográficas	245

EL EVENTUAL ERROR DEL JUEZ EN LA ELECCIÓN DE LA VÍA PROCESAL

I.	Introducción	247
II.	Contenido.....	249
III.	Conclusiones.....	256
IV.	Referencias bibliográficas	257

**LA REVISIÓN CIVIL COMO PRETENSIÓN AUTÓNOMA: UN ENFOQUE
DEONTOLÓGICO EN LA JUSTICIA KANTIANA**

I.	Introducción	260
II.	El derecho en Kant	263
III.	Justicia deontológica	266
IV.	Cosa Juzgada	269
V.	Justificación de la existencia de una revisión civil	272
VI.	Naturaleza jurídica de la revisión civil	274
VII.	Causales de Revisión Civil en el proyecto de reforma al Código Procesal Civil en una concepción deontológica de la Justicia	278
VIII.	Conclusiones.....	281
IX.	Referencias bibliográficas	283
X.	Anexos	286

EL PROCESO MONITORIO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y SU CONFRONTACIÓN CON LA REALIDAD PERUANA*

RESUMEN: *¿Es efectiva la tutela jurisdiccional en el Perú? ¿Es viable la regulación del proceso monitorio?*

En el presente artículo, los autores estudian la realidad jurídico-social sobre la cual se pretende implementar el proceso monitorio; analizan dos instituciones principales: el modelo de prueba puro y el modelo de prueba documental; finalmente, evalúan la implementación de un proceso monitorio mixto.

PALABRAS CLAVE: Realidad peruana; Celeridad; Tutela jurisdiccional efectiva; Proceso monitorio; Modelo de prueba puro; Modelo de prueba documental.

ABSTRACT: *Is judicial protection effective in Peru? Is the regulation of order for payment procedure viable?*

In this article, the authors examine the legal and social reality on which the order for payment procedure could be implemented. They analyze two main legal institutions: the statements of the parties' model and the written evidence model. Finally, they evaluate a mixed order for payment procedure implementation.

KEYWORDS: *Peruvian reality; The principle of celerity; Effective judicial protection; Order for payment procedure; The statements of the parties' model; The written evidence model*

SUMARIO: **I.** Introducción.— **II.** La tutela jurisdiccional efectiva en la realidad social jurídica peruana: el proceso ordinario peruano y la posible implementación del proceso monitorio en el ordenamiento jurídico peruano.— **1.** Aproximación a la realidad peruana.— **III.** El proceso monitorio.— **1.** Clases o modelos de proceso monitorio.— **IV.** Análisis del monitorio en el proyecto.— **V.** Hacia una tutela jurisdiccional efectiva: ¿El modelo de prueba del proceso monitorio del proyecto de reforma es el que más se ajusta a nuestra realidad?— **1.** Argumentos a favor de la regulación de la prueba documental en el modelo de proceso monitorio en el Proyecto de Reforma.— **2.** Argumentos en contra de la regulación de la prueba documental en el modelo de proceso monitorio en el Proyecto de Reforma.— **3.** Argumentos a favor de la regulación de la prueba pura.— **4.** Argumentos en contra de la regulación de la prueba pura.— **VI.** Nuestra propuesta.— **VII.** Conclusiones.— **VIII.** Referencias bibliográficas.

* Semilleros de Derecho Procesal, Pontificia. Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho es una rama del saber que tiene un alto componente social. Esta característica le exige un dinamismo en cuanto a la regulación de sus instituciones, las cuales obedecen, en mayor o menor medida, a la realidad social en la que operan.

Después de varios años, el Ejecutivo encargó la encomiable labor de revisar y proponer mejoras al Decreto Legislativo Nro. 768, Código Procesal Civil, a un selecto grupo de juristas, quienes tras arduas sesiones de debate y reflexión, el 20 de noviembre de 2017, el Presidente de dicho grupo de trabajo presentó ante el despacho ministerial el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, Decreto Legislativo Nro. 768 (el “Proyecto”).

Entre las principales innovaciones del Proyecto, destaca la implementación del proceso monitorio, que se caracteriza por su celeridad y por contar con herramientas que, de manera conjunta, buscan la concreción del tan mencionado derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

Así, el proceso monitorio aspira a convertirse en una herramienta que acelere la tramitación de procesos judiciales para dos casos en especial, a saber: i) procesos de cobro de sumas de dinero y, ii) restitución de bienes, sean muebles o inmuebles.

Por medio del presente trabajo de investigación, pretendemos estudiar al proceso monitorio que pretende implementar el Proyecto sobre la base de la realidad jurídica social de nuestro país. Una realidad que, en cuanto a administración de justicia se refiere, tiene más aspectos negativos que positivos, situación que actúa en detrimento de los justiciables, quienes únicamente quieren conseguir la tan anhelada justicia.

En un primer momento, tratamos de describir la realidad jurídica social imperante en nuestro país, e identificamos las razones que motivaron la regulación del proceso monitorio. Luego, analizamos al proceso monitorio y sus principales modelos.

También, realizaremos un contraste entre la realidad y la pretendida implementación del proceso monitorio, dicho contraste nos permitirá descubrir factores que inciden en la viabilidad para su implementación, así como identificar argumentos a favor y en contra del modelo de proceso que

propone el Proyecto, el modelo de prueba documental. Finalmente, esbozamos una propuesta de implementación de un proceso monitorio mixto (que contenga el modelo de prueba puro y el modelo de prueba documental).

II. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA REALIDAD SOCIAL JURÍDICA PERUANA: EL PROCESO ORDINARIO PERUANO Y LA POSIBLE IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. Aproximación a la realidad peruana

Consideramos que todo trabajo académico debe tener una especial relación con la realidad a la cual se pretende realizar algún tipo de aporte. En ese sentido, tratándose de la propuesta de implementación de una nueva herramienta legal, como lo es el proceso monitorio en el ordenamiento jurídico peruano, resulta necesario atender tanto a la realidad social como a la realidad jurídica peruana (Hernández 2009: 69).

En ese sentido, el primer objetivo de este trabajo académico, es observar la realidad sobre la cual se pretende implementar el proceso monitorio previsto en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil peruano (el “Proyecto”). Para ello, nos cuestionaremos, inicialmente, lo siguiente: ¿cuán efectiva es la tutela jurisdiccional¹ en el Perú?

La justificación de la pregunta planteada corresponde tanto a las características como a la finalidad de la herramienta legal que se pretende implementar: el proceso monitorio. Afirmamos lo anterior sobre la base de la idea que el proceso monitorio comparte ciertas características, e incluso una misma finalidad, con los procesos ya existentes en el ordenamiento jurídico procesal peruano.

Además, antes de responder a la pregunta planteada, es necesario cuestionarse y responder lo siguiente: si ya existen determinados procesos que permiten el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ¿por qué sería necesario implementar un proceso monitorio?

1 Coincidimos con Giovanni Priori en el sentido de que la tutela jurisdiccional no es tal si no está revestida de efectividad.

Pues bien, considerando que la tutela jurisdiccional² proviene del derecho que tiene “todo sujeto de derechos –solo por el hecho de serlo– y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional” (MONROY 2010: 233) y, además, que el proceso es “un instrumento fundamental para conseguir la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los particulares, para que lo establecido por el derecho objetivo tenga una real vigencia y para con todo ello lograr una paz social en justicia” (Priori 2003: 275), debemos observar de qué manera se concreta el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y qué tipo de instrumentos son los que permiten tal concreción en el Perú.

Debido a las limitaciones en cuanto a la extensión del presente trabajo de investigación y teniendo en cuenta la realidad social jurídica peruana, solo consideraremos al proceso ordinario para determinar cuán efectiva es la tutela jurisdiccional en el Perú, considerándolo como el instrumento más utilizado para ejercer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el Perú y evaluando su idoneidad para tal fin.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto, es imprescindible ubicarnos en la realidad social jurídica peruana. Es así que, el Sistema de Justicia peruano, entendido como un conjunto de elementos y medidas conectadas a lograr justicia y paz social (Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), 2004: 10), creemos, es un receptor de los productos y características de las relaciones interpersonales e intrapersonales de la sociedad peruana, la cual, dicho sea de paso, es protagonista o forma parte del fin perseguido por el sistema de justicia: lograr justicia y paz social.

Si se trata de identificar cuán efectiva es la tutela jurisdiccional en la realidad social y jurídica del Perú, se debe dirigir la atención a la realidad del sistema de justicia peruano, donde, también se deberá tomar en cuenta diversos factores, los cuales, definitivamente, no podrán ser identificados totalmente (debido a la ya anotada complejidad de la reali-

2 Constitución Política del Perú de 1993, numeral 3 del artículo 139:
“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

[...]

dad social jurídica del Perú), pero, por lo menos, sí podrán identificarse aquellos que repercuten notoria o sustancialmente en la existencia de efectividad en la tutela jurisdiccional.

En ese sentido, si bien somos conscientes que la extensión requerida para la presentación del presente trabajo de investigación no es suficiente para realizar un análisis pormenorizado de la problemática (siempre respecto a lo pertinente y relevante), consideramos importante y necesario enunciar, brevemente, algunos de los factores que inciden en la concreción de una tutela jurisdiccional efectiva en el sistema de justicia peruano.

Entre estos problemas, algunos ya se han identificado previamente, podemos encontrar los siguientes: excesiva carga y demora procesal, incumplimiento de funciones sistemático, elevado nivel de corrupción en todos los niveles del sistema de justicia, existencia de obstáculos al acceso a la justicia, poca efectividad del sistema penitenciario, infraestructura deficiente, deficiencia en el gobierno, gestión y control disciplinario, inexistencia de una auténtica carrera judicial y falta de coordinación entre las instituciones que conforman el Sistema de Justicia peruano (CERIAJUS 2004: 12-13).

Sin perjuicio de lo anotado, consideramos que los principales factores que aquejan al proceso ordinario son; la excesiva carga procesal en los despachos judiciales, lo que conlleva una escasa celeridad en el trámite de los procesos. Ambas situaciones van de la mano y exceden la capacidad de los jueces, que poco o nada pueden hacer. A su vez, la carga procesal obedece a una cultura bien arraigada entre la sociedad peruana, cual es, la de acudir a los órganos jurisdiccionales ante el más mínimo conflicto de intereses.

Probablemente, los conflictos del cobro de sumas de dinero y la recuperación de la posesión de bienes muebles o inmuebles, son los que mayor carga procesal representan para los jueces en su día a día y, naturalmente, su resolución no es pronta, tornando al proceso ordinario como poco efectiva. El excesivo ritualismo a la formalidad, los plazos del proceso ordinario, las realizaciones de audiencias, recursos dilatorios, entre otros, hacen del proceso ordinario en un proceso largo en el tiempo y tedioso para los operadores jurídicos. En suma, no es difícil concluir

también que, sea cual sea el diseño que tuviese éste, el resultado, como también las causas de dicho resultado, será el mismo.

Si sumamos a lo anterior la cultura de la informalidad, donde el ciudadano común no acostumbra celebrar documentos públicos o privados que permitan dejar constancia de sus transacciones u operaciones económicas recaigan sobre dinero, propiamente dicho o sobre bienes muebles e inmuebles. No existe la idea de reglamentar sus intereses, peor aún ante escenarios de incumplimiento, y cuando se produce éste, es cuando de manera impulsiva buscan “justicia” acudiendo a los órganos jurisdiccionales.

La no atención a la realidad descrita en los párrafos precedentes, podría fundamentar el incremento de la corrupción, conflictos sociales por desalojos, conflictos interpersonales por cobros de sumas de dinero exorbitantes, entre otras situaciones, que convierten a un sistema de justicia en caótico y ajeno a la realidad, que se supone está llamado a regular.

De esta manera, en base la definición del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva ya expuesta y la aproximación a la comprensión de la realidad social jurídica del Perú, es evidente que el Sistema de Justicia peruano presenta diversos problemas que lo convierten en un sistema inadecuado para garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a todos aquellos que pretendan resolver sus controversias a través de los órganos jurisdiccionales que lo conforman.

Sin embargo, si bien la realidad social y jurídica del sistema de justicia no es la adecuada para un correcto funcionamiento de todas las herramientas existentes para el ejercicio y defensa de los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, no debe dejarse de lado el estudio y análisis constante de la regulación existente y, como producto de ello, la generación de propuestas para su reforma y constante mejora.

Por ello, así como es importante resaltar los esfuerzos para la consecución de mejoras a través del Proyecto, consideramos que la implementación del proceso monitorio está dirigida a dar una respuesta a las necesidades de una realidad que aparentemente fue esquivada por muchos años para el sistema de justicia peruano.

El proceso monitorio intentará resolver los problemas anotados y tendrá un gran impacto en la mejora del sistema de justicia en nuestro país, ello también contribuirá a la mejora de otras realidades como las actividades informales, entendidas como aquellas actividades realizadas al margen de la regulación jurídica existente, se obtenga o no beneficios patrimoniales (Arce 2004: 144), entre ellas las operaciones microeconómicas e informales, las cuales son la mayoría del total de operaciones económicas que se realizan en el Perú³.

III. EL PROCESO MONITORIO

Como hemos podido observar, la tutela cognitiva en nuestro país no termina siendo adecuada para dar solución a problemas cotidianos como el cobro de sumas de dinero y la restitución de bienes. En este punto, el insigne Couture tenía razón al señalar que justicia que es tardía no es justicia, aforismo que, como lo venimos advirtiendo, estuvo presente a la hora de decidir implementar el proceso monitorio en nuestro ordenamiento jurídico.

Es así que, consciente de la realidad descrita precedentemente, el Proyecto presenta varias instituciones nuevas, propias a los tiempos actuales y, probablemente, una de las instituciones que ya contaba con regulación en el derecho comparado hace muchos años, y que reclamaba una pronta regulación en nuestro país, sea la regulación del proceso monitorio. A continuación, trataremos de brindar un concepto de proceso monitorio y sus caracteres esenciales.

Si bien el concepto del monitorio, así como de su naturaleza, ha sido materia de sendos debates en la doctrina, por cuestiones de espacio, no entraremos en análisis sobre los aciertos y desaciertos de la dogmática en cuanto al proceso monitorio se refiere. En tal motivo, podemos definir al proceso monitorio como “un proceso especial plenario rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley” (Correa 1998; 211).

3 Cifras de informalidad en el Perú: <https://elcomercio.pe/economia/peru/inei-impressionantes-numeros-sector-informal-peruano-229623>.

1. Clases o modelos de proceso monitorio

El célebre jurista Piero Calamandrei, estableció dos clases de proceso monitorio, clasificación que, hasta el día de hoy, la doctrina ha respetado y mantenido los criterios de tal clasificación; si se necesita o no acompañar al pedido monitorio otros instrumentos documentales que acrediten o den una mayor certeza de lo que se pide. De esta manera, se presenta el modelo puro y el documental.

1.1. Modelo de prueba puro

Para Loutayf Ranea (2004; 6-7) el proceso monitorio puro es aquel en el que el tribunal dicta una resolución que contiene la orden de cumplimiento de una prestación sin que el demandante haya acompañado prueba alguna a la hora de demandar, sino que basta solo la mera afirmación del hecho acaecido. Posterior al acto del juez, con la orden de cumplimiento es que el deudor puede oponerse a esta resolución dentro del plazo respectivo.

En este modelo de proceso monitorio se exige solo la afirmación por parte del acreedor de que existe la obligación, mas no se tiene la carga de probanza sobre los hechos que se afirman. Por ello, es que a la hora de realizar la petición al juez no se necesita fundamentarla a través de documentos. Sin embargo, la simple oposición del deudor hace que la resolución decaiga sin necesidad tampoco de medios documentales que acrediten su rechazo a la afirmación del demandante.

Un ejemplo de este modelo lo encontramos en el Código Procesal Civil alemán (*Zivilprozessordnung Z.P.O*), el cual regula esta figura entre los parágrafos 688-703. Un acreedor cuya pretensión no conste en título ejecutivo podrá presentar ante el juez una solicitud (*Gesuch*) para que este último dicte contra un determinado deudor un mandato de pago (*Zahlungsbefehl*), tomando en cuenta la sola afirmación del acreedor. El deudor puede interponer oposición (*Widerspruch*) dentro del límite de dos semanas sin que medie motivación. Si es que el deudor interpuso oposición, este proceso especial se convertirá en uno ordinario y si no se plantea la oposición, la rechazan o la realiza fuera de plazo, se ejecutará la orden impuesta (Colmenares 2016; 143-144).

Sin embargo, cabe resaltar que en Alemania también se recoge el modelo de prueba documental como bien lo expresa el parágrafo 703⁴ que se refiere al proceso documental, cambiario y de cheque.

Otro de los países que también regula el modelo puro es el Derecho Austriaco, este presenta dos tipos de proceso monitorio. El primero es el *Mahnverfahren*, el cual es un modelo puro y fue regulado por la ley del 27 de abril de 1873, la cual fue modificada por la *Gerichtsentslastungsnovelle* en el año 1914. Esta primera forma de monitorio austriaco se admitió solo para créditos que no excediesen los 1.500 *Schillings* (110 euros actualmente) y solo era a solicitud oral o escrita, mas no se necesitaban de otros documentos. Por otro lado, se encuentra el *Mandatsverfahren* (ZPO, parágrafos 548 a 554), el cual se asemeja a un modelo documental ya que la demanda debe fundamentarse con documentos exigidos por ley para casos donde haya créditos de cantidad líquida de dinero o para cosas fungibles, la cual no tiene ningún límite respecto a su cuantía (Colmenares 2016; 144-145).

1.2. Modelo de prueba documental

Por su parte, el modelo de prueba documental es aquel en donde los hechos constitutivos de la prestación a reclamar sí deben ser probados a través de documentos (Rubiño 2006; 56-57). En este modelo se exige que la demanda o petición monitoria sea acompañada de medios documentales que permitan al juez acreditar la existencia de la prestación solicitada.

Según Calamandrei (1946; 122-124), en el modelo de prueba documental no basta con la afirmación de los hechos, sino que se exige una prueba escrita sobre los hechos constitutivos del derecho de quien reclama. Entonces aquí no solo existe la carga de afirmar hechos sino la carga de probar estos hechos.

Un ejemplo es Brasil, pues en el actual Código de Proceso Civil del año 2015 la acción monitoria es regulada. Aquella persona que desee

4 Código Procesal Civil Alemán (Zivilprozessordnung Z.P.O). Publicación de la Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung-Uruguay, Trad. Álvaro Pérez Ragone y Juan Carlos Ortiz Pradillo. Montevideo, 2006. Disponible en www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf.

exigir al deudor el pago de una cantidad determinada, la entrega de un bien mueble o inmueble o el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, por medio de este tipo de proceso, debe de tener una prueba de base escrita. El artículo 702 de este código expresa que el demandado podrá oponer embargos a la acción monitoria, lo que suspende la eficacia del auto que ordena el cumplimiento.

Cruz e Tucci (2015; 60-66) expresa que en los casos en que cabe realizar la acción monitoria el interesado debe de portar un documento, sea público o privado, que justifique el crédito o lo exigido por este. El demandado puede rechazar el auto dentro de un plazo de 15 días sino esta resolución emitida se podrá equiparar a una verdadera sentencia condenatoria. Como ya lo habíamos mencionado, el demandado debe ejercer los embargos u oponerse para que pueda llevarse a cabo un proceso de cognición regulado por las normas comunes y no se ejecute en su contra una decisión sin haberse defendido.

Por otro lado, en Francia podemos encontrar también al modelo documental desde el año 1937, recogido en el artículo 1405 del *nouveau code de procedure civile*. El proceso comienza con un *requête* (petición) que debe contener los hechos, el monto que se reclama y otros elementos de la deuda. El juez revisará y analizará todas las pruebas, si en caso le pareciese fundada es que otorgará el mandato de pago, el cual podrá ser rechazado por el opositor en el plazo de un mes. En caso de que se rechace la oposición o se plantee fuera del plazo, podrá ser ejecutado a pedido del demandante dentro de un mes y tendrá todos los efectos de una sentencia (Valero 2015; 19-20).

IV. ANÁLISIS DEL MONITORIO EN EL PROYECTO

Definido el proceso monitorio y sus modelos de aplicación, antes de realizar el análisis de la viabilidad y practicidad de su aplicación acorde a la realidad peruana descrita en el primer punto, pasaremos a explicar cómo es que finalmente se plasmó su regulación.

El Proyecto tiene un carácter innovador, al estructurar dos clases de monitorio según su objeto: i) el proceso monitorio para sumas de dinero y, ii) el proceso monitorio especial (destinado a la restitución de la posesión de ciertos bienes muebles e inmuebles). Asimismo, se ha

asumido un modelo monitorio documental, tal como puede observarse en los artículos 859⁵, 861⁶, 865⁷ y 867⁸ del Proyecto.

Este último punto es de especial trascendencia para comprender la regulación de la oposición dentro del monitorio del Proyecto. Ya que estamos frente a un modelo documental, la oposición del demandado también deberá incluir documentos que la fundamenten (al igual que lo necesitó la demanda), lo cual generará, siguiendo a Escobar y Milano (2014; 143), una fase de cognición donde las partes deberán demostrar o refutar la exigencia de la obligación, según corresponda.

La oposición del Proyecto varía según estemos frente al monitorio para sumas de dinero o al monitorio especial. En el primer caso, el demandado solo podrá negar los hechos constitutivos de la obligación, o alegar hechos impeditivos, extintivos o modificativos de la obligación, según indica el artículo 863⁹ del Proyecto. Si el juzgador considera que

-
- 5 Artículo 859.- Se puede promover proceso monitorio para el cobro de sumas dinerarias hasta 1000 URP, cuando la obligación sea cierta, expresa y exigible, líquida o liquidable y se encuentre contenida en uno o más documentos que no constituyan título ejecutivo. (...) (El énfasis es nuestro).
 - 6 Artículo 861.- (...) A la demanda debe acompañarse la documentación en la que se encuentra contenida la obligación y acompañando la liquidación del saldo deudor de la obligación, firmado por la parte demandante o su representante (El énfasis es nuestro).
 - 7 Artículo 865.- Se puede promover proceso monitorio para la restitución de la posesión de bienes muebles e inmuebles ciertos y determinados cuando la obligación de restitución conste en documento que no constituya título ejecutivo y, entre otras hipótesis, se alegue:
 1. El vencimiento del plazo para restituir el bien; o
 2. Que el contrato se hubiera resuelto y, en consecuencia, debe restituirse el bien. La obligación de restituir el bien inmueble se debe acreditar con el contrato de arrendamiento u otra modalidad que hubiera otorgado la posesión y con otros documentos idóneos con los que se haya exigido la restitución del bien. (...) (El énfasis es nuestro).
 - 8 Artículo 867.- (...) A la demanda se le acompañará el contrato de arrendamiento que vincule a las partes y la documentación idónea en la que se encuentra acreditada la obligación de restituir el bien inmueble (El énfasis es nuestro).
 - 9 Artículo 863.- (...) El demandado puede oponerse, negando los hechos constitutivos de la obligación o alegando los hechos impeditivos, extintivos o modificativos de la obligación, proponiendo los medios de prueba correspondientes, salvo que la defensa sea de pleno derecho. El juez califica que la oposición sea consistente y cumpla con los

la oposición cumplió los requisitos del artículo previamente indicado, correrá traslado a la contraparte y citará a ambas partes a una audiencia única, a fin de dictar resolución que ponga fin al monitorio. Los medios probatorios solo podrán ser documentales, tal como indican los artículos 859 y 861 del Proyecto.

En el caso del monitorio especial, el artículo 869¹⁰ del Proyecto indica que el demandado solo podrá oponerse alegando la inexigibilidad de la entrega del bien, lo cual puede interpretarse de dos maneras. En primer lugar, podría asumirse una interpretación restrictiva sobre los hechos que el demandado podría alegar respecto a lo indicado por los numerales 1 y 2 del artículo 865 del Proyecto, de tal forma que solo pueda alegar dos cosas: i) que aún no se ha vencido el plazo para la restitución del bien; o, ii) que el contrato no ha sido resuelto.

Al respecto, consideramos que lo adecuado es asumir una interpretación amplia sobre los hechos que el demandado puede alegar ya que, conforme al primer párrafo del mismo artículo 865 del Proyecto, se expresa que sus numerales 1 y 2 no son las únicas hipótesis que el demandante debe alegar, por lo que tampoco no podrán ser los únicos hechos que el demandado podrá negar.

Cabe resaltar que en ambos casos, sea monitorio para sumas de dinero o monitorio especial, se le otorga diez días al demandado para que satisfaga la pretensión del demandante, bajo apercibimiento de que dicho mandato (es decir, el auto que utiliza el Juez para exigir el cumplimiento del demandado) se transforme en un título de ejecución en

requisitos antes señalados. En caso que la oposición no cumpla con esos requisitos, el juez la rechaza de plano e iniciará la ejecución, conforme lo dispuesto en la Sección Quinta de este Código. En caso la oposición cumpla con los requisitos, el juez correrá traslado de la oposición al demandante por el mismo plazo. En la misma resolución se señala fecha para audiencia única, en la que se debe emitir sentencia, la que puede ser apelable sin efecto suspensivo. (...) (El énfasis es nuestro).

- 10 Artículo 869.- El deudor dentro del plazo de 10 días de notificado puede formular oposición al mandato de requerimiento. Sólo se puede alegar como defensa la inexigibilidad de entrega del bien, acompañando la prueba que acredite su posición (...) (El énfasis es nuestro).

caso no se formule la oposición, de tal forma que proceda la ejecución forzada, tal como indican los artículos 862¹¹ y 868¹² del Proyecto.

Asimismo, si bien ambos artículos del Proyecto señalan que el auto que ordena al demandado a satisfacer la pretensión del demandante es inimpugnable, es necesario realizar una precisión respecto a este punto. Cuando el Proyecto expresa dicha inimpugnabilidad, se refiere solo al auto del mandato del Juez (el cual otorga un plazo al demandado), y no al auto posterior que deberá dictarse en caso el demandado no conteste la demanda o no formule oposición.

Estos dos últimos supuestos son impugnables ordinariamente, vía apelación (sin efecto suspensivo), para el caso del monitorio especial, tal como indica el artículo 870¹³ del Proyecto. Mientras que en el caso del monitorio para sumas de dinero, el demandado podrá apelar en su oposición sea declarada infundada, tal como indica el artículo 863 del Proyecto. Además, en caso no haya formulado oposición, debido a que solo se permite ofrecer medios de prueba documentales, tendrá la opción de iniciar un proceso plenario posterior (lo cual también aplica para el monitorio especial).

-
- 11 **Artículo 862.-** Si la demanda cumple con los requisitos exigidos en los artículos 1, 2 y 3, el juez requiere al demandado para que, en el plazo de 10 días, pague al demandante la suma adeudada conforme al contenido de la liquidación del saldo deudor, bajo apercibimiento de que este auto de pago se convierta en el título de ejecución en caso de que no se formule oposición y, por tanto, se proceda a iniciar la ejecución forzada. Esta decisión es inimpugnable (El énfasis es nuestro).
- 12 **Artículo 868.-** El auto de requerimiento dispondrá que el demandado cumpla con entregar el bien inmueble en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de que el mandato se convierta en el título de ejecución y en caso de no formular oposición dentro del mismo plazo se proceda a iniciar la ejecución forzada. Esta decisión es inimpugnable (En énfasis es nuestro).
- 13 **Artículo 870.-** De la oposición se correrá traslado al demandante por el mismo plazo para su absolución y, si correspondiera, ofrezca medios de prueba adicionales. En la misma decisión judicial se señalará fecha para audiencia única, en la que se debe emitir sentencia la cual podrá ser apelada sin efecto suspensivo y con posibilidad de ejecución provisional. Si no se formula oposición, la decisión de requerimiento se constituirá en el título de ejecución y es apelable sin efecto suspensivo, debiendo ejecutarse en el mismo proceso, resultando atendible el pedido de medidas de ejecución, aplicándose supletoriamente las reglas del Título V en lo que corresponda (El énfasis es nuestro).

V. HACIA UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA: ¿EL MODELO DE PRUEBA DEL PROCESO MONITORIO DEL PROYECTO DE REFORMA ES EL QUE MÁS SE AJUSTA A NUESTRA REALIDAD?

Teniendo en cuenta que existen dos tipos de modelo de prueba en el proceso monitorio y considerando que el Proyecto de Reforma adopta el modelo de prueba documental, cabe preguntarnos si dicho modelo resulta acorde a la finalidad del proceso monitorio y, a la vez, acorde con nuestra realidad. Para ello, examinaremos cuáles son las ventajas y desventajas del modelo de prueba documental y del modelo de prueba puro, a fin de determinar si el modelo regulado en el Proyecto de Reforma es el más idóneo, o si existe alguna otra alternativa.

1. Argumentos a favor de la regulación de la prueba documental en el modelo de proceso monitorio en el Proyecto de Reforma

- El surgimiento de las relaciones jurídicas está pensado en la satisfacción de los intereses que motivan a las partes a celebrar un determinado negocio jurídico. Siendo que son dos o más personas las involucradas en la negociación y celebración del negocio, mal que bien, la seguridad jurídica de los acuerdos arribados quedan conservados bajo una forma escrita, con mayor razón en aquellas relaciones que contemplen múltiples obligaciones o no sean de ejecución inmediata (De Prada 1993: 101). En consecuencia, nuestro ordenamiento, conocedor de dicha realidad, reviste de formalidad a aquellas relaciones jurídicas que por su importancia, difícil probanza, posibilidad de coacción o los efectos que puedan tener sobre terceros (De Prada 1993: 103) requieren ser perfeccionados de forma escrita; sin embargo, pese a que el ordenamiento no lo regula, contar con una prueba escrita ante cualquier negocio jurídico, otorga seguridad y certeza a las partes y actúa como medio de prevención y protección para no recurrir a un proceso (imposición de cláusulas penales, etc.) o incluso, en caso sea necesario recurrir a la vía judicial ante el incumplimiento, el órgano jurisdiccional estará en la posibilidad de conocer la voluntad manifiesta de las partes y exigir su cumplimiento (De Prada 1993: 102).

- De igual forma, la prueba documental regulada por el proyecto de reforma, respondería a la actual situación de nuestro órgano jurisdiccional, no es un secreto que la oralidad en el proceso está pensada como el “proceso ideal”, sin embargo, la ejecución de este modelo requiere que tengamos presente los actuales problemas por los que atraviesa el aparato de justicia, por citar algunos ejemplos: jueces removidos del cargo, jubilaciones y redistribución de juzgados que se quiera o no impedirían la ejecución del principio de inmediatez que la oralidad requiere (Peyrano 2008: 8-10), por lo que incluso la valoración inmediata de la prueba pura puede “generar una decisión precipitada, sin mayores reflexiones e injusta. Chioventa ya había alertado acerca de dichos peligros” (Peyrano 2008: 10).
- En la misma línea, “Parra Quijano exige que la práctica de la prueba debe “estar bajo el yugo de la atención” (Peyrano 2008: 10), lo que requiere una especial concentración por parte de los jueces para poder captar todos los elementos que le permitan determinar la certeza, existencia y exigibilidad de la obligación (Peyrano 2008: 10), requerimiento que reviste de mayor importancia en el modelo de prueba puro, por lo que, no siendo ajenos a la actual situación, nuestro ordenamiento, no puede renunciar aún a la prueba documental.

2. Argumentos en contra de la regulación de la prueba documental en el modelo de proceso monitorio en el Proyecto de Reforma

- El principio de libertad de forma, regulado en la Convención de Viena de 1980 y en los Principios UNIDROIT, establece que, para la concreción del acto, no es necesario la materialización del acuerdo en algún medio específico, este principio ha sido recogido también por el artículo 143 del código civil (Castillo y Cortez 2009: 1-2). “Es así que las partes pueden decidir qué forma utilizar para manifestar su voluntad y probar la existencia del acto celebrado” (Castillo y Cortez 2009: 2), siempre que la ley no designe una forma específica.
- Al respecto, si nuestro propio código civil permite la libertad de forma en los contratos de créditos y en los de disposición de la propiedad, materias que se pretenden proteger por medio del

proceso monitorio, es ilógico pensar que por medio del proceso, instrumento para la protección de derechos, se prohíba la libertad de forma, y esto es lo que precisamente observamos cuando el proyecto de reforma regula solo la prueba documental, desconociendo que nuestra realidad al amparo de nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra facultado –y en la práctica la prefieren- a optar por la forma verbal.

- Por otro lado, al regular solamente la prueba documental se estaría exigiendo que el perfeccionamiento de los contratos se realice por alguna forma escrita, perdiendo de vista que si bien el modelo de Derecho Occidental Moderno es el imperante en nuestro país, no es el único, por lo que en la práctica, no se estaría alcanzando una auténtica convivencia social” (Bullard 1991: 356), así por ejemplo la económica capitalista y la economía campesina tienen sus propias características y factores determinantes que enrumban sus decisiones y forma de interactuar en el mercado, por lo que incluso los campesinos desarrollan sus propios seguros ante el riesgo respondiendo a su ambiente, los bienes en juego y a su propia cultura (Kervyn 1987: 42-43), por lo que exigirles, para la protección de sus derechos, el cumplimiento de una formalidad occidental “pueden llegar a demostrarnos que el modelo de Derecho Occidental Moderno, no nació con una vocación de universalidad y atemporalidad, no responde realmente a estas características” (Bullard 1991: 356).
- Finalmente, cabe destacar que el proyecto de reforma instituye un valor adicional a la interpretación de los jueces, ya que no señala de manera taxativa cuáles son los documentos que acreditaran la existencia de la obligación reclamada, por lo que serán nuestros jueces los llamados a determinar cuál es el documento que acredite la existencia de dicha obligación, pero ¿nuestros jueces- y todo el órgano jurisdiccional- están realmente preparados para una carga como esa?

3. Argumentos a favor de la regulación de la prueba pura

- Existe una *cifra negra* de las personas que tienen un derecho de crédito y pero que no pueden probarlo: En nuestro país exis-

ten dos sistemas mediante las cuales una persona natural puede obtener un crédito que podríamos clasificar en dos: el que llamaremos *sistema oficial* y el que llamaremos *sistema no oficial*. De un lado, podemos encontrar el Sistema Financiero y Bancario, debidamente supervisado por la Superintendencia de Banca y Seguros y múltiples empresas de centrales de riesgos privadas. Así, el ingreso a este sistema presupone la existencia de certeza del crédito, esto es, un documento que acredite fehacientemente la existencia de un deudor y un acreedor.

De otro lado, en el sistema no oficial, donde el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor es de forma expresa a través de la palabra hablada, más no existe un documento que pruebe la existencia del crédito. Ahora bien, mientras que en el primer sistema podemos encontrar datos estadísticos que revelan el historial crediticio de una persona, de manera que, el acreedor puede administrar los riesgos de incobrabilidad¹⁴; en el segundo sistema dado existe una *cifra negra*, los riesgos de incobrabilidad no pueden ser mitigados.

- Tomando en cuenta la situación de las personas que se encuentran en el segundo sistema, un modelo de proceso monitorio que incorpora la prueba pura representa la existencia de un mecanismo para el acceso a la justicia, pues atiende a la satisfacción del derecho de crédito de quien no cuenta con un documento escrito para probar su existencia. Por tanto, es un modelo que se ajusta a nuestra realidad.

4. Argumentos en contra de la regulación de la prueba pura

- Genera un incentivo perverso: Uno de los principios de la economía es: las personas responden a incentivos. De acuerdo a Mankiw (2017), un incentivo es aquello que induce a las personas a actuar y puede ser una recompensa o un castigo. Las personas racionales responden a los incentivos debido a que toman decisiones comparando los costos y los beneficios. Por ello, antes de incorporar una medida legislativa es importante considerar

14 Como los que publica la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú en: <http://www.sbs.gob.pe/publicaciones/boletines-estadisticos>

cómo dichas medidas repercuten en los incentivos, pues se pueden provocar resultados no deseados. Así, considerando nuestra realidad, incorporar la prueba pura en el proceso monitorio generaría que las personas que no tienen derecho de crédito alguno puedan demandar aun cuando carezcan de pruebas verificables para demostrar su crédito. En nuestro país, donde la desconfianza parece ser la regla, dicha incorporación implicaría incrementar la carga procesal de un sistema de justicia ya sobrecargado.

- La creación de mecanismos procesales de tutela oportuna llevados a práctica judicial han fracasado en el Perú: El Informe, La Justicia en el Perú (Gaceta Jurídica; 2015), revela que los juicios civiles en el país pueden superar en más de cuatro años el plazo establecido para ser resueltos. Podemos citar dos ejemplos; en primer lugar, el proceso de amparo, regulado en el Código Procesal Constitucional, que si bien ha sido concebido como “tutela de urgencia”, la práctica revela que aún subsisten problemas que debemos superar como: sobrecarga laboral, la falta de apoyo institucional, la falta de especialidad a nivel de Salas Superiores, decisiones judiciales formalistas, reformas normativas pendientes, y algunos excesos del Tribunal Constitucional; en segundo lugar, el proceso abreviado laboral, regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, caracterizado por ser un proceso donde prevalece la oralidad, y de plazos muy cortos, en la práctica dura como mínimo un año.

Estos son ejemplos de cómo las opciones legislativas no representan un cambio en la realidad de la práctica judicial. Pretender solucionar el problema a través de la incorporación de la prueba pura en el nuevo proceso monitorio es volver a un punto de partida equivocado: la legislación lo soluciona todo. Probablemente, el destino del proceso monitorio sea el mismo que el proceso abreviado laboral y el proceso de amparo, esto es: ineficaz para la tutela de derechos.

VI. NUESTRA PROPUESTA

Queda claro que el Proyecto ha regulado el proceso monitorio documental, también brindamos argumentos a favor y en contra del

mismo, sobre la base de dichos argumentos, cabe preguntarnos; ¿se podría implementar un modelo mixto en el Perú? ¿Sería recomendable?

Un ejemplo de proceso monitorio mixto lo encontramos en Colombia. De ello nos percatamos al leer el numeral 6 del artículo 420 del Código General del Proceso colombiano sobre lo que debe contener la demanda en un proceso monitorio:

“(...)

6. Las pruebas que se pretenda hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga.

El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales”.

Entonces, luego de lo mencionado, podemos apreciar que en Colombia se regula un modelo mixto ya que el demandante debe primero acreditar la obligación que pretende sea cumplida por el demandado a través de documentos y solo, en casos excepcionales, cuando no posea documentos es que podrá manifestar juramento, es decir, la mera declaración de que existe la obligación. Entonces visualizamos que el proceso monitorio en Colombia debería ser iniciado con documentos que acompañen a la demanda y, cuando no se cuente con estos, bastará la mera declaración lo que nos conlleva a concluir que nos encontramos ante un modelo mixto.

Como bien menciona Verbel Romero (2014: 44-48), el recoger en un país un modelo de proceso monitorio mixto suele tener dos caras antagónicas como una moneda. La primera cara es el beneficio que se le complace al demandante o acreedor porque al no poseer este documento alguno que pueda demostrar el surgimiento de la obligación, puede requerir la instauración del proceso monitorio con su mera declaración unilateral y no ir a la vía judicial larga y tediosa. Contrario a esta primera cara de la moneda existe una segunda y esta versa en que puedan cometerse abusos de personas inescrupulosas que se quieran beneficiar a través de un mal actuar sea con declaraciones faltas, fraudes, demandas infundadas, etc.

Lo anterior, no cabe duda, puede aplicarse al Perú, pues la realidad peruana basada en la cultura popular de querer aprovecharse del incauto y la corrupción, haría que sea impensado regular un modelo mixto, y peor aún, un modelo puro. Vemos que incluso existen falsificaciones de documentos, compra de jueces, etc., lo que nos lleva a cuestionar y dudar del proceso peruano en general. Estas cuestiones son las que han hecho que en la gran mayoría de países se regule un proceso monitorio documental y no se piense en recoger ni el modelo puro ni el modelo mixto, dado que resultaría demasiado ingenuo confiar únicamente en las declaraciones de una persona, generándose mayores posibilidades de aprovechamiento y afectación al órgano jurisdiccional.

Verbel Romero (2014), citando a Horacio Tejada, expresa que “se pueden presentar pretensiones infundadas, dado que pues [sic] existe con la sola afirmación del demandante, se puede abrir paso al monitorio, yo creo que con monitorio o sin monitorio pretensiones infundadas están a la orden del día” (Verbel 2014: 44-48). Es decir, para el autor no importa si es un monitorio mixto o un monitorio puro, ya que las pretensiones infundadas no dependerían de si se está en uno u otro modelo.

Además, el artículo 421 5to párrafo del Código General del Proceso colombiano, establece:

“Si el deudor se opone infundadamente y es condenado, se le impondrá una multa del diez por ciento (10%) del valor de la deuda a favor del acreedor. Si el demandado resulta absuelto, la multa se impondrá al acreedor”.

Creemos que los fraudes, las falsificaciones y declaraciones en falso pueden ocurrir en todos los procedimientos judiciales pero que en el monitorio puro o mixto, la probabilidad de su ocurrencia es mayor respecto de otras circunstancias que podrían presentarse. No obstante, existe un artículo en el actual CPC y del Proyecto que sí sanciona a las personas que ejerzan irregularmente su derecho de acción. Este se encuentra regulado en el artículo 4 de ambas normas, pues, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción por parte del demandante fue arbitrario o injusto puede pedir una indemnización.

Creemos que la existencia de un artículo que guarda la posibilidad de sancionar a quienes ejerzan su derecho de acción de manera mal intencionada, reduce en gran medida el problema de las eventuales irregularidades o falsificaciones. Además, en el proceso mixto o puro la simple oposición hace que el auto con la orden de pago decaiga y se inicie un proceso común, todavía cabe preguntarnos, ¿qué pasa si el demandado no se opone pese a que no tenga ninguna relación con el demandante? Debemos recordar que el derecho de defensa a través de la oposición siempre se mantiene en esfera del demandado, quien tiene la capacidad de mitigar el riesgo es él y nadie más, ya que, bastará presentar oposición ante una supuesta demanda que tiene un tufillo de un supuesto fraude o mala intención por parte del demandante.

Así como no se puede obligar a una persona a que haga ejercicio de su derecho de acción e inicie un proceso judicial, tampoco se puede obligar al demandado a ejercer su derecho de defensa, si hubo una notificación válida (de la demanda, se entiende) y el demandado no ejercita su defensa dentro del plazo legal, podríamos decir que se encuentra conforme con la pretensión del demandante.

Como ya advertimos *in supra*, la realidad social demuestra que la mayoría de conflictos se deben a la inexistencia de documentales que prueben que efectivamente hay un derecho de crédito en favor del demandante, la *lista negra* de la que hablábamos va en aumento y con ella, el acaecimiento de futuros conflictos por cobros de sumas de dinero y aquellos que tienen que ver con la restitución de la posesión de bienes muebles e inmuebles.

Así pues, podemos advertir que la decisión de adoptar un proceso monitorio con un determinado modelo de prueba corresponde, en última instancia, a una decisión política, que debe tomar en cuenta no sólo las consideraciones jurídicas analizadas sino también –y, sobretodo– a las consideraciones fácticas a las que atiende. De manera que, sólo a través del análisis de las posibles consecuencias de optar una u otra alternativa, se podrá tomar una decisión que responda a las exigencias de los justiciables.

Es cierto que el modelo de prueba documental ofrece mayor seguridad jurídica, pero como lo señalamos, la realidad peruana aún está inmersa dentro de la cultura de la informalidad, donde se opta por reducir al mí-

nimo los costos de transacción y los justiciables, cada vez más, realizan operaciones económicas sobre la base de la palabra, dejando de lado la documentación. Esta situación, evidentemente, resulta difícil de probar en la vía judicial en la actualidad, situación que puede cambiar en gran medida con la implementación del proceso monitorio, que no solamente siga el modelo de prueba documental, sino que también, en algunos casos, será necesario el modelo de prueba puro, en salvaguarda de una tutela efectiva.

VII. CONCLUSIONES

- a) La implementación de nuevas instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico no solamente deben ser acordes con el sistema de justicia del país, sino también, y quizás, en mayor medida, con la realidad jurídica social del lugar donde se pretende su implementación, en salvaguarda de los derechos de los justiciables y la concreción del valor abstracto de justicia en paz social.
- b) La sociedad peruana tiende a judicializar todos los tipos de conflictos de intereses que se puedan presentar, y por más que existan un sistema de justicia adecuado y eficaz, tarde o temprano, dicho sistema colapsará porque no podrá darse abasto ante innumerables conflictos por resolver.
- c) Los problemas que tienen que ver con el cobro de dar sumas de dinero o la restitución de la posesión de bienes, sean muebles o inmuebles, representan en gran número los altos índices de carga procesal, en detrimento de la capacidad de los jueces, quienes solo pueden verse limitados a extender más los plazos, lo cual fundamenta el por qué los procesos judiciales sobre dichas materias tardan años en llegar a una solución, perdiéndose el valor de la “efectividad”.
- d) El proceso ordinario, como lo conocemos hoy en día, no resulta adecuado para resolver conflictos intersubjetivos sobre cobro de deudas o restitución de la posesión de bienes que carecen de documentos no ejecutivos que sustenten la pretensión del demandante.
- e) El Proyecto, optó por regular el proceso monitorio de prueba documental, dejando de lado el modelo de prueba puro. Creemos que ello obedece, en parte, a la realidad social; corrupción,

perversión del derecho de acción (demandas fraudulentas donde no exista correspondencia entre la relación jurídica material y la relación jurídica material), la informalidad, entre otros factores. Sin embargo, detrás de dichos factores, existen varios conflictos sin resolver, precisamente por la falta de documentos ejecutivos, porque el demandante no cuenta con los medios probatorios suficientes o idóneos para fundamentar su pretensión.

- f) El modelo de prueba mixto, permitirá resolver aquellos casos donde no sea posible probar la relación jurídica material y, como ya lo explicamos, no significa que se deje en total desamparo al demandado, éste siempre tendrá expedito su derecho de defensa a través de la oposición, así también se cuenta con las herramientas legales para evitar una posible perversión del ejercicio del derecho de acción.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

ARCE, Elmer

- 2004 “Informalidad y Derecho”. *Derecho PUCP*. Lima, 2004, Nro. 57.

BULLARD, Alfredo

- 1991 “La crisis del sistema jurídico patrimonial moderno”. La relación jurídico patrimonial: reales vs. Obligaciones. Lima: Ara Editores, pp. 335-363.

CASTILLO FREYRE, Mario y CORTEZ, César

- 2009 “La forma del contrato”. Estudio Castillo Freyre, pp. 1-31. Consulta: 07 de setiembre de 2018. Recuperado en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/147_La_forma_en_los_contratos.pdf

CALAMANDREI, Piero.

- 1946 *El Procedimiento Monitorio* (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1946.

COLMENARES, Carlos

- 2016 *El proceso monitorio en la reforma procesal de Colombia*. Tesis doctoral. Salamanca: Universidad de Salamanca. Recuperado en: https://gredos.usal.es/jspui/.../1/DDAFP_ColmenaresUribeCA_ProcesoMonitorio.pdf

CORREA, Juan

- 1998 “El procedimiento monitorio” Jose Maria Bosch, Barcelona.

CRUZ E TUCCI, José

- 1995 *Ação monitoria*. SP Brasil: Editora Revista Dos Tribunais.

DE PRADA, José María.

- 1993 “La forma de los actos jurídicos privados y la seguridad jurídica”. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco. Jalisco, 1993, número 8, pp. 101- 133. Consulta: 07 de setiembre de 2018. Recuperado en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/podium-notarial/article/view/16152/14473>

ESCOBAR, Sebastian y Miguel MOLANO

- 2017 “Desmitificando el proceso monitorio: críticas e interrogantes acerca de su implementación en el ordenamiento procesal colombiano”. En *Universitas estudiantes*, número 12. Recuperado en: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/6+Escobar-Molano.pdf/931b1b00-170a-426a-ab76-10f0ecaaa845>

HERNANDEZ, Wilson

- 2009 “La información y la toma de decisiones en la política pública judicial: una reflexión a partir del análisis de la carga procesal en el Perú”. *Derecho PUCP*. Lima, 2009, Nro. 62.

KERVYN, Bruno

- 1987 “La economía campesina en el Perú: teorías y Políticas”. Ponencia presentada en el Segundo Seminario Permanente de Investigación Agraria (SEPIA II). Centro Bartolomé De las Casas. Ayacucho: junio 1987, pp. 29-92. Consulta: 06 de

setiembre de 2018. Recuperado en: https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/La_economia_campe-sina_en_el%20Peru_Teorias_y_politicas.pdf

LOUTAYF RANEA, Roberto

2004 “Proceso Monitorio”. En MORELLO, Augusto; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto. *Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Bueno Aires. Recuperado en: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/proceso-monitorio/at_download/file

MANKIW, Gregory

2017 *Principios de economía*. México, D.F.: Cengage Learning, 2017.

MONROY, Juan

2010 “Conceptos elementales del proceso civil”. En MONROY, Juan. *La formación del proceso civil peruano: escritos reunidos*. Lima: Communitas.

PEYRANO, Jorge.

2008 “La prueba entre la oralidad y la escritura”. Ponencia presentada en el *Coloquio Internacional “Oralidad y Escritura en un proceso civil eficiente”*. Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP). Gandia y Valencia: 6, 7 y 8 de noviembre de 2008, pp. 1-25. Consulta: 07 de setiembre de 2018. Recuperado en: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/7prupey.pdf>

PRIORI, Giovanni

2003 “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. *Ius et veritas*. Lima, 2003, Año 13, Nro. 26.

RUBIÑO, Juan

2005 *El proceso monitorio en la Ley de Propiedad Horizontal*. Barcelona: librería Bosh SL.

VALERO, Moisés

- 2015 El proceso monitorio en Colombia “Un trasplante Jurídico Inocuo”. Bogotá D.C. Colombia. 2015. Recuperado en: <http://bdigital.unal.edu.co/51070/1/80172104.2015.pdf>

VERBEL, Walter

- 2014 Proceso Monitorio en Colombia: Una nueva perspectiva en la administración de justicia. Universidad de Cartagena, 2014. Recuperado en: <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/1435/1/TESIS.pdf>

OTROS DOCUMENTOS

Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS)

- 2004 *Hacia la refundación del sistema de justicia: plan nacional de reforma integral de la administración de justicia*. Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL) y Facultad y Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Comercio

- 2016 “INEI: los impresionantes números del sector informal peruano”. El Comercio. Lima, 02 de diciembre del 2016. Recuperado en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/inei-impresionantes-numeros-sector-informal-peruano-229623>

Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung-Uruguay

- 2006 *Código procesal civil alemán (Zivilprozessordnung Z.P.O)*. Traducción de Álvaro Pérez Ragone y Juan Carlos Ortiz Pradillo. Montevideo, 2006. Recuperado en: www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf

Gaceta Jurídica

- 2015 *Informe La Justicia en el Perú. Cinco Grandes problemas*. Documento preliminar 2014-2015. Recuperado en: <http://www.gacetajuridica.com.pe/laley-adjuntos/INFORME-LA-JUSTICIA-EN-EL-PERU.pdf>

EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA Y SU EFECTO DEMOCRATIZADOR EN LA APLICACIÓN DEL *IURA NOVIT CURIA**

RESUMEN: En el presente trabajo pretendemos analizar la relación del principio de audiencia en la aplicación del *iura novit curia* a propósito del Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil publicado el 5 de marzo de 2018. En concreto abordaremos el estudio de estas dos instituciones procesales desde su surgimiento, sus características propias y la articulación que presenta este poder oficioso con el principio de audiencia a la luz del Código Procesal Civil y la propuesta presentada por la Comisión de reforma. Además, revisaremos el tratamiento y desarrollo judicial por parte de nuestras Cortes de Vértice y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno la intermitencia del principio de audiencia y la aplicación del *iura novit curia*. Por último en base a todo lo considerado anteriormente esbozaremos una propuesta que logre proteger el ejercicio pleno, adecuado y oportuno del principio de audiencia en los procesos que el juez decida utilizar este poder correctivo. Esto se efectivizará a través de una correcta regulación específica de este derecho fundamental procesal.

PALABRAS CLAVE: *iura novit curia*, principio de audiencia, sistema "publicístico", Código Procesal Civil y práctica judicial.

ABSTRACT: In the present work we intend to analyze the relationship of the principle of audience in the application of the *iura novit curia* on the Reform Project to the Civil Procedure Code published on March 5, 2018. In particular we will address the study of these two procedural institutions since its emergence, its own characteristics and the articulation that this unofficial power presents with the principle of hearing in the light of the Civil Procedure Code and the proposal presented by the Reform Commission. In addition, we will review the treatment and judicial development by our Courts of Vertices and the Inter-American Court of Human Rights on the intermittence of the principle of hearing and the application of the *iura novit curia*. Finally, based on everything considered above, we will outline a proposal that will protect the full, adequate and timely exercise of the

* Taller de Derecho Procesal Mario Alzamora Valdez. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

principle of hearing in the processes in which the judge decides to use this corrective power. This will be effected through a correct specific regulation of this fundamental procedural right.

KEYWORDS: *iura novit curia*, hearing principle, publicist system, Code of Civil Procedure, judicial practice.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El *iura novit curia* y el contradictorio. Aspectos generales.— 1. El *iura novit curia*.— 2. Principio de audiencia.— III. El *iura novit curia* y el contradictorio en nuestro ordenamiento procesal civil peruano. El estado actual de las cosas.— 1. Una premisa necesaria: nuestro "publicístico" sistema procesal.— 2. La regulación del *iura novit curia* y el contradictorio en nuestro ordenamiento procesal civil peruano.— IV. El *iura novit curia* y el contradictorio en el proyecto de reforma 2018 del código procesal civil. Una oportunidad perdida.— 1. La regulación del *iura novit curia* y el contradictorio en el Proyecto de Reforma 2018 del Código Procesal Civil.— V. La intermitencia del principio de audiencia en la práctica judicial del *iura novit curia*.— 1. Los pronunciamientos de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional.— VI. Conclusiones.— VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende evidenciar una de las problemáticas de nuestro modelo procesal civil que más perjuicio ha ocasionado a las partes en el proceso: la articulación del *iura novit curia* con el contradictorio. Sin embargo, esta relevancia en la realidad no se refleja en la importancia que los estudios le han dado, hasta el punto que los análisis al respecto son prácticamente inexistentes. Es por esta razón que, tomando como excusa el debate coyuntural en torno Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, hemos decidido exponer esta crítica y profundamente esta situación desde un análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. El cuerpo del presente trabajo se estructura en cuatro capítulos. En el primero se analizará de forma breve pero precisa los alcances conceptuales de las instituciones del *iura novit curia* y el contradictorio. En el segundo se expondrá la regulación de estas figuras y su articulación en el vigente Código Procesal Civil. En el tercero expondremos la propuesta de regulación del Proyecto de Reforma del C.P.C. Finalmente, en el cuarto se expondrá sumariamente la el tratamiento jurisprudencial que ha tenido la articulación de estas figuras en la práctica judicial. Esperamos que este trabajo pueda poner

en evidencia lo que sucede día a día en la realidad, y, sobre todo, pueda invitar a la reflexión, la crítica y las propuestas.

II. EL *IURA NOVIT CURIA* Y EL CONTRADICTORIO. ASPECTOS GENERALES

1. El *iura novit curia*

1.1. Origen histórico del *iura novit curia*

Existen fuerte indicios que nos indican que los antecedentes más lejanos del aforismo *iura novit curia* se encuentran en el Derecho Romano, específicamente durante los periodos formulario y extraordinario. En este sentido, será relevante la actuación del Pretor, autoridad que tenía la facultad de corregir, aplicar y completar el derecho como resultado de ser conocedor del mismo, de su región, costumbres y tradiciones. Sin embargo, para Guillermo Ormazabal, el origen de este brocardo se encontraría en la Edad Media. Con respecto a ello afirma que “desde ese momento hasta la actualidad ha venido experimentando una notable transformación y sin lugar a dudas una considerable ampliación de su significado” (Ormazabal 2007: 22). En esa misma línea, Santiago Melendo, en su obra “Juez y Derecho”, afirma que “es indiscutible el origen del *iura novit curia*, ya que este surgió en la Edad Media, hecho que se evidencia en países como Francia e Italia desde aproximadamente el siglo XIII” (Melendo 1947: 208). Consideramos que, indistintamente a si las posiciones planteadas determinan con exactitud o no el origen del *iura novit curia*, son sin lugar a dudas relevantes las aportaciones brindadas para afirmar su existencia desde la antigüedad y considerarla como aquel instrumento utilizado en la práctica judicial con la finalidad de resolver diversas controversias.

1.2. El *iura novit curia* en la doctrina. Posiciones

Respecto al aspecto conceptual del *iura novit curia*, es precisamente la doctrina la que a lo largo del tiempo se ha encargado de desarrollar su naturaleza, contenido, límites, etc. Podemos afirmar la existencia de dos grandes bloques doctrinarios que se pronuncian sobre naturaleza de la figura: por un lado, se encuentran aquellos autores que enfatizan la

vinculación del juzgador con la calificación jurídica (o, mejor, normativa) que realiza el actor; mientras que, por el otro lado, encontramos a aquellos que minimizan dicha vinculación y, por el contrario, optan por otorgarle al juez mayor libertad para que pueda resolver la controversia que se le presenta. Son diversos los teóricos que han tratado de fijar un concepto específico y para lo cual se han adherido a las posiciones planteadas con anterioridad. Por ejemplo en el primer supuesto podríamos hacer mención al jurista español Prieto Castro, quien afirma enfáticamente que el juez no es libre en el manejo del Derecho, ya que no puede atentar contra el principio dispositivo (Prieto Castro 1956: 24). Con respecto a la segunda posición, Ortells Ramos considera que el juzgador no está vinculado a resolver según el derecho sostenido por las partes, sino que solo debe respetar los hechos y la petición que identifican el objeto del proceso (Otros autores 2005:258).

Nosotros consideramos que el *iura novit curia* debe ser entendido como aquel poder que posee el juzgador para determinar la calificación normativa adecuada que él considere para los hechos planteados por las partes cuando estas hayan errado en la invocación de la(s) norma(s) pertinente(s) o la(s) hayan soslayado. Es decir, el juez puede disponer de los fundamentos jurídicos pero, siempre y cuando, se base en los hechos narrados por el actor y no altere el petitorio, límites que consideramos que, junto al principio del contradictorio, son infranqueables por la aplicación del *iura novit curia*.

2. PRINCIPIO DE AUDIENCIA

2.1. ¿Bilateralidad, contradicción o audiencia?

El principio de audiencia ha sido calificado como un principio jurídico natural (De La Oliva 2002: 197). Ello en base a que cumple un papel fundamental en el proceso. Tanto cierto es esto que actualmente no se puede concebir la existencia de este sin la realización efectiva de tal principio. En torno a su definición, ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido unánimes al momento de abordarla en su definición, naturaleza, límites, etc. Una muestra de ello son las distintas terminologías que se han utilizado para denominar a este principio: “bilateralidad” “contradicción” y “audiencia” (Alfaro 2014: 62). Nosotros consideramos que el

término “principio de audiencia” es el más adecuado para denominar al principio estudiado pues dibuja de una forma más precisa la articulación de los roles de las partes y el juez en el proceso (Alfaro 2014: 69). Por ejemplo, el término “principio de bilateralidad” ha sido utilizado para resaltar a las partes que participan del proceso; sin embargo, consideramos que hoy dicho principio no se agota solo con la participación de las partes sino que esta se complementa con el papel que debe tener el juez en la satisfacción de los intereses de las partes. Sin embargo, para efectos del presente trabajo y por un tema de practicidad, consideramos referirnos indistintamente a este principio como “principio de audiencia”, “principio del contradictorio”, simplemente “contradictorio” o similares, pues sabemos que la terminología referida al contradictorio es la más difundida.

2.2. Origen histórico del principio de audiencia

La raíz histórica del principio de audiencia se encuentra en el brocardo jurídico *audiatur et altera pars*, la cual se inició y desarrolló desde el derecho común y fue concebida desde ese entonces como un principio de razón natural, consustancial y básica de todo proceso (Picardi 1988: 673). A lo largo de su desarrollo histórico ha ido adquiriendo una sólida consolidación. Sin embargo, será a partir del siglo XIX que se redefinirá y ya no será concebido solo en relación a las partes, sino que por el contrario surgirá una nueva tendencia en base a la cual se le otorga al juez diversas atribuciones, siendo una de ellas la dirección del proceso. Se va exaltar el papel activo del juez en tal medida que se consideró que “la ausencia de ese principio jurídico de algún modo impedía la obtención de una decisión justa” (Betti 1936: 89), la misma que se obtendrá solo si se realiza una cooperación legítima entre jueces, abogados y procuradores para beneficio de los litigantes (Van Rhee 2011: 26). Considerando todo ello, deviene en inconcebible fijar un proceso en el cual las partes y el juez se encuentren en diferentes aristas: no se debe concebir al juez como un tercero, sino que su participación debe concebirse en el marco de una concepción colaborativa y participativa y en base a ello las partes puedan influenciar en la formación de la decisión judicial. Lamentablemente, esta tendencia es muchas veces llevada

al extremo configurando esquemas procesales en los que las partes son subordinadas frente a los poderes de las partes¹.

2.3. Concepción moderna del principio de audiencia

Según la doctrina contemporánea el entendimiento del principio de audiencia debe delimitarse a dos concepciones: la primera de ellas es la denominada concepción formal según la cual se concibe que las partes son libres adoptar las estrategias que mejor consideren, el juez no se involucra y es solo un mero espectador del duelo. Se puede decir que bajo este supuesto se buscaba conseguir una decisión rápida, tanto es así que Picardi llegó a afirmar que este principio deviene en un instrumento útil, pero no siempre indispensable (Picardi 2010: 207). Por el contrario, la concepción sustancial del principio de audiencia es formulada desde una visión contemporánea del proceso y ello implica concebirlo través de una participación efectiva y real.

En conclusión, consideramos que el principio de audiencia debe velar para que las partes tengan en todo momento la oportunidad de desenvolverse de manera plena y sin limitaciones injustificadas, para lo cual es necesario que las mismas participen en la aportación de los hechos y de las pruebas; y, además, en la formación y elaboración de la decisión del juez.

III. EL *IURA NOVIT CURIA* Y EL CONTRADICTORIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL PERUANO. EL ESTADO ACTUAL DE LAS COSAS

1. Una premisa necesaria: nuestro “publicístico” sistema procesal

El Código Procesal Civil peruano de 1993 (en adelante, C.P.C.) establece en el artículo III de su Título Preliminar² la relación que debe

1 Un claro ejemplo de esta tendencia llevada al extremo es, como se verá más adelante, nuestro “publicístico” sistema procesal regulado en el Código Procesal Civil de 1993.

2 Artículo III. Fines del proceso e integración de la norma procesal
El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

tener el juez con los fines del proceso. De acuerdo a la norma, estos son dos: el fin concreto y el fin abstracto. El primero sería “resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre”; y el segundo sería “lograr la paz social en justicia”. Al respecto, Monroy Gálvez, principal autor del C.P.C. (en adelante, el legislador), señala que “*Al asumir el Código una orientación publicista, queda evidenciado que el fin del proceso no se agota en la solución del conflicto, sino que es más trascendente. La solución de los conflictos intersubjetivos conduce o propende a una Comunidad con paz social, siendo este el objetivo elevado que persigue el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales*” (la cursiva es nuestra) (Monroy 2003: 267). Hay una pregunta fundamental que rescata de esta posición si es que pretendemos conocer cuál es la base ideológica que nutre la articulación de la relación entre el juez y las partes, y cuál de los fines tiene más prioridad en el proceso civil peruano: ¿qué es una orientación “publicística”? El legislador estructura nuestro modelo procesal en una concepción maniqueísta del proceso (sistema privatístico- sistema publicístico) en la que opta por una “orientación publicística”. Para establecer las diferencias entre ambos, se plantea la pregunta “¿quién sirve a quién?” siendo los sujetos de la pregunta los particulares y el Estado; siendo este el que prevalece³: “(...) lo más importante en el proceso no es que los particulares resolvieran su conflicto sino que, a través de él, el derecho objetivo —creado por el propio Estado— se tornará eficaz y respetado, y asimismo, a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se logrará la paz social en justicia” (Monroy 2009: 158). En consecuencia, podemos observar que nuestro C.P.C. ha partido de una base ideológica “publicística” en la que prevalece prioritariamente el fin abstracto sobre el fin concreto del proceso.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

- 3 Respecto al sistema privatístico señala que en este “(...) el proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver sus conflictos de intereses. Por esta razón, como el Estado está a disposición de los particulares, el proceso, que es el vehículo del servicio, está bajo control de quienes lo reciben, es decir, de los particulares” (Monroy Gálvez J. F., 2009, pág. 158).

Fue la profesora Ariano Deho⁴ la primera en formular las primeras críticas a este punto ideológico de partida al señalar, en posición que compartimos, que “El proceso civil es garantía de protección de los «derechos e intereses» que el propio ordenamiento jurídico reconoce; el proceso es instrumento de tutela de concretas situaciones jurídicas de ventaja; el proceso civil es instrumento de quien tiene la razón” (Ariano 2003: 6). En efecto, el carácter público del proceso es irrefutable; sin embargo, eso no quiere decir que el proceso esté a disposición de intereses públicos, sino que es “instrumento al servicio de concretos intereses privados, de aquellos intereses que el ordenamiento jurídico tutela en abstracto” (Ariano 2003: 6). “Las partes son libres de iniciar el proceso, pero una vez iniciado, ya no les pertenece, y proseguirá su curso no solo por el impulso (oficial) del juez, sino totalmente bajo su control” (Ariano 2003: 10). La misma autora observa agudamente que, a pesar de la visión publicística del C.P.C., este cuerpo resulta ser absolutamente respetuoso de los “cánones clásicos de lo que despectivamente se suele denominar sistema «privatístico», pues el objeto del proceso es definitivamente «cosa de partes»; sin embargo, tal visión se aloja en la dirección material del proceso del juez según la cual otorgarle lo más posible poderes directivos al juez (Ariano 2003: 9). La realidad nos demuestra todo lo contrario pues no solo tenemos procesos igual duraderos o más que aquellos que se desarrollaron bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912; sino que, en términos cualitativos, a más de 25 años de vigencia de nuestro C.P.C., no ha habido ninguna mejora⁵.

4 La jurista incluso señala que “la visión publicística del proceso, cual institución de bienestar, cual teleológicamente dirigida a reafirmar la eficacia del derecho objetivo y lograr la paz social en justicia, resulta incompatible con el artículo 8° de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, el cual legitima la independencia e imparcialidad del juez y el principio del contradictorio.

5 Hay algunas un par de datos estadísticos que nos pueden ayudar a formar un panorama acerca de la morosidad judicial:

- En el año 2019, la carga procesal heredada de años anteriores ascendería a más de 2'600,000 expedientes no resueltos (Gaceta Jurídica, 2015, p. 19).
- Los jueces se demoran en promedio 30 días en calificar una demanda. El plazo legal señala un plazo de solo dos días (Gaceta Jurídica, 2015, p. 37).
- De un total de 1,250 procesos civiles, laborales y familiares iniciados en 1998, no habían finalizado en el 2001 el 42,86% de los civiles, el 28,37% de los laborales

En conclusión, nuestro C.P.C. se ha estructurado y formulado bajo una perspectiva “publicística” del proceso según la cual el fin prioritario de todo proceso es lograr la paz social en justicia para lo cual se le ha concedido al juez amplios poderes y medios para el control del proceso. De esta manera, el fin de resolver las controversias entre los particulares queda subordinado al igual que las partes como protagonistas del proceso afectándose, de esta forma y como veremos, la imparcialidad y el principio del contradictorio. Es bajo esta premisa que debemos partir al momento de analizar de qué forma se han articulado en su conjunto el *iura novit curia* y el contradictorio en nuestro C.P.C.

2. La regulación del *iura novit curia* y el contradictorio en nuestro ordenamiento procesal civil peruano

El Código Civil (en adelante, C.C.) regula el *iura novit curia* en el artículo VII de su Título Preliminar:

Artículo VII. El principio “*iura novit curia*”. Los jueces la obligación de aplicación la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

El C.P.C., por su parte, lo regula en el artículo VII de su Título Preliminar:

Artículo VII. Juez y Derecho. El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes

Hay algunas observaciones que se pueden plantear a ambos artículos en su conjunto. Por un lado, como bien ha observado Espinoza

y el 37,50% de los familiares (Ariano Deho, In *Limine Litis*. Estudios críticos de Derecho Procesal Civil, 2016, p. 23).

Evidentemente, el problema de la ineficacia de nuestro Poder Judicial es muy complejo como para atribuirle su origen solo al C.P.C.; sin embargo, consideramos que nuestra norma procesal tiene una cuota de participación considerable en tal problemática.

Espinoza, el artículo VII del T.P. del C.P.C. ha derogado tácitamente al VII del T.P. del C.C. en atención al argumento económico (Espinoza 2015: 466). En efecto, el C.C. regula de forma parcial el *iura novit curia* al señalar solo su función supletoria soslayando la correctora como sí lo hace el C.P.C. Por otro lado, es recomendable más precisión en la redacción y uso de los términos en ambos artículos. En efecto, el C.C. hace referencia solo a la demanda cuando también en la contestación de la demanda (y en la reconvencción) se puede incurrir en error (o también omitir) la norma jurídica pertinente; es decir, se omite al demandado en el ámbito de aplicación de aforismo (Espinoza 2015: 465). Por su parte, el C.P.C., es impreciso al hacer referencia al “derecho” debiéndose delimitar mejor, y tal y como lo señala el C.C., haciéndose referencia a “la norma jurídica pertinente”

El principio del contradictorio, por su lado, al igual que en el resto de ordenamientos procesales del mundo, no recibe en nuestro medio una regulación como principio o regla general; sino que encuentra particulares regulaciones en determinados puntos de los diversos procesos que regula el C.P.C.

En adelante, nos limitaremos a analizar con mucha mayor profundidad y exhaustividad la trascendencia y proyección del art. VII del C.P.C. en articulación con el contradictorio en nuestro modelo procesal civil, en específico, en el proceso de conocimiento. La articulación del *iura novit curia* con el contradictorio en el proceso de conocimiento.

El proceso de conocimiento⁶ en nuestro ordenamiento procesal está dividido en cuatro etapas que son perfectamente distinguibles entre sí: las etapas postulatoria, de saneamiento, probatoria y decisoria. Nosotros

6 Vale la pena resaltar que nuestro C.P.C. clasifica al proceso declarativo en tres esquemas procedimentales: de conocimiento, abreviado y sumarísimo. Sin embargo, las diferencias entre estos tres son meramente formales (no sustanciales) pues solamente inciden en los plazos para los actos de las partes y del juez. No hay razones de fondo que justifiquen tal “trinidad” de modo que todos ellos son procesos de cognición plena (o plenarios). De esta forma, no obstante haya un proceso denominado “sumarísimo, como bien ha señalado agudamente la profesora Ariano, este no viene formulado en sentido técnico sino como un “plenario rápido”. Es decir, en general, los tres procedimientos son plenarios: no hay limitaciones legales a las alegaciones de las partes o en los medios de prueba.

vamos a analizar de qué forma está articulado el *iura novit curia* con el contradictorio en las etapas postulatoria y de saneamiento por un lado y la decisoria por el otro. No analizaremos la etapa probatoria por un tema de espacio y porque consideramos que la articulación señalada presenta problemas de mayor relieve para los fines de nuestro trabajo en las otras tres etapas.

2.1. Las etapas postulatoria y de saneamiento

El objeto de la etapa postulatoria es fijar el objeto del proceso a través de las alegaciones y peticiones de las partes; mientras que el de la de saneamiento es “verificar la regularidad del proceso y, eventualmente, subsanar (de allí la palabra “sanear”) los posibles vicios procesales que podrían impedir, en su momento, un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia”. Nosotros desarrollaremos ambas etapas en un mismo punto porque consideramos que los problemas que exponemos son transversales a ambas etapas. Al respecto, nos corresponde analizar los problemas que plantean el denominado rechazo liminar de la demanda, las denominadas excepciones (previas) y el auto de saneamiento.

El Código Procesal Civil, como consecuencia de la orientación publicística a la que hacíamos mención anteriormente, le confiere al juez el poder-deber de controlar de oficio liminarmente la validez del acto de la demanda, verificar si concurren los presupuestos procesales (y las denominadas condiciones de la acción) conforme a si los vicios que la afectan son subsanables o insubsanables: en el primer caso, el juez declarará a la demanda inadmisibile (art. 426 C.P.C.); y en el segundo caso, el juez la declarará improcedente (art. 427 C.P.C.). Sin embargo, el Código no se pronuncia expresamente sobre cuáles son los vicios subsanables y cuáles no, sino que estos se obtienen de acuerdo a una interpretación conjunta de sus artículos 426, 427 y 451. De esta forma, por un lado, los vicios subsanables son los siguientes: incapacidad e insuficiencia de representante del demandante; falta de legitimidad para obrar del demandado; falta de los anexos exigidos por ley; petitório incompleto o impreciso; y, finalmente, acumulación indebida de pretensiones. Por otro lado, los vicios insubsanables son los siguientes: falta de legitimidad e interés para obrar del demandante; caducidad del derecho; falta de

conexión lógica entre los hechos y el petitorio; y, finalmente, petitorio jurídica o físicamente posible.

El C.P.C. no se pronuncia sobre el *iura novit curia* con respecto al poder de controlar liminarmente la demanda. En efecto, con el fin de analizar de oficio si la demanda presenta los vicios señalados en los art. 426 y 427, al verificar los presupuestos procesales (y las condiciones de la acción), este poder implica que el juez pueda (insistimos, de oficio) calificar normativamente los hechos (supliendo o corrigiendo una(s) norma(s)) que el demandante presenta en la demanda de forma distinta a lo que este ha planteado⁷. Al no haber permisiones o restricciones previstas, el juez *a quo* o el *a quem* estarían facultados para pronunciarse sobre cuáles son las normas pertinentes para los hechos presentados. De esta forma, se podrían presentar (no de forma cerrada) los siguientes escenarios:

- a. El juez *a quo* declara inadmisibile la demanda y en el auto de inadmisibilidad se pronuncia sobre una calificación normativa diferente a la planteada por el demandante 89.
- b. El juez *a quo* declara improcedente la demanda, el demandante interpone el recurso de apelación y el juez *a quem* revoca la decisión apelada y admite la demanda con una calificación normativa diferente a la planteada por el demandante.
- c. El juez *a quo* declara improcedente la demanda, el demandante interpone el recurso de casación y el juez de casación anula la resolución del primero y ordena que se expida una nueva reso-

7 En adelante, por cuestiones de practicidad, nos referiremos a la aplicación del *iura novit curia* solo en el caso de error en la invocación de la(s) norma(s) (“calificación normativa diferente”), pero deberá entenderse que nos referimos también al escenario en el que haya ausencia de invocación de la(s) norma(s).

8 Consideramos que la ausencia o error en la invocación de una(s) norma(s) puede incidir en la declaración de inadmisibilidad de la demanda por los vicios de falta de legitimidad para obrar del demandado, petitorio incompleto o impreciso, o acumulación indebida de pretensiones.

9 En este caso, el demandante deberá (o podrá) subsanar la demanda; sin embargo, ¿deberá tomar en cuenta la calificación normativa propuesta sobre el juez? Si la respuesta fuera afirmativa, negativa o intermedia, no hay ninguna regulación al respecto en el C.P.C.

lución (o, en otras palabras, que se admita la demanda) con una calificación normativa diferente a la planteada por el demandante.

Es preciso señalar que el poder del juez que le permite declarar improcedente de oficio la demanda está regulado bajo la modalidad *inaudita altera parte*. Esto significa que el demandado (o “casi demandado”) nunca se enterará de que hubo una demanda en su contra, lo que permite que el demandante plantear incluso la misma demanda hasta que esta sea admitida sin que el demandado pueda interponer la decisión precedente (Posada & Ariano 2009: 122). Si es que el demandado apela el auto de improcedencia, el juez *a quem* solo pondrá en conocimiento el recurso interpuesto; y, lo que es aún peor, “la resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes” (cuarto párrafo del art. 427 C.P.C.). Es decir, tal resolución, que puede calificar normativamente los hechos de forma distinta a la planteada por el demandante, producirá sobre ambas partes los efectos preclusivos propios de la cosa juzgada sin que haya intervenido el demandado¹⁰ (Posada & Ariano 2009: 122). Sin embargo, este no es el único resultado perjudicial producto del esquema “publicístico” al que aludíamos anteriormente.

Como sabemos, existe un paralelismo entre los supuestos de inadmisibilidad e improcedencia de los arts. 426 y 427, y los del artículo 446 que señala las excepciones¹¹ previas que puede plantear el demandado antes de contestar la demanda¹² (Ariano 2003: 87). Este paralelismo abre la posibilidad de que el juez deba emitir un doble juicio sobre las

10 ¿Cómo es posible que la resolución que se pronuncia sobre la apelación de un auto de improcedencia de una demanda tenga los efectos de la cosa juzgada?

11 Mediante las excepciones, el demandado plantea una cuestión de naturaleza sustancial o procesal, y el juez debe pronunciarse al respecto estimándolas o desestimándolas.

12 Como señalamos anteriormente, esto va a depender de cuáles sean los vicios subsanales y cuáles no, los cuales se obtienen por medio de una interpretación conjunta de los artículos 426, 427 y 451. En efecto, el inc. 1 del art. 426 puede corresponder con el inc. 2 del art. 446; el inc. 3 del art. 426 y el 5 del art. 427 corresponden a la excepción del inc. 4 del art. 446; el inc. 1 del art. 427 puede corresponder a la excepción del inc. 6 del art. 446; el inc. 2 del art. 427 correspondería a las excepciones de los incisos 7, 9 y 10 del art. 446; el inc. 3 del art. 427 corresponde a la excepción del inc. 11 del art. 446; el inc.4 del art. 427 puede corresponder al inc. 1 del art. 446.

mismas cuestiones: al admitir la demanda y al resolver las excepciones planteadas (Ariano 2003: 87). Esta situación es todavía más grave en los escenarios “a” “b” y “c” que señalamos arriba pues podrían presentarse las caóticas siguientes situaciones que no son previstas (ni, obviamente, reguladas) por el C.P.C.:

- a. El demandado excepciona sobre una cuestión que ya ha sido resuelta anteriormente (ya sea —insistimos— en los escenarios “a”, “b” y “c” que señalamos) por el juez sin participación del primero, por lo que tal excepción debe declararse improcedente. En otras palabras, la decisión precedente en la que, en nuestro caso, ha intervenido el juez supliendo o corrigiendo la calificación normativa y en la que no ha intervenido el demandado, sería vinculante para el juez que declara infundada la excepción.
- b. El demandado excepciona sobre una cuestión que ya ha sido resuelta anteriormente por el juez sin participación del primero, y este admite y declara fundada tal excepción emitiendo dos decisiones contradictorias (el auto que admite la demanda y el que declara fundada la excepción) sobre una misma cuestión. En otras palabras, la decisión precedente no sería vinculante para el juez que resuelve la excepción (Ariano 2003: 89).

Por la evidente vulneración del principio del contradictorio en el escenario “a”, nosotros optamos por el escenario “b” (que no deja de ser caótico). Sin embargo, hay aún más escenarios en los cuales el otorgamiento al juez de poderes de oficio vulnera el contradictorio como consecuencia del esquema “publicístico” del C.P.C.

Una vez que se han sido desestimadas las excepciones (en el caso de que se hayan planteado), el juez deberá emitir lo que denomina el C.P.C. como “auto de saneamiento” en cuál deberá verificar (otra vez) los presupuestos procesales (y las denominadas condiciones de la acción). El art. 465 deberá expedir, de oficio y sin activar el contradictorio una resolución en la que declare la existencia de una relación jurídica válida, la nulidad y conclusión del proceso por defectos insubsanables de la relación; la concesión de un plazo en el caso de que los defectos de la relación sean subsanables. Insistimos en que la verificación de los

presupuestos procesales y de las condiciones de la acción de la acción puede implicar la calificación normativa por parte del juez de los hechos presentados por las partes y, en consecuencia, se abre la posibilidad (ninguna disposición lo prohíbe) de que tal calificación normativa sea diferente a la planteada por las partes. En otras palabras, el juez, mediante el auto de saneamiento puede declarar de oficio y sin activar el contradictorio la nulidad de la relación jurídico procesal (y la conclusión del proceso) tomando como base una calificación normativa de los hechos diferente a la presentada por las partes.

Entonces, a modo de resumen de la articulación del *iura novit curia* y el contradictorio en la etapa postulatoria, podemos decir que el C.P.C. ha legitimado un sistema “publicístico” que subordina a las partes frente al juez, el cual, mediante sus decisiones, está facultado para vincular a aquellas con la calificación normativa que él mismo haga de los hechos sin activar previamente el contradictorio entre las partes.

2.2. La etapa decisoria

El objeto de esta etapa es poner fin al proceso con el dictado, de parte del juez, de una resolución sobre el fondo poniendo fin a la controversia en base a lo que resulte de lo actuado. En esta etapa nos limitaremos a analizar brevemente la señalada articulación del *iura novit curia* y el contradictorio en la etapa decisoria del proceso de primera instancia.

El art. 121 C.P.C. regula dos tipos de sentencias: las de fondo (que resuelven la controversia), y las de mera absolución de instancia (que no resuelven la controversia). En efecto, el C.P.C. permite que el juez, de oficio y una vez llegada la etapa decisoria, no se pronuncie sobre el fondo de la controversia, que pueda pronunciarse nuevamente (insistimos nuevamente, de oficio) en la sentencia sobre la validez de la relación jurídico procesal al igual que en la calificación liminar de la demanda y en la etapa de saneamiento. Esto significa las puertas están abiertas para que el juez se pronuncie con una calificación normativa de los hechos diferente a la presentada por las partes; y, peor aún, que en base a esa calificación declare nula la relación jurídica y, por ende, concluido el proceso. Esta posibilidad es reforzada por el inc. 4 del art. 122, según el cual juez podrá denegar una “petición por falta de algún requisito o por

una cita errónea de la norma aplicable”. En este caso, deberá indicar en la sentencia de forma expresa el requisito o norma correspondientes.

Entonces, a modo de resumen de la articulación del *iura novit curia* y el contradictorio en la etapa decisoria, en esta se sigue la tendencia señalada en las etapas postulatoria y de saneamiento. Es decir, como producto del esquema “publicístico” (o, más bien, autoritario), se subordina a las partes frente al juez el cual puede vincular a las partes con su calificación normativa de los hechos sin antes activar el contradictorio entre las partes.

IV. EL *IURA NOVIT CURIA* Y EL CONTRADICTORIO EN EL PROYECTO DE REFORMA 2018 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

En el año 2016 por medio de la Resolución Ministerial N.º 0299-2016-JUS, modificada por Resolución Ministerial N.º 0181-2017-JUS, se constituyó el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras respecto al Código Procesal Civil, acogiendo los desarrollos jurisprudenciales, los aportes de la doctrina procesal civil, y del derecho comparado.

Tal Grupo de Trabajo estuvo presidido por Giovanni Priori y conformada por Dante Apolín, Nelson Ramírez, Christian Delgado, entre otros. Además, contó con el apoyo de destacados procesalistas extranjeros como los brasileros Luis Guillermo Marinoni y Fredie Didier Jr.

En esta parte del trabajo se analizarán las propuestas que han elaborado el Grupo de Trabajo con respecto a la regulación del *iura novit curia* y el contradictorio y, sobre todo, la articulación de estas figuras mediante la comparación con el C.P.C.

1. La regulación del *iura novit curia* y el contradictorio en el Proyecto de Reforma 2018 del Código Procesal Civil

El Proyecto de Reforma (en adelante, P.R.) es el primero en su tipo que positiviza en un Código el contradictorio como principio. En efecto, el artículo VII de su Título Preliminar señala lo siguiente:

Artículo VII. Contradictorio. En todas las etapas del proceso, previamente a resolver cualquier cuestión, el juez otorga a las partes la

oportunidad de manifestarse, aunque se trate de una materia sobre la cual deba actuar o decidir de oficio. El juez fundamenta su decisión a partir de las alegaciones de las partes.

Para el cumplimiento de este deber el juez puede fijar audiencias, convocar a los abogados a entrevistas en su despacho, por escrito o por cualquier otro medio que entienda adecuado.

Las excepciones a este deber estarán expresamente previstas en la ley.

La contundencia de este artículo rebela un enorme salto cualitativo con respecto al C.P.C. (al menos en este aspecto) pues, como señalamos anteriormente, el desarrollo del contradictorio de la partes constituye la esencia del proceso mismo. En efecto, este artículo le confiere de forma sólida el derecho a las partes a ser escuchadas antes de que el juez emita una decisión sobre cualquier asunto.

Sin embargo, el salto cualitativo no se ve reflejado en la regulación que el P.R. hace del *iura novit curia*, el cual está regulado en el artículo X del Título Preliminar, el mismo que señala:

Artículo X. Juez y Derecho El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Los jueces interpretan las disposiciones normativas conforme a la Constitución, así como a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, resguardando la efectividad de los derechos fundamentales e infra-constitucionales. Los jueces están obligados a respetar los precedentes vinculantes, y a garantizar la igualdad y la predictibilidad de la justicia. Todo juez está obligado a mantener estable y coherente su propia jurisprudencia, motivando aquellas decisiones en las que se aparte de ella. En caso de vacío de una disposición procesal, los jueces integran preferentemente por analogía. En caso esto no sea posible, los jueces aplican los principios generales.

En efecto, la sola regulación en este artículo del *iura novit curia* presenta una serie de deficiencias que pueden abrir una serie de escenarios perjudiciales para las partes en el proceso. En primer lugar, el artículo comete una falta de precisión al señalar que “el juez debe aplicar el

derecho”. En efecto, hubiera sido más preciso señalar que el juez debe aplicar, en vez de “el derecho”, la norma o conjunto de normas pertinentes, o en todo caso, las disposiciones normativas como señala en la segunda oración. En segundo lugar, el artículo no establece ninguna limitación concreta e intrínseca al *iura novit curia* como sí lo hace el C.P.C. En efecto, el P.R. no hace ninguna referencia a que el juez “no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”. Esta omisión es, sin lugar a dudas, demasiado grave. Finalmente, no se hace ninguna alusión a que el juez, antes de fundar su decisión en una calificación normativa de los hechos diferente a la planteada por las partes, debe darles la oportunidad de que se pronuncien al respecto. En efecto, puede pensarse que la positivización del contradictorio en el artículo VII suple esta deficiencia. Sin embargo, nosotros pensamos que esta positivización debe ser el sustento y respaldo de la regulación del contradictorio previo en cada caso particular, sobre todo, en los aspectos que han sido y son más perjudiciales durante la vigencia del actual C.P.C. Pareciera que el P.R. comparte esta idea al regular el contradictorio previo en situaciones como en la tutela cautelar y la nulidad procesal, pero la soslaya en el *iura novit curia*.

En resumen, el P.R. representa una oportunidad perdida para consolidar el contradictorio previo frente a los poderes del juez, en especial, al *iura novit curia*.

V. LA INTERMITENCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DEL *IURA NOVIT CURIA*

En esta parte del trabajo analizaremos el desarrollo que ha tenido el *iura novit curia* y su especial vinculación con el principio de audiencia en nuestras altas cortes, ya sea siguiendo los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia o del máximo intérprete de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional (en adelante, T.C.). Nos concentraremos en revisar un aspecto muy particular y poco analizado (tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial) del *iura novit curia*: cómo y cuándo activar el derecho al contradictorio en los casos en los que el juez crea conveniente utilizar tal poder oficioso. Es en este tipo de situaciones

donde la labor de la jurisprudencia cumple un rol vital para el desarrollo de la práctica judicial: ella es un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y de aplicación del derecho (Taruffo 2007: 86).

1. Los pronunciamientos de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional

En la práctica judicial nuestra Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han tenido un desarrollo muy diverso abordando desde diferentes enfoques el *iura novit curia* y, además, resolviendo muchos de los problemas que genera esta potestad del juez. Sin embargo, nuestro estudio estará centrado, como mencionamos, en relación del *iura novit curia* y el derecho al contradictorio y si nuestras cortes de vértice se han pronunciado sobre ello.

Nuestra Corte Suprema de Justicia generalmente se ha pronunciado sobre la legitimidad de este poder aplicado por el juez donde “son las partes las que aportan al proceso los hechos y las pruebas y es el juez que conoce, aplica e interpreta el derecho pertinente”¹³. Asimismo, también se ha pronunciado sobre los límites que tiene el tribunal cuando aplica el *iura novit curia* dejando por sentado que el tribunal no puede resolver yendo más allá del petitorio “ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han alegado las partes”¹⁴.

En relación a la articulación del *iura novit curia* y el principio de audiencia podemos ver que ha tenido un desarrollo medianamente irregular. La casación N° 3564-2002- Lima da cuenta de cómo resuelven normalmente nuestras cortes de primera y segunda instancia. En la sentencia materia de casación el juez resolvió nulidad de acto jurídico por causal distinta al de la planteada en la demanda, a pesar de que en la audiencia de conciliación se fijaron los puntos controvertidos en base a nulidad de acto jurídico por causal fin ilícito y simulación absoluta. El juez en la sentencia concede la nulidad, pero en base a una causal distinta (objeto física y jurídicamente imposible). Sin embargo, indica

13 Véase la Casación N° 3164- 03- Cusco publicada el 3 de marzo de 2005 en el Diario Oficial del Perú El Peruano. Pág. 13841.

14 Véase la Casación N° 348-2006- Santa publicada el 2 de enero de 2008 en el Diario Oficial del Perú El Peruano. Pág. 21179.

expresamente “Que, la sentencia de vista, al sustentar su decisión en un argumento legal que no ha sido materia del petitorio ni materia controvertida, ha afectado el derecho del recurrente, que no ha podido ejercer su derecho de defensa al respecto”¹⁵.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación, pues como se evidencia hubo una afectación al debido proceso. Si bien es cierto no menciona textualmente al principio de audiencia propiamente dicho, se alude al mismo por medio de la utilización del término “derecho de defensa”. Pero la idea principal es que la parte demandada no puede ser sorprendida en la sentencia por una decisión oficiosa del juez que no fue materia de debate y que no le permitió argumentar en contra de esta nueva causal violando no solo el principio de congruencia, sino también el principio de audiencia.

Otra grave práctica judicial de nuestras cortes se evidencia en la Casación N° 2873- 2002- Lima, en donde en la sentencia recurrida la parte demandante solicitó una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, empero el juez resolvió (aplicando el *iura novit curia*) en la sentencia a favor del demandado por responsabilidad contractual infringiendo gravemente el principio de audiencia. Al respecto, La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Callao indicó que “a) se ha violado su derecho a la defensa por cuanto el Colegiado ha cambiado la naturaleza de las *Litis*, todo el proceso ha versado sobre una indemnización extracontractual, sin embargo, ha sustentado su fallo en normas que rigen la responsabilidad contractual, recortándose así su derecho a la defensa”¹⁶. Claramente resulta injusta y hasta arbitraria la en la que resuelve el juez sin permitir a las partes la oportunidad de argumentar ni de presentar sus medios de prueba para respaldar sus proposiciones.

Por otro lado, será nuestro Tribunal Constitucional quien a su manera da luces en este camino, pues en el expediente N° 0569-2003-CT/

15 Véase la Casación N.º 3564- 2002- Lima publicada el 1 de setiembre de 2003 en el Diario Oficial Peruano. Pág. 35644.

16 Véase la Casación N.º 2873- 2002- Lima publicada el 30 de setiembre de 2004 en el Diario Oficial El Peruano. Pág. 23669

TC, en su fundamento sexto, citando a Sara Taipei indica que “(...) sobre la base de la aplicación del principio de suplencia de queja deficiente, por aplicación del aforismo *iura novit curia* el juez tiene el poder- deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia” 17. De alguna forma, significa un avance porque al decirnos que el juez “dice el derecho antes de emitir sentencia podemos colegir que lo que el T.C. trata de decirnos es que las partes deben tener conocimiento de la decisión de aplicar esta potestad antes de la sentencia y que, de esta manera, puedan ejercer su derecho al contradictorio.

En esa misma línea de pronunciamiento, el T.C. pone un límite directo a la aplicación del *iura novit curia* y sus consecuencias en la afectación o violación del principio de congruencia, pues la STC 3151-2006- AA/TC menciona que “(...) a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos de las partes por las partes, para el efecto que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones constitucionalmente protegidos, verbigracia el derecho de defensa (...)”¹⁸. Como podemos notar, el Tribunal Constitucional tampoco hace un desarrollo sólido sobre la articulación del principio de audiencia y el *iura novit curia*, o al menos no es lo suficientemente claro y contundente para resolver la problemática surgida en torno estos.

No será sino hasta la sentencia del IX Pleno Casatorio Civil que surge en razón de una gran controversia jurisprudencial, pues se discutía si en un proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública era posible o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretendía formalizar. Ya todos conocemos el resultado de este Pleno Casatorio. Empero lo que trae a colación este precedente judicial vinculante es el buen desarrollo que le da al derecho al contradictorio y su influencia en los poderes de oficio e incluso la fundamental referencia que hace al *iura novit curia*.

17 Véase el EXP. N.º 0569-2003-AC/TC publicado el 5 de abril de 2004. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00569-2003-AC.html>.

18 Véase el EXP. N.º 3151-2005-AA/TC publicado el 17 de setiembre de 2008. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03151-2006-AA.pdf>.

Veamos el fundamento 59, las Salas Civiles Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia indican que:

“(…) el ejercicio, de oficio, de un poder por parte del juez debe previamente promover el contradictorio entre las partes. Justamente la apertura de este incidente contradictorio lo que remedia en gran medida la posible vulneración no solo del contradictorio, sino también del principio dispositivo y del principio de congruencia. En efecto, en relación al principio de congruencia, debemos decir que el artículo 219 del Código Civil y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil podrían conciliarse si entendemos que el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular”¹⁹ (el resaltado es nuestro).

Más adelante se indica que “(…) En relación al principio dispositivo, cierto es que en virtud de este corresponde a los particulares iniciar el proceso judicial y fijar los extremos de la controversia, empero, también es cierto que excepcionalmente le está permitido al juez incorporar al debate situaciones o cuestiones no alegadas por las partes como, por ejemplo, la caducidad, la actuación de medios probatorios de oficio, la aplicación de la norma correcta (*iura novit curia*) (...)”²⁰ (el resaltado es nuestro).

La referida sentencia, nos deja dos reflexiones muy importantes para los fines del trabajo. La primera es la consolidación del denominado contradictorio y su irradiación e influencia en todo el proceso, esto es, que en toda controversia surgida constituirá una obligación del juez promover o promocionar el contradictorio entre las partes. Dicho cambio de pensamiento se verá reflejado también en la regulación expresa del contradictorio como principio en el artículo VII del Título Preliminar propuesto por el P.R. La segunda es cómo nuestra práctica judicial resuelve el aparente enfrentamiento entre el principio dispositivo con los

19 Véase la Casación N.º 4442-2015-Moquegua publicada el 18 de enero de 2017 en el Diario Oficial El Peruano. pp. 7679-7680.

20 Véase la Casación N.º 4442-2015-Moquegua publicada el 18 de enero de 2017 en el Diario Oficial El Peruano. pp. 7679-7680.

poderes oficiosos del juez (siendo el *iura novit curia* un poder oficioso). Ya el Tercer Pleno Casatorio Civil nos daba una idea de la flexibilización de los principios procesales según la cual tal flexibilización (como el de la iniciativa de parte, congruencia, formalidad y preclusión) encuentra su justificación en la especial tutela de derechos. Pero nosotros debemos añadir y siguiendo las ideas del IX Pleno Casatorio Civil que el supuesto enfrentamiento entre el principio dispositivo y los poderes oficiosos del juez se resuelve con el efecto bisagra del principio de audiencia, pues permite articular, finiquitar y canalizar la controversia surgida. Entonces el elemento armonizador y democratizador en la aplicación del *iura novit curia* será la promoción de un contradictorio previo donde las partes puedan pronunciarse y presentar los medios probatorios de acorde a sus intereses.

En esa misma línea se pronuncia la casación N.º 428- 2014- Santa, resalta que “(...) en aras de la tutela jurisdiccional, el juez al aplicar el principio de *Iura Novit Curia* debe de hacerlo de acuerdo al caso concreto, cuidando de no modificar el objeto de la pretensión ni lo hechos de la demanda, y además, sin generar indefensión, afectar el derecho a la prueba y el derecho a la impugnación”. Por otro lado, nos dice que “es deber del juez aplicar este principio, a lo largo del proceso y no únicamente al pronunciar sentencia.”²¹

Este pequeño análisis de la práctica judicial peruana no es un indicador exacto o absoluto, sino que simplemente es una pequeña muestra del estado de las cosas en nuestra cultura jurídica procesal. Como se ha notado existe una especie de intermitencia o un tratamiento irregular del principio de audiencia en la aplicación del *iura novit curia*.

En síntesis proponemos que es necesario se realice una regulación expresa del principio del contradictorio en el artículo pertinente al *iura novit curia* ya que ello garantizaría la realización efectiva de este principio. El cual debería estar redactado de la siguiente manera:

21 Véase la casación N.º 428- 2014- Santa publicada el 30 de enero de 2017 en el Diario Oficial El Peruano. pp. 87384.

1.1. Artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil

“El juez tiene el deber de aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Para ello deberá previamente promover el contradictorio entre las partes con la finalidad de fijar los puntos controvertidos. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Consideramos que a través de la regulación específica de este principio en el contenido del *iura novit curia* se salvaguarda el derecho de las partes de conocer e influir en la utilización o aplicación de este poder del juez. La propuesta plantea creemos permite proteger el ejercicio pleno, adecuado y oportuno del principio de audiencia evitando así las decisiones unilaterales y arbitrarias del juez sobre la calificación jurídica.

V. CONCLUSIONES

1. Se han planteado diversas posiciones respecto al origen del *iura novit curia*; sin embargo, indistintamente de apegarnos a alguna de ellas consideramos que los aportes brindados hasta ahora son trascendentales, sobre todo porque nos permiten afirmar su existencia desde la antigüedad y en concreto considerarla como aquel instrumento utilizado en la práctica judicial con la finalidad de resolver diversas controversias.
2. El principio de audiencia debe ser entendido desde su concepción sustancial y en específico este enfoque vela por la activa y efectiva participación de las partes en todo momento del proceso, no acepta ninguna limitación injustificada a su ejercicio. Las partes son libres de desenvolverse e influenciar en la decisión que vaya a tomar el juez.
3. Nuestro Código Procesal Civil se ha estructurado y formulado bajo una perspectiva “publicística” del proceso según la cual el fin prioritario de todo proceso es lograr la paz social en justicia para lo cual se le ha concedido al juez amplios poderes y medios para el control del proceso afectándose de esta forma tanto la imparcialidad como el principio del contradictorio.

4. La articulación del *iura novit curia* y el contradictorio que se presenta en el C.P.C subordina a las partes frente al juez, el cual, mediante sus decisiones, está facultado para vincular a aquellas con la calificación normativa que él mismo haga de los hechos sin activar previamente el contradictorio entre las partes.
5. En el Proyecto de Reforma no se hace ninguna alusión a que el juez, antes de fundar su decisión en una calificación normativa de los hechos diferente a la planteada por las partes, debe darles la oportunidad que se pronuncien al respecto. En efecto, puede pensarse que la positivización del contradictorio en el artículo VII suple esta deficiencia. Sin embargo ello no es así y consideramos que dicho proyecto se presenta como una oportunidad perdida para consolidar el contradictorio previo frente a los poderes del juez, en especial, al *iura novit curia*.
7. En el ámbito jurisprudencial será el X Pleno Casatorio Civil quien desarrolle el derecho al contradictorio y su influencia en los poderes de oficio e incluso realiza una fundamental referencia al principio del *iura novit curia*.
8. Una regulación expresa del principio del contradictorio en el artículo pertinente al *iura novit curia* garantizaría su correcta aplicación por parte de juez y, sobre todo, protegería plenamente el derecho de las partes a influenciar en todo momento en esta actividad.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFARO, Luis

- 2014 “Evolución histórica y dogmática”. En: El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil, Barcelona: Editorial Bosch, p. 62.

ARIANO, Eugenia

- 2003 “Problemas del Proceso Civil”. Lima: Jurista Editores.

ARIANO, Eugenia

- 2016 “In Limine Litis. Estudios críticos de Derecho Procesal Civil”. Lima: Instituto Pacífico.

CALVINHO, Gustavo, & MEROI, Andrea

2007 “Iura Novit Curia y Decisión Imparcial”. Talca: Revista Ius et Praxis.

PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo

1956 “El Cambio de Punto de Vista Jurídico”. Madrid: Revista de Derecho Procesal.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés

2012 “Curso de Derecho Procesal Civil I”. Parte general. Madrid: Ramón Areces.

D’ORS ÁLVARO y PÉREZ-PEIX.

1936 “Historias e Instituciones del Derecho Privado Romano”. Madrid: Marcial Pons.

BETTI, Emilio

1936 “Diritto processuale civile”. Roma: Società editrice del Foro italiano.

ESPINOZA, Juan

2015 “Introducción al Derecho Privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil”. Lima: Instituto Pacífico.

GIANOZZI, Giuseppe

1958 “La modificazione della domanda nel processo civile”. Giuffré: Milano.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

2003 “La Formación del Proceso Civil peruano”. Lima: Comunidad.

MONROY GÁLVEZ, Juan

2009 “Teoría General del Proceso”. Lima: Communitas.

ORMAZABAL, Guillermo

2007 “Iura Novit Curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda”. Madrid: Marcial Pons.

PRIORI, Giovanni. & ARIANO, Eugenia

2009 “¿Rechazando la justicia? El Derecho de Acceso a la Justicia y el Rechazo Liminar de la Demanda”. THEMIS, pp. 103-123.

SENTIS MELENDO, Santiago

1947 “Juez y Derecho”. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

TARUFFO, Michele

2007 “El precedente y la jurisprudencia”. En: *Precedente. Revista Jurídica*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad ICESI, Santiago de Cali, p. 86.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República

- Casación N° 4442-2015- Moquegua publicada el 18 de enero de 2017 en el Diario Oficial del Perú El Peruano. pp. 7664-7690.
- Casación N° 3164- 03- Cusco publicada el 3 de marzo de 2005 en el Diario Oficial del Perú El Peruano. p. 13841.
- Casación N° 348-2006- Santa publicada el 2 de enero de 2008 en el Diario Oficial del Perú El Peruano. p. 21179.
- Casación N° 3564- 2002- Lima publicada el 1 de setiembre de 2003 en el Diario Oficial Peruano. p. 35644.
- Casación N° 2873- 2002- Lima publicada el 30 de setiembre de 2004 en el Diario Oficial El Peruano. p. 23669.
- Casación N° 4442-2015- Moquegua publicada el 18 de enero de 2017 en el Diario Oficial El Peruano. pp. 7679-7680.
- Casación N° 428- 2014- Santa publicada el 30 de enero de 2017 en el Diario Oficial El Peruano. p. 87384.

Sentencias del Tribunal Constitucional

- Exp. N° 0569-2003-AC/TC publicado el 5 de abril de 2004. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00569-2003-AC.html>.

- Véase el EXP. N° 3151-2005-AA/TC publicado el 17 de setiembre de 2008. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03151-2006-AA.pdf>.

Sentencias de la Corte Inteamericana de Derechos Humanos

- Caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia. Excepciones Preliminares y reconocimiento de responsabilidad. Sentencia emitida el 7 de marzo de 2005. Párrafo 57. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.
- Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar Fondo, Reparación y Costas. Emitida el 19 de mayo de 2011. Párrafo 100. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp1.pdf.

LA DESPROTECCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR FRENTE A LA LIMITACIÓN QUE ESTABLECE EL CÓDIGO EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 178° DE FRAUDE PROCESAL*

RESUMEN: El siguiente trabajo aborda la problemática existente en el artículo 178° del Código Procesal Civil peruano, que limita el uso de la tutela cautelar. Se empezará haciendo una breve crítica a la sentencia N° 00978-2012-PA del Tribunal Constitucional Peruano, que es fundamental para esta investigación. Asimismo, se realizarán propuestas legislativas que a nuestro criterio reforzarán el uso de la tutela cautelar en los procesos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

PALABRAS CLAVE:

Tutela Cautelar, Medidas Cautelares, Seguridad Jurídica, Justicia, Nulidad de la Cosa Juzgada Fraudulenta

ABSTRACT: The following paper addresses the actual problems of the article 178° of the Peruvian Civil Procedure Code, which restricts the interim protection. We will begin by making a brief criticism of sentence N° 00978-2012-PA of the Peruvian Constitutional Court, which is essential for this investigation. Additionally, legislative proposals will be made with our criteria in order to reinforce the usage of the interim protection in processes of the nullity of fraudulent res judicata.

KEY WORDS:

Interim protection, Precautionary measures, Legal certainty / Legal security, Justice, Nullity of the fraudulent res judica

SUMARIO: I. Introducción.— II. Contenido.— 1. *Ratio legis* de la norma.— 2. Propuesta Legislativa sobre los alcances de la nulidad de la cosa juzgada Fraudulenta.— III. Conclusiones.— IV. Referencias bibliográficas.

* Taller de Investigación de Derecho de la Universidad del Pacífico. Universidad del Pacífico

I. INTRODUCCIÓN

Es de conocimiento público que el país está enfrentando una difícil situación, la corrupción encabeza el primer lugar de los problemas; a su vez la colusión y el fraude procesal, modalidades de esta, figuran como las más usadas para manipular la decisión final de los procesos en favor de una de las partes o un tercero. Una norma que busca combatir ese escenario es el artículo 178, el mismo que habilita la posibilidad de discutir en un proceso independiente si una sentencia fue emitida con vicios de colusión o fraude procesal.

Lamentablemente hemos encontrado serios cuestionamientos a su contenido, los mismos que serán enunciados y desarrollados a lo largo del presente trabajo, pues responden al derecho a la tutelar cautelar, cuya función en el plano subjetivo es actuar como garantía del individuo respecto de la situación jurídica que ha sido llevada al proceso para ser protegida, mientras que en el plano objetivo es garantizar el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado Constitucional. En ese orden de ideas, los puntos controvertidos son los siguientes: a) el proceso de la cosa juzgada fraudulenta se encuentra sometida a un plazo fijo, lo que supedita la función de extraordinario auxilio que debería cumplir; b) no establece el juez competente para conocer las demandas de nulidad de cosa juzgada fraudulenta; c) se critica la oportunidad para el planteamiento de la impugnación, pues se establece que se debe interponer hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuera ejecutable; lo que resulta realmente absurdo porque se tiene claro no necesariamente se conocerá del fraude en un plazo de seis meses; un claro ejemplo de ello es el caso Madre Mía, donde precisamente fue este límite el que impidió que se pudiera apelar al recurso de cosa juzgada fraudulenta para verificar la validez jurídica de la sentencia emitida en agosto del 2009, pues se descubrió que el proceso contaba con irregularidades como la compra de testigos; d) finalmente, y la situación que consideramos más importante es que nuestro Código limita la posibilidad de solicitar medidas cautelares a las inscribibles, el propósito de tal restricción ha sido velar por la seguridad jurídica, no obstante, en la práctica ha resultado ser un obstáculo para combatir el fraude procesal y lograr la finalidad de la norma, dado que de una resolución originada en una conducta fraudulenta que por su

propia naturaleza es delictual, resultaría muy difícil revertir las cosas al estado anterior y posiblemente implicaría un proceso tanto o más complicado que el anterior, lo que resultaría perjudicial si lo que buscaba con la norma es otorgar protección frente a comportamiento como la colusión o el fraude.

Desarrollamos el presente trabajo partiendo de la premisa que reformar la configuración del artículo 178 le concedería validez y mayor seguridad jurídica a las sentencias que adquieran la calidad de cosa juzgada.

II. CONTENIDO

1. *Ratio legis* de la norma

Previo a proseguir con el análisis de la presente norma, es importante analizar qué es lo que exactamente busca. Para ello, se citan dos posiciones que indican su objetivo: para Eugenia Ariano Deho, *“la función del artículo 178° del C.P.C es (rectius, debería ser) la misma que cumple la revisión penal: ser...remedio (extremo y heroico) frente a una decisión firme que ex post se revela como producto de una “contaminación” de la actividad decisoria del juez”* (Ariano Deho 2005: 3-11). Por ende, cumplir una función de revisión, similar a otras figuras procesales como la casación y el prevaricato, aunque en ambos casos se va contra una sentencia y no contra una reconocida como cosa juzgada. Por otro lado, Juan José Monroy Palacios la define como *“... una de las instituciones menos comprendidas y – lamentablemente – más utilizadas como es la nulidad de cosa juzgada fraudulenta...originalmente concebida como una medida excepcional, ha sido empleada como “instancia” adicional...o también como una nueva oportunidad de discutir una materia ya resuelta por un proceso concluido”* (Monroy Palacios: 45). En este caso, se define esta figura como una ventana a una especie de instancia suprallegal, pues si bien nace siendo un remedio para casos extremos al ir contra la decisión del juez, se utiliza para discutir una materia ya resuelta, lo cual va en contra de la finalidad de la cosa juzgada. Sin embargo, con el tiempo se ha ido limitando aún más el margen de acción de esta figura, pues en el año 1999 la Ley No. 27101 redujo los supuestos para la aplicación de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta. Así, antes se podía solicitar en cuatro supuestos:

dolo, fraude, colusión o afectación del debido proceso. La mencionada ley le redujo los supuestos a dos, solo para el caso de fraude o colusión¹. Con este cambio, si bien se limitó a solo dos supuestos el uso de dicho remedio, no ha cambiado su finalidad con la cual fue creada, la cual es ser un mecanismo para buscar la nulidad en casos la decisión sea firme. Aún más, siguiendo el punto de vista de Monroy Palacios, sigue siendo una ventana para poder lograr una especie de tercera instancia. Luego de analizar la razón de su creación y una vista general de su uso, cabe entender los efectos que la aplicación de esta genera. Para empezar, la gran mayoría de demandas de nulidad de cosa juzgada fraudulenta terminan siendo desestimadas (Monroy : 282-289). Para Carrión Lugo, la finalidad de la figura es la de *“invalidar una sentencia obtenida en un proceso mediante artificios fraudulentos, afectándose naturalmente el derecho a un debido proceso”* (Carrión 2000 : 403). Sin embargo, la figura sigue estando vigente hoy en día, lo cual genera la sensación de indefensión si consideramos que este remedio va contra la cosa juzgada, motivo por el cual atenta contra la seguridad jurídica más que para brindar una nueva oportunidad al solicitante. Considerando la reducción de supuestos para la aplicación de esta figura, y que la gran mayoría de veces que este remedio ha sido invocado termina siendo desestimado, el objetivo con el que fue creado ha quedado relegado con el tiempo.

2. Propuesta Legislativa sobre los alcances de la nulidad de la cosa juzgada Fraudulenta

2.1. Medida cautelar

Siguiendo la misma línea de lo señalado anteriormente es prudente comenzar el análisis (*de los muchos problemas que tiene el artículo 178° del Código Procesal Civil que genera una desprotección de la tutela cautelar*²), con lo referente a las medidas cautelares³ que se pueden solicitar en

1 Artículo 178 del Código Procesal Civil.

2 Cabe señalar que la *“Tutela Cautelar”* para el ordenamiento peruano parte del derecho fundamental de la tutela jurisdiccional que debe ser materializado en la realidad. Para poder lograr dicho objetivo, que busca la eficacia y efectividad de las decisiones del proceso, se logra mediante una serie de instituciones como las medidas cautelares.

3 Como es menciona Martín Hurtado Reyes en su libro (...), *“la Tutela Jurisdiccional Di-*

un proceso de nulidad de la cosa juzgada fraudulenta (NCJF). Así, el artículo 178° del C.P.C. en su tercer párrafo establece que: “*En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles (...)*”, por lo que, de primera intención, se podría pensar que las únicas medidas cautelares inscribibles⁴ aplicables a estos procesos son: el embargo en forma de inscripción (artículo 656 del C.P.C) y la anotación de demanda (artículo 673 del C.P.C). El primero solo abarca los bienes muebles e inmuebles registrados del deudor y se ejecuta al anotar en el registro el monto de la afectación. El segundo, tiene una finalidad de publicidad registral y no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida. Como es notorio de la lectura de ambos artículos, ninguna de estas dos alternativas es la más adecuadas para prevenir un perjuicio irreparable en un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pues en el caso de la primera, no aplica ya que, tal como se menciona en el artículo 642° del C.P.C. sobre el embargo, solo procede cuando la pretensión principal es apreciable en dinero. Y en el caso de la segunda, no tiene un mayor impacto sobre la cosa juzgada fraudulenta pues su función es más que nada de publicidad registral. En consecuencia su principal finalidad es la futura ejecución forzada. Nos encontramos entonces frente a una limitación de la tutela cautelar.

En palabras de Martín Hurtado Reyes, que reflexiona sobre este tema, “esto llegaría a ser algo inconcebible bajo la óptica que el legislador haya restringido expresamente el uso de medidas cautelares en los procesos donde se tramita una pretensión impugnatoria, pues ello limitaría la concesión de la tutela cautelar sólo a bienes o derechos regis-

ferenciada promovida en nuestro ordenamiento por Monroy Gálvez, está conformada por la tutela preventiva, la tutela inhibitoria, la tutela de urgencia con el objetivo de neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela del proceso”. De la misma manera, señala Juan Francisco Rosario Domínguez que, “la tutela jurisdiccional diferenciada comprende los denominados procesos urgentes [...] que cumplen una importante función en el proceso, esto es la satisfacción del objeto pero en un momento tradicionalmente no previsto. De esta manera, se plantea en un enfoque especial la incidencia del factor tiempo en la vida del proceso”.

- 4 Otras medidas cautelares que son susceptibles de inscripción en un registro jurídico, administrativo o societario es la medida cautelar genérica prevista en el artículo 629 y las medidas innovativas y de no innovar contenidas en el artículo 82 y 687 del C.P.C.

trados, es decir, que estén sujetos a un registro jurídico, administrativo o societario o que sean susceptibles de inscripción, siendo inaceptable que en el proceso donde se tramita una pretensión, por la cual se busca la rescisión de una sentencia o resolución interlocutoria afectada por fraude, no tenga el actor la posibilidad de hacer uso de la variedad de medidas cautelares que prevé nuestro código adjetivo. Así, el límite de la tutela cautelar en estos procesos son las medidas cautelares inscribibles, lo que implica que el autor solo puede hacer uso de esta tutela cuando en el objeto del proceso que se impugna esté vinculado a un bien o derecho inscrito, caso contrario sería de plano improcedente su expedición” (Hurtado 2014 : 60) . Por lo que, concordamos con Martín Hurtado Reyes de que en este aspecto la norma debe ser mejorada y no se debe hacer ningún tipo de distinción para la concesión de medidas cautelares en un proceso donde se tramita una pretensión impugnatoria, por el contrario es posible que existan situaciones basadas en urgencia que merezcan el otorgamiento de medidas cautelares que sirvan no solo para garantizar el cumplimiento de la decisión final sino para que previamente se permita variar o modificar una situación de hecho o derecho existente al momento de interponer la demanda, o cautelar bienes o derechos que motiva la interposición de la demanda.

En este sentido, de lo citado en el último punto del párrafo anterior debe precisarse cuáles medidas cautelares necesarias deben ser incluidas para una mejor aplicación de la tutela cautelar. Además es importante mencionar los tipos de medidas cautelares regulados en nuestro Código Procesal Civil; son tres: *las medidas cautelares para futura ejecución forzada*, que ya han sido mencionadas en los primeros párrafos; *las medidas innovativas*, que consisten en dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda y se puede dictar en procesos de interdicción, cautela posesoria, abuso de derecho y los que traten sobre el derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz; y, finalmente *la medidas no innovativas* (art. 687° C.P.C) que según la casación N° 2479-2014-Callao, “*esta medida cautelar de no innovar o también conocida como prohibición de innovar, es aquella en la que con mayor claridad se evidencia el efecto cristalizador de las medidas cautelares, las consecuencias inhibitorias de las actividades de las partes sobre bienes en juego en un litigio. Esta medida tiene por finalidad impedir que mientras dure*

el pleito, alguna de las partes realice movimientos o actos jurídicos o de hecho que alteren la situación existente, y por ende afecten o frustren los derechos de la contraparte. Se encuentra dirigida a mantener el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de ser admitida la demanda, para poder garantizar la eficacia de la sentencia a dictarse posteriormente” (Cárdenas 2018).

Del mismo modo, cabe precisar la diferencia entre estas medidas pues “la medida cautelar innovativa se distingue por ser más excepcional que la de prohibición de innovar, porque adelanta los efectos de la sentencia de mérito como si la misma hubiera sido fundada, situación que reviste un riesgo mucho mayor. No es suficiente para dicha medida la contracautela en forma de caución juratoria para garantizar el resarcimiento de los posibles daños que pudiera ocasionar la medida. Además de los presupuestos señalados en el artículo 611 del C.P.C requieren también la irreparabilidad del perjuicio, es decir que el peticionante debe acreditar al juez, que si no se hace ahora lo que pide, nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene”. (Exp. N.º 17518-98 del 02/11/1998. Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima)⁵ (1998).

Basándonos en lo dicho anteriormente, argumentamos que en el caso de realizarse una reforma de la medida cautelar en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, este debería abarcar las medidas cautelares de tipo no innovativa cuando se haya detectado el fraude intra proceso y la innovativa cuando la sentencia que se ha dictado vulnerando el debido proceso ya haya sido ejecutada. Respecto a la primera, como dice la doctora Ledesma Narvaez, citada por Miguel Silva Ormeño, la medida cautelar no innovativa “tiene un sentido conservador, porque se orienta a evitar que la realidad cambie para que sea eficaz la decisión final. Implica impedir las modificaciones, mientras dura el proceso, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de disponerse la medida, desechándose en consecuencia la posibilidad que mediante ésta se restablezcan situaciones que hubiesen sido modificadas con anterioridad a ese momento” (Ormeño 2016 : 13). Incluir este tipo de medidas, garantizaría una tutela efectiva ante

5 Expediente N° 17518-98. Sentencia. Poder Judicial, 1998 11 de noviembre 1998. Consulta: 1 de septiembre del 2018.

la posible ejecución de sentencias plagadas de fraude procesal, a diferencia de las inscribibles cuyo aporte es ínfimo y dejan a las personas a merced del “sistema de injusticia” que existe actualmente en el Perú. Como bien menciona el abogado Raúl F. Cárdenas, “la delincuencia en nuestros tiempos, está caracterizada por la proliferación de los delitos contra la administración de la justicia, ya que para el delincuente “refinado” y “preparado”, los tribunales pueden ser un trampolín, sin riesgos aparentes, por ser menos peligrosos y más fructíferos que otras formas de mayor brutalidad o violencia para viciar la voluntad de los juzgadores”. (Cárdenas 2018).

Análogamente una medida cautelar de tipo no innovativa ayudará a garantizar realmente la búsqueda de la justicia y la verdad. Sobre todo por el contexto político en el que se encuentra Perú, la lucha contra la corrupción se torna cada vez más difícil y es necesario contar con mecanismos que aseguren la tutela del justiciable. Hoy en día no es sorprendente encontrar casos en los cuales jueces que pertenecen al Tribunal Constitucional o a la Corte Suprema de Justicia cometan irregularidades para, por ejemplo, dilatar un proceso o involucrarse a tal grado de obtener a toda costa una sentencia que perjudique a quien busca proteger el proceso a beneficio de un tercero. Es vital que en casos en los que por ejemplo, se ordene la demolición de un inmueble porque ha quedado acreditado mediante documentos que el terreno es propiedad de una de las partes, quien además quiere venderlo (solicita que se destruya la casa en su propiedad), sin embargo dentro del proceso se descubre que los documentos han sido falsificados. En este caso, el Juez debe proceder a favor de la persona que ha sido afectada con la conducta fraudulenta, puesto que de no hacerlo, y en el supuesto de que se llegue a ejecutar una sentencia que vulnere derechos fundamentales, el daño sería irreparable. Citando la tesis “La Tutela Jurisdiccional de la Víctima del Fraude Procesal” del Dr. Juan Astahuamán Baldeón, “el principal enemigo del proceso es el tiempo. Y es contra ese tiempo que las medidas cautelares tratan de luchar” (Huamán 2017 : 9). Asimismo, en palabras del Dr. Raúl Castro, “se procura evitar que el componente dilatorio de todo proceso, en cuanto al trámite del mismo con arreglo a Ley; perjudique los bienes jurídicos que se pretendía hacer valer dentro del mismo proceso” (Veramendi).

Respecto a las medidas innovativas, estas servirían para que, en el supuesto de que ya se haya emitido la sentencia, aquella quedaría sin efecto hasta que se resuelva el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Así, en el hipotético caso de que en un juicio de alimentos, el demandado haya presentado un prueba de ADN que ha sido manipulada por el laboratorio, dando como resultado que aquel no es el padre del menor y, en consecuencia, emitiéndose una sentencia que declare infundada la demanda cuya pretensión era la pensión por alimentos a un menor de edad, este último quedaría desamparado pues no recibiría lo que le corresponde para el gasto en comida, ropa, salud y educación. En esta situación, una medida cautelar innovativa para que el demandado, en este caso, el padre, siga pagando una pensión es sumamente importante para proteger y velar por los derechos de ese niño hasta que se esclarezca el supuesto fraude procesal con la correspondiente investigación.

Como se ha evidenciado en párrafos anteriores, incluir en la reforma medidas cautelares innovativas y no innovativas dotan de mayor validez jurídica a al proceso en cuestión pues garantizan que se respete el derecho al debido proceso y contribuyen a la búsqueda de la justicia. Contrario sensu un sector de la doctrina opina lo contrario, por ejemplo, el creador del artículo 178º, Monroy Gálvez en una entrevista realizada por Roger Zavaleta en el año 1997, da a entender que, modificar este artículo generaría una inseguridad jurídica, pues permite que “se haga un uso de manera indiscriminada y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es una medida excepcional; solamente la debe emplear aquel, no que presuma que le han cometido un fraude procesal, sino que esté en condiciones de pedirla y eso es una cosa rarísima, entre otras cosas porque regularmente el sujeto fraudulento no deja huellas. De modo que, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es una institución absolutamente marginal, su uso es totalmente excepcional, eso es importantísimo tenerlo en cuenta porque de lo contrario el asunto se desarrolla mal” (Huamán 2017: 9).

Es pertinente recordar que la seguridad jurídica es, tal como menciona Fernando Sainz Moreno, la “cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro” (Sainz).

En el mismo sentido, Pérez Luño afirma respecto a la seguridad jurídica que esta “supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento” (Pérez 199). Respecto a lo señalado por Monroy, como se puede evidenciar al revisar consideramos que al permitir medidas cautelares diferentes a las inscribibles no atentan contra la inseguridad jurídica. Nos encontramos de acuerdo con Martín Hurtado Reyes quien señala que “es bastante obvio que en esta situación conflictiva veremos enfrentados dos valores fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico sustentatorio de un estado constitucional, social y democrático de derecho como son la seguridad jurídica y la justicia”. El mismo autor cita a Hitters quien expresa que “la seguridad jurídica debe ceder a la razón de la justicia, asimismo refiere que es innegable que el rango de la seguridad es inferior al de otros valores jurídicos, tales como la justicia. Por su parte Meglioli expresa que, por consiguiente, si se obtiene una sentencia judicial fruto de un proceso viciado sustancialmente, resulta imposible considerar que en tal decisión exista aplicación del derecho, quebrado en principio de seguridad jurídica lo contrario implicaría contravenir el orden jurídico preestablecido y propiciar la “inseguridad jurídica”. Asimismo, afirma que “si lo que se pretende es otorgar protección con tutela cautelar al demandante, considera que pese a la limitación, el juez puede expedir este tipo de tutela, teniendo el cuidado debido al inaplicar la norma procesal que contiene tal prohibición, la misma que resulta absurda, pues no solo las medidas susceptibles de inscripción son las que pueden garantizar una sentencia del derecho invocado con posibilidades de ejecución, si el fraude se ha podido detectar a través del análisis sumario que se haga de la verosimilitud del derecho invocado corresponderá entonces al juez adecuar la medida cautelar que mejor garantice los derechos e interés del actor en el proceso” (Hurtado 2014 : 59-60).

Finalmente, si bien el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se caracteriza por ser remedio excepcional, extraordinario y de extensión limitada no encontramos absurdo admitir la posibilidad de utilizar como herramienta de amparo a las medidas cautelares innovativas y de no innovar.

2.2. Inicio del cómputo del plazo

En la norma que aquí nos atañe se encuentran también otras deficiencias que impiden el correcto manejo de la tutela cautelar, como lo es el plazo y el problema de ante quien se interpone la demanda; es decir, el órgano competente. Se empezará analizando al primero, el cual se establece para poder interponer la demanda. Como bien menciona la profesora Eugenia Ariano refiere que “el aspecto más criticable de la regulación del art. 178 CPC, que es la madre de todas las dudas sobre nuestro instituto, es el relativo a la oportunidad para el planteamiento de la impugnación” (Ariano 2005), pues como se puede apreciar en el artículo 178⁶ existen dos momentos para la interposición de la demanda, en primer lugar que la sentencia sea “ejecutable” y en segundo lugar que no sea pasible de “ejecución”. Como menciona Juan Astuhuaman “en este último supuesto, se han presentado los mayores problemas, ya que cuando se ha interpuesto la demanda antes de que la sentencia de condena se ejecute, algunos juzgadores han considerado prematura esa interposición, mientras que en otras ocasiones se ha dado “luz verde” a las mismas.” Poniendo de ejemplo así a la Casación N° 1486-98/ Lima y la Casación N° 3346-99/Callao; y de las segundas, la Casación N° 3217-98/ Lima.

Primero es correcto aclarar que estimamos lógico que se establezca un plazo, pues la seguridad jurídica se encuentra de por medio y, del mismo modo, el cauce regular del sistema judicial en general. Además, no se debe olvidar que se trata de una sentencia definitiva, la cual si bien despliega sus efectos eventualmente se deberá detener para que el recurso de nulidad detenga la afectación de un derecho por causa del fraude pro-

6 Artículo 178.- Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.-
“Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas. Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título. En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles. Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso. Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal.”
(* Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Único de la Ley N° 27101, publicada el 05-05-99.

cesal cometido, entonces no se podrá o no se debería prolongar aquella incertidumbre respecto de su eficacia para la solución del conflicto.

Por ello, el inicio del cómputo de plazo no es un punto de limitada envergadura. Como se menciona en la sentencia del expediente 00978-2012-PA/TC, el plazo es determinante para asegurar la no afectación del derecho a la cosa juzgada: *“las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla...”*. Es, de este modo, que se respeta el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, la controversia existe en determinar desde cuándo este inicia.

Siendo el tiempo una variable determinante para que se decida una controversia, pues de lo contrario, de no ser este contemplado, puede llegar a parecer que se desvanezcan los derechos en cuestión al no recibir tutela razonable en un periodo que pueda afectar, deben ser las medidas cautelares clave para garantizar que ello no ocurra. Un plazo razonable, característica de una tutela cautelar efectiva, debe seguir el lapso legal, pero de no existir este, se debe considerar un tiempo en razón de los fines de la etapa procesal. Por supuesto, en virtud de esto, no se deben de vulnerar los derechos de ambas partes, por lo que deben de comprenderse las medidas por parte del afectado (en contra) para que se ejerzan acciones para reponer sus derechos.

Para considerar el inicio del cómputo de plazo también se debe distinguir entre sentencias. Una declarativa o constitutiva, al no requerir de acción alguna para empezar a afectar, iniciará su cómputo para su impugnación desde que se da la sentencia de cosa juzgada. Caso distinto es como cuando se requiere de la ejecución, mediante el *Ius imperium*, para realizar la sentencia. En esta última, doctrina nacional concuerda en que el cómputo se dé desde el momento en que la ejecución afecte a la persona.

Como precisa Juan Astuhamán citando a la profesora Eugenia Ariano, *“las sentencias meramente declarativas o constitutivas tampoco es que se hayan librado de problemas, ya que en ocasiones no se ha sabido cuándo adquieren la autoridad de cosa juzgada”*, generando dudas respecto al momento desde el cual computar el plazo para la in-

terposición de la demanda. Sin embargo, este mismo citando a Ariano menciona que, “el problema de fondo no está en si se puede demandar desde que la sentencia quedó firme o desde que se ejecutó, pues cuando se establece como único supuesto para “anular” una sentencia (o acto equiparado) firme el que ésta sea el resultado de una conducta fraudulenta, no es posible hacer correr el plazo para impugnarla (tal cual como si se tratara de un recurso ordinario), desde un momento fijo, sino que, de querer establecer un plazo, éste inevitablemente debería correr desde que se toma efectivo conocimiento de tal conducta que, por lo general, como ya se dijo, permanece oculta, vale decir, que no se desprende de la sentencia misma como sí lo puede ser, por ejemplo, un vicio de extra o ultra petición, una omisión de pronunciamiento o un cualquier error in iudicando” (Astuhumán 2017: 102-103). Y como señala Eugenia Ariano se viene vulnerando el derecho fundamental a la tutela.

En importante agregar también que el Código Procesal indirectamente establece que si el perjudicado con la decisión fraudulenta no la cuestiona dentro del plazo sino que por el contrario, consiente en ella, renuncia a su cuestionamiento y está dispuesto a tolerar sus efectos; lo que nos parece irracional, puesto que el fraude puede conocerse meses o hasta años después de culminado el proceso. Por lo tanto, se propone que el cómputo del plazo inicia desde que se toma conocimiento del fraude.

2.3. Órgano Competente

Asimismo, como ya se mencionó, existe un problema de ante quien corresponde presentar esta demanda, por lo que es pertinente entender tal como dice A. Flavio Saavedra “ que la demanda de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta es extraordinaria, autónoma y excepcional; por tanto, al presentarse ésta no se incorpora un nuevo incidente procesal en el caso sino que este se entiende como clausurado por la sentencia definitiva expedida por el juez y se estaría procediendo a la apertura de un nuevo caso en el cual se dilucidará si en el proceso anterior hubo fraude o colusión” (Canavi 2016 : 178-179). Teniendo en cuenta la situación descrita, se sabe que el juez que vio el proceso entre las partes

y expidió una sentencia firme no es más el competente para conocer nuevos conflictos entre los demandante y demandados.

Al respecto, sobre la competencia para conocer las demandas de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, el Código Procesal Civil no menciona ante quién se debe presentar la demanda; por tanto, se deduce que esta clase de demandas deben ser presentadas ante el juzgado especializado en civil.

Sin embargo, para Ana María Arrarte la competencia de poder conocer la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta debería depender de dos supuestos:

- “Si se imputa el fraude a las partes o a un tercero: En este supuesto Arrarte sostiene que la nueva demanda debería ser conocida por el juez anterior dado que él ya conoce el caso que origina la NCJF y le sería mucho más fácil detectar el fraude del que fue objeto.
- Si se imputa la realización del fraude a una actuación que involucra al juez: En este escenario Arrarte sostiene que la demanda debería ser vista por jueces diferentes a aquel quien expidió la sentencia, siendo siempre el jerárquico superior el competente para conocer el nuevo conflicto y a falta de este una sala diferente con la misma jerarquía.” (Arisnabarreta 1996 : 9)

En suma, se comprende que la demanda de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta no es un procedimiento accesorio al conflicto, ya resuelto por el juez, dado que este llegó a su fin con la expedición de una sentencia firme, sin embargo, se postula la competencia del juez para conocer la demanda de nulidad, si es que no se alega que éste mismo fue parte de la supuesta colusión o fraude, dado que al conocer los detalles del proceso anterior será mucho más rápido y esto beneficiará a ambas partes.

2.4. Redacción legal propuesta

Se han mencionado los problemas fundamentales que tiene esta norma en la actualidad, ahora nos compete redactar la propuesta del

articulado citado, pues creemos es necesaria la reforma para su correcto funcionamiento. De acuerdo con lo antes expuesto, la redacción legal debería ser la siguiente:

Artículo 178.- Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.-

“Puede demandarse en vía de proceso de conocimiento la nulidad de la sentencia con autoridad de cosa juzgada hasta dentro de seis meses computables desde que la decisión adquirió tal calidad, o en su defecto, desde que el demandante estaba en aptitud de conocer del fraude.

El juez competente es el que conoció del caso en primera instancia siempre que no estuviese involucrado con las personas responsables del fraude procesal, de lo contrario, será competente el juez especializado, de paz o de paz letrado de la Sala Civil de turno del Distrito Judicial correspondiente.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero que ha sido directamente perjudicado con el fraude cometido, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles, y excepcionalmente, en tanto se acredite el fraude procesal con medios probatorios que proporcionen al juzgador probabilidad, además del ofrecimiento de contracautela real, el juez podrá conceder medidas cautelares innovativas y de no innovar.

Si la sentencia declara fundada la demanda, se repondrán las cosas al estado anterior a la producción del fraude procesal. El juez deberá ordenar la restitución de las prestaciones ejecutadas. De lo contrario, si la sentencia declara infundada la demanda, el demandante deberá pagar las costas y costos doblado, además de una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal.”

Es pertinente mencionar que si bien la norma anterior cumple con algunos de los presupuestos de validez jurídica; por ejemplo, como ser emanada por un órgano competente por medio de un procedimiento establecido; esta no llega a ser conforme a normas superiores, ya que como ha quedado demostrado, al restringir expresamente el uso de medidas cautelares se deja de tutelar derechos fundamentales, protegidos por la nuestra Constitución Peruana, siendo así que a nuestro criterio esta no es válida.

En el mismo sentido el plazo para demandar la nulidad de la sentencia con fraude, se debe computar como se ha señalado anteriormente desde que el demandante se encontraba en aptitud de conocer el fraude procesal. Asimismo, respecto a la competencia del juez se debería permitir que en aquellos casos en los que estos no se encuentren involucrados, sean ellos ante quien se les presente la demanda, pues facilitaría el proceso – debido a que ya tienen un conocimiento del caso- para una rápida tutela de derechos.

III. CONCLUSIONES

Tomando en consideración los puntos desarrollados y siendo coherentes con la situación que se vive en el país nos resulta de vital importancia que se realice una reforma del artículo 178 del Código Procesal Civil, de modo que:

- Respecto a medidas cautelares, se deben incluir las de tipo innovativas y de no innovar siempre que se acredite el fraude procesal con medios probatorios que proporcionen al juzgador una intensa apariencia del derecho invocado para evitar caer en abusos y otorgarle mayor seguridad jurídica a la parte perjudicada.
- Respecto al plazo para demandar la nulidad de la sentencia con fraude, proponemos que se compute desde que el demandante se encontraba en aptitud de conocer el fraude procesal. La sugerencia, aunque parece excesiva se encuentra justificada, debido a que el fraude es una figura cuyo tratamiento debería ser estricto, y cuyo daño podría devenir en irreparable si el cálculo del plazo se da solamente cuando la sentencia haya sido ejecutada.
- Respecto a la competencia del juez del primer proceso judicial, se debería permitir que en aquellos casos donde no esté siendo involucrado, como parte de la colusión o fraude, este pueda conocer el nuevo proceso puesto que ya conoce el caso que origina la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta y por tanto podrá avanzar con mayor rapidez.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

N.º 17518-98 (Corte Superior 02 de 11 de 1998).

ARIANO DEHO, E. (2005). La llamada “nulidad de cosa juzgada fraudulenta”: Una impugnación llena de dudas en Cuadernos Jurisprudenciales (Vol. Número 44). Lima: Gaceta Jurídica.

ARISNABARRETA, A. M. (s.f.). Alcances sobre la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta. Lima: IUS ET VERITAS.

BALDEON, J. A. (2017). La Tutela Jurisdiccional de la víctima del fraude procesal. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CANAVI BRAIN, R. (2016). Código Procesal Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.

CARRION LUGO, J. (2000). Tratado de Derecho Civil. Lima.

CARDENAS, C. (10 de 02 de 2018). Legis.pe. Obtenido de <https://legis.pe/tutela-cautelar-tramite-tipos-christian-cardenas-manrique/>

FLORES, E. V. (2012). Nuevo presupuesto de la medida cautelar: La Razonabilidad. Lima: Boletín de derecho UPSJB.

GARRIDO, C. S. (2015). Práctica del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil II. En C. S. Garrido, Práctica del Derecho Civil y Derecho Procesal Civil II (pp. 30-39). Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

HURTADO REYES, M. (2014). Derecho Procesal Civil. Lima: Moreno S.A.

MONROY PALACIOS, J. (s.f.). “Alunos aspectos sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Ius Et Veritas, Número 18.

MORENO, S. (s.f.). Enciclopedia Jurídica. Recuperado el 1 de septiembre de 2018, de Enciclopedia Jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad-juridica/seguridad-juridica.htm>

ORMEÑO, M. Á. (2016). Medidas Cautelares de no innovar. Lima.

PEREZ LUÑO, A. (1991). Enciclopedia Jurídica. Obtenido de Enciclopedia Jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad-juridica/seguridad-juridica.htm>

RIOSECO, R. F. (2014). Fraude Procesal. Porrúa.

VERAMENDI FLORES, E. (s.f.). Boletín de derecho. Recuperado el 1 de septiembre de 2018.

DECONSTRUCCIÓN DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO*

Problemas en la recepción normativa

*“No es que tengamos poco tiempo,
Sino que perdemos mucho”
Séneca*

RESUMEN: A raíz del fenómeno de reforma del nuestro Código procesal civil, se ha evidenciado que la institución de la *tutela anticipada* ha sido más desarrollada, y a partir de esto, cuando se produce la inclusión de “nuevas instituciones”, lleva consigo la importación de éstas a países como el nuestro. En este caso la institución regulada en nuestro proyecto de reforma, tiene gran similitud con el modelo brasileño ya legislado. Lo que se busca con el presente trabajo es realizar un análisis crítico de los presupuestos para la concesión de esta medida, y si realmente estas se adecuan a nuestra realidad jurídica cultural, puesto que la realidad brasileña puede diferir con el modelo que nosotros buscamos. Entonces, lo que realmente buscaríamos es un modelo de tutela anticipada desarrollada en nuestro país con nuestras propias reflexiones críticas a modelos extranjeros.

PALABRAS CLAVE: Tutela anticipada, presupuestos, recepción normativa, evidencia, urgencia.

ABSTRACT: Following the phenomenon of reform of our Civil Code of Procedures, it has been shown that the institution of Early guardianship has been more developed, and from this, when the inclusion of “new institutions”, carries with them the importation of these to countries like ours. In this case, this institution regulated in our reform project, has great similarity with the Brazilian model already legislated. What is wanted with the present work is to carry out a critical analysis of the requirements* for the granting of this measure, and if these are really adapted to our cultural legal reality, since the Brazilian reality can differ with the model that we are looking for. Then, what really would look for is a model of Early guardianship developed in our country with our own critical reflections to foreign models.

KEYWORDS: Early guardianship, Procedural Requirements, Normative reception, Evidence Urgency

* Centro de Investigación de Derecho Procesal. Universidad Inca Garcilaso de la Vega

SUMARIO: I. Introducción.— II. Comparación jurídica y tutela anticipada.— 1. Trasplante legal y Comparación jurídica.— 2. Modelo Brasileño de tutela anticipada.— 3. Secuela en sus presupuestos para obtención.— III. Presupuestos de la tutela anticipada en el PRCPC.— 1. Rebeldía.— 2. Ejercicio abusivo del derecho de defensa.— 3. Defensa en argumentos manifiestamente inconsistente.— 4. Desconocimiento de precedente.— IV. Tutela anticipada y presupuestos en la experiencia comparada.— 1 Modelo italiano.— 2. Modelo uruguayo.— 3. Modelo colombiano.— V. ¿La utilización de esta nueva forma de tutela anticipada?— 1. Repensando los presupuestos de la tutela anticipada de evidencia.— 2. La celeridad ante la verdad.— VI. Conclusiones.— VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El Perú está pasando por un momento muy importante para el Derecho Procesal, es el Proyecto de Reforma (en adelante PRCPC) quien está marcando las posibles nuevas instituciones a implementarse a nuestro Código Procesal Civil (en adelante CPC). Uno de los tantos cambios que sugiere es la inserción de la Tutela Anticipada, un instituto que es muy polémico en la doctrina procesal comparada. Nuestro país ha decidido entrar en ese debate en mayor magnitud, ya que esta se ha abandonado por instrumentos procesales como la “medida temporal sobre el fondo y la “medida anticipada”, porque a través de éstas se evidenciaba que “dichas medidas en la práctica vienen siendo concedidas de manera muy restrictiva por los jueces nacionales, por lo que es necesario una interpretación menos literal y más finalista de las normas procesales [...] la tutela anticipada guarda grandes coincidencias con las medidas cautelares, por su especial naturaleza y diferencias doctrinales, es necesario que su regulación a futuro sea realizada de manera independiente de aquellas” (Rosario 2006: 72). Esta diferenciación es lo que se pretende, al cambiar el Título IV de Proceso Cautelar por el *nomen iuris* Tutela Provisional, ésta a la vez, dividiéndose en el art. 609 Tutela Cautelar y en el art. 610 Tutela anticipatoria.

Este cambio es porque el proceso ordinario se realiza en un lapso de tiempo amplio, que puede generar riesgos al momento de efectivizar el derecho material. Por este problema detectado surgió la tutela de urgencia que “en el plano procesal estamos aludiendo a la necesidad de otorgarle protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria [...] la referida tutela se puede clasificar

en: a) tutela de urgencia cautelar, y b) tutela de urgencia satisfactiva” (Monroy G.; Monroy P. 2010: 187-190). La tutela de urgencia satisfactiva es la llamada tutela anticipatoria, que trata de “adelantar en forma total o parcial el objeto de la pretensión con antelación al dictado de la resolución definitiva [...] encontramos los caracteres que les son comunes: celeridad, economía y tutela judicial efectiva en favor de su peticionante y un debilitamiento del derecho de defensa de quien debe cumplimentar la resolución judicial que la ordena” (Álvarez 2008: 23,15).

A raíz de estos debates nuestro país parece haber tomado una posición en el proyecto, dicha decisión ha traído consigo una especie de la tutela anticipada, la llamada tutela anticipada de evidencia. Por lo tanto, el propósito de este trabajo es realizar un análisis de esta nueva forma de tutela anticipada, para notar si ésta en realidad se adecua a nuestra realidad cultural, así como también si es justificable en el derecho procesal como ciencia.

Al asimilar esta especie de tutela anticipada, la consecuencia normativa es llevar acabo presupuestos para su concesión. Estos presupuestos -de acuerdo el análisis realizado- tiene una gran similitud con el modelo brasileño. Esta posible importación del modelo brasileño puede no calzar con nuestra realidad jurídica, debido a las marcadas diferencias culturales entre ambos países; porque al importar una parte de su derecho, también se tendría que asimilar su realidad jurídica cultural y sus consecuencias. A propósito de esto, es necesario realizar en este trabajo una demostración de la importación brasileña, como también la recepción de esta institución en otros países, un análisis crítico de los presupuestos y por ultimo un estudio critico amplio de todo este fenómeno procesal.

Cuando hablamos de nuevas formas para tutelar nuestros derechos tendríamos que adoptar la posición más favorable para la sociedad, y no dejarnos guiar por cuestiones ajenas al bien común; la experiencia que nos da Popper a lo referido es que “nuestros sueños y esperanzas no controlan necesariamente los resultados a los que lleguemos, y que, en la búsqueda de la verdad, el mejor plan podría ser comenzar por la crítica de nuestras más caras creencias” (Popper 1983: 27). Estas instituciones nuevas en nuestra legislación no deben agotarse en solo una perspectiva,

lo que buscamos es fundar que la tutela anticipada de evidencia no es lo que parecería querer realizar.

II. COMPARACIÓN JURÍDICA Y TUTELA ANTICIPADA

El análisis sobre los diversos ordenamientos jurídicos de distintos sistemas legales no es ajeno a este siglo. Es así, que al derecho comparado se le considera un método de estudio como noción básica. Un atisbo a su uso y su necesidad es que se debe a “razones fundamentales: a) al aumento extraordinario económico, culturales y personales entre las naciones y el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional [...], c) La afirmación de ciertos valores, especialmente los derechos humanos, lo que abre una dimensión transnacional e internacional del fenómeno” (Ferrer 2009: 331).

La búsqueda de los comparativistas, es hallar un modelo jurídico procesal ideal. Es así, que nuestro ordenamiento jurídico no ha sido ajeno a este método; la evidencia de ello es nuestro PRCPC, donde se instaure la nueva figura legal, “tutela anticipada y consigo la tutela anticipada de evidencia”.

1. Trasplante legal y Comparación jurídica

En nuestro sistema “la cultura continental considera al derecho más bien como una forma que se asienta sobre la idea fundamental de justicia [...] en su sistemática y dogmática” (Stürner 2007:457). Esto refleja que el derecho comparado no ha sido esquivo a los problemas en la búsqueda del modelo que se adecue a su realidad, respecto a este punto Taruffo nos menciona dos observaciones: a) se considera superada la idea de comparar ordenamientos respecto a una manera neutral casi pasiva, medición de analogías y estableciendo cercanías. Al contrario del análisis de un proyecto cultural que no es pasiva o indiferente. b) El derecho comparado no se trata solo de comparar normas ya que el derecho no se agota en un conjunto de normas técnicas particulares (2006: 70-71).

La tutela anticipada no tiene origen nacional -menos aun la tutela anticipada de evidencia-, pero a lo largo de ordenamientos jurídicos internacionales ha tomado gran relevancia, por ello, quizás en la bús-

queda de querer encontrar una respuesta eficaz a la tutela jurisdiccional y eludir el menoscabo del factor tiempo que aletarga dicha eficacia, se han obligado a imponer nuevas figuras de tutela urgente. Este estado de necesidad no nos debe llevar a la desesperación de imponer figuras jurídicas que no se adaptan al contexto jurídico - cultural. Al respecto el maestro italiano Cappelletti menciona que la micro comparación ocurre “cuando la comparación se efectúa en el ámbito de los ordenamientos que pertenecen a la misma familia jurídica (por ejemplo, entre Francia e Italia)” (1993: 17). Así denota el fenómeno de comparación jurídica que se pudiera estar imponiendo actualmente en los diversos ordenamientos jurídicos, como el brasileño al peruano. Entonces, si el trasplante legal es “el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro” (1993:21), esto puede ocasionar catástrofes por diferencias culturales de desplazamiento de normas indistintamente.

2. Modelo brasileño de tutela anticipada

El modelo brasileño ha desarrollado de manera muy amplia la tutela de urgencia, esto se origina por el alejamiento de la doctrina Italiana de Calamandrei (1962:48), referente de esta figura jurídica. Una de estas principales diferenciaciones es dada por Baptista que concibe a la tutela anticipada con una percepción distinta a la de una medida cautelar, donde la primera es satisfactiva y la segunda asegurativa (2000: 34). La doctrina posterior nos hace hincapié en resaltar el error de llamarle tutela a una técnica anticipatoria. Este punto importante lo resalta Miti-diero, aunque este no sea necesariamente el tema central (2011:261-287).

No obstante, el trabajo continuo para esta institución configuró la creación de una nueva especie de la tutela anticipada en Brasil, en el art. 294 del Código del proceso civil, indica que la tutela provisional puede fundamentarse en urgencia o evidencia (Congreso nacional do Brasil 2015). “La evidencia es -se sabe- una “certeza clara, manifiesta y perceptible que nadie puede dudar racionalmente de ella” (Peyrano s/f: 1). Este nuevo factor está en contraposición de la clásica tutela anticipada de urgencia, centrándose en un perjuicio por las molestias del tiempo en el proceso, ya que si no se anticipa esta satisfacción puede

sucedan un daño irreparable. La tutela de evidencia no lleva consigo o es independiente de la necesidad de un perjuicio irreparable o un peligro en la demora, sólo exige la evidente probabilidad respecto a la verdad de una de las partes.

3. Secuela en sus presupuestos para la obtención

La adopción de la tutela de evidencia ha producido que la función de la tutela anticipada de acuerdo a Mitidiero sea de “promover la igualdad sustancial entre las partes [...] tiene como objetivo distribuir el peso que el tiempo representa en el proceso, de acuerdo con la mayor o menor probabilidad” (2010:354). Este nuevo fundamento trae consigo reconsiderar el argumento original de tutela urgente como género de la tutela anticipada como especie. El PRCPC a raíz de esta nueva institución dada por la doctrina brasileña ha influenciado en gran medida a asimilar esta nueva función y por consiguiente que se plasme en nuestro CPC.

La probabilidad buscada a favor de alguna de las partes para otorgar la tutela de anticipada de evidencia tiene que ser fundamentada en base a una mayor verosimilitud que una tutela cautelar y además cumplir con alguno de los presupuestos establecidos en la norma. Estos presupuestos se encuentran en artículos del Código de proceso civil brasileño y es notable que el PRCPC lleva gran similitud del artículo 311, ambos considerados dentro de la tutela provisional pero distinto nombre, siendo el brasileño Tutela de evidencia como un título independiente a diferencia del peruano.

“Artículo 614.- Presupuestos para la concesión de una medida anticipada.

El juez concede una medida anticipada siempre que:

- 1.- Advierta que se cumplen los presupuestos previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 613 de este libro, o cuando el demandado haya sido declarado rebelde o ejerza abusivamente su derecho de defensa, o si su defensa se sustenta en argumentos manifiestamente inconsistentes, o pretendan desconocer lo establecido como precedente vinculante por la corte suprema o el tribunal constitucional [...] [el subrayado es nuestro] (MINJUS 2018).

Se advierte que está claro que la tutela de evidencia se encuentre en el proyecto de reforma, aunque no esté denominadamente con esa terminología. Se entiende que la tutela anticipada urgente como la tutela anticipada de evidencia se encuentra en el artículo de los presupuestos de la medida anticipada como género. Ahora veamos el artículo de la tutela de evidencia de Brasil.

TÍTULO III: DE LA TUTELA DE LA EVIDENCIA

Art. 311. La tutela de la evidencia será concedida, independientemente de la demostración de peligro de daño o de riesgo al resultado útil del proceso, cuando:

- I- queda caracterizado el abuso del derecho de defensa o el mani-fiesto propósito colusorio de la parte
- II- las alegaciones de hecho pueden ser comprobadas sólo documental-mente y hay tesis firmada en el juicio de casos repetitivos o en acta vinculante
- III- si se trata de una solicitud reipersecutoria fundada en la prueba documental adecuada del contrato de depósito, en cuyo caso se decretará la orden de entrega del objeto custodiado, bajo la co-misión de multa
- IV- La petición inicial es instruida con prueba documental suficiente de los hechos constitutivos del derecho del autor, a la que el reo no oponga prueba capaz de generar duda razonable.

Párrafo único. En las hipótesis de los incisos II y III, el juez podrá decidir liminarmente” (Congresso nacional do Brasil 2015).

Al realizar la analogía normativa se identifican puntos en común como por ejemplo: ejercicio abusivo del derecho de defensa, decisiones emitidas por cortes de vértice con carácter vinculante, rebeldía y si los argumentos son manifiestamente inconsistentes. Estos presupuestos serán desarrollados a continuación con mayor amplitud.

III. PRESUPUESTOS DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL PRCPC

Propio de esta “medida provisional” el artículo 611 del PRCPC nos menciona la exigencia del contradictorio al igual que el artículo 642 sobre la caución. El primero como herramienta epistémica propia del proceso que asegura el derecho de defensa por el hecho de que se está

anticipando la posible decisión de la sentencia final y el segundo para reparar el posible daño que pueda ocasionar la medida.

Al instaurarse la tutela anticipada de evidencia se determinó otros presupuestos para que el juzgador pueda diferenciarla de una tutela anticipada de urgencia clásica. Estos presupuestos son el reflejo del nuevo fundamento. A propósito de esto, Marinoni nos habla sobre la distribución de la carga del tiempo en el proceso (2007:37) como detonante que presupone una posición sustancial del autor. Se reconoce la necesidad de este motivo porque “una posición de mayor evidencia con relación a la situación litigiosa, siendo probablemente el titular del derecho litigioso, debe disfrutar el bien de la vida, mientras que su adversario busca probar que su posición es merecedora de su tutela jurisdiccional” (Mitidiero 2010:354). El argumento expuesto refleja la razón de los requisitos hoy existentes y ello se logra también corroborando el plus de una simple verosimilitud que se exige en una medida cautelar o una tutela anticipada de urgencia.

1. Rebeldía

El primer presupuesto de la tutela de evidencia está vinculado a la rebeldía, que tendría como función generar una presunción en el operador de justicia a favor de la contraparte, puesto que “los hechos, afirmados [...] son incontrovertidos y presumiblemente verdaderos, debe dispensar la actividad probatoria y decidir solamente a la luz de la versión presentada por el actor” (Dos santos 2010: 245).

Respecto a este presupuesto su noción básica es que “la rebeldía es una modalidad de inacción del demandado que se configura no con la ausencia de éste en el proceso sino con la omisión para contestar la demanda dentro del plazo señalado” (Ledesma 2015: 534).

Si bien es cierto, la rebeldía es utilizada en una tutela ordinaria –sin la necesidad de anticipar-, en este caso se utilizaría para “obligar al demandante a pagar por la demora que sirve únicamente para el demandado” (Marinoni 2013:983) de esta manera anticipando y evidenciándose el principal fundamento otorgado –distribución de la carga del tiempo en el proceso- a la tutela anticipada de urgencia y evidencia.

2. Ejercicio abusivo del derecho de defensa

El derecho de defensa nace como una garantía constitucional para que las partes puedan tener las mismas armas en el proceso y así demostrar su pretensión. Sin embargo, utilizando este derecho en la tutela anticipada, Marinoni nos precisa que “la tutela anticipada con base en el abuso del derecho de defensa solo puede ser comprendida por quien tiene sensibilidad para intuir que el tiempo del proceso es una carga que, así, no puede ser destinado al demandante, como si él fuese culpable por la demora” (2013: 983). Precisamente este es el fundamento de la tutela de evidencia reflejada en un presupuesto.

Entonces este ejercicio abusivo se puede dar cuando “parte del pedido o uno de los pedidos acumulados se torna incontrovertido en el transcurso del procedimiento” (Marinoni 2013: 983) de esta manera haciendo referencia a lo hablado anteriormente sobre la rebeldía. Así también, “es posible pensar en un abuso del derecho de defensa cuando se da la debida relevancia a los precedentes de las cortes supremas. Si cabe a ellas atribuir sentido al derecho” (Citado en Marinoni 2013: 983-984). Aunque de eso hablaremos más adelante, como un presupuesto independiente. Por lo tanto, si analizamos este contexto podemos inferir que el ejercicio abusivo del derecho de defensa puede ser cualquier acto que se considere lesivo al derecho de mismo como género de una regla general, y así cualquier hecho que calce dentro de ésta pueda ser tomado como presupuesto valido para aplicar la tutela de evidencia.

3. Defensa en argumentos manifiestamente inconsistente

Al hablar de una manifiesta inconsistencia en la defensa nos hace recordar el artículo 674 del actual CPC, la muy criticada medida temporal sobre el fondo, en la que se estipula: “excepcionalmente por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada [el subrayado es nuestro] la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va decidir en la sentencia [...]” (Minjus: 1992). Hay antecedentes en respecto a este presupuesto que justificaría la anticipación de la sentencia del mérito sin la existencia de una urgencia o un perjuicio de daño irreparable puesto que la defensa inconsistente generaría un grado de certeza para

el juzgador “es decir, que cuando se advierta la manifiesta ilicitud en el obrar del demandado, pueda acudirse a la tutela anticipatoria sin que sea necesario como condición esencial la acreditación de la urgencia” (Carbone s/f: 3).

Incluso también se llegó hablar respecto a esto, que simplemente “basta para la concesión de la tutela anticipatoria [...] que el demandado ejerce su derecho de defensa inconsistente” (Citado en Mitidiero 2010: 355). Es decir, solo siendo necesaria la verosimilitud, negando que se pruebe también un abuso del derecho de defensa o del manifiesto propósito dilatorio del demandado, de existencia del derecho del peticionante. Entonces “Vale de decir: si la versión más probable es la del demandante, él merece tutela inmediata, aunque provisoria, a fin de que el tiempo del proceso no sea un peso exclusivamente soportado por él” (Mitidiero 2010: 355). Todo esto con el fin de generar una igualdad en el proceso entre las partes.

4. Desconocimiento de precedente

Al hablar de este presupuesto en nuestro contexto cultural y jurídico iniciemos por instaurar como lo define nuestro tribunal constitucional: “El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.” (Tribunal constitucional: 2012). Recordemos que también la Corte Suprema está facultada para emitir este tipo de fallos.

En este sentido nuestra corte de vértice desarrolla su significado y función de manera vinculante para próximos hechos que se asemejen, es así que “la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia” (Tribunal constitucional: 2012). Estos fallos se basan en la búsqueda de una seguridad jurídica; El artículo 384 del CPC, menciona que “El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia

nacional [...] (Minjus 1992). Esta regla también es aplicable al precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

Esto nos obliga a resolver de igual manera para casos parecidos, otorgando estabilidad al derecho. El solicitante a la tutela anticipada de evidencia adjuntaría el precedente vinculante argumentando que tiene la razón -que es evidente- y que no debería soportar la carga del tiempo en el proceso puesto que es predecible el resultado final. Facilitando al juez la herramienta para poder aplicar esta institución jurídica procesal, efectivizando el derecho material.

IV. TUTELA ANTICIPADA Y PRESUPUESTOS EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

1. Modelo Italiano

Siendo el *Codice di procedure civile* uno de los referentes en medidas cautelares, y debido a su gran influencia que ha tenido en los códigos procesales de países tanto latinoamericanos como europeos, es menester dar una introducción sobre tan importante código respecto a la tutela anticipada.

Esta institución (como medida cautelar) se encuentra ubicado en el art. 700, siendo identificado como *Dei provvedimenti d'urgenza*, el cual nos dice que “Fuera de los casos regulados en las secciones precedentes de este capítulo, quien tenga fundado motivo de temer que durante el tiempo necesario para hacer valer sus derechos en la vía ordinaria, este sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir mediante escrito al juez los proveimientos de urgencia que se muestren, según las circunstancias, más idóneas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito” (Consiglio dei ministri: 1940). Se puede concluir de lo dicho, que el legislador a encasillado los proveimientos de urgencia dentro del capítulo de proveimientos cautelares. Esto se debe a la gran influencia que ha tenido Calamandrei en la redacción de este código ya que “la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable

que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario” (1984: 59) porque se concibe que una tutela anticipada es especie de la tutela urgente como genero al igual que la tutela cautelar especie de la misma.

Una referencia en contra de esta concesión, nos la brinda Marinoni, criticando a ese sector influenciado aun por la doctrina italiana, dado que piensan “que no hay mayor razón para distinguir tutela anticipatoria de la tutela cautelar bajo el argumento que ambas están basadas en fundado temor de daño” (2013: 16). Este debate aún persiste en la actualidad. Sin embargo, más allá del art. 700 no encontramos ninguna referencia respecto a la tutela anticipada de evidencia, ni sus presupuestos. Esta consecuencia es clara dado a que esta última no guarda ninguna relación con la doctrina italiana y sería inconcebible asimilarla. Entonces, este modelo no exige ningún presupuesto adicional de la tutela anticipada clásica (tampoco algo parecido).

2. Modelo Uruguayo

Teniendo una notable influencia del Código Modelo Procesal Iberoamericano, el Código de General del Proceso Uruguayo, podemos notar que sí, evidentemente si existe la figura de la tutela anticipada en el art 317 con el nombre de “Medidas provisionales y Anticipada” mencionándonos que “Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.” (Parlamento de Uruguay: 2013) Al respecto, los presupuestos para la concesión de la medida anticipada está supeditada al peligro de daño de grave o difícil reparación es decir no hay exactamente un tutela de evidencia que prescindiera de ese requisito. No obstante, hay una figura muy parecida, la llamada Decisión anticipada en el art. 200 del mismo código, en que esta solo se podría dar en segunda instancia (quizás parecida a el nuevo artículo de la anticipación de tutela en sede recursal art. 368-E). La decisión anticipada tiene mucho parecido con la tutela de evidencia sobre todo en su antigua regulación de la ley 15982 (Parlamento de Uruguay:1988), porque establecía los presupuestos ya conocidos, como las reiteradas soluciones al caso similar, la evidente

finalidad de retardar el proceso, etc. Sin embargo, en la ley 19.090 estos presupuestos se eliminaron evidenciándose ahora una mayor discrecionalidad de los jueces para la utilización de esta norma, puesto que ahora solo se necesita la unanimidad de los jueces y fundando las razones para prescindir de las pruebas ofrecidas. La eliminación de estos presupuestos en este país ponía “fin a una práctica habitual de los Tribunales de resolver mediante decisión anticipada la mayoría de los asuntos sometidos a su conocimiento, aun cuando no se configuraban las causales previstas.” (Laggiard 2013: 34) Siendo ahora como una especie de sinceramiento del sistema, porque los jueces invocaban los presupuestos, no justificándolo al caso concreto y utilizando genéricamente. Si consideramos que hay tutela de evidencia aun en Uruguay, entonces aceptaríamos una norma que habilita al juez anticipar efectos sin ningún tipo de control alguno, por la inexistencia de presupuesto alguno.

3. Modelo Colombiano

En el Código General del Proceso Colombiano (en adelante CGPC) encontramos el instituto jurídico de la “Medidas cautelares en procesos declarativos” (El congreso de la república de Colombia: 2012) en el art. 590 inciso 1 literal c, no obstante, no presentando diferencias sustanciales. Respecto a la tutela anticipada, el modelo colombiano no manifiesta ningún viso de tutela de evidencia, ni tampoco de una tutela anticipada en sentido genérico. Es decir, que no tienen regulado la tutela anticipada con una claridad explícita como la tendríamos nosotros. Pero en ese artículo encontramos la medida cautelar innominada o atípica, en la que “se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decreta si la “encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión” (Parra 2013: 302). Esta al ser genérica posibilita utilizar una medida pertinente, de carácter residual, muy parecido al art. 700 en Italia.

Es menester que al analizar el CGPC y su recuento histórico de las medidas anticipatorias en Colombia “consideramos entonces que a raíz de la textura abierta del artículo, el legislador dio vía libre a la aplicación

de medidas anticipatorias” (Cardona 2015: 215). Sin embargo, esto más allá de detectar la existencia o no de la tutela anticipada en Colombia, lo que sí está claro es la no existencia de una tutela de evidencia y sus presupuestos, a lo mucho podríamos encontrar un artículo de sentencia anticipada (igual que la uruguaya), pero que en realidad es una institución sustancialmente diferente.

V. ¿LA UTILIZACIÓN DE ESTA NUEVA FORMA DE TUTELA ANTICIPADA?

Al analizar el porqué del uso de la tutela anticipada de evidencia, nos parece claro que la experiencia comparada nos dilucida la gran influencia del sistema jurídico procesal brasileño a nuestro PRCPC. Nosotros aceptábamos que “la tutela cautelar típica como la anticipatoria tiene como función principal prevenir el daño, pues ambas están vinculadas a la urgencia” (Álvaro 2010:284). Sin embargo, la tutela anticipatoria de evidencia, alteraría cierto fin principal. Si su finalidad esencialmente era la prevención del daño, ahora no lo es necesariamente por la evidencia, justificándose en sus presupuestos. A través de esto podemos saber que la tutela cautelar se sigue fundamentando en la urgencia y la tutela anticipada se daría incluso sin ella. Este cambio de argumento de la no utilización de la urgencia, llevo a cabo considerar que esta nueva forma de tutela anticipada sería independiente del género de Tutelas de urgencia y que tendría un carácter sancionatorio o punitivo, puesto que la conducta sería aquel detonador para imponer una especie de sanción que afectaría a tal punto, de que los posibles efectos de la decisión final se anticiparan. Considerando a la anticipación como una sanción, nos lleva a cabo pensar, que en nuestro sistema jurídico ya existen mecanismos que sancionan aquellas conductas, pero nunca antes éstas habían anticipado los efectos del derecho sustancial. Todo lleva a preguntar si ¿es justificado esta gravísima sanción por esas simples conductas?, ¿los presupuestos para la tutela anticipada de evidencia son adecuadas para nuestro país? o incluso llegamos a pensar que tal vez esta nueva forma no es más que una institución con fines buenos para el proceso pero que al final puede ser contraproducente para el derecho procesal y para nuestra realidad jurídica nacional.

1. Repensando los presupuestos de la tutela anticipada de evidencia

Más allá de la simple analogía normativa del art. 614.1 Presupuestos para la concesión de una medida anticipada, tendríamos la tarea de analizar si estos realmente se adecuan al contexto jurídico peruano, ya que el origen principal es internacional y no siempre las instituciones calzan con todas las realidades por igual o de lo contrario no tiene las mismas referencias en su uso. Todo esto aceptando la posible validez de esta nueva forma de tutela anticipatoria.

- A) **Rebeldía:** Nosotros consideramos a esta institución ya como un acelerador del proceso (por no hacer efectivo la carga de probar) antes de la existencia de la tutela anticipada de evidencia, porque en el art. 461 del Código Procesal Civil, Efectos de la declaración de rebeldía, causaba una presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos contra quien no contestaba la demanda. Ahora con esta nueva institución lo que se pretende es aumentar su efecto de aceleración convirtiéndolo en una sanción anticipando los posibles efectos de una sentencia (mucho más grave que una simple aceleración). Entonces, si esta institución crea esa –evidencia- y es razonable distribuir la carga del tiempo del proceso; que sucede que si a raíz del nuevo art. 458 del PRCPC menciona: “La rebeldía [...] concluye inmediatamente cuando el demandado comparece el proceso. El único efecto de la rebeldía es la pérdida, por parte del demandado, de la posibilidad de hacer los actos procesales que a la fecha de su apersonamiento correspondían haberse realizado” El único efecto no solo es esa pérdida antes mencionada, sino también el cese de una medida anticipada en su contra o una medida cautelar. En otras palabras, si el demandado se apersona al proceso concluye la rebeldía y ya no existiría la evidencia para distribuir la carga del tiempo, rompiéndose así esa clara línea frágil entre la supuesta racionalidad de la evidencia como grado de “certeza suficiente”, puesto que ahora el ya no rebelde podría volver controvertidos los hechos nuevamente, entonces, no teniendo lógica hablar de probabilidades para anticipar los efectos de una sentencia. De esta manera se está evidenciando que la racionalidad que se le atribuye de grado mayor de una

simple verosimilitud de una medida cautelar y también de una tutela anticipada de urgencia, no se justifica; porque ante un simple apersonamiento del demandado, puede generar que la tutela anticipada de evidencia pierda su eficacia. Este mecanismo es claramente irracional; aunque esta institución jurídica puede tener claros efectos “contra-epistémicos” (Gascón 2004: 126) (darle la característica de hechos incontrovertidos por una simple omisión) el efecto de la anticipación mediante esta institución es aún más inconcebible. Y aparte de esto, también se puede otorgar medidas cautelares contra el rebelde, pero también se puede solicitar una medida anticipada; entonces, surge la incerteza de saber cuándo solo puedo solicitar una medida cautelar o una medida anticipada de urgencia si sus presupuestos para su otorgación son los mismos (solo los inc. 1 y 2 del art. 613 PRCPC), ante esto sería necesario determinar cuál sería los límites entre ambas.

- B) Ejercicio abusivo del derecho a la defensa: a esta institución se le puede considerar la más genérica, porque abarcaría los demás presupuestos estipulados. Este presupuesto peca de ser muy abierto ya que se convierte en un remedio para el juzgador y la parte solicitante pueda utilizarlo a diestra y siniestra ante cualquier supuesto de un ejercicio abusivo del derecho a la defensa. Tendríamos que definir o delimitar correctamente este presupuesto, para que no puedan existir discrecionalidades que puedan ser realmente perjudiciales para el caso concreto. En los casos de ejercicio irregular del derecho de acción del art. 4 del CPC, implica una sanción, aunque tuviera un parecido, el ejercicio abusivo de derecho de defensa se podría utilizar para anticipar esta pretensión como muchas otras (por no estar correctamente limitado).
- C) Defensa en argumentos manifiestamente inconsistentes: Tendríamos que ponernos a pensar en qué casos podría suceder este presupuesto. Nos atrevemos a mencionar que este presupuesto no se refiere necesariamente a una conducta maliciosa; entonces, si la conducta de tener argumentos inconsistentes es involuntaria (quizás por el propio desconocimiento del de-

recho, no necesariamente vinculado a la carga de probar), es decir, no de mala fe, ésta última tendría que ser probada por la contraparte, no solo que esta inconsistencia exista, si no que se genere un grado de juicio de probabilidad de una conducta; recalando que para llegar a un estado de juicio de probabilidad se ha tenido que valorar los medios de pruebas. Si este presupuesto se aplicase con o sin mala fe –porque no lo aclara la norma- entonces se lesionaría el derecho a la igualdad, defensa y se crearía una inseguridad jurídica. Porque al anticipar los efectos sin mediar aún la cognición completa de una sentencia, y no justificando con una urgencia este efecto, tal vez al poner en práctica el derecho material, los efectos serían carentes de instrumentos cognitivos idóneos y de esta manera no siendo proporcional atribuirle el perjuicio de la anticipación a una parte quien en realidad –posiblemente- pueda tener la verdad y que por problemas ajenos –como desconocimiento del derecho- sea el perjudicado por una medida. Entonces puede ser que la “justicia” que tanto se espera, al final sea una gran injusticia.

- D) Desconocimiento del precedente: El Perú hoy en día tiene grandes problemas con el precedente. La gran pregunta ante la aplicación o no del precedente vinculante en el Perú es el operador de justicia que lo hará, puesto que si bien uno lo crea y el otro lo aplica, ninguno de ellos tiene el reparo de observar los hechos del caso concreto, uno porque decide crear el precedente sin juzgar los hechos (solo interpretando la ley), y el otro porque deberá invocar el precedente cuyo sustento de derecho este de acuerdo con sus hechos del caso (no realizando un analogía de hechos). De esta manera el precedente emitido por nuestras cortes de vértice no estaría realizando una función correcta; ante esto Taruffo nos menciona: “la justicia se administra aplicando la ley, interpretando la ley en función de los hechos sobre los que las partes están en litigio. Si dejamos de lado los hechos, ¿qué tipo de justicia estamos administrando?” (2012: 95). Nuestras cortes de vértice deciden un caso específico pero no juzgan los hechos, generando que estos enunciados se conviertan en generales y abstractos. Al justificar el juez y la

parte solicitante de utilizar el precedente para que genere una presunción de verdad y se anticipe los efectos de la sentencia entonces: ¿Quién va a decidir si he aplicado o no el precedente? Este presupuesto no es aceptable porque nosotros no tenemos una verdadera práctica de precedente.

2. La Celeridad ante la verdad

La tutela de evidencia nos hace recordar una institución conocida como “la carga dinámica de la prueba”, que teniendo un propósito bueno al invertir -porque es rígida- el *onus probandi*, para aquella persona quien se encuentra en mejores condiciones para producir la prueba. Su fin era evitar la “injusticia” en relación de una de las partes por no aportar las pruebas que la contra parte pudiera tener. Sin embargo, esta recaía en varios defectos en busca de la verdad, porque ahora se sabe que esta institución vulnera la seguridad jurídica, el derecho a la defensa e incluso la igualdad en el proceso (Instituto Panamericano de Derecho Procesal 2017). En la tutela de evidencia al momento que la parte acusada se le atribuye por lo menos uno de los presupuestos para su concesión, se refleja claramente que él debería demostrar que los presupuestos con los que se le acusan; él no cumple con ellos, porque si no lo hace se le sanciona con la anticipación. Esto demuestra la posición de ventaja por la parte solicitante de la medida anticipada. Pero esta inversión se origina bajo el fundamento que una de las partes tendría más probabilidad respecto a la verdad de los hechos y por ende no debería ser quien sufra el perjuicio del tiempo en el proceso. Entonces, nos preguntamos: ¿es factible considerar que en el juicio de cognición sumaria de la medida anticipada de evidencia se pueda hablar de probabilidad de verdad?

Una vez considerada la tutela de evidencia como una medida sancionatoria; sus defensores nos mencionan que “no puede ser tomada como tutela anticipatoria sancionatoria. No es su naturaleza. La tutela anticipatoria fundada [...] constituye, más propiamente, una tutela anticipatoria fundada en la mayor probabilidad de verdad” (citado en Mitidiero 2010: 355). Lo que busca entonces es una solución justa al caso. Por eso el factor urgencia partió con esos fundamentos, utilizando la celeridad para evitar un daño. Las medidas anticipadas a diferencia de las cautelares buscan actuar el derecho material, y este es un punto

muy importante para resaltar, porque los efectos de la medida anticipada son más gravosas que una simple aseguración del derecho. El “proceso de conocimiento es precedida de cognición completa, mientras la tutela de urgencia la cognición se revestía de un contenido necesariamente incompleto. La razón habita en que la decisión que conceda la anticipación [...] se destina exclusivamente a prevenir el daño y por eso ha de llegar rápidamente” (Álvaro 2010: 284). Pero ahora ya no es necesaria la urgencia para utilizar la medida anticipada, entonces, este efecto sumamente gravoso que se quiere acelerar, solo se sustenta en una probabilidad –en cognición sumaria-, de este modo como nosotros sabemos “las tutelas sumarias se caracterizan por ser precedidas de cognición no completa. Es el elemento común de todas ellas” (Dos Santos 2010:246), y resaltando que “la certeza característica de las sentencias finales solo se produce con cognición completa” (Flach 2010:381), lo que intenta hacer la media anticipada de evidencia es atribuir a su cognición sumaria los mismos efectos de una cognición completa, y me refiero a su ejecución y no necesariamente a su definitividad, siendo que ambos son totalmente oponibles y no justificados, porque la verdad no puede ser buscada a cualquier costo, cuando ni siquiera tienes los elementos de juicio suficientes para decidir una decisión final, porque todos los tipos de tutela sumaria no tienen aptitud de solucionar conflictos, es decir carecen de definitividad.

¿Por qué adelantar los efectos de una sentencia sin la justificación de la urgencia? Si no tenemos cognición suficiente y aceleramos los efectos de la sentencia, estamos yéndonos evidentemente en contra de la verdad, que tanto busca esta institución.

Si entendemos que “la noción de probabilidad concierne a la existencia de razones válidas para juzgar como verdadero como falso un enunciado [...] ese enunciado es probablemente verdadero, siempre que se entienda, bajo esta expresión, que las pruebas adquiridas en el proceso proporcionan razones suficiente para considerar confirmada la hipótesis de que ese enunciado es verdadero.” (Taruffo 2010: 107) Los presupuestos como el ejercicio abusivo del derecho a la defensa, manifestación inconsistente, rebeldía y entre otros, no son pruebas adquiridas en un proceso ordinario, sino más bien en uno sumario.

Los procesos sumarios utilizan lo que “se considera verosímil lo que corresponde con la normalidad de un cierto tipo de conductas o acontecimientos [...] para considerar verosímil un enunciado relativo [...] es necesario disponer de un conocimiento de fondo relativo [...]” (Taruffo 2010: 105). Sus efectos en la tutela cautelar no son satisfactivos y se consideran urgentes, por eso se encuentra justificada su utilidad, pero en la tutela de evidencia que prescinde de lo urgente, solo buscan un mayor plus de verosimilitud, pero nunca probabilidades.

Cuándo nos referimos a la verosimilitud y probabilidad estas dos no se asemejan en definición, entonces “se trata de conceptos distintos y que la verosimilitud de una aserción no puede ser reconducida a su probabilidad (o a su verdad aproximada) [...] no tiene nada que ver con la veracidad de la aserción ni con su probabilidad, dado que estas calificaciones no se refieren a la relación de proximidad [...], sino a la existencia de razones para sostener que la aserción es verdadera.” (Taruffo 2002: 185-186) La verosimilitud y verdad no son iguales, ya que en ambas no existe ninguna correspondencia alguna, porque puede ser verosímil; pero en realidad es falso, como también puede ser verdadero. Para atribuirle a un enunciado de hecho si es verdadero o falso, sería necesario basarse en pruebas y no simplemente en juicios de verosimilitud (Taruffo 2010:106). Recalcando que la tutela de evidencia no hablamos de probabilidades si no de aproximaciones de verosimilitud.

La debilidad epistémica es palpable cuando hablamos de esta institución. Si queremos atribuir a los presupuestos de la tutela de evidencia presunciones de verdad como por ejemplo al precedente; ante esto Gascón nos menciona que: “las presunciones son medios técnicos para garantizar ciertos valores en situaciones específicas [...] crea una situación de desigualdad entre las partes, distintos a la verdad”. (Gascón 2004: 139-141). Aun así se debe tomar en cuenta más características. Unas de claves es aceptar que “la función de las presunciones iuris tantum no es describir la verdad [...] El error de concebir estas presunciones como descripción de la realidad [...] suele hacer apoyándose en datos científico-técnico y en reglas de experiencia. [...] el legislador, [...] sabe que la presunción puede ser falsa” (Gascón 2002: 141). Los presupuestos de la tutela de evidencia piensan que reflejan la verdad –porque

supuestamente anticipan la sentencia en probabilidades-, siendo que en realidad sus juicios se fundan en verosimilitud y en presunciones, siendo ambas, dos instituciones que no buscan la verdad, si no que estas se justifican y se utilizan para la protección de valores superiores como los derechos fundamentales.

Lo único que se está logrando con la tutela de evidencia es aumentar la desigualdad al imponer una “verdad falsa” —ilógica— a una de las partes, quien no se lo merece porque su procedimiento es netamente limitado. La resolución que emita el juez otorgando la anticipación, no tendrá sustento probatorio alguno (sustentándose en presunciones y verosimilitud), solo dando un resultado práctico carente de toda racionalidad. Si sacrificamos el valor epistémico para salvaguardar un valor no epistémico como por ejemplo la igualdad, nos damos cuenta que esta institución hace todo lo contrario, es decir ni siquiera justifica la utilización de la verosimilitud y las presunciones. No solo daña a la búsqueda rigurosa de la verdad sino también a la igualdad en el proceso, la de un buen juicio de la sucesión de actos en los procesos de cognición para establecer quién tiene razón y quien no, y todo por la desesperación de la distribución del peso de la carga del tiempo del proceso. Entonces esta institución corrió con la misma suerte que la carga dinámica de la prueba en el camino del juicio justo, al no ver bien sus consecuencias.

VI. CONCLUSIÓN

- De lo expuesto, es evidente la importación del modelo brasileño a nuestro sistema a través de la revisión de otros ordenamientos jurídicos que al menos tendrían la tutela anticipada. La tutela de anticipada de evidencia se aleja de su naturaleza de utilización del perjuicio irreparable y este a cambio llevaría consigo un fundamento nuevo y algunos presupuestos para su concesión.
- Estos presupuestos tienen grandes problemas, uno porque no tenemos una verdadera práctica del precedente, y otros porque su regulación no estaría limitada adecuadamente como la manifestación de defensa inconsistente y ejercicio abusivo de defensa; el ejercicio de la rebeldía solo evidenciaría su defecto

de inconsistencia epistémica en el proceso, por una clara línea fácil entre “probable y no probable”.

- Los presupuestos para la concesión de la tutela anticipada de evidencia importadas, no cumplen con su fin de una igualdad en el proceso, puesto que, al distribuir la carga del tiempo en el proceso, se estaría imponiendo una probabilidad no existente, puesto que hablamos de tutelas de cognición sumaria, y solo generamos una desventaja a una de las partes de manera inadecuada. También vulneraríamos el derecho a la defensa, los plazos entendidos como garantía de buen juicio, incluso la seguridad jurídica. Corroborando que a veces la importación de herramientas procesales puede ser contraproducente, más allá de su tendencia internacional.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Pablo Daniel

2008 *Tutela Anticipada*. Córdoba: Alveroni ediciones.

ALVARO, Carlos

2010 “Notas sobre la tutela de urgencia”. En CAVANI, Renzo (coordinador). *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 275-300.

ARIANO, Eugenia

2000 “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. *Revista de investigación UNMSM*. Lima, Volumen 3, número 3, pp. 9-137.

BAPTISTA, Ovídio

2000 “Curso de processo civil. Processo cautelar (tutela de urgência)”. Tercer volumen. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAPPELETTI, Mauro

1993 *Dimensiones de la justicia en el mundo moderno*. Traducción de Hector Fix Fierro. México: Editorial Porrúa.

CALAMANDREI, Piero

1962 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina Gangallo.

1984 *Providencias cautelares*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina Gangallo.

Congresso Nacional Do Brasil

2015 *Ley N.º 13.105*. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de Marzo. Consulta: 24 de julio de 2018. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

CARBONE, Carlos

S/f “Ejecución por entronización y estabilización de la tutela anticipatoria de urgencia y evidencia”. En *Fraepoc*, pp. 1-16. Consulta: 03 de julio de 2018. http://faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros_25.pdf

Consiglio dei Ministri e Promulgato Da Re Durante Il Regno D>Italia.

1940 Regio Decreto 1443. Codice di procedura civile. Consulta: 24 de julio de 2018. <https://lexscripta.it/codici/codice-procedura-civile>

DOS SANTOS, José Roberto

2010 “Estabilización de la tutela anticipada”. En CAVANI, Renzo (coordinador). *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 239-274.

El Congreso de la República de Colombia

2012 Ley 1564. Código General del Proceso. Consulta: 24 de julio de 2018. http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1564_2012.pdf

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay

- 2013 Ley 19.090. Código General del Proceso. 16 de Marzo. Consulta: 24 de julio de 2018. <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu82249191030.htm>
- 1988 Ley 15.982. Código General del Proceso. Consulta: 24 de julio de 2018. <https://iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civiluruguay.pdf>

FERRER, Eduardo.

- 2009 “Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, volumen 29, pp. 325-342.

FLACH, Daisson

- 2010 “Estabilidad y control de las decisiones fundadas en la verosimilitud. Elementos para una oportuna rescritura”. En CAVANI, Renzo (coordinador). *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 379-396.

GASCÓN, Marina

- 2004 *os hechos en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales.
Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias panamericano de derecho procesal
- 2017 “Declaración del Instituto dinámicas”. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. N.º 9, mayo. Consulta 29 julio del 2018. <https://co.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&H ash=f65f10c803e291e6e80eb276a800ba29>

LEDESMA, Marianella.

- 2015 *Comentarios al Código Procesal Civil*. Segundo tomo. Lima: Gaceta jurídica.

LAGGIARD, Maximiliano

- 2013 “Primeras lecturas de la reforma del CGP”. *Revista de derecho*. Uruguay, Año 12, N.º 24, pp. 69-94.

MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan, MONROY PALACIOS

- 2010 *La formación del proceso civil peruano-Escritos reunidos*. Lima: Communitas.

MITIDIERO, Daniel

- 2011 Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. *Revista dos Tribunais*. Sao Paulo, volumen 197, pp. 27-66.
- 2010 “Tutela anticipatoria y defensa inconsistente”. En CAVANI, Renzo (coordinador). *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 349-356.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS)

- 2018 *Proyecto de reforma del código procesal civil*. Consulta: 02 de julio de 2018. <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CPC.pdf>

MARINONI, Luiz

- 2013 “Medidas Cautelares Innominadas”. En Instituto colombiano de derecho procesal. *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal Medellín*: Biblioteca Universidad Libre, seccional Bogotá, pp. 301-318. Consulta: 27 de Junio de 2018. <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/39luiz-guillermo-marioni.pdf>
- 2007 *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS)

- 1992 Decreto legislativo N.º 768. Lima, 04 de marzo.

PARRA, Jairo

- 2013 “Medidas Cautelares Innominadas”. En Instituto colombiano de derecho procesal. Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal Medellín: Biblioteca Universidad Libre, seccional Bogotá, pp. 301-318. Consulta: 27 de Junio de 2018. <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>

PEYRANO, Jorge

- S/f “La evidencia: un nuevo factor determinante del dictado de decisiones judiciales anticipadas”. En *Pensamiento civil*, pp. 1-12. Consulta: 23 de julio de 2018. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/laevidencia.pdf>

POPPER, Karl

- 1983 *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Segunda edición castellana (Revisada). Barcelona: Editorial Paidós.

ROSARIO, Juan Francisco

- 2006 “Aproximaciones al Estudio de la Tutela Anticipada: Doctrina, legislación comparada y su aplicación en el Derecho Procesal Peruano”. *Revista Derecho PUCP*. Lima, 06, pp. 61-72.
- Santiago Cardona Neira I / Ana María Cortés Tamayo II Felipe Andrés Díaz Alarcón III / Juan Sebastián Gaviria Garlatti IV Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda V / María Margarita Vesga Benavides VI Coordinador: Horacio Cruz Tejada VII.
- 2015 “Aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas y a las medidas anticipatorias”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá, N.º 42, pp. 201-235.

STÜRNER, Rolf

- 2007 “Derecho procesal y culturas jurídicas”. *Revista Ius Et Praxis*. Talca, volumen 13, número 1, pp. 435-462.

TARUFFO, Miquele

- 2010 *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales.
- 2002 *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta
- 2006 “El proceso civil de “Civil Law”: Aspectos fundamentales”. *Revista Ius Et Praxis*. Talca, volumen 12, pp. 69-94.
- 2012 “El precedente judicial en los sistemas de Civil Law”. *Revista IUS ET VERITAS*. Lima, N.º 45, pp. 88-95.

Tribunal Constitucional

- 2012 Expediente N.º 0024-2003-AI/TC. Sentencia: 10 de octubre de 2005. Consulta: 2 de agosto 2018. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

WATSON, Alan

- 1993 *Legal transplants: an approach to comparative law*. Segunda edición. Athens (Georgia) y Londres: The University of Georgia Press.

LA RELEVANCIA JURÍDICA FUNDAMENTAL DEL RECURSO DE CASACIÓN*

Análisis al incierto filtro recursal peruano

RESUMEN: El modelo ideal de la casación puede existir en el Perú mediante el artículo 387 del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil del 2018, el cual establece un filtro recursal denominado 'relevancia jurídica fundamental' que recae sobre la cuestión de derecho. Con relación a este requisito de procedencia, de los tres criterios establecidos para determinarlo, el que genera mayor cuestionamiento es el criterio del impacto jurídico, social y económico. Por lo tanto, hemos realizado una comparación con las figuras del Certiorari, el interés casacional y la repercusión general para demostrar la importancia de implementar un filtro debido a la carga procesal que actualmente enfrenta la Corte Suprema del Perú. Y para poder definir lo que debe entender el juez supremo por estos conceptos indeterminados.

PALABRAS CLAVES: Recurso casación, cuestión jurídica, relevancia fundamental, impacto

ABSTRACT: The ideal model of the cassation can exist in Peru through the article 387° of the Civil Procedural Code's Reform Project of 2018, which establishes a recursal filter called "fundamental legal relevance" that falls on the matter of law. In relation to this provenance requirement, of the three criteria established to determine it, the one that generates the most questioning is the criteria of legal, social and economic impact. Therefore, we've made a comparison with the figures of Certiorari, the cassational interest and the general repercussion to demonstrate the importance of implementing a filter because of the procedural burden currently facing the Peruvian Supreme Court. And to be able to define what the supreme judge must understand by these indeterminate concepts.

KEYWORDS: cassation appeal, legal matter, fundamental relevance, impact.

* Centro de Investigación Proceso y Constitución. Universidad Nacional del Santa

SUMARIO: **I.** Introducción.— **II.** La metamorfosis de la casación civil en el Perú.— 1. Antecedentes.— 2. Fines de la corte de vértice.— 3. Actual escenario de la casación.— **III.** Los filtros recursales de la casación.— 1. Generalidades.— 2. Modelos de filtros recursales.— **IV.** Análisis de la cuestión jurídica de relevancia fundamental.— 1. Cuestión de derecho.— 2. Relevancia jurídica fundamental.— 3. Principio de previsibilidad.— 4. La valoración del impacto en la decisión del juez supremo.— **V.** Conclusiones.— **VI.** Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, se ha puesto en evidencia cómo la creciente demanda del recurso de casación es consecuencia de una larga serie de causas y concausas. Ante ello, existe la necesidad de volver a debatir sobre lo que debería ser en realidad una Corte Suprema. Pues, tener una sobreabundante carga procesal presupone que los jueces se ocupen y profundicen poco en los casos que son realmente trascendentes. Esto es un problema, a mayor número de ingreso de recursos de casación, menor será el tiempo e interés que el juez supremo tendrá para resolver tales recursos. La consecuencia que esto trae consigo es la ineficiencia en la labor que realiza el juez supremo, debido a la defectuosa normatividad que regula la casación y el modelo de Corte Suprema adoptado en el Perú.

En efecto, la Sala Suprema Civil de la Corte Suprema de la República, en el año 2015, ingresó un total de 2237 recursos de casación, no hubo ningún recurso pendiente del año anterior, por lo tanto, su carga procesal únicamente fue de 2237 recursos. Con relación al año 2016, ingresó un total de 2302 recursos de casación, tampoco hubo ningún recurso pendiente del año anterior, por lo tanto, su carga procesal fue la misma. Por otra parte, en el año 2017, ingresó un total de 2767 recursos de casación, pero hubo 1130 recursos pendientes del año 2016, por lo tanto, su carga procesal fue de 3897 recursos. Estas estadísticas nos demuestran que, durante los últimos tres años, solo en materia civil, ingresan un desbordante número de recursos de casación, los mismos que han ido en incremento.

Es evidente que, sin duda alguna, el régimen de casación necesita un urgente cambio. La posible solución pretende estar en la Reforma del Código Procesal Civil, que busca limitar el acceso a la Corte Suprema solo a los casos importantes que realmente merecen llegar a

este órgano. Esta limitación se pone en evidencia cuando analizamos el artículo 387 de dicha reforma, que regula la “*Cuestión Jurídica de Relevancia Fundamental*” y expresa que “la Sala Suprema Civil declara procedente el recurso si la cuestión de derecho es de relevancia jurídica fundamental o si se aparta indebidamente de los precedentes emitidos por la propia Sala o por el Tribunal Constitucional”. Restringiendo así la procedencia del recurso.

Resulta oportuno profundizar el estudio del artículo 387 de la Reforma del Código Procesal Civil para conocer cómo determinar esta relevancia jurídica fundamental, el mismo artículo expresa que la Sala Suprema Civil deliberará colegiadamente sobre el recurso y deberá apreciar, entre otras cosas, “2° el impacto jurídico, social y económico que vaya a tener su sentencia.” ¿Qué quiso expresar el legislador cuando redactó este inciso? ¿Cuál es el significado de impacto jurídico, social y económico? ¿Este inciso otorga discrecionalidad al juez supremo? Estas y más interrogantes surgen de aquel. Sin embargo, la exposición de motivos de la citada reforma no proporciona explicación alguna y no hace más que mencionarlos como parámetros para definir esa relevancia jurídica fundamental.

Entonces, al existir un concepto indeterminado, es preciso interpretarlo y dar respuesta a las preguntas planteadas líneas arriba, ello para facilitar la comprensión del dispositivo legal, el mismo que será de gran beneficio para la comunidad jurídica. Ya que, el mencionado artículo es totalmente innovador, pues, no existe en el Código Procesal Civil vigente, ni existió en algún Código Procesal Civil anterior. Por consiguiente, lo que en este trabajo de investigación se propone es explicar a detalle el significado de los impactos jurídico, social y económico, así mismo, contrastarlo como un naciente filtro recursal en la legislación peruana, importante para limitar el acceso a la Corte Suprema y uniformizar la jurisprudencia.

II. LA METAMORFOSIS DE LA CASACIÓN CIVIL EN EL PERÚ

Se ha comprendido que la función de la Casación se parece más a la figura, también mítica, de Proteo, el dios de la metamorfosis, de la ambigüedad, del cambio, de la incerteza, de la inconstancia.

MICHELE TARUFFO – EL VÉRTICE AMBIGUO

1. Antecedentes

La Corte Suprema de la República del Perú, como máximo órgano jurisdiccional ordinario, es el único órgano que tiene la función de emitir casaciones. Monroy (2015: 157) advierte la existencia de tres modelos de Cortes Supremas: 1) el modelo franco-italiano, 2) el modelo angloamericano, y 3) el modelo alemán.

El modelo franco-italiano posee dos características más relevantes. La primera es que la Corte Suprema se encuentra fraccionado en salas. La segunda característica recae en que, al contar con diversas salas, estas se encuentran en la capacidad de recibir numerosos recursos de casación y emitir numerosas sentencias. Sin embargo, este modelo tiene serias deficiencias en cuanto su aplicación, ejemplo de ello se demuestra cuando no alcanza la uniformidad en la jurisprudencia en la sentencia que emite.

El modelo angloamericano se caracteriza principalmente por tener uniformidad en su jurisprudencia vinculante. Tal uniformidad jurisprudencial es posible gracias al *writ of certiorari* que dota de discrecionalidad a los Jueces Supremos, quienes deciden admitir o rechazar los casos que serán revisados por la Corte Suprema. Esto trae como consecuencia el número limitado de casos que revisa la Corte Suprema. Estableciendo así, una eficaz y ordenada labor, admitiendo únicamente los recursos de casación que poseen gran relevancia y merecen ser resueltos por la Corte Suprema.

El modelo alemán posee características de los modelos franco-italiano y angloamericano. Dentro de sus características más importantes, el modelo alemán dota de discrecionalidad a los Jueces Supremos, posee la función de uniformidad en su jurisprudencia y control de legalidad, y la Corte Suprema se encuentra fraccionado en salas. Lo explicado pone

en evidencia que las dos primeras características guardan relación con el modelo angloamericano, mientras que la última característica guarda relación con el modelo franco-italiano.

Tras la breve explicación de los modelos de Cortes Supremas ¿qué modelo adoptó el Perú? El modelo adoptado es el franco-italiano por dos características. La primera, la Corte Suprema peruana está compuesta por siete Salas Supremas especializadas. La segunda, en el año 2017, la Sala Civil Suprema recibió un total de 2767 recursos de casación; en el mismo año, 1946 recursos de casación fueron declarados improcedentes, 273 fundados y 162 infundados. Una corte de estas características repercute necesariamente en la eficiencia de la casación.

Gallardo y Fernández (2004: 296-297) afirman: “El recurso de casación surgió como una respuesta al fracaso del sistema del Recurso de Nulidad,¹ el cual no cumplía con su finalidad, entre otros motivos porque no contribuía a la unidad de criterio del órgano jurisdiccional ni a la celeridad en la solución de los procesos, su utilización indiscriminada motivó una elevada carga de la Sala Civil de la Corte Suprema, etc”. Palacios (2015: 308) indica que: “En Perú, el recurso de casación en materia civil se reguló por primera vez bajo esta denominación con la promulgación del Código Procesal Civil del 29 de febrero de 1992, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993”. El recurso extraordinario de casación en materia civil es una institución relativamente nueva con poco más de 26 años desde su vigencia.

Ya, desde su vigencia, la casación no fue bien empleada. Así, el 28 de julio del 2009, mediante la Ley n.º 29364 se introdujo una serie de modificaciones a varios artículos del Código Procesal Civil con el objetivo de corregir la labor que venía realizando la Corte Suprema. En relación a sus fines, el artículo 384 fue uno de los modificados, cuya fórmula final fue que la casación tiene como fines la adecuada

1 Cabe indicar que el Recurso de Nulidad apareció en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, “al haberse traducido literalmente el término francés “Casser” (romper, destruir, anular) por su acepción española de “anular”, y el Recurso de Cassation por la versión española literal de Recurso de Anulación o Recurso de Nulidad” (Rioja, 2009). Una inadecuada traducción hizo que el conocido recurso de casación en Francia, sea traducido por recurso de nulidad en Perú.

aplicación del derecho objetivo al caso concreto y uniformidad de la jurisprudencia. Cabe indicar que para que estos fines se cumplan, el artículo 386 señalaba las causales en la que se sustenta este recurso de casación que son la infracción normativa – error in iudicando o apartamiento inmotivado del precedente judicial – error in procedendo.

2. Fines de la Corte de Vértice

En la actualidad, los fines del recurso de casación que por lo general se conocen, se encuentran regulados en el Código Procesal Civil, específicamente en el artículo 384². Respecto a ello, gran parte de la doctrina nacional e internacional, han coincidido en denominarles como: nomofiláctica y uniformadora; caracterizándose por ser las más importantes. En ese sentido, también se puede inferir que la casación cuenta con otros fines, que a diferencia de los anteriores tal vez no sean tomados con la misma relevancia; los mismos que, según el doctrinario Palacios Pareja pueden ser considerados como accesorios o secundarios. Entre estos, se destaca a la función dikelógica.

Respecto a ello, Marinoni señala que “la célebre obra de Calamandrei, de inicio de la segunda década del siglo pasado, demostró que la evolución de la Corte de Casación culminó en la necesidad de atribuirseles las funciones de declarar el sentido exacto de la ley y garantizar su interpretación uniforme” (2007). Y en virtud a ello, es que el fin principal del recurso de casación ha sido la correcta aplicación del derecho objetivo (función nomofiláctica) y la unificación de la jurisprudencia (función uniformadora) para de esta forma garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En el siglo XVIII y XIX, la función nomofiláctica o nomofilaquia³ se empleaba con el propósito de garantizar la correcta aplicación de la norma. Esto se debe a que, tradicionalmente busca la defensa de la ley,

2 Artículo 384º.- Fines de la casación

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

3 Proviene de las voces griegas “nomo” y “philasso”, que significan ley y guardar, respectivamente.

sin embargo; en tiempos actuales se debe hablar de una defensa de la interpretación formal de la ley. Asimismo, tendrá por objetivo velar y controlar el cumplimiento de las leyes, lo que implica interpretar, aplicando correctamente el derecho objetivo a un caso en especial. En ese sentido, Glave sostiene que “lo importante es que la función nomofiláctica es, en estricto, la primera y auténtica finalidad del recurso de casación y es entonces principalmente esta finalidad la que tiene que ser analizada a la luz del paradigma del ordenamiento jurídico que tenemos en la actualidad” (2012: 108).

Por su parte, Hitters sostiene que la función nomofiláctica se encuentra orientada a dos premisas distintas; la primera consiste en que el juez debe cerciorarse que los ciudadanos acaten las normas, las mismas que serán expresadas a través de sus conductas; y la segunda consiste en revisar si realmente la labor que ejercen los jueces, se ajustan a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico (1998: 166). Asimismo, dicha función se encarga de garantizar que, mediante la correcta interpretación de la norma, se pueda lograr una mayor justicia en la decisión.

Por otro lado, la función uniformizadora o unificadora, tuvo sus orígenes en las cortes inglesas y norteamericanas, la cual implica que la Corte Suprema de Justicia tenga por objetivo unificar todos sus criterios jurisprudenciales⁴, y esto se debe esencialmente a que “una jurisprudencia uniforme evita la incertidumbre de la interpretación del derecho y la consiguiente variedad y variabilidad de las decisiones judiciales” (Taruffo 2015: 133). Asimismo, este órgano se encuentra en la obligación de unificar la jurisprudencia, con el propósito de evitar la incertidumbre y el escándalo jurídico, puesto que, de no ser así, se apreciaría a jueces resolviendo de manera diferente bajo sus propios criterios, sobre la misma cuestión litigiosa (Hitters 1998: 167).

Ahora, si bien es cierto, es inevitable contar con numerosas interpretaciones respecto a una ley, y más aún si se sabe que no se puede estar

4 En Italia, se tiene en cuenta una regulación análoga a la nuestra, la cual se encuentra expresada en el artículo 65° de la Ley de 1941 sobre el ordenamiento judicial, en la cual “asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley, garantizando la unidad del derecho objetivo nacional” (Taruffo 2013: 135).

meramente sujeto al dispositivo legal, pese a ello; se debe brindar un tutela jurídica efectiva a todos los ciudadanos; y por tal motivo es que la función unificadora busca garantizar una sola jurisprudencia, asimismo, Guzmán indica que “la seguridad jurídica y la igualdad imponen que ésta sea la función que deba presidir en la casación” (citado en Asencio 2013: 493). En ese sentido, dicho autor también afirma que la función unificadora, subsume a la función nomofiláctica, de tal manera que la actualiza.

De igual modo, cuando se hace referencia a la unificación de la interpretación judicial, se debe tener en cuenta que su principal objetivo es lograr la igualdad ante la ley y de esa forma, también se pretende evitar la arbitrariedad judicial. Igualmente, Marchese manifiesta que “la uniformidad de la jurisprudencia, como fin del recurso de casación, le es inherente la uniformidad en el espacio, pero no la uniformidad en el tiempo” (citado en Glave 2012: 108), es decir; lo que se pretende garantizar es la uniformidad de los criterios jurisprudenciales en la actualidad, lo cual no significa que esta interpretación permanezca en el tiempo.

Finalmente, en el año 1993, el 28 de julio –exactamente– cuando el recurso de casación entra en vigencia, se debe reconocer que en dicho dispositivo legal no se hizo ninguna referencia a la función dikelógica. No obstante, en palabras del doctor Monroy, es considerado como uno de los fines de la casación más modernos; la cual consiste en la aplicación de la justicia o acceder a esta cuando se requiera. Del mismo modo, Palacios comenta respecto a este fin complementario del recurso de casación, y menciona que “se caracteriza fundamentalmente, porque a través de él se traslada la importancia del recurso de lo político a lo jurisdiccional; del *iusconstituinis* al *iuslitigatoris*” (2013: 508).

No obstante, algunos autores prefieren considerarlas como las funciones clásicas de las Cortes Supremas, puesto que, siguiendo el lineamiento del profesor Delgado, señala al control de legalidad, como la única finalidad de la corte de casación, definiéndola como aquella que “otorga un sentido a las disposiciones normativas sobre las cuales existe una variada divergencia interpretativa [...]” (2015: 244); y por último,

hacemos referencia al jurista Palacios quien se manifiesta respecto a la función de control de legitimidad, la cual se fundamenta en interpretar una norma a futuro y que, básicamente se encuentra orientada a la creación de precedentes, con el propósito de “influnciar la jurisprudencia sucesiva, tanto de los jueces de mérito como la propia Corte de Casación” (2015: 505).

3. Actual escenario de la casación

Si una de las partes procesales, después de la sentencia de vista, considera que el colegiado ha incurrido en infracción normativa o se ha apartado de un precedente sin motivar su decisión, puede interponer recurso de casación. Este se encuentra regulado en los artículos 384 al 400 del Código Procesal Civil peruano según la última modificación mediante la Ley n.º 29364 en el año 2009. Ahora bien, es importante tener en cuenta el contenido del artículo 391, donde explícitamente la Corte Suprema tiene la responsabilidad de examinar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia.⁵

La práctica de interponer el recurso de casación sin comprender su excepcionalidad ha fomentado una tendencia transfigurada que no sintoniza con los fines contemplados en el artículo 384 del Código Procesal Civil peruano. Simboliza un mecanismo utilizado para dilatar el proceso, aprovechándose de una interpretación abierta con la denominada “infracción normativa”. Aquel concepto está sujeto a diversas interpretaciones en relación a temas de motivación o medios probatorios convirtiéndose medianamente como una tercera instancia.⁶

5 Dicho artículo nos servirá para comprender los problemas que llegan a dar en la práctica judicial y cómo el proyecto de reforma se ha concentrado en convertir a la casación peruana en una corte de precedentes, teniendo como filtros a la relevancia jurídica fundamental.

6 “El instituto de la casación satisface el interés público de anular sentencias que infrinjan la ley y el interés privado de tutela legal del recurrente; pero también coadyuva a la centralidad de la ley como fuente del derecho y, consiguientemente, es un mecanismo de defensa del principio democrático, asegurando el imperio de la ley y con ello un más perfecto Estado de Derecho” (Zúñiga 2005: 20).

Por otra parte, la existencia de la disposición normativa del artículo 392-A del Código Procesal Civil peruano es catalogado como un ‘certiorari positivo’⁷ configurándose como “(...) un método por el cuál la Corte suprema discrecionalmente decide conocer el caso” (Glave 2012: 110). La procedencia excepcional –como el legislador peruano lo ha denominado- se mostrará cuando una resolución impugnada no cumple con el requisito previsto en el artículo 388° (los requisitos de procedencia). Según López, este supuesto se puede dar a pesar de que no se adjunte el arancel correspondiente este será revisado porque contribuirá con los fines de la Casación (2016: 15).

La causal de procedencia excepcional no depende en realidad de qué controversia se discuta sino de la unilateralidad de la Corte Suprema de Justicia para declarar procedente el recurso. Por ejemplo, en el IX Pleno Casatorio (Casación n.º 4442-2015-Moquegua) tuvo como finalidad unificar las interpretaciones sobre la validez del acto jurídico. De forma excepcional, bajo el amparo del artículo 392-A del CPC, la Corte Suprema concedió el acceso al recurso de casación “(...) por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil, es decir, se ha concedido el recurso de casación por infracción de normas de carácter material” (Poder Judicial 2017: 7687).

Contrariamente, López opina que “[u]na regulación que admita la procedencia excepcional del recurso de casación únicamente eleva la carga procesal de la Corte Suprema, puesto que le faculta a admitir una mayor cantidad de expedientes bajo su conocimiento, a pesar que, de acuerdo a los requisitos de procedencia, éste no debería proceder” (López 2016: 21). No en vano la abundante carga procesal ha obstaculizado el desarrollo de los fines de la casación.⁸ Así, “la diferencia entre los ex-

7 Es un mecanismo procesal del Common Law que se originó a consecuencia de la gran carga procesal que ostentaba la Suprema Corte Estadounidense. Este tópico será explicado en el punto 3.3.1. dentro de los filtros recusarles en la legislación extranjera.

8 Los expedientes que han ingresado a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú en el período enero-setiembre del 2018 fue un total de 1976 casos. Ahora bien, ello sumado a los expedientes de la Sala Civil Transitoria del período enero-setiembre del 2018, tenemos 2033 casos. Entonces, el resultado de la suma de los casos en materia civil que han ingresado a lo que va del año es un número de 4009. Ello sin contar los 227 casos que dejó el año 2017.

pedientes ingresados y los expedientes resueltos, o lo que es lo mismo, resoluciones judiciales emitidas, diferencia entre cantidad demandada y cantidad ofertada de resoluciones judiciales, puesto que justamente los expedientes que están en proceso de ser resueltos son los que han ingresado y de los que todavía no se ha emitido resolución judicial final” (Fisfalen 2014: 83).

De tal modo, la carga procesal provoca que la Corte Suprema se pronuncie de forme tardía y su acto de deliberación sea por interno. En otras palabras, ante el conglomerado número de casos que llegan a la Corte, se ha visto en la necesidad de emplear la técnica del “juez ponente”. Lamentablemente, no es la más adecuada ni la más confiable ya que solo un juez se encargará de exponer el caso frente a sus colegas.⁹ Quizá el método ideal sería que todos los jueces revisen el caso para deliberar simétricamente.¹⁰

El caos no solo recae en la carga procesal sino en el ejercicio de las facultades del juez supremo ya que será necesario observar los límites normativos asignados por la Constitución y el Código Procesal Civil. Por ejemplo, López (2016) manifiesta que en la casación n.º 5745-2011-Lima, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en fecha 11 de octubre de 2011, cometió un error al interpretar el artículo 2014 del Código Civil peruano en contraste con el artículo 73 de la Constitución Política del Perú, en referencia a los bienes de dominio público. La Corte Suprema al escudriñar el sentido de los dispositivos normativos, llegó a la conclusión “(...) que una inscripción en los registros de bienes de dominio público, pueden facultar su transferencia beneficiándose al tercero “de buena fe” que aparentemente no sabía que dicho bien era de dominio público” (López 2016: 17).

9 Una técnica que facilite la forma de trabajo no es mala, lo perverso sería en el supuesto que la persona reserve datos de suma importancia y exponga a favor según su conveniencia.

10 Hoy el Perú está pasando por una grave situación moral, jurídica y social, como producto de la corrupción que era una verdad a voces. La inferencia común del contenido de los audios de la corrupción dilapida la ya endeble institución de justicia a nivel de la Corte Suprema. Todos esperamos un cambio radical ya no como observadores sino como protagonistas.

En suma, la realidad de la Corte Suprema peruana es desconcertante y hasta humillante, pues, logra opacar el desenvolvimiento normal de la vida jurídica. Los problemas no solo son provocados por la carga procesal, sino también, por la deficiencia de los jueces supremos que se refleja en decisiones contradictorias. Acompañado con “(...) un clamoroso descuido en la redacción, y, lo que es peor, una auténtica ruleta judicial” (Cavani 2015).

III. LOS FILTROS RECURSALES DE LA CASACIÓN

La ascendencia cultural es tan fuerte que muchas veces nuestros proyectos suponen que basta con una mera adaptación de los modelos para lograr superar los problemas.

EDUARDO OTEIZA – EL PROBLEMA DE LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN AMÉRICA LATINA

1. Generalidades

Los filtros recursales son creados con la finalidad de limitar el acceso a la Corte Suprema estableciendo una serie de requisitos con los que el recurso de casación debe contar, de lo contrario la desestimación de dicho recurso resultaría inminente. Al respecto, Cavani (2015) sostiene: “Esos filtros deben ser entendidos como herramientas que contribuyan directamente (y no tangencialmente) para que la corte cumpla con su función.”

Si analizamos lo que sostiene Teresa Armenta acerca de la “selección de asuntos”, bien puede compararse con los filtros recursales. Dentro de la selección de asuntos realiza una categorización entre medios de selección internos y externos. “Los primeros establecen una fase procedimental previa para asuntos que no requieren de un estudio profundo de la norma o de la generación *ex novo* de ésta. Los segundos instituyen filtros normativos o judiciales que permitan privar de acceso a un conjunto más o menos amplio de asuntos, limitándolo a los más idóneos.” (Armenta, 2018: 13) Si lo que se pretende es limitar el acceso a la justicia, la selección de asuntos, tomado como filtros recursales, es una medida idónea.

Esta limitación trae como consecuencia que la carga procesal de la Corte Suprema disminuya cuantiosamente, pues, pocas cifras de recursos

de casación serían admitidas y posteriormente resultas por esta. En esta línea, Christian Delgado avala esta postura y sostiene: “No obstante, la descarga procesal es una consecuencia casi necesaria de todo filtro recursal o de procedencia tal como lo ha establecido la Corte” (Delgado 2014).

La disminución de la carga procesal otorga diversos beneficios, tales como, pronunciarse exclusivamente por casos que realmente merecen llegar al máximo órgano de justicia y la uniformidad de la jurisprudencia, “es función de ese rol, la Corte termina conociendo pocos casos. Para ello dispondrá de filtros de accesos bastante discrecionales (i.e. certiorari) que discriminan los casos según su relevancia pública.” (Bravo, 2011:22). Esta discreción será otorgada al juez supremo y le permitirá enfocarse en pocos, pero enriquecedores recursos que contribuirán con la tan anhelada uniformización jurisprudencial.

“En el derecho comparado encontramos diversos filtros: las cuestiones de derecho de importancia fundamental (Grundsätzliche Bedeutung) del Bundesgerichtshof alemán, la repercussao geral del Supremo Tribunal Federal brasileño, el interés casacional español y el certiorari norteamericano.” (Cavani, 2015).

2. Los filtros recursales en la legislación comparada

2.1. Certiorari

En el Perú, se debe tener en cuenta que en el año 2009, hubo un intento por incorporar una especie de *certiorari* mediante la promulgación de la Ley n.º 29364 que modificaba al Código Procesal Civil respecto a la regulación del recurso de casación, la misma que se encuentra manifestado en su artículo 392-A.¹¹ Esto implica, que el juez supremo podrá declarar procedente un recurso de casación, pese a que este no cumpla con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 388 del

11 Artículo 392º-A.- Procedencia Procesal

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

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

Código Procesal Civil. Por esto, algunos autores prefieren considerarlo como un certiorari positivo.

El origen del certiorari se vio desarrollado en Norteamérica y se define como “una institución que tiene su origen en un sistema en donde no existe Tribunal Constitucional y, en consecuencia, en donde el rol principal de la Corte Suprema ha sido asegurar la vigencia de la Constitución” (Glave 2012: 110). En ese aspecto, vale resaltar que al operar bajo los lineamientos del certiorari, se le atribuye al juez una facultad discrecional, no obstante; esta facultad no debe entenderse en términos de arbitrariedad ya que la Corte Suprema peruana a manera de prever hechos como estos exige que toda decisión tomada por el magistrado sea siempre motivada.

Cabe resaltar que para la toma de decisiones, respecto a la revisión por certiorari, sus fundamentos deben de carecer de inconsistencia, ser lo suficientemente importantes y sobre todo pensar en las consecuencias que pueda abarcar ya que no solamente se debe enfocar en las partes del proceso sino que también está de por medio la sociedad. Y, si bien es cierto, este tipo de filtro recursal es empleado en el sistema del *common law*, también se ha querido incorporar al sistema del *civil law*, al cual pertenecemos.

2.2. Interés casacional

En España, a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, se estableció dos recursos que se podrían interponer frente a la segunda instancia; ellos son el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.¹² El primer mecanismo procesal analizará todo lo relativo a las cuestiones de competencia objetiva y funcional, jurisdicción, respecto a la regulación de la sentencia; es decir, sobre los preceptos procesales (según el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento

12 La Ley Orgánica del Poder judicial de España cuenta con el criterio de interés casacional no solo en el ámbito civil, sino que también lo tiene en el recurso de casación contencioso administrativo. Solo que la diferencia radica que “En el recurso de casación civil el interés casacional se configura como el elemento determinante de la accesibilidad de la sentencia al recurso de casación ante la Sala Primera, opera como requisito para inadmitir el recurso mientras que, por el contrario, en el recurso de casación contencioso administrativo se trata de una causa de inadmisión, que el recurso de casación carezca de interés casacional” (Castillo 2013: pár. 1).

Civil de España). El recurso de casación sirve para denunciar preceptos sobre derecho sustantivo los cuales pueden ser concernientes a la interpretación o aplicación de la ley.

Para acceder al recurso de casación se ha determinado los siguientes supuestos, de acuerdo con el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España: “(...) 1º Cuando se dictarán para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional (...)”.¹³

Según Gimeno, el diseño casacional español comprende dos requisitos específicos: 1) “*summa gravaminis*” y el “interés casacional”. Este último es percibido como uno de los atractivos de la casación material. Hasta el punto de convertirse en un auténtico presupuesto procesal (2008: 18). Este último filtro casacional tiene como fin “(...) garantizar que el recurso de casación persigue únicamente la corrección de los errores de interpretación de las normas jurídicas en que haya incurrido la resolución judicial impugnada” (Castillo 2013).

El interés casacional no se vincula “(...) a la trascendencia del caso, sino a la oposición de la sentencia con la jurisprudencia, o a la existencia de sentencias contradictorias con la recurrida, o a la inexistencia de jurisprudencia por tratarse de normas jurídicas recientes, en una especie de adopción del modelo del “caso precedente” (Delgado 2009: 365). Se busca cumplir con la función de la unificación de la jurisprudencia corrigiendo el sentido de la interpretación de la ley¹⁴ “(...) con

13 Se convierte a euros la cuantía contemplada en el punto 2 del apartado 2 según el Anexo II del Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

14 En comentario, “la nueva regulación del recurso de casación potencia decididamente la función uniformadora de la jurisprudencia, en detrimento de la función nomofiláctica y de la salvaguardia del *ius litigatoris*, seguramente en la acertada creencia de que las dos últimas no son, desde el punto de vista institucional, funciones esenciales del recurso de casación, ni para su satisfacción se requieren necesariamente los servicios de un único órgano jurisdiccional situado en la cúspide de la organización judicial, cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional” (Gimeno 2008: 19).

un objetivo común: incrementar la eficacia del Tribunal Supremo en el cumplimiento de su función unificadora resolviendo de un plumazo la reducción de casos que acceden al Tribunal Supremo, propiciando paralelamente, una adecuación ágil del derecho y su interpretación frente a los cambios sociales” (Armenta 2018: 25).

2.3. Repercusión general

A consecuencia de la gran carga procesal que mantuvo el Supremo Tribunal Federal de Brasil,¹⁵ se decidió incorporar, mediante la Ley n.º 11.418 del 19 de diciembre de 2006, un filtro recursal que alteró el artículo 543 del Código Procesal Civil. Este no hacía proceder la casación “(...) cuando la cuestión constitucional en él tratada no ofrecía repercusión general” (Ferreira 2004: 41). En efecto, la Enmienda Constitucional n.º 45/2004 pone en relieve la necesidad de la justificación de la repercusión general y de la trascendencia de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso como elemento de admisibilidad del recurso.¹⁶

Posteriormente, de forma expresa, el nuevo Código Procesal Civil de 2015 trajo consigo el instituto de la repercusión general, en el artículo 1035, el cual regula:

El Supremo Tribunal Federal, en decisión irrecurrible, no conocerá del recurso extraordinario cuando la cuestión constitucional en él no tiene repercusión general, de conformidad con el presente artículo. §1º Para los efectos de repercusión general, la existencia o no serán considera-

15 “En la década de los ochenta, sobre todo después de la Constitución de 1988, llegaban al Supremo Tribunal Federal cerca de 20.000 recursos por año contra decisiones de los demás jueces y tribunales. En los años 90 ese número creció vertiginosamente, hasta llegar, en el 2006, a la cantidad alarmante de 127.535 recursos extraordinarios radicados en el Supremo Tribunal Federal. En el año 2007 habíamos contabilizado, hasta el mes de septiembre, 91.003 recursos” (Ferreira 2004: 40). Se tomó como alternativa de solución de carga procesal de esa época tratando de adaptar las características del Derecho Estadunidense.

16 “La «petición de relevancia» recibió varias críticas y fue objeto de varios debates doctrinarios que cuestionaban la ambigüedad terminológica conceptual del subjetivismo interpretativo de la expresión «relevancia de la cuestión federal» y aún la discrecionalidad para la selectividad de los recursos otorgada exclusivamente el STF” (Schwarz 2011: 29).

dos cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico que superen los intereses subjetivos del proceso. §2° El solicitante debe demostrar la existencia de repercusión general para la apreciación exclusiva por el Supremo Tribunal Federal (...).¹⁷

Lo interesante de este artículo es señalar las cuestiones más relevantes que deben acompañar a la repercusión general. Desde diferentes ámbitos como el social, económico, político, sin olvidar, al jurídico. Cada uno de ellos tiene un análisis bajo un entendimiento de lo que puede generar la cuestión de trascendencia. Por ello, por medio de esta repercusión “(...) la función del tribunal es establecer una organización en la aplicación del derecho en el plano constitucional, siendo un catalizador de cuestiones importantes y de repercusión, las cuales deben ser exhaustivamente reflejadas” (Araújo 2007: 61).

Desde la incorporación de este filtro recursal, se suscitaron perspectivas sobre las diferencias entre la cuestión relevante y la repercusión: “Habrá repercusión general siempre que el recurso a impugnarse sea contrario a sùmula o jurisprudencia dominante del Tribunal” (Armenta 2018: 202). Distinto a ello es la cuestión relevante, ya esta será “(...) la decisión sobre la admisibilidad o rechazar la repercusión general y la exposición de motivos, que prescinde de contornos claros, evitándose la inseguridad notoria por otras situaciones legales” (Carneiro 2008: 119). En otras palabras, Marinoni y Mitidiero consideran que, para viabilizar el conocimiento del recurso extraordinario, el Supremo Tribunal deberá conocer conjugación entre relevancia y trascendencia, ya que la repercusión general es igual a la repercusión más la trascendencia (2007: 18).

17 Texto original del Art. 1.035 del Código Procesal Civil: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versa da não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1° Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2° O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3° Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie sùmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. (Presidência de lá República de Brasil 2015)

La finalidad de la ‘repercusión general’ es “la compatibilización de las decisiones judiciales, llegando a uniformizarlas y, así, proporcionar una igualdad constitucional y una racionalización de la actividad judicial” (Marinoni y Mitidiero 2007: 18-19). Por último, este filtro, ha logrado que el Supremo Tribunal, en el período 2014-2016, solo analice 83 casos de suma importancia. Más aún “los 83 casos juzgados liberaron al menos 76,213 casos que estaban aguardando en otras instancias del poder judicial a la espera de la decisión de la Corte Suprema” (Supremo Tribunal Constitucional 2016). De ese modo, la repercusión general trabaja como un “filtro para disminuir la cantidad de demandas actuales en el Tribunal Supremo y, por reflejo, en los demás tribunales nacionales” (Ferreira 2004: 747).

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN JURÍDICA DE RELEVANCIA FUNDAMENTAL

La casación alcanzará su pleno desarrollo en el momento en que se abran las puertas para que encuentre el cauce adecuado para el cumplimiento de las funciones a las que está llamada.

JUAN PÉREZ – EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS

En el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil se ha establecido la propuesta del filtro al recurso de casación. Para Delgado, era necesario una reestructuración normativa de este recurso, debido a la alta carga procesal de los jueces supremos quienes emiten, anualmente, más de 30 mil sentencias casatorias siendo muchas de ellas no relevantes (EnfoqueDerecho 2018: min. 4: 32). Pero, a todo esto, ¿qué debemos entender por relevancia? En una primera aproximación, el DLE refiere que se entiende como una cualidad de relevante, importancia o significación.

El artículo 387 del proyecto de reforma regula dos requisitos de procedencia de un recurso de casación.¹⁸ Uno de los requisitos que ha

18 Artículo 387.- Cuestión jurídica de relevancia fundamental. Recibido el expediente, la Sala Suprema Civil declara procedente el recurso solamente si la cuestión de derecho planteada por el recurrente es de relevancia jurídica fundamental o si se aparta inde-

generado mayor controversia es, precisamente, el de ‘relevancia jurídica fundamental’. Asimismo, con relación a este requisito, el artículo 387 establece tres criterios no copulativos para determinar su validez: 1) La conveniencia de pronunciarse sobre la cuestión jurídica para efectos de los fines del artículo 384. 2) El impacto jurídico, social y económico que vaya a tener su sentencia 3) La existencia de interpretaciones contradictorias sobre las disposiciones legales aplicadas por las Salas Superiores del país.

Ahora, destacamos la buena voluntad del grupo de reforma al regular criterios que limiten el excesivo acceso a la Corte Suprema ya que en la actualidad la normativa vigente promueve la facilidad de proponer una casación y, por ende, mayor es el trabajo del juez supremo. No obstante, consideramos que no ha existido una buena técnica legislativa sobre la materia. A través del uso de una técnica legislativa abierta, en su intento de establecer conceptos indeterminados con la finalidad de que el juez supremo le dé contenido y otorgándole discrecionalidad, han generado muchas controversias con relación a su interpretación.

1. Cuestión de derecho

En la doctrina, hasta el día de hoy, existe un gran debate sobre el objeto de la casación, es decir, si el juez supremo en este recurso debe ver cuestiones de hecho o de derecho. Con relación a esto, Letner refiere que, “el juez supremo al analizar cuestiones de derecho limitará su actuación exclusivamente al control de la correcta aplicación del derecho objetivo, teniendo por inconvencionales los hechos tal como han sido fijados por el tribunal de mérito” (2016: 1). Por otra parte, Trento refiere que las cuestiones de derecho son aquellas referidas a las reglas y criterios aplicables, en cambio, las cuestiones de hecho serían aquellas preguntas, por ejemplo: quién lo hizo, cuándo, dónde y porqué (2016: 228).

Para deslindar lo que debe ser materia de casación de lo que no lo es, será necesario enfocarnos en su finalidad y en los conceptos mencionados. Si queremos que la Corte Suprema deje de ser considerada

bidamente de los precedentes emitidos por la propia Sala o por el Tribunal Constitucional.

como una tercera instancia, según Nelson, debemos tener en claro que la casación consiste, exclusiva y excluyentemente, en eximir las cuestiones de derecho de la sentencia impugnada. Por lo tanto, quedan descartadas las cuestiones de hecho, siendo más claros, el juez supremo no tiene ya que valorar las pruebas aportadas por las partes ni las conclusiones llegadas por el juez de segunda instancia.

En efecto, cuando un ordenamiento legal diferencia entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho, a efectos de someter una de las cuestiones a la jurisdicción de los tribunales supremos, lo realiza con el propósito de filtrar casos y las cuestiones que se someten en el recurso extraordinario. (Trento 2016: 285). Claro está que, con ello, se determinan y garantizan el cumplimiento de las funciones de la Corte Suprema. Calamandrei (citado por Letner 2016: 2) refiere que será relevante una cuestión de derecho, únicamente, a efectos de mantener una interpretación exacta de la ley como regla general, en otras palabras, que no se limite a las consecuencias jurídicas del caso concreto, sino que implique la existencia o el significado de la norma jurídica.

2. Relevancia jurídica fundamental

En primer lugar, es necesario referirnos sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Un sistema jurídico particular está conformado por conceptos jurídicos determinados; no obstante, el legislador de forma involuntaria o voluntaria, establece ciertos conceptos que se caracterizan por su indeterminación. Al respecto, se afirma que “son términos jurídicos abiertos que han de ser precisados en los actos de aplicación del derecho que los contiene y, por consiguiente, perfilados por un operador jurídico que es distinto al de su creación” (Núñez 2013: 21).

En el presente caso, voluntariamente se ha establecido el concepto jurídico indeterminado: ‘relevancia jurídica fundamental’. Cabe mencionar que, no estamos en contra de esta indeterminación, no obstante, el problema se presenta cuando este concepto indeterminado se relaciona con otros más, incrementando la dificultad en el momento de la interpretación. Evidentemente, esto no genera una solución a nuestro actual problema, sino que contribuye a la existencia de muchos más. Por ejemplo, siendo más claros, algunas cuestiones por resolver son:

¿qué debemos entender por impacto económica, social y políticos?, ¿son conceptos copulativos, o, para determinar la procedencia del recurso, se necesita solo de la concurrencia de uno de ellos?

La relevancia jurídica fundamental constituye el modelo peruano de filtro recursal, ya que con él se quiere lograr que la Corte Suprema resuelva, únicamente, cuestiones relevantes. Mejor dicho, en palabras de Delgado, “el recurso que debe alcanzar la atención de la Corte Supremo debe ser aquel que contenga altísima relevancia”. (Enfoque Derecho 2018: min. 6: 24). Por consiguiente, a través de este modelo se le ha reconocido al juez supremo un poder discrecional, mediante el cual se deberá analizar si el recurso trae consigo una cuestión jurídica relevante que conlleve al desarrollo del derecho. Parte de la doctrina afirma que este modelo se asemeja al aplicado en la corte norteamericana, es decir, al certiorari. ¿Pero, realmente se asemeja a este modelo?¹⁹

“El certiorari es una facultad discrecional de la Corte Suprema que sirve, precisamente, para conocer casos a través de los cuales va a cumplir con las finalidades del recurso de casación” (Glave 2008: p. 8). En efecto, si se quiere mejorar la función de la Corte Suprema, permitiendo que lleguen solo casos importantes, el primer filtro es restringir el acceso a la corte escogiendo sus propios casos para tramitar (Enfoque Derecho 2018: min.11:08). De ahí que se afirma que se ha adoptado un modelo causi-anglosajón. Lo que ha sucedido fue una reestructuración del modelo del certiorari ya aplicado, excepcionalmente, en nuestra legislación.

3. Principio de previsibilidad

La previsibilidad es una cualidad de aquello cuyo acontecimiento puede ser conjeturado o conocido previamente (Vidal 2017: 146). Asimismo, una característica de la previsibilidad es que puede presentar en mayor o menor medida, es decir, tiene una propiedad graduable. Ahora, ¿qué estamos diciendo cuando nos referimos que una regulación jurídica proporciona mayor o menor grado de previsibilidad? Lifante refiere que para responder esta cuestión debemos tener en cuenta otra característica. “Se trata de una propiedad proyectada en tres dimensiones, cada una de

19 Cfr. en extenso en Enfoque Derecho 2018.

las cuales resulta a su vez graduable. [...]: 1) una dimensión objetiva: ¿qué se puede prever?; 2) una dimensión subjetiva: ¿quién puede prever?, y 3) una dimensión temporal: ¿hasta cuándo se puede prever?” (2017: 146).

Por otra parte, Sosa refiere que la previsibilidad, conocido también como el criterio de previsión de consecuencias, es un criterio muy polémico, pues implica tomar en cuenta consideraciones extrajurídicas (2011: 110). Mejor dicho, en el presente caso, el juez supremo, al realizar una interpretación no puede emitir resultados caóticos o con graves injusticias. Por lo tanto, “este criterio implica, cuando menos, resolver atendiendo a las consecuencias reales de la decisión (sin perder de vista los otros criterios de interpretación), así como morigerar las reglas procesales con la finalidad de lograr auténtica justicia constitucional” (Vidal 2011: 110).

La previsión de consecuencias es un aspecto importante en dónde que hay que tener en cuenta las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de estos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar provisiones futuras al momento de resolver, no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución (García 1994: 31)

Con relación a las tres dimensiones expuesta por Vidal, cada una de ellas justifica distintas exigencias. La primera justifica la exigencia de la precisión. En esta dimensión, “una determinada normativa jurídica será más previsible cuantas más cosas (...) nos permita prever” (2017: 147). La segunda dimensión hace referencia a la exigencia de accesibilidad. “Una determinada regulación jurídica sería más previsible cuantos más sujetos puedan realizar previsiones a partir de ella; [...] en relación con los sujetos potencialmente afectados por la regulación” (2017: 148). Y, la tercera dimensión justifica la exigencia de estabilidad. “Una determinada normativa generará mayor previsibilidad cuanto mayor sea el lapso para el que nos permite realizar previsiones” (2017: 149).

4. La valoración del impacto de la decisión del Juez Supremo

En el inciso 2 del artículo en discusión del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, se menciona que debe apreciarse el impacto jurídico, social y económico de la sentencia para determinar ‘la relevancia jurídica fundamental’. Este criterio se refiere al “efecto producido por la emisión de una sentencia” (Corzo 2013: 271), respecto a la Corte Suprema, ya sea antes de emitir su decisión, e incluso antes de declarar procedente el recurso de casación. Pues bien, ¿el juez supremo peruano tendrá la capacidad de vaticinar las consecuencias de su decisión? Y ¿qué podemos entender por aquel impacto que anuncia de su futura sentencia?

Por otro lado, para adentrarnos a un análisis literario de los impactos es necesario reconocer las diferencias y características que guarda el futuro filtro recursal de la casación con los filtros de otras legislaciones. Primero, la ‘relevancia jurídica fundamental’ se fijará en aquella importancia que deberá tener la cuestión de derecho presentada. A diferencia del *Certiorari*, el filtro netamente discrecional, buscará encontrarse con un caso emblemático, pero solo ello quedará en la unilateralidad del juez. Otro punto es el interés casacional, el cual persigue únicamente la corrección de los errores de interpretación de las normas jurídicas, no fijándose en el aspecto material.

Finalmente, a través de un contraste con otros filtros de legislaciones extrajeras, la propuesta del nuevo filtro recursal peruano denominado ‘relevancia jurídica fundamental’ guarda una estrecha relación con la figura ‘*repercusión general*’ del Tribunal Federal Supremo de Brasil. Principalmente, porque ambas buscarán y explicarán cuáles son las causales jurídicas que son trascendentes desde un punto de vista jurídico, económico y social, respecto a lo que genere su decisión. A la vez, cabe resaltar que la diferencia más radical de una con otra es que ‘*repercusión general*’ es un requisito de admisibilidad; mientras que la ‘relevancia jurídica fundamental’ es un requisito de procedencia.

A) Impacto jurídico

La función primordial y obligatoria de la casación es mantener la uniformidad jurisprudencial; ello es, suscitar que el juez supremo emita

una sentencia vinculante para las venideras sentencias que emitirán las cortes de menor jerarquía, siempre y cuando sean sobre casos análogos. Así mismo, de acuerdo al principio *stare decises et quieta moveré*, los jueces deben respetar lo decidido anteriormente y no cuestionar los puntos de Derecho ya resueltos. De igual manera, cabe precisar que, bajo el principio constitucional de igualdad ante la ley, estos jueces de menor jerarquía están en la obligación de respetar los precedentes vinculantes que expida la Corte Suprema.

El Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, determina la situación de la casación como un instrumento de impugnación, que además de uniformizar la jurisprudencia, debe resguardar el fin de los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial que surge de todas sus sentencias. Se busca entonces, que la Corte Suprema se convierta en una corte de precedentes. Es por esta razón, el vital impacto jurídico que necesariamente debe asumir esta sentencia, pues, será esgrimido como paradigma para las futuras sentencias de coyunturas análogas.

“La repercusión jurídica, sin duda, tiene el espectro más amplio. Cualquier situación jurídica que necesite explicación para evitar dudas e inseguridad jurídica podría tener este tipo de repercusión” (Friedrich s.f.) En síntesis, se entiende que el impacto jurídico se producirá cuando se discuta sobre la aplicación y alcance de un determinado recurso, institución jurídica o principios; ello para lograr la uniformidad de la jurisprudencia mediante los precedentes vinculantes, “en el sentido de unificar criterios de decisión, por ejemplo, en la interpretación de normas, en la aplicación de determinadas normas, en supuestos fácticos análogos, etcétera (ejerce función uniformadora de las decisiones judiciales).” (Expediente: 002582-2017)

B) Impacto social

Muchos de los casos que debe resolver la Corte Suprema, deben ser realmente importantes, de gran trascendencia, que produzcan efectos en la sociedad. Ya que los individuos serán los que se fijarán en lo que sucederá posteriormente, guiándose en casos ya resueltos por la Corte Suprema. Tal relevancia social puede dar en “cuestión un derecho fundamental a la salud, a la educación, a la vivienda; y, en general, en las acciones colectivas (Arruda Alvim Wambier, 2008: 297-298)” (Armenta 2018: 202).

El aspecto social está íntimamente ligado a los reflejos directos de la decisión sobre la generación de nuevos empleos, inversiones, reducción de precios, aumento de salarios y de la eficiencia económica de diversas empresas, etc. En suma, la cuestión será relevante desde el punto de vista social “cuando la discusión involucra derechos colectivos, difusos o individuales homogéneos. La garantía del pluralismo, con la protección de las minorías, es pasible de encuadramiento en el punto” (Friedrich s.f.). En otras palabras, se busca primordialmente el beneficio de la sociedad.

C) Impacto económico

Si queremos analizar el impacto económico de la sentencia de una casación civil, tendremos que hacer un análisis costo–beneficio para identificar si esta casación será o no beneficiosa para la población jurídica y no jurídica. Su importancia radica en que el Juez Supremo al momento de evaluar si la futura sentencia que emitirá, tendrá un impacto económico, siendo así, entonces, declarará la procedencia del recurso; sin embargo, de no ser este el caso, la improcedencia de ciertos recursos de casación disminuirán en gran medida la carga procesal y llegarán al máximo órgano de justicia en el Perú, exclusivamente los casos más trascendentales.

El costo-beneficio en palabras de Ortega, es “una metodología para evaluar de forma exhaustiva los costes y beneficios de un proyecto, con el objetivo de determinar si el proyecto es deseable desde el punto de vista del bienestar social y, si lo es, en qué medida” (Ortega 2012: 147). En otras palabras, el costo–beneficio es una técnica para valorar las ventajas y desventajas que traerá consigo– en este caso – la sentencia de Casación. Lo que se espera es que el beneficio siempre supere al costo para obtener los resultados queridos.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando decimos costo–beneficio de la Casación? Posner., afirma que “Desde el punto de vista económico consiste en minimizar la suma de dos tipos de costos. El primer es el costo de las decisiones judiciales erróneas. El segundo es el costo de operación del sistema judicial” (Posner 2013: 850). Si se reduce dichos costos, mayor será el beneficio. Así mismo, la casación debe producir

ciertos beneficios económicos, tal como el descenso de gasto financiero en la producción de futuras sentencias.

A propósito ¿se debe tomar este impacto económico meramente como un efecto pecuniario? La respuesta es no, si bien es cierto, la disminución de gasto dinerario también viene a ser parte del impacto económico, pero no únicamente, pues, también está presente los principios de economía procesal y celeridad procesal como elementos determinantes que emplearán los operadores de justicia para expedir una sentencia, basándose en la fuerza de directriz que enmarca una casación ya expedida con anterioridad. Asimismo, bajo la comparación del prisma de la repercusión económica de la fuente brasileña, este efecto “no tiene como referencia el valor de la causa, sino el reflejo que la acción tendrá para la economía como un todo, principalmente si afecta a un gran número de personas” (Friedrich s.f.).

V. CONCLUSIONES

1. El recurso de casación en materia civil no cumple con la función nomofiláctica ni con la uniformadora de manera eficiente ya que el conglomerado de casos que ingresa a la Corte Suprema peruana, debido a la falta de un filtro recursal, se ha convertido en un obstáculo que inclusive, ha llegado al límite de emitir sentencias contradictorias. Es verdad que existe una sobrecarga procesal, pero los errores de interpretación dejan mucho que desear de la calidad de operadores del Derecho que cuenta el Perú.
2. El Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil; establece en su artículo 387° el filtro recursal de casación: La relevancia jurídica fundamental de la cuestión de derecho. Mediante este filtro se disminuirá la carga procesal que aqueja a la Corte Suprema permitiendo discernir entre los casos que realmente sean emblemáticos.
3. Se ha utilizada una técnica legislativa abierta en el artículo 387° del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil al introducir los conceptos indeterminados de ‘la relevancia jurídica fundamental’ y los “impactos jurídico, económico y social que vaya

a tener su sentencia” con la finalidad de que el juez supremo les dé contenido, no obstante, estos generan mucha controversia.

4. El filtro recursal peruano de “la relevancia jurídica fundamental” guarda una estrecha relación con la figura de la “Repercusión General” (Repercução Geral) del Tribunal Federal Supremo de Brasil. Esto se deduce de la semejanza que existe entre la repercusión económica, jurídica, social o política del filtro brasileño, y los impactos jurídico, económico y social del filtro peruano.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José

- 2007 “A repercussão geral e o novo papel do STF”. *Revista Dialética de Direito Processual*. Sao Paulo, número 50, 2007.

ARMENTA, Teresa

- 2018 “Recurso de casación: Entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales”. *Revista Para El Análisis Del Derecho*. Barcelona, pp. 1-49. Consulta: 01 de setiembre de 2018. <http://www.indret.com/pdf/1369.pdf>

ARRUDA, Paula

- 2014 “Trascendencia Constitucional y protección de los Derechos Fundamentales en Brasil”. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, número 18, pp. 61-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4900195>

BRAVO, Pablo.

- 2011 Unificación de jurisprudencia y recurso extraordinario en el proyecto de Ley que establece un nuevo código procesal civil. Tesis a nivel de grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Consulta: 25 de agosto del 2018. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111853/de-Bravo_pablo.pdf?sequence=1

CASTILLO, Ramón

- 2013 “La carencia de interés casacional: situación actual y perspectivas de futuro” En *ELDEECHO.COM* Consulta: 02 de

setiembre de 2018. <https://elderecho.com/la-carencia-de-interes-casacional-situacion-actual-y-perspectivas-de-futuro#>

CAVANI, Renzo

2015 “La Corte suprema peruana como corte de precedentes: filtros recursales y discrecionalidad”. Ponencia ofrecida en el V *Seminario Internacional Proceso y Constitución*. En la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 27 de abril. Consulta: 02 de setiembre de 2018.

CRUZ y TUCCI, José Rogério

2007 Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006). *Revista de proceso*. Brasília, volumen 32, número 145, p. 24-25. http://www.academia.edu/18668272/Corte_Suprema_peruana_filtros_rekursales_y_discrecionalidad

DELGADO CASTRO, Jordi.

2009 “La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina”. *Revista de derecho*. Valparaíso, 2009, número 33, p. 345-367. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200009&script=sci_arttext&tlng=pt

DELGADO SUAREZ, Christian.

2014 “Acceso al Tribunal Constitucional, filtros recursales y certiorari made in Peru.” En *Ius 360° - Ius Et Veritas*. Consulta: 24 de agosto del 2018. <http://ius360.com/publico/constitucional/acceso-al-tribunal-constitucional-filtros-rekursales-y-certiorari-made-peru/>

DELGADO SUAREZ, Christian.

2015 “Modelos de cortes supremas y revocación de precedentes vinculantes”. En PRIORI, Giovanni (coordinador) *Rol de las altas cortes y derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 243-266.

Enfoque Derecho

2018 “Entrevista a Christian Delgado Suarez”. En YouTube. 22 de mayo de 2018. Consulta: 7 de setiembre de 2018 <https://www.youtube.com/watch?v=dE57ljWrz7Q&t=280s>

FERREIRA, William

- 2004 “Sistema recursal brasileiro: de onde viemos, onde estamos e para onde (talvez) iremos. Coletânea Linhas Mestras do Processo Civil. Sao Paulo: Atlas

FRIEDRICH, Larissa

- s.f. “A repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário”. En Revista Âmbito Jurídico. Consulta: 03 de setiembre de 2018. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10677#

FISFALEN, Mario

- 2014 “Análisis económico de la carga procesal del poder judicial”. Tesis para optar el grado de magister en derecho con mención en política jurisdiccional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de postgrado. Consulta: 02 de setiembre de 2018. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5558/FISFALEN_HUERTA_MARIO_ANALISIS_ECONOMICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

GALLARDO, María y FERNÁNDEZ, Jorge.

- 2004 Estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil, a once años de su entrada en vigencia. Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia. Lima, pp. 295 – 310. Consulta: 24 de agosto del 2018. http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C7-15INF3CASACION_210208.pdf

GARCÍA, Belaunde

- 1994 “La interpretación constitucional como problema”. Revista Pensamiento Constitucional. Lima, número 1, pp. 13-36. Consulta: 5 de agosto de 2018 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3392/3240>

GIMENO, Vicente

- 2008 “El recurso español de casación civil: Perspectiva de Reforma”. En Ortells Ramos. (coordinador) *Los recursos ante los*

Tribunales Supremos en Europa / Appeals to Supreme Courts in Europe. Coloquio de Gandia y Valencia, 6, 7, y 8 de noviembre de 2008. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c5gim.pdf>

GLAVE, Carlos

- 2012 “El Recurso de Casación en el Perú”. *Revista de Derecho & Sociedad.* Lima, número 38, pp. 103-110. Consulta: 25 de agosto de 2018. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13107>MARINONI, Luiz
- 2015 “De la Corte que declara el sentido exacto de la ley a la Corte que instituye precedentes.” *Revista de Derecho Procesal.* Santa Fe, pp. 645 – 683. Consulta: 30 de agosto. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13107>

HITTERS, Juan Carlos

- 1998 “*Técnica de los recursos extraordinarios y la casación*”. Segunda edición. La Plata: Librería editora Platense S.R.L. <http://stjtam.gob.mx/Cursos/libros/0000622.pdf>

LETNER, Gustavo

- 2016 “Cuestiones de hecho y de derecho en la Casación”. En Biblioteca Jurídica Virtual. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Consulta: 7 de setiembre de 2013. <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/1677/artletner-cuestiones-casacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LÓPEZ, Adán

- 2016 “El recurso de casación civil: propuestas para la estructuración de un mercado eficiente”. *Instituto de Investigación Jurídica - Artículos científicos.* <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/2367>

MARINONI, Luis y Daniel MITIDEIRO

- 2007 *Repercussão geral no recurso extraordinário.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2008;000822585>

NÚÑEZ, Melisa

- 2013 “La teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados”. Los conceptos jurídicos indeterminados. Controversia y soluciones. Quito: Corporación Editora Nacional. Consulta: 4 de agosto de 2018. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4038/1/SM132-Nu%C3%B1ez-Los%20conceptos.pdf>

ORTEGA, Bienvenido.

- 2012 “Análisis Coste-Beneficio”. Exóticos. Málaga, número 5, p. 147. Consulta 22 de agosto de 2018. [file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/Dialnet-AnalisisCosteBeneficio-5583839%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Toshiba/Downloads/Dialnet-AnalisisCosteBeneficio-5583839%20(1).pdf)

PALACIOS, Enrique

- 2015 “El recurso de casación en el Proceso Civil”. En Priori, Giovanni (coordinador) *Rol de las altas cortes y derecho a la impugnación*. Lima: Palestra, 503-520.

Presidencia de la República de Brasil

- 2015 “Código Procesal Civil. Código de Processo Civil”. Brasil, 16 de marzo de 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

PINHEIRO, Paulo

- 2008 *Processo civil. Novas tendências*. Belo Horizonte: Del Rey. <http://www.pcp-cprof.com.br/>

Poder Judicial

- 2017 “Sentencia del Pleno Casatorio. Casación N° 4442-2015-Moquegua”. *El Peruano*. Lima, año XXVI, número 1033, pp. 7664-7790. Consulta: 02 de setiembre de 2018. <http://epdoc2.elperuano.com.pe/EpPo/DescargaIN.asp?Referencias=MTQ3NDY3MF8xMjAxNzAxMTg=>

SCHWARZ, Ulises

- 2011 *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Segunda edición. Sao Paulo: Editora Saraiva. Instituto Brasileiro de Direito Público. <https://app.folha>.

uol.com.br/livros/direito/repercussao-geral-otica-teoria-sistemas-niklas-luhmann-1172627.html

Supremo Tribunal Federal de Brasil

- *En dos años, la Corte Suprema juzgó 83 REs con una repercusión general y liberó más de 76 mil casos suspensos.* Consulta: 02 de setiembre de 2018. http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_es_es&idConteudo=321660

TARUFFO, Michele

- 2009 “Las funciones de la Cortes Suprema”. *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni 2008-II*. Traducción Eduardo Oteiza y Francisco Verbic. pp. 93-106. Consulta: 05 de setiembre de 2018. http://www.academia.edu/download/36449518/2007-11_Taruffo_Las_funciones..._TRAD._-_Libro_del_XXIV_Congreso_Nacional_-_RDP_2008-2.pdf
- 2015 “Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia”. En Priori, Giovanni (coordinador) *El Rol de las Altas Cortes y el derecho de impugnación*. Lima: Palestra editores, 133-144.

TRENTO, Simone

- 2016 “El problema de la formación de precedentes en materia probatoria para tribunales supremos”. *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, pp. 221-250.

VIDAL, Isabel

- 2017 “La relevancia de la previsibilidad jurídica”. Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm. 39, pp. 145-151. Consulta 5 de agosto de 2018. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.ESP.22>

ZÚÑIGA, Francisco

- 2005 “Control de Constitucionalidad y Casación”. *Estudios Constitucionales*, volumen 3, número 2, pp. 15-27. Consulta: 02 de setiembre de 2018. <http://www.redalyc.org/html/820/82030201/>

¿QUIÉN ES EL VERDADERO PROTAGONISTA DE LA PRUEBA DE OFICIO? ¿EL JUEZ O LAS PARTES?*

RESUMEN: Con ocasión de la presentación del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil peruano, los autores se enrumban en la aventura de la investigación jurídica, viendo necesario el análisis del artículo 194 del CPC, que refiere a la prueba de oficio, proponen un lazo tridimensional entre prueba, proceso y verdad, para luego analizar si la prueba de oficio debe ser un poder deber o un poder discrecional, de manera que advierten algunos problemas en la reforma, inclusive se avizora la puesta en peligro de la esencia de la iniciativa probatoria del juez, y es que ¿Quién es el protagonista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes? este trabajo también nos permitirá conocer más sobre la evolución de esta figura jurídica, asimismo la legislación comparada nos ayudará a tener mayor perspectiva; ¿recuerdan los problemas antes señalados?, pues los autores luego de ese análisis proponen algunas alternativas a manera de requisitos, principalmente se enfocan en mantener la característica primordial de la prueba de oficio y de la predictibilidad jurídica.

PALABRAS CLAVES: Prueba, prueba de oficio, verdad, proceso, poder discrecional, predictibilidad y prueba extemporánea

ABSTRAC: On the occasion of the presentation of the Draft Reform of the Peruvian Civil Procedure Code, the authors are involved in the adventure of legal research, seeing as necessary the analysis of Article 194 of the CPC, which refers to the ex officio evidence, proposing a three-dimensional link between test, process and truth, to then analyze whether the proof of office should be a power of attorney or a discretionary power, so that they warn of some problems in the reform, including endangering the essence of the trial initiative of the judge, and is that Who is the protagonist of the proof of office? The judge or the parties? this work will also allow us to know more about the evolution of this legal figure, also the comparative legislation will help us to have more perspective; Do you remember the aforementioned

* Miembros del Grupo de Investigación “Proceso & Argumentación” de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental - Huancayo.

problems? because the authors after that analysis propose some alternatives as requirements, mainly focus on maintaining the primary characteristic of proof of office and legal predictability.

KEYWORDS: *Test, proof of trade, truth, process, discretionary power, predictability and extemporaneous proof*

SUMARIO: **I.** Introducción.— **II.** Aproximación a la prueba de oficio y su evolución.— 1. El lazo entre prueba, proceso y verdad.— 2. Prueba insuficiente.— 3. Aproximación al concepto ¿Prueba de oficio como poder deber o poder discrecional? 4. Evolución de la prueba de oficio.— **III.** ¿Qué vulnera la prueba de oficio? 1. Respecto de la imparcialidad del juez.— 2. Igualdad de las partes.— 3. Carga probatoria.— **IV.** Los problemas que encontramos en el proyecto de reforma del código procesal civil.— **V.** Hablemos de las propuestas y sus requisitos.— 1. ¿Por qué estos requisitos son necesarios? — **VI.** Conclusiones.— **VII.** Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

Recordemos ... hace décadas el juez carecía de poder para disponer oficiosamente la práctica de pruebas, pues, en aquel sistema tradicional se evidenciaba al “juez convidado de piedra” es decir, el proceso dependía únicamente de lo ofrecido por las partes, por tanto, el juez tenía un rol pasivo y se limitaba a decidir en base a lo presentado, sin importar que dichas pruebas sean insuficientes. Se sabe que, las pruebas son instrumentos que a través de la historia – en el proceso judicial – han permitido probar hechos controvertidos, para que el juez fundamente sus decisiones, cuán importante es entonces, contar con pruebas suficientes.

Es la ciencia procesal alemana del siglo XIX la que sustenta que la disposición del derecho material le corresponde – efectivamente – a las partes, pero ello no significa que dispongan del proceso, superando así el sistema procesal privatístico; dando paso al sistema procesal publicístico, ahora el rol del juez es activo, él es director del proceso, tiene el poder en la actividad probatoria; sin embargo esta comparación entre sistemas procesales, resulta para algunos atrasado, por ello Mirjan Damaška ha planteado otros dos modelos procesales, primero aquél que tiene como finalidad del proceso la resolución de conflictos y segundo aquél dirigido a la implementación de políticas

públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador; respecto al primero se puede decir que apunta a un ideal de justicia procedimental siendo el juez necesariamente pasivo, en la que las partes gobiernan el proceso y su función es delimitada especialmente en la práctica probatoria, en nuestro actual Código Procesal Civil peruano la finalidad del proceso es resolver conflictos, quizá con un criterio en el que el director del proceso es el juez, pero con un fin ideal – subjetivo – mientras que el proyecto de reforma del Código Procesal Civil en su artículo III del título preliminar, plantea que la finalidad del proceso es brindar una adecuada, oportuna y eficaz protección a los derechos e intereses, subsumiéndose en el criterio de las políticas públicas, sin lugar a duda este planteamiento es muy acertado porque al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo de acuerdo con la regulación y los hechos, todo ello con base a la verdad probada.

La regulación de la prueba de oficio en la legislación peruana ha ido cambiando, pues en el recuento legal del artículo 194 tenemos a la versión original en el Código Procesal Civil de 1993, luego fue modificado por el Proyecto de Ley N° 1326/2011 y finalmente su última versión en la Ley N° 30293, sumado a ello el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil; es necesario mencionar, en este tipo de trabajos, que el derecho sufre estos cambios debido a su objeto de estudio. La sociedad, cada día, debido a la libertad y el respeto a sus derechos, logra adquirir su máxima libertad (ojo, siempre evitando pasar el límite del libertinaje) y así ganar derechos relacionados a su correcto e ideal desarrollo como persona, trayendo esto como consecuencia a la reafirmación de la dignidad humana, este último, como la finalidad y el fin supremo de nuestro estado peruano. Claro ejemplo de lo que mencionamos son los eventos sociales que sucedieron alrededor del mundo este último año, en Argentina, uno de los ejemplos que podemos señalar es respecto al grupo que estaba a favor de la despenalización del aborto, personas que realizaron grandes movimientos reclamando este “derecho”, fue tanta la presión que, este pedido llegó a ser debatido en su respectivo órgano legislador. Por otro lado, y como último ejemplo, en la semana que el presente artículo venía siendo revisado, sucedió un hecho histórico y es que, después de 150 años se despena-

lizó la homosexualidad en India, sin duda, un derecho que encuentra su base en el derecho de la libertad, específicamente el de la libertad sexual. Es con estos ejemplos que acreditan el constante cambio de la sociedad, es así como se generan diferentes relaciones materiales y a su vez, los conflictos que se generan a causa de estas relaciones, llegan a ser novedosos y como tienen esta característica, las herramientas que el derecho procesal desarrolla en su doctrina y en su derecho adjetivo, no llegan a ser eficaces para la resolución de dichos conflictos por lo que tienen que brindarse nuevos mecanismos o de actualizar los ya regulados para su correcta eficacia.

Debido al Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, nos parece interesante observar y analizar los aspectos y novedades que este proyecto de reforma nos trae; observamos que la prueba de oficio es una figura excepcional, es decir, no siempre se aplicará, siendo uno de sus requisitos indispensables la insuficiencia probatoria para demostrar la veracidad de las alegaciones de hecho y no para convencer al juez, este primer punto es importante ya que el convencimiento es subjetivo, se basa en psicología; mientras que – sí – es pertinente para demostrar hechos, por tanto estamos ante la verdad probada.

No cabe duda alguna, que la iniciativa probatoria del juez debe aplicar tanto para la primera como para la segunda instancia; la cereza del pastel radica en determinar si debe ser un poder deber o un poder discrecional, la Ley N° 30293 la regula como un mandato (ordenará) y el proyecto de reforma como una facultad (puede); debe quedar claro que al ordenarle al juez que actúe medios probatorios adicionales y pertinentes, podríamos generar una vasta arbitrariedad, así como gasto, tiempo y esfuerzo innecesario en el proceso, nos parece prudente que se le otorgue al juez el poder discrecional. Ahora bien, respecto de que el juez debe informar previamente a las partes la necesidad de incorporar un medio probatorio sobre algún hecho que a su juicio no estaría probado, debiendo las partes absolver lo indicado por el juez en un plazo de seis días, pudiendo ofrecer el medio probatorio necesario; claro está que es necesaria la comunicación previa para la actuación de la iniciativa probatoria del juez, sin embargo proponen que las partes ofrezcan medios probatorios ¿Esto no se configuraría en una prueba extemporánea, de ser el caso, amerita o no que esté

regulado en el artículo 194? Entonces, ¿Quién es el protagonista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes?

Finalmente; “... en caso la decisión sea la de incorporar el medio probatorio, el juez otorga a las partes un plazo adicional de seis días para que puedan ejercer su derecho de defensa respecto de él, pudiendo ofrecer nuevos medios probatorios si fuera el caso...”, es pertinente que se le otorgue a la otra parte un plazo para que pueda ejercer su derecho a la defensa, también puede ofrecer más pruebas, y es que 6 días - otra vez - resultan insuficientes, estamos equiparando ello para todos los procesos como el de conocimiento, el abreviado y otros; sin tomar en cuenta la complejidad del proceso, la actitud del demandado y demandante.

En las siguientes líneas, iremos aclarando el panorama e intentaremos plantear algunas propuestas, para ello partiremos de la aproximación a la prueba de oficio y su evolución, además determinaremos el lazo entre prueba, proceso y verdad, para luego analizar si esta figura jurídica vulnera principios o garantías, de manera que, quede claro si la prueba de oficio es un poder deber o un poder discrecional, avizorando algunos problemas que trae consigo la Reforma, en tanto se plantean propuestas y requisitos; estimados amigos, acompáñennos en esta aventura de investigación jurídica y esperamos que los aportes realizados contribuyan, al menos con un granito de arena a las dunas del Derecho Procesal.

II. APROXIMACIÓN A LA PRUEBA DE OFICIO Y SU EVOLUCIÓN

1. El lazo entre prueba, proceso y verdad

Para aproximarnos al concepto de prueba de oficio y ver la importancia del mismo, es importante que analicemos y tengamos claro que existe una conexión de la prueba y verdad con el proceso, como refería Michelle Taruffo¹, “la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes” (2013: 13-24), no podemos ser enemigos de la verdad mucho menos en un

1 TARUFFO, Michele

2013 *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral

Estado Constitucional de Derecho, si bien es cierto no siempre se llega a la verdad absoluta, pero – hablemos – de una verdad probada, de manera que el juez fundamente la decisión en una reconstrucción de los hechos relevantes, obviamente, con base en la evaluación racional de las pruebas.

Ser verdadero y ser tenido por verdadero, es el punto de partida para – probablemente – resolver la tan tediosa relación entre prueba y verdad; Jordi Ferrer² refiere pues, “que la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso, cuando los elementos u medios específicos de prueba logran acreditar la verdad de una proposición, se puede considerar entonces que está probada y en ese caso, el juez deberá incorporar dicha proposición y sus elementos a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera” (2005: 84).

Ciertamente la relación tridimensional entre la prueba, verdad y proceso es un lazo que no debe quebrarse, cuando el juez en ejercicio de sus funciones vaya a tomar la decisión del caso debió ya haber valorado las pruebas pertinentes para brindar una adecuada, oportuna y eficaz protección a los derechos e intereses individuales y de titularidad colectiva y difusa, ante cualquier lesión o amenaza en la que se encuentren; no obstante en el camino del proceso se presentarán dificultades, por ejemplo cuando el juez se encuentre frente a pruebas insuficientes, es así que él deberá continuar con este lazo, debe incorporar pruebas que le permitan tomar una decisión, aparece así la prueba de oficio. A continuación, representaremos gráficamente lo dicho:



2 FERRER, Jordi.
200 *Prueba y verdad en el Derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Notemos que debe existir una armonía entre la prueba y la verdad en el proceso, sin embargo, este lazo puede “romperse” por insuficiencia probatoria, y como especie de “parche” acudimos a la prueba de oficio, de manera que nos aproximemos a la verdad a través de la comprobación de los hechos controvertidos.

2. Prueba insuficiente

Si bien es cierto, la palabra insuficiente denota una escases o coriedad de algo (RAE)³, sin embargo, en un proceso, ¿este término debe ser tomado de una forma objetiva? O tal vez, ¿Quién es el que percibe esta insuficiencia? En este proceso existen elementos que cumplen una función relevante, una de ellas es el tema de prueba y si es posible afirmar, que es la etapa en donde se marca el rumbo de la sentencia, ¿Qué pasa si el juez no logra avizorar la probanza de hechos controvertidos? ¿Qué decisión dará el juez si tiene esa pieza faltante para que pueda dictar una sentencia que le parezca correcta ligada a la verdad probada? Es en este momento en el que el juez se da cuenta de que le falta algo, hay un escás, una insuficiencia, para tomar su decisión. Este es el primer peldaño a las preguntas realizadas al principio, hablar de una prueba insuficiente nos lleva directamente al plano subjetivo, un lugar que dependerá de cada individuo y en este caso, aquel que percibe esa insuficiencia es el juez, en otras palabras, afirmamos que el único individuo capaz de sentir esta insuficiencia dentro de la prueba es el juez. Estamos de acuerdo de que los medios probatorios son el vehículo mediante el cual el juez obtiene la prueba respecto de las posiciones asumidas por las partes en un proceso judicial. La etapa y actividad probatoria es muy relevante para la correcta administración de justicia y para el proceso, tanto así que Jeremías Bentham⁴ decía que: “el arte del proceso no es otra cosa que el arte de saber administrar el material probatorio, la actividad probatoria debe ser de la más alta calidad y cantidad” (1995: 274), en estas líneas aprovecharemos

3 Real Academia Española (RAE)
2015 *Diccionario de la lengua española*. Vigésima tercera edición. Madrid. <http://www.rae.es/>

4 ARAZI, Ronald.
1995 *Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

para hacer una breve comparación: en el artículo 188° del Código Procesal Civil se señala: “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”; mientras que el Proyecto de Reforma menciona: “Las partes tienen el derecho de emplear todos los medios probatorios, aunque no estén previstos expresamente en este Código, a fin de probar las alegaciones de hecho que fundan sus pretensiones o defensas. El juez deberá respetar los derechos al ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de los medios probatorios, justificando racionalmente su decisión sobre los hechos”; de estas disposiciones, un gran cambio se presenta justamente, cuando el fin del proceso ya no es producir certeza en el juez sino probar las alegaciones de hecho, efectivamente una convicción es una creencia de que “algo” es o será verdadero; entonces ¿el Derecho es creencia? La respuesta es negativa, porque tú nuestro estimado lector, puede que estés convencido que algún día la corrupción en nuestro país se acabe, ello no quiere decir que sea falso o futuramente verdadero, lo que pasa es que, puede darse o no y ello dependerá del cambio de estos agentes, tal vez de la implementación de políticas públicas más estrictas, y quién sabe que con cada granito de arena ayudemos a disminuirla, pero pueda que vocifere a plena voz que no seré corrupto cuando en realidad por más mínimo que sea el acto me hace corrupto, puede también que la investigación me ayude a tomar otros rumbos y nadie sabe lo de nadie y en tanto solo creo que puede o no ser; y es que la decisión judicial no debe versar en base a creencias porque con una declaración que una parte realice y éste se muestre nervioso no lo hace responsable, es sumamente subjetivo; por el contrario resolver en base a hechos probados convierte la decisión judicial en una correcta aplicación de derecho.

3. Aproximación al concepto ¿Prueba de oficio como poder deber o poder discrecional?

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, si consideramos que el lazo de prueba, verdad y proceso no debe descomponerse, habremos entendido la importancia de la iniciativa probatoria del juez, conocida como prueba de oficio; respecto a la prueba de oficio el profesor Devis Echan-

día⁵ ha señalado “que el Juez, en tanto sujeto principal de la relación jurídica procesal y del proceso, le corresponde decretar oficiosamente toda clase de pruebas que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos que interesen al proceso” (1985: 340); por su parte Parra Quijano⁶ menciona que “el uso de esta facultad del juez es pertinente para llevar a cabo un buen análisis del acervo probatorio que lleve a la verdad del proceso” (2007: 197), pues se están aprovechando capacidades del juez, que ahondan tanto su experiencia como su conocimiento. Notemos que la prueba de oficio es considerada por una gran mayoría de los doctrinarios como una facultad, es decir hablamos de un poder discrecional que se le otorga al juez para que este actúe nuevos medios probatorios, rescatamos ello, determinando que la iniciativa probatoria del juez es un poder discrecional.

El altruismo limitado del ser humano, es uno de los pilares generadores de los conflictos desde tiempos remotos, acrecentándose más y más cuando el poder es otorgado a un grupo de personas o a una sola, produciendo disparidades en los diferentes actos de la interacción humana, e incluso abusando del poder para con el ambiente en general produciendo perjuicios a la colectividad, ante ello el rol del estado debe ser imprescindible, más aún en el ámbito jurisdiccional donde el egoísmo yace en su máximo esplendor y por ende los fines estatales como son el bienestar común quedan relegados en segundo plano, las disquisiciones sobre el protagonismo que debían jugar las partes o el juez en el proceso judicial, como tema de debate ha quedado en el pasado, por ende tanto intereses privados y públicos deben de transar y maximizar su desarrollo. El juez como representante del estado en el ámbito de la jurisdicción debe estar respaldados por facultades que el mismo cuerpo normativo le otorgue con el debido respeto de las garantías mínimas constitucionales para lograr ecualizar los intereses públicos, siendo así la prueba de oficio uno de estas facultades que este tercero imparcial e independiente tiene para hetero componer la causa que es sometida a

5 DEVIS, Hernando
1985 *Teoría del Proceso*. Segundo volumen. Buenos Aires: Editorial Universidad.

6 PARRA, Jairo
2007 *Manual de derecho probatorio*. Décimo sexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

su jurisdicción, valga mencionar que hay un margen de discrecionalidad latente en el ejercicio de esta facultad en específico tanto en el texto procesal correspondiente como en el proyecto de reforma. La prueba de oficio más que un poder es responsabilidad jurisdiccional para con los justiciables, en consecuencia es innegable la dinámica constante del sistema jurídico que debe de ser maleable a los fenómenos sociales, estableciendo hitos en cuanto a decisiones ya esgrimidas con anterioridad para no recaer en decisiones contradictoria que fatalmente generan desconfianza en la ciudadanía y a la vez el dezmero de la justicia que imparte el órgano jurisdiccional, es por ello vital que todo acto discrecional encuentre un parangón en los principios constitucionales y las limitaciones que el mismo texto normativo brinda, expurgando todo aspecto decisorio plasmado en una resolución judicial donde por obvias razones prima el subjetivismo en su máximo esplendor. El aspecto fáctico nutre al Derecho, como relación inseparable entre hecho-texto normativo bajo el adagio *Ex facto oritur ius*, no se puede negar que es un paso trascendente de cambio de paradigma, de un rol pasivo a un juez más interesado en el proceso, tratando de emitir una decisión acorde a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, divorciándose así, de la arbitrariedad manifestando el cambio de paradigmas dogmáticos de culto de la ley a la constitucionalizarían del proceso

4. Evolución de la prueba de oficio

4.1. Sistema dispositivo y sistema inquisitivo-Sistema procesal privatístico y publicístico

Como bien indica Marianella Ledesma⁷ “en el tradicional sistema procesal privatístico se justificaba la figura del “juez convidado de piedra”, pues le estaba prohibido practicar pruebas de oficio, ya que era labor privada de las partes por tanto el juez decidía respecto de lo presentado, podía contar con una buena o mala información, pero igual tomaba una decisión” (2017: 155 - 177). Este sistema dispositivo debe percibirse en un sentido material cuando los hechos les pertenecen a las partes; y en sentido procesal cuando la conducción del proceso está en las partes.

7 LEDESMA, Marianella
2017 *Análisis de las pruebas de oficio*. Lima: Gaceta Jurídica.

Es la ciencia procesal alemana del siglo XIX la que sostiene que la libre disposición del derecho material le corresponde a las partes, pero ello no implica que estas puedan disponer del proceso, para luego dar paso al sistema procesal publicístico donde el juez no se limita a juzgar sino que se convierte en un verdadero gestor del proceso, teniendo poderes como la iniciativa probatoria, este sistema inquisitivo visto en sentido material el proceso puede iniciarse de oficio e inclusive el juez puede traer nuevas pruebas buscando esclarecer aquello que es insuficiente; y en un sentido procesal la conducción del proceso está a cargo del juez.

Nuestro Código Procesal Civil reconoce el principio dispositivo en sentido material y el principio inquisitivo en sentido procesal, significa que nos encontramos en un sistema procesal mixto, Michelle Taruffo⁸ refiere que “es oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales – que actualmente son numerosos– en los cuales se prevé más o menos extensos los poderes de instrucción del juez, en cuanto a la plena posibilidad que las partes tienen de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la certeza de los hechos” (2009: 411 – 445), el Perú en un primer momento se presencia el sistema inquisitivo porque la conducción del proceso está a cargo del juez, es el señor y director del proceso, en otro momento notamos que el sistema dispositivo está presente porque los hechos le corresponde a las partes, pero no significa que el juez no pueda ejercer su *poder discrecional* de iniciativa probatoria, nuevamente aparece el sistema inquisitivo.

4.2. Legislación comparada

Es pertinente tener un acercamiento a otros sistemas jurídicos en el proceso. Algunos países como Francia, Italia, Estados Unidos, España, y otros, acogen la prueba de oficio y lo incluyen dentro de las facultades del juez, con el fin de llegar a una decisión basada en percepciones y conocimientos verídicos de los hechos, de tal forma que le sea más fácil dirigir el proceso. La lista que se presentará fue obtenida de la investigación de Loly Gaitán⁹:

8 TARUFFO, Michele
2009 *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. Lima: Ara Editores.

9 GAITÁN, Loly
2010 “La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del juez e igualdad de

FRANCIA:

“Artículo 10 - El Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles.”

ESTADOS UNIDOS:

“Regla 614. Llamado e Interrogación de testigos por la Corte (a) Llamada por la corte. La corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados. (b) Interrogación por la corte. La corte puede interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes. Regla 706. Expertos señalados por la corte (a) Cita. La corte puede según lo disponga por si misma o por las partes incorporar una orden para demostrar causa porqué los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos. La corte puede designar cualquier testigo experto acordado por las partes, y puede designar los testigos expertos de su propia selección. La corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta su actuar. (...)

MÉXICO:

“Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.” “Artículo 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en toda su igualdad.”

ITALIA

“Artículo 117. Interrogatorio no formal de las partes. En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes

podrán hacerse asistir por los defensores.” “Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas. El juzgador podrá ordenar a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal.” “Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116. “Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras. “Artículo 439. Poderes instructorios del juez. El juez puede disponer de oficio todos los medios de prueba que considere oportunos. Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil.”

Lo subrayado nos da cuenta que en estos países vecinos la iniciativa probatoria es una facultad, nuestra legislación ha sufrido algunos cambios un “puede” por un “ordenará”, a continuación, desarrollaremos estos cambios en nuestro Código Procesal Civil.

4.3. La iniciativa probatoria y su evolución en la legislación peruana

Para poder realizar un breve análisis sobre estos cambios, vamos a compartir un pequeño cuadro comparativo elaborado por Luis Alfaro, en el cual se observará la versión original del CPC 93, Proyecto de Ley N.° 1326/2011- PE y la Ley N.° 30293; todas estas legislaciones relacionadas al artículo 194 del Código Procesal Civil. (2017: 86)

RECUEENTO LEGAL DE LA NUEVA VERSIÓN DEL ART. 194 CPC 1		
Versión original del CPC 93	Proyecto de Ley N.° 1326/2011- PE Dictamen – Comisión de Justicia (1.° Texto sustitutorio)	Dictamen – Comisión de Justicia “2.° Texto Sustitutorio) Texto aprobado (Autógrafa) Texto Promulgado (Ley N° 30293)

RECUESTO LEGAL DE LA NUEVA VERSIÓN DEL ART. 194 CPC 1

Art. 194. Pruebas de oficio.	Art. 194. Pruebas de oficio.	Art. 194. Pruebas de oficio.
<p>Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.</p> <p>Excepcionalmente el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia repruebas o una especial.</p>	<p>Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.</p> <p>Excepcionalmente el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia repruebas o una especial.</p> <p>Cuando la prueba se actúe en segunda instancia, deberá garantizarse el contradictorio.</p>	<p>Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.</p> <p>La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.</p> <p>En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.</p> <p>El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.</p>

Al respecto, cabe resaltar la reforma del art. 194 de Código Procesal Civil que se produjo con la Ley N.º 30293 en el año 2014, ya que el anterior texto señalaba expresamente que el juez “podía “ordenar la actuación de los medios probatorios que considerase conveniente siempre que los ofrecidos por las partes fueran insuficientes; sin embargo, el nuevo texto ha reformado este término y ya no indica que el juez “puede”, sino que ahora lo “ordenará”, ello ya ha sido detallado en capítulos anteriores por tanto reafirmamos que es conveniente que la prueba de oficio sea un *poder discrecional*.

III. ¿QUÉ VULNERA LA PRUEBA DE OFICIO?

Básicamente hablar de pruebas de oficio genera un debate entre dos proposiciones principales, aquellas que mencionan que estas pruebas de oficio no están relacionada a la imparcialidad del juez y otra parte que menciona que tampoco se cumple una igualdad en las partes.

1. Respeto de la imparcialidad del juez

¿Se viola la imparcialidad del juez?, muchas veces las controversias múltiples existentes se originan a raíz de algunas imprecisiones conceptuales; ahora debemos distinguir entre la imparcialidad y la imparcialidad en sentido estricto; la imparcialidad es pues la imparcialidad objetiva, el juez es un tercero ajeno al proceso, él no puede ser parte, cumple funciones distintas de estas, mientras que la parcialidad en sentido estricto hace referencia una imparcialidad subjetiva, el juez presenta ausencia de interés en el resultado del proceso, este requisito anímico es totalmente subjetivo, que va de la mano con la independencia judicial, siendo un presupuesto esencial para la imparcialidad del juez. Varios mencionan que si el juez aporta nuevas prueba va a beneficiar a una de las partes directamente, pues no, al que beneficia es al proceso y a la labor judicial; debe quedar claro que el juez no sabe el resultado de la prueba que aportará, él no es mago, es difícil anticiparse a inferencias probatorias, no se sabe lo que va a ocurrir, la iniciativa probatoria del juez no debe ser vista como un mal endémico, al contrario es un mecanismo que asegura la finalidad del proceso, a través de un juez investigador y no uno del montón, muchos en su afán de disque celeridad del proceso no salvaguardan el lazo de prueba, verdad y proceso.

El juez no trae nuevos hechos al proceso, pues se delimita en la fuente de la prueba, para ir en busca de la verdad relativa su *poder deber* se activa, principalmente ese deber, deber que tiene en el proceso y con las partes, así como con su vocación. Antes de pasar al siguiente punto, es preciso que planteemos la posibilidad que las pruebas nuevas sean pues producto de la deducción de otros hechos, y constantemente suele suceder, es válido que el juez realice ello, siempre y cuando esta deducción provenga de hechos que están vinculados, es decir ceñidos a la fuente de prueba, hay elementos del cual se infiere que sí hay derecho de actuar, más si la verdad es un valor esencial.

2. Igualdad de las partes

Al contrario, la prueba de oficio garantiza la igualdad de partes y no la vulnera, compartimos absolutamente la posición de Parra

Quijano¹⁰ que señala que “la igualdad de las partes procesales al momento de acceder a la justicia, específicamente frente a la etapa probatoria, es otro tema objeto de debate” (2007:198). En la práctica, se puede observar cómo una de las partes posee mayor conocimiento del derecho o tiene un apoderado con mayor experiencia en el ámbito del litigio, mientras que la otra puede tener un menor conocimiento legal y menores recursos para conseguir un profesional en derecho experimentado. De esta forma, el juez al decretar pruebas de oficio, logra que las desigualdades que se presentan en el proceso se mitiguen.

Como resultado, el triunfo no será de aquella parte procesal que tiene mejores medios, sino de la justicia y la verdad, principales objetivos del proceso judicial. A lo largo del desarrollo de este artículo nos damos cuenta que en la práctica los problemas son mayores, en teoría pueda que resulta un poco más fácil, pero al aplicarla las necesidades saltan a la vista como las barreras ya anteriormente mencionadas.

3. Carga probatoria

Los medios probatorios de oficio no implican que el juez sustituya a las partes en la obligación de demostrar la veracidad de sus afirmaciones. Picó I Junoy¹¹ refiere que “de lo que se trata es de la necesaria colaboración entre las partes y el juez para lograr el convencimiento acerca de la controversia” (1998:17). Lamentablemente, la cultura de justicia no está muy difundida en el Perú, es más, entre los jueces existe ese término vagamente a pesar de que son los encargados del Estado para su administración. En su mayoría, los jueces de primera instancia (civiles, mixtos o de paz letrado), cegados por el Código de Procedimientos Civiles y con muy poco interés por darle una ojeada al Código Procesal Civil, o lo que es aún peor, con tal de reducir su carga procesal, se han negado a aplicar la facultad del artículo 194° del Código Procesal Civil por lo cual, de esto concluimos que prefieren aplicar injusticia antes de hacer honor a la investidura del cargo que le dieron. Por

10 PARRA, Jairo
2007 Op. Cit.

11 PICÓ I JUNOY, Joan
1998 *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*. Segundo volumen. Lima: Revista Peruana de Derecho Procesal.

otro lado, los jueces hasta hace algún tiempo utilizaban un camino fácil el cuál era el de declarar infundada una demanda cuando los medios probatorios eran insuficientes, es decir, este camino sonaba algo como Alexander Rioja¹² refiere: “No sé lo que es lo que ha pasado porque la prueba es insuficiente, así que vamos a dejar el caso inconcluso”. ¿Acaso esto era una respuesta digna de un magistrado representante de uno de los poderes del estado? Afortunadamente, las Salas Superiores han venido revocando estas sentencias, ordenando a los jueces de primera instancia el de actuar medios probatorios. Tal vez más de uno se avergonzó de su actuación.

Es así que tras estos hechos realmente vergonzosos, por no mencionar la “cereza del pastel” relacionados a casos de mala aplicación del Artículo 200 del Código Procesal Civil, es que las pruebas de oficio no es un tema que deba dejarse de lado en la actualidad. La prueba de oficio no debe ser una piedra en el zapato de los jueces y/o doctrinarios, no debe ser vista como un tema que cause discusión o debates interminables, la prueba de oficio es necesaria en todo proceso en el que exista incertidumbre en el juez para resolver un conflicto. La prueba de oficio es una herramienta que ayuda a todo operador de la justicia el de llegar a una decisión justa, una decisión que sea honorable de un representante del estado porque ese es su deber, no reemplaza en ningún momento a las partes, si por ejemplo se presenta la falta de cooperación de las partes, el juez tampoco está para buscar pruebas porque a la parte le dio la bendita gana de no reunir sus pruebas, ese es otro tema, por ello la propuesta planteada lo que trata de hacer es al menos ver que la persona sí tuvo la intención e interés de juntar pruebas, aunque insuficientes, pero demostró que va a cooperar, el panorama es distinto, el juez aquí sí puede ejercer su *poder discrecional*.

12 Rioja, Alexander

2009 “El artículo 194º del código procesal civil: una valiosa herramienta para la administración de justicia” <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotaller-dpc/2009/11/23/el-articulo-194-del-codigo-procesal-civil-una-valiosa-herramienta-para-la-administracion-de-justicia/>

IV. LOS PROBLEMAS QUE ENCONTRAMOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Para seguir en el análisis de los problemas del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, vamos a citarlas textualmente, hemos optado por subrayar y colocar en cursiva las diferencias, mientras que las semejanzas se encuentran subrayadas con líneas entrecortadas; **en el Código Procesal Civil:** “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes *para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial*”. Y en el **Proyecto de reforma:** “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes no sean suficientes *para probar los hechos controvertidos, el juez de primera o de segunda instancia puede incorporar medios probatorios de oficio siempre que la existencia de los mismos haya sido invocada en alguna fuente de prueba citada en el proceso. Para tales efectos, el juez debe informar previamente a las partes la necesidad de incorporar un medio probatorio sobre algún hecho que a su juicio no estaría probado, debiendo las partes absolver lo indicado por el juez en un plazo de seis días, pudiendo ofrecer el medio probatorio necesario. Con la absolucón o sin ella, el juez decide la incorporación de oficio o no del medio de prueba. En caso la decisión sea la de incorporar el medio probatorio, el juez otorga a las partes un plazo adicional de seis días para que puedan ejercer su derecho de defensa respecto de él, pudiendo ofrecer nuevos medios probatorios si fuera el caso. En ninguna instancia o grado se declara la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la incorporación de oficio de medios probatorios*”.

Ya se habló del carácter excepcional de la prueba de oficio, además determinamos que es un *poder*; por otro lado respecto a que el juez debe informar previamente a las partes la necesidad de incorporar un medio probatorio sobre algún hecho que a su juicio no estaría probado, debiendo las partes absolver lo indicado por el juez en un plazo de seis días, pudiendo ofrecer el medio probatorio necesario; claro está que es necesaria la comunicación previa para la actuación de la iniciativa probatoria del juez, sin embargo proponen que las partes ofrezcan medios probatorios ¿Esto no se configuraría en una prueba extemporánea, de ser el caso, amerita o no que esté regulado en el artículo 194? Entonces, ¿La prueba de oficio no es de exclusividad del juez? ¿Quién es el verdadero protagonista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes?

Nuestra respuesta, y probablemente del que está leyendo este material, sabe que la principal característica de la prueba de oficio es que como bien dice su nombre, está impulsada por el juez, ello no es advertido por el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil ya que al dar esta facultad a las partes, pierde la esencia misma de la iniciativa probatoria del juez, ya que ese protagonismo se le estaría dando a las partes, en tanto ya constituye una prueba extemporánea porque son los sujetos procesales los que ingresan ese nuevo medio probatorio y no es juez.

Finalmente; “... en caso la decisión sea la de incorporar el medio probatorio, el juez otorga a las partes un plazo adicional de seis días para que puedan ejercer su derecho de defensa respecto de él, pudiendo ofrecer nuevos medios probatorios si fuera el caso...”, es pertinente que se le otorgue a la otra parte un plazo para que pueda ejercer su derecho a la defensa, también puede ofrecer más pruebas, y es que 6 días - otra vez - resultan insuficientes, estamos equiparando ello para todos los procesos como el de conocimiento, el abreviado y otros; sin tomar en cuenta la complejidad del proceso, la actitud del demandado y demandante. Así mismo, no se está tomando en cuenta que tipo de proceso sería el adecuado para trabajar con este plazo; así mismo, si bien es cierto, debemos observar cómo es que en el plano práctico se desarrollaría esta institución y a nuestra opinión, como es bien sabido, los operadores del derecho pueden aprovechar esta situación para dilatar el proceso, situación que se debe de evitar en un proceso, amparándonos, en esta parte, en los principios de economía procesal y preclusión.

V. HABLEMOS DE LAS PROPUESTAS Y SUS REQUISITOS

Es así que sugerimos se tome en cuenta los siguientes criterios:

- a) Las partes deben presentar mínimamente una prueba.
- b) Se comunicará mediante una audiencia que el juez ejercerá su iniciativa probatoria, motivando sus razones.
- c) En dicha audiencia las partes serán las que definan el plazo, obviamente razonable, para que el juez aporte las pruebas que considere relevantes, si las partes acuerdan en aportar medios probatorios y en aras de salvaguardar la esencia de la prueba de oficio, el juez hará suyas las pruebas y las incorporará al proceso.
- d) Si bien es cierto, la prueba de oficio es un poder discrecional, en tanto debe generar seguridad jurídica, a lo que denominaremos prueba de oficio vinculante.

1. ¿Por qué estos requisitos son necesarios?

1.1. Las partes deben presentar mínimamente una prueba

Cuando nos referimos que las partes deben presentar mínimamente una prueba, advierten al menos que han tenido ese interés de probar, para así evitar la discusión de que estarían renunciando a la carga procesal, que obviamente le corresponde a las partes y no al juez, esto tiene una conexión con el principio de cooperación procesal, ciertamente Jorge W. Peyrano fija que en todos los supuestos su funcionamiento revela que el proceso es como una empresa común cuyo feliz resultado exige la colaboración de ambas partes, éstas deben tratar de obtener todas las pruebas posibles para que puedan nutrir al juez, pero puede suceder que encuentren pruebas pero lastimosamente insuficientes, caso contrario es cuando hay falta de cooperación por las partes, a ellos les viene en ganar nutrir al juez, entonces aquí el juez no tiene por qué actuar pruebas de oficio; fijémonos que no queremos ser partícipes de gasto, tiempo y esfuerzo innecesario, siendo necesaria que la parte presente al menos una prueba pero no tan alejada de la realidad ni de la relevancia.

1.2. Se comunicará mediante una audiencia que el juez ejercerá su iniciativa probatoria, motivando sus razones

Es importante poner de conocimiento, a través de las audiencias, que el juez ejercitará su iniciativa probatoria, donde deberá motivar las razones del por qué considera que las pruebas son insuficientes. La resolución en la cual mencionará que se aplicará prueba de oficio debe estar motivada; así mismo el juez debe explicar sus razones por las cuales considera este poder discrecional, esta resolución es motivada e inimpugnable, muchos difieren de ello pero repetimos que en teoría suele ser más sencillo, en la práctica no, si la resolución fuera impugnada, el proceso se alargaría innecesariamente, porque la insuficiencia debe ser curada, ya una vez que ingresó el nuevo medio de prueba y el juez decida, obviamente se puede impugnar ya que es un derecho de por sí; no seamos tan tercos en decir “y su derecho...”, seamos agentes de cambio, aceptemos la cultura investigativa del juez, él presenció ello y quiere superarlo a través de la prueba de oficio; nada nos impide de poder impugnar después de la decisión, en la casuística se hará más fácil.

1.3. En dicha audiencia las partes serán las que definan el plazo, obviamente razonable, para que el juez aporte las pruebas que considere relevantes, si las partes acuerdan en aportar medios probatorios y en aras de salvaguardar la esencia de la prueba de oficio, el juez hará suyas las pruebas y las incorporará al proceso

Al dar la facultad a las partes de que ellas determinen el plazo, para que el juez presente los medios probatorios adicionales, estamos evitando que el juez pueda caer en parcialidad, denotemos en un contexto, si hablamos de que el juez aplicará este poder discrecional en aras de alcanzar el fin del proceso, lo cual es totalmente válido, como ya lo justificamos; pueda que una de las partes sienta algún tipo de vulneración, por ello se les encarga determinar el plazo para las nuevas aportaciones, que evidentemente sean razonables, estimamos conveniente que el plazo mínimo sea de 10 días y el máximo de 15 días de acuerdo al caso en concreto. Los medios probatorios adicionales que el juez considere convenientes, deben derivar de la fuente de la prueba citada por las partes. Ahora, pueda que las partes acuerden en aportar medios proba-

torios, pero si éstas aportaran esas pruebas ya no estaríamos hablando de pruebas de oficio sino de pruebas extemporáneas, es más, el plazo para la presentación de estas últimas es de cinco días, por tanto, tampoco encuentra sentido, viendo ello consideramos que es necesario que el juez haga suyas estas pruebas, obviamente en aras de salvaguardar la esencia de la iniciativa probatoria del juez; de manera que se incluyan al proceso.

1.4. Si bien es cierto, la prueba de oficio es un poder discrecional, en tanto debe generar seguridad jurídica, a lo que denominaremos prueba de oficio vinculante

Dentro de los valores aléticos que el ordenamiento jurídico pretende implantar mediante la correcta administración de justicia se encuentra la seguridad jurídica que es la consecuencia directa de resoluciones judiciales no contradictorias, puesto que donde hay la misma razón yace el mismo derecho, la prueba de oficio caería en un vacío en cuanto a su aplicación en casos donde pese a solo presentarse un medio probatorio, pueda llegarse a emitir una solución justa, esto basado en los precedentes en sus diversas manifestaciones (auto precedente, precedente horizontal, precedente vertical), no se pretende desvirtuar el poder que ostentan los jueces bajo el esquema de la socialización del proceso, sino moldearlo para su mayor efectividad, siguiendo de cerca el principio de economía procesal en su clara manifestación de la celeridad procesal, ¿es correcto que ante casos similares se emita decisiones contrarias? Obviamente la respuesta es negativa; al aletargar la justicia esta va perdiendo su fulgor. Como bien mencionaba, Lorenzetti¹³, “el juez debe de ejecutar su discrecionalidad realizando tres acciones, primero: mirando hacia atrás y fijándose en los precedentes judiciales establecidos; segundo: mirando hacia arriba teniendo en cuenta la estructura del sistema jurídico y guardando el debido respeto a las normas eje y por último mirando hacia adelante para así prever aproximativamente las consecuencias de la decisión que se llegará a emitir” (2006: 183). Todo aparato jurisdiccional debe de brindar los cauces para emitir una solución justa, y

13 LORENZETTI, Ricardo

2006 *Teoría de la decisión judicial. Fundamento de Derecho*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.

esta se logrará con la atinada actividad del juez como director del proceso y no como un mero arbitro futbolístico, que solo mira y atiende a los jugadores. Kelsen¹⁴ en su ensayo *¿Qué es justicia?*, conceptualiza y menciona: “la justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”, el juez debe de propugnar encontrar la certeza más aproximada a las aseveraciones esgrimidas por las partes, máxime si este debe de impulsar la seguridad jurídica con decisiones uniformes, respetando las afirmaciones presentadas, la fuente de prueba y sobre todo el derecho fundamental a la defensa, estos como criterios básicos he indispensables para una correcta administración de justicia. Consideramos que la correcta aplicación de la prueba de oficio brindará criterios objetivos de uniformización para con los casos futuros similares, y con el baremo de aquella mirada atrás, arriba y hacia adelante que los jueces deben de realizar propugnarán el alejamiento de la subjetividad en casos concretos, para dar paso a la evolución de este precepto jurídico, a éstos se le denominará prueba de oficio vinculante, ya que se aplicará a los casos concretos similares.

VI. CONCLUSIONES

1. La prueba de oficio como la fiel manifestación del despertar de los jueces llega a jugar un rol decisivo al momento de impartir justicia, teniendo como límites propios del sistema jurídico la mirada fiel a los principios inspiradores constitucionales, propugnando la interdicción de la arbitrariedad respectiva, ya no simplemente mirando la literalidad del texto normativo sino siendo más agudos, mirando el alma del ordenamiento jurídico; teniendo clarificada la mirada en sus finalidades constitutivas y la búsqueda de su mejor desenvolvimiento, ello en relación al lazo tridimensional entre prueba, proceso y verdad.
2. La justicia uno de los valores-principios más entrañables de toda sociedad desde sus tiempos más remotos debe de ser propugnada seriamente desde los tribunales de justicia mediante los pasos de la heterocomposición, puesto que la contribución

14 KELSEN, Hans
2008 *¿Qué es justicia?* Barcelona: Editorial Ariel.

- social que se expide en una resolución judicial no solo debe ser tomada por el juez como una solución inter partes sino también bajo el interés de la sociedad en su conjunto, manteniendo así un valor común que se ha buscado por generaciones, hago referencia a la paz social en justicia.
3. El proyecto de reforma del Código Procesal Civil en su artículo III del título preliminar, plantea que la finalidad del proceso es brindar una adecuada, oportuna y eficaz protección a los derechos e intereses, subsumiéndose en el criterio de las políticas públicas, sin lugar a duda este planteamiento es muy acertado porque al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo de acuerdo con la regulación y los hechos, todo ello con base a la verdad probada.
 4. La prueba de oficio más que un poder es responsabilidad jurisdiccional para con los justiciables, en consecuencia es innegable la dinámica constante del sistema jurídico que debe de ser maleable a los fenómenos sociales, estableciendo hitos en cuanto a decisiones ya esgrimidas con anterioridad para no recaer en decisiones contradictoria que fatalmente generan desconfianza en la ciudadanía y a la vez el dezmero de la justicia que imparte el órgano jurisdiccional, es por ello vital que este poder discrecional encuentre un parangón en los principios constitucionales y las limitaciones que el mismo texto normativo brinda, expurgando todo aspecto decisorio plasmado en una resolución judicial donde por obvias razones prima el subjetivismo en su máximo esplendor.
 5. Luego del análisis de algunos problemas del Proyecto de Reforma, como el peligro de la pérdida de la esencia de la prueba de oficio, sugerimos se tome en cuenta los siguientes criterios: i) Las partes deben presentar mínimamente una prueba, ii) Se comunicará mediante una audiencia que el juez ejercerá su iniciativa probatoria, motivando sus razones, iii) En dicha audiencia las partes serán las que definan el plazo, obviamente razonable, para que el juez aporte las pruebas que considere relevantes, si las partes acuerdan en aportar medios probatorios y en aras de salvaguardar la esencia de la prueba de oficio, el juez hará suyas las pruebas

- y las incorporará al proceso y iv) Si bien es cierto, la prueba de oficio es un poder discrecional, en tanto debe generar seguridad jurídica, a lo que denominaremos prueba de oficio vinculante.
6. La predictibilidad es uno de los ejes rotundamente necesarios del ordenamiento jurídico, obligación que le toca efectuar a los jueces activamente bajo el riesgo inminente de devenir lo mencionado anteriormente en inaplicable a la realidad. “Donde hay la misma razón hay el mismo derecho” y por ende este poder del juez devendría en terciario o en principal en cuanto a su aplicación, en aquel caso que evidencia aquel aforismo. Un juez elogiado no mira solo sus narices al tomar una decisión ni mucho menos lo hace en base a su estado anímico, sino lo realiza mediante una mirada tridimensional.
 7. Así pues, todos los aportes y criterios planteados nos permitirán simplificar los casos en los cuales se deba de aplicar la iniciativa probatoria, evitando el incremento de la carga procesal para dinamizar el proceso, creemos que nuestras propuestas van a ser muy útiles a la legislación procesal civil peruana y por qué no a las demás legislaciones extranjeras, al lector gracias por acompañarnos en esta aventura investigativa.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFARO, Luis

2017 *La Iniciativa Probatoria del Juez*. Lima: Editora y librería jurídica Grijley.

ARAZI, Ronald

1995 *Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

DEVIS, Hernando

1985 *Teoría del Proceso*. Segundo volumen. Buenos Aires: Editorial Universidad

FERRER, Jordi

2005 *Prueba y verdad en el Derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

GAITÁN, Loly

2010 “La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del juez e igualdad de las partes?” *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, número 23, pp. 3-22 <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192005.pdf>

KELSEN, Hans

2008 ¿Qué es justicia? Barcelona: Editorial Ariel

LEDESMA, Marianella

2017 *Análisis de las pruebas de oficio*. Lima: Gaceta Jurídica.

LORENZETTI, Ricardo

2006 *Teoría de la decisión judicial. Fundamento de Derecho*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.

PARRA, Jairo

2007 *Manual de derecho probatorio*. Décimo sexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

PICÓ I JUNOY, Joan

1998 *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*. Segundo volumen. Lima: Revista Peruana de Derecho Procesal

Real Academia Española (RAE)

2015 *Diccionario de la lengua española*. Vigésima tercera edición. Madrid. <http://www.rae.es/>

RIOJA, Alexander

2009 “El artículo 194º del código procesal civil: una valiosa herramienta para la administración de justicia” <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/11/23/el-articulo-194-del-codigo-procesal-civil-una-valiosa-herramienta-para-la-administracion-de-justicia/>

TARUFFO, Michele

2009 *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. Lima: Ara Editores.

TARUFFO, Michele

2013 *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral.

ALFARO, Luis

2017 *La Iniciativa Probatoria del Juez*. Lima: Editora y librería jurídica Grijley

EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA CIVIL: REFORMANDO LA REFORMA EN BUSCA DE UNA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA*

“No tuerzas el derecho; no hagas acepción de personas, ni tomes soborno; porque el soborno ciega los ojos de los sabios, y pervierte las palabras de los justos. La justicia, la justicia seguirás...”
Deuteronomio 16:19-20

RESUMEN: La ejecución provisional de sentencia es un tema nuevo que se pretende implementar al proceso civil peruano, se diferencia de las medidas cautelares en que con ella se busca la ejecución inmediata de la sentencia cuando sea condenatoria (de hacer, hacer o no hacer) y excepcionalmente cuando sean declarativas y constitutivas.

El artículo 676 inc. 3 del Proyecto de Reforma indica que de anularse la sentencia objeto de la ejecución provisional, esta queda inmediatamente sin efecto. Consideramos que ello no tiene que ser así, sino que se tiene que mantener los efectos, siendo el bien cautelado por el Juez.

El artículo 677 pretende implementar el principio *inaudita altera parte* en la ejecución provisional, consideramos que el único caso en que eso sería factible es en las sentencias de tipo condenatorias en las que se haya dejado una garantía suficiente, previendo un resultado futuro de difícil reparación. No así en los demás casos.

PALABRAS CLAVES: Ejecución provisional, contradictorio, tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, sentencias condenatorias, declarativas y constitutivas.

ABSTRACT: The provisional execution of sentence is a new issue that is intended to be implemented in the Peruvian civil process, it differs from the precautionary measures in that it seeks the immediate execution of the sentence when it is condemnatory (of doing, doing or not doing) and exceptionally when they are declarative and constitutive.

* Centro de Investigación de Derecho Procesal Crítico. Universidad Nacional de Barranca

Article 676 inc. 3 of the Reform Project indicates that if the judgment subject to the provisional execution is annulled, it is immediately without effect. We consider that this does not have to be so, but that the good has to be guarded by the Judge.

Article 677 aims to implement the unheard-of principle alters part of the provisional enforcement, we believe that the only case in which that would be feasible is in judgments of condemnatory type in which a sufficient guarantee has been left, foreseeing a future result of difficult repair.

KEY WORDS: Provisional execution, contradictory, effective jurisdictional protection, due process, condemnatory, declarative and constitutive sentences.

SUMARIO: I. Introducción.— 1. Tutela provisional vs. ejecución provisional.— II. Desarrollo.— 1. ¿Con efecto suspensivo o sin efectivo suspensivo?— 2. Problemas de dejar sin efecto la ejecución provisional de sentencia en caso de ser anulada la resolución impugnada.— 3. Sentencia condenatoria.— 4. Sentencias declarativas o constitutivas.— 5. Afectación al derecho a la contradicción.— III. Conclusiones.— IV. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que en esta oportunidad nos ocupa es la ejecución provisional de Sentencia enmarcada en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, es un tema novedoso, pues en el actual Código Procesal Civil (CPC) dicha institución no se encuentra regulada.

La Ejecución provisional de sentencia la podemos encontrar desde el art. 676 al art. 686 del Proyecto de Reforma y al ser una nueva institución que se pretende incluir en lo que será el Nuevo Código Procesal Civil, es necesario determinar su Naturaleza Jurídica y su definición, con todo lo que ello implica.

En primer lugar, vamos a diferenciar la Tutela Provisional de la Ejecución Provisional de Sentencia, para ello vamos a enmarcar ambas instituciones en el Derecho Comparado para poder determinar qué es lo que significa y cuál es la finalidad de cada una de ellas.

En segundo lugar, tocaremos lo referente al problema en sí que hemos identificado (entre muchos otros) como qué es lo sucede cuando se pretende dejar sin efecto la Ejecución Provisional de Sentencia, como

está redactado en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, en caso de ser anulada.

En tercer lugar, tocaremos lo referente a la afectación al derecho a contradecir, según se identifica en el artículo 677 del Proyecto de Reforma. Derecho que no puede ser afectado si lo que buscamos es una Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Por último, daremos nuestras conclusiones sobre cada uno de los puntos tratados.

1. Tutela provisional vs. ejecución provisional

En doctrina no hay unanimidad sobre lo que es en sí la Ejecución Provisional de Sentencia, algunos la identifican como una medida cautelar o tutela provisional y no como una verdadera ejecución de sentencia. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y los ordenamientos legales donde sí está regulada, “en el ámbito civil es clara la naturaleza jurídica de la ejecución provisional de sentencia. Así lo afirma DÍAZ MARTÍN, para quien se trata de verdadera ejecución, no estamos ante una actividad ejecutiva distinta de la ejecución de una sentencia judicial, y al propio tiempo evitar la utilización de recursos como táctica meramente dilatoria” (Martín, Isaac 2006: 91).

En el Derecho Comparado las legislaciones que regulan la ejecución provisional de sentencias, entre otras, son las siguientes:

- a) Alemania
- b) Italia

Analizaremos la ejecución provisional de sentencia en estos dos sistemas jurídicos, por su influencia ampliamente conocida en las legislaciones modernas.

Así pues,

“el derecho alemán concede una amplia aplicación a la ejecución provisional, pues, considera que las sentencias son ejecutables tanto las denominadas firmes y aquellas para las que ni siquiera pueda hablarse de ejecutabilidad en sentido amplio. En cuanto a los efectos,

el Derecho Alemán prevé que el fin de la institución de la ejecución provisional no es dar seguridad al acreedor, sino pagarle, aunque sea provisionalmente. Con respecto a la revocación o modificación de la decisión se establece que da lugar a la devolución de lo percibido, así como a la devolución de cualquier enriquecimiento y además podría dar lugar a indemnizar al deudor.

De lo anterior, se puede advertir que en el Derecho Alemán la ejecución de las sentencias no firmes, como ya se expresó es mucho más amplia que en cualquier otro sistema legal, ya que todas las sentencias pueden ser declaradas provisionalmente ejecutivas, bien de oficio o a instancia de parte y en algunos casos y a juicio del Tribunal condicionada a la caución (ARGUELLO, Israel 2008: 2-3).

En cuanto al Derecho italiano,

1. El Código de Procedimiento Civil Italiano, tiene una regulación más simple de la ejecución provisional. Se prevé que por iniciativa de parte se puede declarar provisionalmente ejecutiva la sentencia apelable, con caución o sin ella, si la petición está fundada en documento público o en escritura privada reconocida o en sentencia que ya tiene carácter de cosa juzgada, o si el retraso en la ejecución pueda causar peligro, todo conforme al artículo 282 del Código y de conformidad con el numeral 2 del indicado artículo, la ejecución provisional debe ser concedida a instancia de parte, en el caso que la sentencia condene a pagos o prestaciones alimentarias aún provisionales, salvo que concurran causas para rechazarla. El artículo 373 del Código de Procedimiento Civil italiano, concede al Tribunal Supremo facultades para suspender la ejecución a instancia de parte y con audiencia del Ministerio Público, si se derivan de la ejecución perjuicios graves o de difícil reparación para el vencido (ARGUELLO, Israel 2008: 2-3).

Concluyendo, luego de haber revisado la regulación de la ejecución provisional de sentencia en Alemania e Italia nos damos cuenta de que ella cumple por lo menos dos funciones importantes:

- a) Evitar recursos meramente dilatorios de la parte vencida, y

- b) Dotar de eficacia inmediata a la resolución emitida por el Juez de primera instancia.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma hace referencia a lo enumerado anteriormente y en ese sentido nos dice que “la regla de la eficacia inmediata de la sentencia condenatoria se sustenta en aquellos casos en donde el perdedor se vale de los recursos de apelación y casación para prolongar un caso que tiene pocas posibilidades de éxito.”

Por lo tanto, la ejecución provisional de sentencia, a diferencia de la tutela cautelar (que se usa con el fin de asegurar la eficacia futura de la ejecución de la sentencia), no busca resguardar un resultado futuro, sino que lo que busca es la ejecución inmediata y efectiva de la sentencia, pues la posibilidad de revisar la sentencia en una segunda instancia y de revocarla total o parcialmente o anularla no es razón suficiente para privar a la sentencia de ejecución efectiva, obviamente respetando todos los límites impuestos por la Constitución y la Ley para no hacer un uso abusivo del derecho.

En líneas generales eso es lo que se entiende por ejecución provisional de la sentencia, institución que se desea incorporar al Proceso Civil peruano, esta institución actualmente sólo se encuentra regulada en el Derecho Procesal Constitucional y en el Derecho Civil para determinados procesos. De ahí que sería importante adoptar criterios, presupuestos que se aplican en la ejecución provisional de sentencias en materia constitucional. Porque en el Proyecto de Reforma del Código Civil no se postula requisito alguno para la aplicación de este instituto salvo que de manera aparente para que la sentencia sea provisionalmente ejecutada la parte que perdió en primera instancia tiene que apelar, de lo contrario la ejecución ya no sería provisional sino definitiva. Por consiguiente, es menester conocer estos presupuestos los cuales van servir de sustento ante un futuro establecimiento de esta institución.

II. DESARROLLO

1. ¿Con efecto suspensivo o sin efecto suspensivo?

En primer lugar, para que una sentencia condenatoria sea provisionalmente ejecutable, tiene que ser dictada sin efecto suspensivo, de lo contrario no serían inmediatamente efectivas.

Caso contrario con las sentencias declarativas y constitutivas, pues como son la excepción para la ejecución provisional, tendrían que ser dictadas con efecto suspensivo para ser excepcionalmente inmediatamente eficaces.

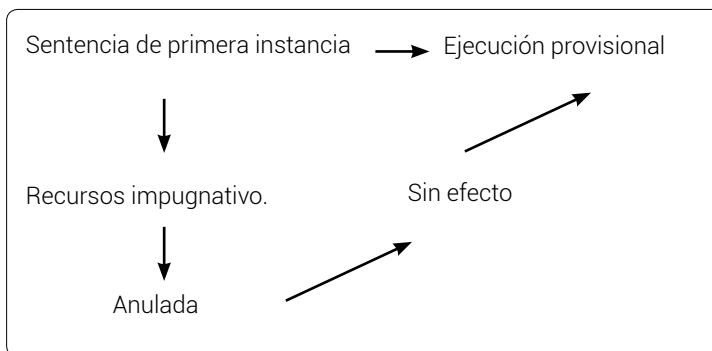
2. Problemas de dejar sin efecto la ejecución provisional de sentencia en caso de ser anulada la resolución impugnada

El análisis normativo del Proyecto de Reforma del CPC nos lleva al artículo 676, numeral 3:

3. La ejecución queda inmediatamente sin efecto si la resolución impugnada es anulada o revocada totalmente. Si lo fuese parcialmente, la ejecución queda sin efecto solo en el extremo anulado o revocado.

Esta es la primera problemática que vamos a analizar, pero solo limitándonos al supuesto de que la sentencia de primera instancia sea anulada en sede recursal.

En el supuesto en el que la ejecución provisional de sentencia haya sido otorgada por el juez de primera instancia, esta es apelada y mientras tanto, la instancia superior revisa el recurso de impugnación y concede la nulidad de la sentencia de primera instancia, la norma nos dice que la ejecución provisional queda inmediatamente sin efectos.



Si lo vemos de manera simple y reduccionista podríamos pensar que la norma tiene razón al proponer tal solución, porque al anularse

la sentencia no habría sustento alguno para mantener los efectos, pues la base sobre los que nacieron ya fue anulada, sin embargo, esto no es del todo cierto y no tendría que ser ese el camino a seguir, porque estaríamos incurriendo en un grave error como a continuación lo vamos a demostrar.

El juzgar es una labor muy seria que implica mucha responsabilidad por parte del juzgador, sin embargo, a pesar de que el curso del proceso se haya dado dentro de un, valga la redundancia, “debido proceso”, donde la actuación de las pruebas ha sido plena y el desarrollo de todas las etapas normal, eso no quita el hecho de que el juicio realizado ha sido hecho por un ser humano falible, propenso a equivocarse, como cualquier ser humano. Es por ello la necesidad de que las decisiones judiciales tienen que ser examinadas y revisadas por una instancia superior, ello también en concordancia con el derecho que tiene todo justiciable a la pluralidad de instancia, como lo establece nuestra Constitución en su artículo 139 inc. 6.

Una vez impugnada, por ejemplo, por la apelación, la decisión plasmada en la sentencia es revisada en una instancia superior, predeterminada por el ordenamiento jurídico, que se supone está en mejor aptitud para poder analizar la misma y en razón de ese análisis ratificarla o confirmarla, o en caso contrario revocarla total o parcialmente o anularla.

Por cuestiones metodológicas en primer lugar hablaremos en el supuesto de tratarse de una sentencia condenatoria y en segundo lugar sobre el supuesto que se trate de una sentencia declarativa o constitutiva, en este último caso este tipo de sentencias constituyen una excepción en la ejecución provisional de sentencias.

3. Sentencia condenatoria

La ejecución provisional de sentencia condenatoria se da cuando se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer. El único caso para que no sea efectiva es cuando el vencido demuestra que de ejecutarse la sentencia será difícil o imposible la reparación.

Cuando la instancia superior que resuelve el recurso de impugnación declara nula una sentencia condenatoria que ha sido recurrida, ya

habrá transcurrido un lapso de tiempo considerable en el que la ejecución provisional habrá operado y con ello surtido sus efectos.

En ese lapso de tiempo en que la ejecución provisional ha operado pueden haber sucedido muchas cosas, sin embargo, al anularse la sentencia, se tiene que volver al *status quo* inicial, a la situación hasta el momento antes de la ejecución provisional.

Cuando la sentencia es anulada se presenta un problema, ya que el bien tiene que regresar a la esfera jurídica del que fue vencido y ejecutado en un primer momento y eso puede llegar a no ser posible, entre otras cosas, porque el vencedor puede haber hecho uso o haber dispuesto del bien, de manera que sea imposible su restitución.

Si bien es cierto esta situación podría resultar no ser un problema siempre que se haya previsto esta situación y se haya otorgado una garantía suficiente, sin embargo, en la exposición de motivos del Proyecto de Reforma se hace mención que el otorgamiento de una garantía suficiente no siempre ocurrirá, hay situaciones excepcionales en las cuales se exonerará al solicitante de esta garantía.

En este supuesto en el que no se haya otorgado una garantía para prever un resultado futuro distinto al de la sentencia de primera instancia, el que ganó en primera instancia podría disponer del bien sabiendo que de anularse la sentencia no habrá modo de cómo hacer que devuelva el bien, pues puede declararse, por ejemplo, insolvente, quedando el ganador de segunda instancia sin poder reclamar su derecho y que se le restituya lo que dio en la ejecución provisional.

Cabe hacer mención también en este punto, que como ya se ha dicho, la exposición de motivos señala que excepcionalmente, el Juez puede exonerar al solicitante de acompañar el pedido de ejecución provisional con una garantía suficiente.

Sin embargo, el Proyecto de Reforma no señala de manera taxativa cuáles son los casos o circunstancias en que se va realizar esta excepción, cosa que nos llama la atención, pues al ser una excepcionalidad tendría que haberse establecido para qué casos, al no hacerlo se deja una amplia discrecionalidad al juzgador para decidir en qué casos sí y en qué casos no, facultades muy peligrosas, por cierto.

Pero ¿Qué sucedería si el que ganó en primera instancia y luego esa sentencia fue anulada, vuelve a ganar? ¿Se tendría que pedir al vencido que nuevamente entregue el bien al vencedor? ¿Qué pasa si al momento que se le devolvió el bien dispuso de él? Porque hasta que se dicte una nueva sentencia obviamente habrá transcurrido un tiempo.

4. Sentencias declarativas o constitutivas

Dentro de este subcapítulo abordaremos si se puede solicitar la ejecución provisional de sentencia, sobre sentencia declarativa y constitutiva, la exposición de motivos deja una puerta abierta para solicitar ejecución provisional cuando señala lo siguiente: *“Por su parte, la regla excepcional de eficacia inmediata de las sentencias declarativas y constitutivas se sustenta en aquellos casos en donde se existe situaciones muy graves que pueden presentarse, las cuales deberán ser meritadas por el juez”*, también refiere la comisión reformadora en la exposición de motivos lo siguiente: *“La regla de la eficacia inmediata de la sentencia condenatoria se sustenta en aquellos casos en donde el perdedor se vale de los recursos de apelación y casación para prolongar un caso que tiene pocas posibilidades de éxito”*, en este caso el perdedor interpone el recurso y deja en claro que se ha vulnerado derecho fundamenta grave, ello se aplica la regla del derecho del contradictorio, cuando la parte vencedora solicita la ejecución provisional de sentencia que más adelante abordaremos tal tema

Ahora bien, si la comisión reformadora dice en forma clara que la regla excepcional de eficacia inmediata de las sentencias declarativas y constitutivas se sustenta en aquellos casos en donde exista situaciones muy graves, ello generaría un problema, en cuanto a proceso de acto jurídico o cancelación de asientos registrales y dentro de ello hay terceros de buena fe; en la presente investigación abordaremos que cual son situaciones muy graves, en ese aspecto el juez de primera instancia deberá de aplicar los mecanismos apropiados para que no vulnere el debido proceso para ambas partes, es requerir información a ambas partes procesales, ello implicaría el derecho al contradictorio en la solicitud de ejecución provisional de sentencia, en la misma manera que la comisión reformadora señala que se declara nula la sentencia, cuando se vulnera derechos fundamentales muy graves, siendo esto

así se deberá de solicitar la ejecución provisional de sentencia en declarativas y constitutivas.

El solicitante deberá fundamentar y probar la situación muy grave para que funde la ejecución provisional de sentencia en declarativas y constitucional, y el juez deberá de valorar de manera racional tal solitud, para ello si debe aplicar el principio al contradictorio.

Las sentencias declarativas y constitutivas representan una excepcionalidad en la ejecución provisional de sentencia, pues se dará la ejecución provisional en una sentencia declarativa o constitutiva y con ello eficacia inmediata, siempre que se demuestre una necesidad impostergable de tutela, es decir, en aquellos casos en que existe situaciones muy graves que puedan presentarse, las cuales deberán ser meritadas por el juez.

Una vez más nos encontramos frente a una regla excepcional, como en el caso de la excepción para dejar una garantía en las sentencias condenatorias; y, una vez más el Proyecto de Reforma no establece de manera taxativa en qué casos se dará esta excepción, solo la exposición de motivos nos habla de manera general de “casos en donde se existe situaciones muy graves que puedan presentarse”, otorgando una vez más amplias facultades al juzgador para determinar en qué casos sí y en qué casos no, pues nos dice la exposición de motivos “las cuales deberán ser meritadas por el juez”.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en su Libro III, Capítulo I, Artículo 525 regula sobre sentencias no provisionalmente ejecutables, mencionando en ellas a las sentencias constitutivas y declarativas, sin embargo, el Proyecto de Reforma del Código Civil peruano sí las incluye dentro de la Ejecución Provisional de manera excepcional, pero sin mencionar taxativamente para qué casos.

El problema que se presenta en este caso es más peligroso que en una sentencia condenatoria, pues por la naturaleza de una sentencia constitutiva, como podría ser, por ejemplo, una de nulidad de acto jurídico, en el que se declara la nulidad de la compraventa de un inmueble. En este ejemplo, el vencedor en primera instancia podría vender el inmueble, hasta llegar a un tercero de buena fe, y ya luego en segunda instancia en caso de que sea anulada la sentencia ¿Cómo podemos restituir el bien?

¿O si vuelve la sentencia vuelve a salir a favor de la misma persona tendríamos que volver a constituir una situación jurídica?

Para cerrar este punto, en ambos casos, ya sea que se trate de una sentencia condenatoria o una de tipo constitutiva o declarativa, hay peligro al pretender dejar sin efecto cuando sea anulada la sentencia en segunda instancia, pues hasta ahora no hemos hecho mención a otra alternativa o supuesto que se puede presentar y es el supuesto de la casación.

¿Qué sucede si la parte vencida no está conforme y decide ir a casación? Si la casación sale a su favor ¿Se tendría que pedir nuevamente la restitución del bien? Eso representaría mayor pérdida de tiempo y mayor gasto tanto para el órgano jurisdiccional como para los justiciables.

Pueden ocurrir un sin número de hipótesis, pues siempre que se presente un recurso y este se resuelva, va a transcurrir un lapso de tiempo en el cuál la parte que tenga el bien en su poder puede hacer muchas cosas para no devolverlo en un futuro resultado distinto al primero, ya que no todos en la sociedad peruana actúan de buena fe, hay casos de personas y abogados que sí lo hacen, pero son muy pocos.

Por eso es importante prever el peligro que encierra el pretender dejar sin efecto la resolución impugnada cuando es anulada.

5. Afectación al derecho a la contradicción

Como ya se mencionó en la introducción de este artículo, el segundo punto a tocar es lo referente a la afectación al derecho a contradecir o al contradictorio.

Uno de los principios elementales y fundamentales dentro de un debido proceso es, sin ninguna duda, el derecho a contradecir.

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, ha precisado los alcances del derecho de defensa. Estableciendo que este debe ser garantizado **a lo largo de todo el proceso**. Incluso llega a decir que, sin el adecuado ejercicio de este derecho, no nos encontraríamos ante un proceso.

Sin duda que una Tutela Jurisdiccional Efectiva entendida como la obligación del Estado, más específicamente del órgano Jurisdiccional, de resolver un conflicto jurídico y ejecutarlo a favor del que ganó, no podría obtenerse si no se respetan todos los derechos y menos aún si no se garantizan los mismos dentro de un Debido Proceso.

El art. 677 del Proyecto de reforma del C.P.C., literalmente es el siguiente:

Artículo 677.- Solicitud de ejecución.

Una vez notificada la sentencia, el ejecutante puede solicitar el inicio de la ejecución provisional en cualquier momento. En dicho escrito propone al juez los actos ejecutivos que correspondan debiendo el juez emitir, sin oír a la parte contraria, la resolución correspondiente y disponer la realización de los actos necesarios.

Como es de notarse del tenor del texto del articulado, hay una afectación expresa al derecho al contradictorio en el momento en que la parte vencedora solicita la ejecución provisional de sentencia.

Lo que vemos es que se pretende instaurar el principio *inaudita altera parte*, propio de las medidas cautelares.

Si bien es cierto el siguiente artículo, es decir, el artículo 678, habla sobre la Oposición a la ejecución provisional, este artículo sería solo aplicable luego de que ya se haya iniciado la ejecución provisional, sin dar lugar a una oposición oportuna en la cual el ejecutado pueda alegar y probar que la ejecución provisional será irreparable.

Y decimos que es en un estado en el que ya se ha iniciado la ejecución provisional, pues el tenor del artículo 678, segundo párrafo, es el siguiente:

“La oposición no obstruye la ejecución ni dilata los actos ejecutivos ordenados o en vías de ejecución, bajo responsabilidad del juez y sus auxiliares.”

En la exposición de motivos del Proyecto de Reforma del C.P.C. nos dice que las sentencias condenatorias serán inmediatamente ineficaces siempre que se demuestre la posibilidad de un daño de difícil o imposible reparación.

Sin embargo, del texto del articulado se infiere que esa demostración, es decir, ese momento en el cual el vencido puede alegar y demostrar tal posibilidad sólo se dará luego de que ya haya sido ejecutado provisionalmente, afectándose así su derecho al contradictorio, pues no se le ha dado la oportunidad de defenderse en el momento oportuno.

Ahora bien, en una sentencia de tipo condenatoria en la que se impone una prestación de dar, hacer o no hacer, por ejemplo, en una obligación de dar suma de dinero, el problema podría no ser un problema siempre que el ejecutante haya dejado previamente una caución suficiente para reparar el daño probable, en el supuesto de que la sentencia recurrida sea anulada o revocada totalmente y en que el ejecutante tenga que devolver el bien al ejecutado para volver al estado inicial hasta antes de la ejecución provisional.

Pero también hay supuestos excepcionales en los cuáles el juez puede exonerar a la parte solicitante de la ejecución provisional de una caución o garantía suficiente. ¿Qué pasaría si en ese supuesto la parte vencedora ha dispuesto del bien? ¿O es declarado insolvente? ¿O le ha causado un daño irreparable?

Lo anteriormente expuesto es en el supuesto de que la sentencia sea de tipo condenatoria, pero ¿Qué sucede cuando la sentencia es de tipo constitutiva o declarativa?

En estos casos, la situación se complica, pues las sentencias constitutivas modifican una situación jurídica y la reparación del daño irreparable es mucho más compleja.

En la exposición de motivos del Proyecto de Reforma nos dice que las sentencias declarativas y constitutivas podrán ser de eficacia inmediata excepcionalmente siempre que se demuestre una necesidad impostergable de tutela.

Para el caso en que se haya dejado una garantía suficiente tal vez no se pueda aceptar el hecho de que no se oiga a la parte contraria, pero ¿Qué sucede en esos casos excepcionales? ¿Qué pasa si el daño se vuelve irreparable y no hay garantía suficiente para repararlo?

No estamos de acuerdo en que no se oiga a la parte contraria en estos casos, porque si bien es cierto es importante implementar y respetar los principios de economía procesal y celeridad, ello no debe implicar una vulneración al derecho a contradecir y sobre todo a una Tutela Jurisdiccional Efectiva, en la que no solo se trata de respetar los derechos adjetivos, sino también los sustantivos.

No se hace mención en la exposición de motivos respecto al por qué no se tiene que oír a la parte contraria, no se establecen reglas para la aplicación de este principio en la ejecución provisional.

Adquiere más relevancia aún la falta del contradictorio si tomamos en cuenta la posibilidad de que la sentencia sea anulada o revocada totalmente, supuestos en los que se tendría que regresar al estado anterior de las cosas hasta antes de la ejecución, lo que podría resultar imposible por causa de un daño irreparable, al que se pudo oponer la parte ejecutada antes de que se realicen dichos actos, pero que no pudo hacerlo porque así lo establece el mencionado artículo.

La reforma busca evitar dilaciones en el proceso y “mete” a todos los abogados y justiciables en “un mismo saco”, generalizando el actuar incorrecto.

No podemos hacer eso, pues es algo por demás temerario, ya que estaríamos afectando a muchas personas que persiguen una causa justa verdaderamente, pero que estarían en peligro de perder lo que con tanto esfuerzo han conseguido.

Apoyamos la Reforma, pues hay muchas cosas que se necesitan cambiar, pero creemos también que se tienen que garantizar los derechos fundamentales, los que establece la Constitución Política del Estado en su artículo 139 inc. 3:

“La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

E inc. 14:

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

En conclusión, sobre este punto, creemos que, si se trata de una sentencia condenatoria y se ha dejado garantía suficiente previendo algún perjuicio futuro, no tendría que darse el contradictorio; en caso contrario, cuando no se haya dejado garantía alguna, entonces el contradictorio sí tendría que darse, para que el vencido pueda probar la posibilidad de un daño irreparable.

En el caso de ser una sentencia declarativa o constitutiva creemos que el contradictorio tendría que darse sí o sí, pues se trata de situaciones jurídicas de reparación más compleja, además de constituir la excepcionalidad en la ejecución provisional; y, tomando en cuenta también que este tipo de sentencias para que sean ejecutables han de ser meritadas por el juez que, si no permitimos a la otra parte ejercer su derecho a contradecir, se podrían cometer muchos abusos usando esta norma.

III. CONCLUSIONES

En proyecto de la reforma del Código Procesal Civil, establece o resalta la ejecución provisional de sentencia, ello es novísimo para nuestra sistema procesal civil, ello implica que ante recurso impugnatorio, la parte vencedora puede solicitar la ejecución provisional de sentencia, en los casos de ejecución de condena, de todas maneras se puede solicitar tal mecanismo procesal, tal premisa es similar la Ley de Enjuiciamiento

Civil de España, la ejecución provisional de la sentencia se sujeta a las disposiciones de la ejecución definitiva de la sentencia; cuando se trata de reforma, es sinónimo de cambio, al revisar detenidamente el proyecto de la reforma del Código Procesal Civil, decimos que un Déja vu, porque decimos esto, referencia al Artículo 677 inciso 3:

Artículo 676.- La ejecución provisional de la sentencia se sujeta a las disposiciones de la ejecución definitiva de la sentencia, observando las siguientes reglas:

3. La ejecución queda inmediatamente sin efecto si la resolución impugnada es anulada o revocada totalmente. Si lo fuese parcialmente, la ejecución queda sin efecto solo en el extremo anulado o revocado

El presente articulado es un Déja vu, más de lo mismo, ello es un limbo, ello vulnera la tutela judicial efectiva, cuando se deja sin efecto la resolución impugnada si es anulada, cómo podría dejarse sin efecto la ejecución provisional cuando la sentencia es anulada, si aún no ha quedado firme tal resolución o en este caso no ha sido revocado, “la diferencia fundamental entre la ejecución provisional y la ejecución definitiva consiste en que el objeto de la primera es una resolución que no es firme” (Díez-Picazo 2001: 921), por lo que toda la actividad ejecutiva está sujeta al resultado del recurso principal interpuesto contra la resolución ejecutada provisionalmente. El problema surge, cuando se deja sin efecto la ejecución provisional de sentencia, la parte demandante o ejecutante deberá entregar el bien, si el juez deberá de nuevo emitir sentencia, en el caso hipotético que declare de nuevo fundada la demanda, la parte ejecutante de nuevo solicitará de nuevo la ejecución provisional de sentencia, el juez no deberá dejar sin efecto cuando se anule la sentencia, el juez deberá disponer un mecanismo para que el sistema judicial o depositario judicial conserve el bien, en ello deberá aclarar la reforma, la Ley de enjuiciamiento Civil no prevé que se debe dejar sin efecto la ejecución provisional de sentencia.

Cuando la reforma señala que se deja sin efecto la resolución impugnada es anulada, en la exposición de motivos de la reforma menciona: “*Si la sala constata la existencia de un vicio, debe proceder a subsanarlo,*

estándole prohibido emitir sentencia anulatoria, salvo si el vicio ha generado una violación grave de los derechos fundamentales de la parte afectada, que imposibilitan a la sala suprema emitir pronunciamiento sobre el fondo”, en lo referido la comisión reformadora aplica el correcto debido proceso para la parte afectada, se debe tener en cuenta que eso se detectó en el superior jerárquico, sin embargo, no se debe dejar sin efecto la sentencia, el juez deberá aplicar un mecanismo que cautele el bien, no solamente se trata de la parte afectada, en este caso debemos dejar en claro, para que no se detecte ello en el superior jerárquico, el juez de primera instancia deberá velar el derecho del debido proceso para ambas partes, para que así no trasgreda los plazos razonables de un proceso.

La solución que encontramos y la propuesta que hacemos es esa, que sea el Juez como tercero imparcial quien vele por el bien en caso de tratarse de una sentencia condenatoria.

Al igual que en la tutela cautelar donde se prevé la actuación de dicha medida sin escuchar a la parte emplazada. Entonces en más de una ocasión la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva principio de la función jurisdiccional debidamente establecida se vería afectado al no cumplirse.

Ante esta inminente inaplicación de este principio proponemos que el juez mande ejecutar el cumplimiento material resuelto en la sentencia condenatoria pero que el juez cautele los bienes hasta que resuelva la segunda instancia para no ocasionar un perjuicio grave al ejecutado ante una eventual revocación o nulidad.

El derecho a contradecir tiene que estar presente para que podamos hablar de un debido proceso, sobre todo cuando se trata de un tema tan serio como es el caso de las sentencias declarativas y constitutivas, en las que se modifican situaciones jurídicas y donde podemos hablar de terceros de buena fe, que podrían hacer imposible la restitución al estado anterior, hasta antes de la ejecución provisional de sentencia.

Cuando se trate de sentencias condenatorias, si se ha dejado una garantía suficiente, entonces sí podría aplicarse el artículo 677 del Proyecto de Reforma, pues se estaría velando por el interés y derecho de la

parte no oída, sin embargo, si no se ha dejado una garantía suficiente sí o sí tiene que darse el contradictorio.

Sería interesante también si tomamos algo de la ejecución provisional de sentencia constitucional y lo adoptamos en el proceso civil, como, por ejemplo, los siguientes presupuestos que se observan para poder aplicarla, tal como se establecieron en el proceso constitucional que consta en el expediente 607-2009-AA/TC:

NO IRREVERSIBILIDAD

“NO IRREVERSIBILIDAD: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.” Fundamento 17

La regla procesal examinada exige que la ejecución provisional de sentencia impugnada se aplicará sólo en los supuestos en los que los actos de ejecución puedan retrotraerse o revertirse, esto debido a la posible emisión de una sentencia de vista que revoque la sentencia de primera instancia.

En merito a este presupuesto se entiende que no debe haber una afectación al demandado que sea irreversible, de tal manera habría un daño difícil de revertir si en segunda instancia es revocada la sentencia.

PROPORCIONALIDAD

“Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.” Expediente Nro. 607-2009-AA/TC, fundamento 17

“Esta regla procesal procura que la ejecución provisional de sentencia impugnada, no genere un beneficio mayor al demandante y un perjuicio grave al demandado. El propósito es sopesar (ponderar) ambas situaciones, asimismo evitar ejecutar una decisión judicial arbitraria. Por tanto, esta es idónea para una tutela efectiva de derechos fundamentales” (Lupa 2018: 126).

Esperamos que, sobre la base de las observaciones vertidas aquí, se pueda reformar, repensar, transformar el tenor de la redacción que ahora mismo tiene el Proyecto de Reforma, para que con ella se pueda alcanzar el fin que persigue el derecho: Justicia.

No podría haber una verdadera justicia con violación de derechos y sin una Tutela Jurisdiccional Efectiva. Los operadores jurídicos no son solo “la boca de la ley”, no solo el juzgador realiza una subsunción de los hechos a la norma aplicable, se tiene que ir más allá, sobre todo en un Estado Constitucional de Derecho. Y el respeto y garantía de los derechos es fundamental para lograr el fin que el Derecho persigue y más aún cuando nuestra Constitución establece en su art. 1 que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELLO, Israel

- 2008 Ejecución Provisional de la Sentencia Judicial versus Ejecución Definitiva.” Revista de la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP. Volumen N° 2 numero 1.

BESSER, Günther

- 2018 La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el proceso civil español, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, I.

- 2001 *De la ejecución provisional de resoluciones*, Madrid: De La Oliva Santos, A. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid: Civitas.

FREDIE, Júnior y otros.

- Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar.

GARCÍA, Javier.

- 2009 *La Actuación de Sentencia Impugnada en el Proceso de Amparo*. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, escuela de graduados.

JOAN PICÓ I JUNOY.

2011 *De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas.*

MARTÍN, Isaac.

2006. La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas.

LUPA YUCRA, Manuel Gonzalo.

2018 *La ejecución provisional de sentencia impugnada en el proceso de amparo previsional, conforme a las reglas de Brasilia.*

VALVERDE, Manuel

- La Cosa juzgada frente a las medidas cautelares y otro extravagante precedente del Tribunal Constitucional.

REFORMA DEL PROCESO CIVIL CON RELACIÓN A LA CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA*

RESUMEN: La acción como principio fundamental se materializa mediante la redacción de la demanda. Esta, a su vez, importa el acto por el cual se da inicio al proceso, por lo que su calificación resulta ser una actividad fundamental para su trámite y desarrollo. El proyecto de reforma del Código Procesal Civil plantea modificaciones sustanciales sobre su calificación, partiendo de una posición distinta del vigente, en el sentido de superar formalidades innecesarias. Sin embargo, a criterio de los autores admitir la demanda de plano, siempre que no se afecte el derecho de defensa, puede tener algunas complicaciones, tales como, determinar cuándo es que se estaría afectando el derecho de defensa del demandado; o, si la imposibilidad de apelar la resolución de inadmisibilidad afecta el derecho a la doble instancia procesal. Así, el presente artículo busca analizar y dar cuenta de las modificaciones que plantea el proyecto de reforma con relación a la etapa de postulación del proceso; más precisamente la actividad de calificación de la demanda.

PALABRAS CLAVE: Principio fundamental de acción - Demanda - Calificación - Código Procesal Civil vigente - Proyecto de reforma.

ABSTRACT: The action as a fundamental principle materializes through the writing of the demand. This, in turn, matters the act by which the process is initiated, so that its qualification turns out to be a fundamental activity for its processing and development. The draft reform of the Civil Procedure Code raises substantial changes to its qualification, starting from a position different from the current one, in the sense of overcoming unnecessary formalities. However, at the discretion of the authors, admitting the claim outright, provided that the right of defense is not affected, may have some complications, such as determining when the defendant's right of defense would be affected; or, if the impossibility of appealing the resolution of inadmissibility affects the right to the double procedural instance. Thus, this article seeks to analyze and account for the modifications proposed by the reform project in relation to the process of applying for the process; more precisely the activity of qualifying the demand.

KEY WORDS: Fundamental principle of action - Demand - Qualification - Current Civil Procedure Code - Reform project.

* Cátedra Procesal. UAC Universidad Andina del Cusco.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Contenido y desarrollo.— 1. Fundamentos del derecho del derecho de acción y la demanda.— 2. La demanda y su calificación en el marco del código procesal civil vigente.— 3. La demanda y su calificación en el proyecto de reforma.— III. Conclusiones.— IV. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del tiempo, ha sido una constante el tratar de diseñar un modelo de proceso ajustado a los principios constitucionalmente reconocidos, donde este sea realmente un mecanismo que brinde tutela jurisdiccional efectiva. Así, teniendo en cuenta lo que supone la acción, como principio fundamental a nivel de nuestro ordenamiento jurídico, el Estado debe brindar las condiciones y mecanismos adecuados para efectivizar en la máxima medida posible los derechos (con sus correlativas garantías) que emanan de dicho principio.

La demanda es el primer acto con el que el principio fundamental de acción, encuentra su concretización, por tanto, su calificación termina siendo una actividad trascendental al interior del proceso, debido a que, en virtud de ella, va a encontrar amparo la pretensión material introducida por el demandante y, como consecuencia, el acceso al sistema de justicia. O, en su defecto, la pretensión resultará siendo desestimada. Es así que la demanda se enfrenta a una actividad que casi siempre termina sucumbiendo en una formalidad innecesaria.

En tal sentido, el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil busca, por un lado, superar la concepción de la solución de un conflicto de intereses intersubjetivos, como único fin la administración de justicia, para pasar a ser vista como un servicio público integral para los ciudadanos. Por otro lado, que el sistema de administración de justicia, tenga que girar en torno al respeto de la dignidad humana, siendo coherente con lo dispuesto en artículo 1 de la Constitución Política, que tiene a la persona y el respeto de su dignidad, como fin de la sociedad y el Estado.

Así, con el objetivo de cumplir tal fin, el Proyecto de Reforma plantea, en la parte pertinente a la calificación de la demanda, hacer frente al estricto formalismo instaurado a partir del Código Procesal Civil de 1993, aspecto del que se dará cuenta a continuación.

Finalmente, es preciso indicar que el presente trabajo consiste principalmente, en describir la demanda y su contexto en el Código Procesal Civil vigente y compararlo con el Proyecto de Reforma, presentado y dado a conocer hace un par de meses. Ello, debido a que analizar un proyecto de reforma es un ejercicio un tanto más complicado de lo que parece, ya que su no vigencia imposibilita investigar la eficacia o eficiencia de dichas normas. Por lo tanto, no vemos enmarcados en analizar la estructura de la misma, comparando, por ejemplo, ambos textos normativos e identificando sus diferencias se pueden sacar algunas conclusiones.

II. CONTENIDO Y DESARROLLO

1. Fundamentos del derecho del derecho de acción y la demanda

Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que el concepto más importante, y sobre el cual se ha escrito y trabajado de más, en el derecho procesal ha sido la acción. Ríos de tinta y momentos históricos lo demuestran. La acción ha pasado por distintas etapas, que a su vez han marcado los *paradigmas* en cada momento. Así, según González Álvarez (2013), siguiendo la idea Kuhniana de la revolución científica mediante paradigmas, la ciencia procesal (teniendo como piedra angular el concepto de acción) ha pasado por los siguientes estadios científicos: i) preciencia, en la cual se entendía a la acción no como un objeto susceptible de estudio; ii) ciencia normal, en la cual se entendía a la acción como objeto de estudio susceptible de estudio; iii) crisis científica, la misma que demostraba la *superpoblación* de estudios sobre la acción y las contradicciones entre ellas; iv) la revolución científica, comprendiendo la acción bajo la óptica del (neo) constitucionalismo; y, v) ciencia extraordinaria, entendiendo a la acción como un *principio fundamental* (p. 679 y ss).

Vista la acción como piedra angular de la *ciencia* procesal, corresponde ubicar el contexto histórico en el cual nos encontramos. Así, percibimos que al estar en un Estado Constitucional en el cual prima la dignidad humana y los derechos fundamentales, nos encontramos en la etapa de *ciencia extraordinaria*. Es decir, estamos en el momento

histórico/científico de entender a la acción como un *principio fundamental*.

Una vez encajado nuestro contexto en el estadio científico antes expuesto, es necesario dar un poco más de claridad sobre lo que se entiende por *principio fundamental* y como la acción adquiere este *status*.

La idea de principio fundamental se puede resumir de la siguiente manera: un derecho fundamental más su correlativa garantía. Para dar mayor claridad aún, los desglosaremos por partes.

Un derecho fundamental se entiende como una posición de obrar positivo y negativo frente al Estado. Es decir, un derecho fundamental conecta *deónticamente* al Estado a ejercer (o abstenerse de ejercer) acciones a fin de satisfacerlo o evitar una vulneración. Clásicamente los conectores deónticos son concebidos como *obligaciones, prohibiciones y permisiones*; entonces, cuando un derecho fundamental se conecta deónticamente con el Estado quiere decir que este último está *obligado, prohibido o permitido* de accionar frente a los derechos (y sus portadores, es decir, los ciudadanos). Por ejemplo, el Estado está *obligado* a satisfacer el derecho a la educación de las personas; el Estado está *prohibido* de permitir acciones atentatorias contra los ciudadanos y sus derechos; o, el Estado está *permitido* para restringir los derechos de las personas siempre y cuando las justifique mediante el principio de proporcionalidad. Un derecho es, entonces, una posición que *condiciona* al Estado.

Las garantías son las efectivas acciones que el Estado debe realizar para cumplir, proteger o respetar los derechos de los ciudadanos. En palabras de Ferrajoli las garantías son «situaciones activas (de obligación o prohibición) diseñadas para la tutela de las situaciones pasivas (de expectativa positiva o negativa)» (Ferrajoli, 2011, p. 630).

Esta idea de entender a los derechos como expectativas positivas o negativas y a las garantías como efectivas acciones condicionadas por prohibiciones u obligaciones, tienen sus primeros esbozos en las ideas

de “prohibición de exceso” y “prohibición de defecto”¹ desarrollado por el Tribunal Federal Alemán en la posguerra.

Por todo lo dicho anteriormente, se puede entender el *principio fundamental* de acción como el derecho fundamental de acción (que recae sobre los ciudadanos) y su *condicionante deóntico* de brindar la garantía de tutela jurisdiccional efectiva (que recae sobre el Estado).

Teniendo claro lo que se entiende por el *principio fundamental* de acción, es necesario resaltar la vinculación y el papel fundamental que tiene la demanda, como mecanismo regulado por el legislador, para concretizar el derecho fundamental de acción y así acceder a la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva.

Podemos decir, entonces, que la demanda al estar ligada con el *principio fundamental* de acción, resulta ser génesis del proceso. Incluyendo, además, todos los posteriores procedimientos que el derecho regula para que la demanda pueda ser admitida y el Estado, pronunciarse sobre ella en la sentencia.

2. La demanda y su calificación en el marco del código procesal civil vigente

La demanda es sustancialmente un acto de iniciación procesal (Llancari Illanes, 2010), que contiene como objetivo principal solicitar tutela jurisdiccional efectiva, al juez competente. Para llegar a este objetivo es necesario que la demanda -como acto procesal- contenga los requisitos legales mínimos que establece el Código Procesal Civil (en adelante CPC). Estos requisitos significan, por un lado, las formalidades de redacción del escrito (Art. 130 CPC), debido a que la demanda es un documento formal y físico que debe cumplir con las regulaciones establecidas, con el fin de ser comprensibles para su destinatario. Por otro lado, requisitos sobre el contenido de la demanda (Art. 424 CPC) y los anexos que deben acompañar esta (Art. 425 CPC), que permitan al juez identificar que se configura válidamente o no la relación jurídica

1 Para profundizar el tema, véase Montealegre Lynett, Bautista y Vergara (2014).

procesal. En todo caso, hablamos de la calificación de la demanda que realiza el juez respecto a los presupuestos y requisitos procesales que debe contener.

Respecto a la forma del escrito regulado en el artículo 130° del CPC, el legislador ha entendido a la demanda como un documento formal y físico, para la mayoría de los casos. Esta exigencia formal y física no será para todos los casos, permitiendo nuestro sistema la posibilidad de expresar actos procesales desde la oralidad y la escritura (sistema mixto). Siguiendo esta línea, la uniformidad que ha establecido el legislador para la buena comprensión de los actos procesales de forma escrita (demanda), se traduce en el uso del idioma nacional, el castellano, o que a pedido de las partes, el juez o la ley autoricen el uso del quechua o aymara, para todos los actos procesales.

Ahora, respecto a los requisitos de la demanda regulados en el artículo 424 del CPC, observaremos que en su conjunto son exigencias necesarias para que el juez verifique si se configura válidamente o no, la relación jurídico procesal entre las partes del proceso; es decir, para que el juez pueda o no pronunciarse sobre el fondo del asunto.

La presencia de los presupuestos procesales es necesario para que un proceso pueda ser eficaz y válido. La doctrina ha clasificado estos presupuestos en dos grupos, denominándolos de diferentes formas: requisitos (forma) y presupuestos (fondo), presupuestos formales y presupuestos de fondo, presupuestos procesales y condiciones de la acción, y demás que podríamos encontrar en la doctrina. Lo que está claro es que nos encontramos con dos grupos: presupuestos procesales de forma y presupuestos procesales de fondo (Carrión Lugo, 2001), clasificados de esta manera para un adecuado estudio del Código Procesal Civil. De los primeros podremos decir que son necesarios para configurar válidamente la relación jurídica procesal y, de los segundos, para que la pretensión pueda ser objeto de pronunciamiento del juez. Al no ser los presupuestos procesales objeto de este trabajo, dejaremos en este punto el tratamiento de éstos.

Carrión Lugo (2001), en base a lo previsto en el Código Procesal Civil vigente nos indica que los presupuestos formales son los siguientes:

la demanda en forma, la capacidad procesal de las partes y la competencia del juez (p. 157). De estos se podrá observar la relación que tienen con los requisitos de la demanda con los presupuestos procesales, ya que del cumplimiento de los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 424° del CPC se podrá determinar si las partes tienen la aptitud para comparecer personalmente al proceso y si el juez, al que fue dirigida la demanda, es competente para conocer el caso.

Igualmente, para el caso de los presupuestos procesales de fondo, el juez en su examen de la demanda acudirá a los requisitos exigidos por el CPC para determinar si el demandante tiene legitimidad e interés para obrar, tras un análisis de la identificación de éste mismo (Art. 424, inciso 2), los hechos planteados en la demanda (Art. 424, inciso 6) y los medios probatorios (Art. 424, inciso 10) que la acompañan. Así también, será necesario que la pretensión planteada en la demanda no advierta caducidad, que exista conexión lógica entre los hechos y que la pretensión propuesta sea física y jurídicamente posible de realizar. Es decir, que, del examen conjunto de la designación del juez, la identificación del demandante y demandando, los hechos que fundamentan el petitorio y los medios probatorios, el juez en su función de calificación de la demanda determinará si es procedente o no el pedido de tutela jurisdiccional.

Ahora bien, en el artículo 425 del CPC, el legislador ha regulado los anexos necesarios a presentar conjuntamente con la demanda. Los cuales se identificarán como los documentos que permiten identificar al actor de la demanda y la representación que se ejerce, los medios probatorios sobre los hechos que sustentan el petitorio y demás respecto a la admisibilidad de la demanda (Ledesma, 2008).

Por razones didácticas, Ledesma (2008) nos indica que podemos agrupar a los anexos de la demanda en dos grupos: procesales y materiales. Para el primer caso, ubica a los supuestos del inciso 1 al 4, que están destinados a identificar la identidad del demandante o de su representante, a través de la copia del documento de identidad; el poder que posibilite actuar en el proceso, cuando se actué por representación legal; y, la acreditación de la representación si se trata de personas jurídicas, como sociedades y asociaciones, mediante la presentación del testimonio de constitución o del acta de la asamblea o reunión de socios

que lo haya designado. Para el segundo caso, refiere a los incisos 5 y 6, como los anexos relativos al fondo del asunto, que son aquellos que operan como medios probatorios en el proceso (pp. 360-361).

i. Inadmisibilidad e improcedencia

Durante la etapa de postulación al proceso, la demanda sufre un examen de calificación para validar que la relación jurídico procesal que se quiere configurar reúna los presupuestos procesales y así lograr los efectos jurídicos que se busca. Como se dijo *supra*, el juez evaluará la presencia de los presupuestos procesales –sean estos de forma o de fondo- y, así, determinar si la demanda es admisible y procedente.

A la ausencia de estos presupuestos, el juez advertirá la inadmisibilidad o el rechazo *in limine* de la demanda, también conocido como improcedencia. Respecto a la inadmisibilidad de la demanda, el legislador del 91 ha determinado en el artículo 426° del CPC, los casos en los que deberá sancionar la inadmisibilidad. La cual opera cuando se verifica la ausencia de algún requisito legal o anexo exigido por ley, que el petitorio sea incompleto o impreciso, o que contenga una indebida acumulación de pretensiones.

La advertencia de estos defectos formales, determinan la obligación del recurrente de subsanar en el plazo máximo de 10 días, bajo apercibimiento de ser rechazada la demanda y el archivo del mismo.

El juez, en su trabajo de calificación, sanciona con un alto el camino procesal (Ledesma, 2008) tras identificar la trascendencia de las anomalías de orden formal identificadas en la demanda. Esto quiere decir, que no toda ausencia de un requisito formal conlleva a la sanción de inadmisibilidad, sino, más bien, aquellos que el juez identifique trascendentes para (los fines de proceso) (la configuración de la relación jurídico procesal), ya que refleja una inmediata afectación a la tutela jurisdiccional (v. gr. Falta de poder, la falta de representación procesal, la falta de firma de abogado, falta de DNI, etc.).

En tal sentido, el juez va a verificar si la demanda cumple o no con determinados requisitos del artículo 427° del CPC, referido a las causales de improcedencia de la demanda; las mismas que trataremos seguidamente:

- (i) El legislador, en el inciso 1, ha indicado como una causal de improcedencia que el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar, entendida ésta como la coincidencia que debe existir entre la persona que insta el proceso con la que el ordenamiento jurídico tiene por titular.
- (ii) En el inciso 2º, que el demandante carezca evidentemente de interés para obrar. El mismo que se entiende como el estado de necesidad de tutela jurisdiccional que tiene la persona que postula al proceso.
- (iii) En su inciso 3º, que el juez advierta la caducidad del derecho; el cual viene a ser una sanción que extingue el derecho por el transcurso del tiempo. Significa que algo nace con un plazo de vida y que pasado este, se extingue, tratándose de una facultad o derecho que es de duración limitada (Ledezma, 2008, pag. 339).
- (iv) En su inciso 4º, que no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio; en el cual la pretensión reclamadas tengan relación con los hechos que los sustentan. Donde el demandante al momento de realizar su demanda tiene que hacer coincidir el petitorio con los fundamentos de hecho.
- (v) Y, por último, el inciso 5º, que el petitorio fuese jurídica y físicamente imposible. Se dice que el petitorio es jurídicamente imposible, cuando no puede ser objeto de tutela jurisdiccional, recayendo la petición en un absurdo jurídico (v. gr. La compraventa de un predio público). Y que el petitorio es físicamente imposible, cuando las condiciones fácticas de accionar de la tutela jurisdiccional no permiten la satisfacción del petitorio de la demanda, es decir, que no se encuentre dentro de las posibilidades del juez satisfacer la pretensión del demandado (v. gr. La ejecución de una obligación personalísima de un occiso).

En consecuencia, la calificación de la demanda debe entenderse como un proceso de verificación que permite al juzgador comprobar si la demanda cumple con los presupuestos procesales (competencia, capacidad procesal y requisitos formales) así como presupuestos materiales

(legitimidad para obrar, interés para obrar e invocación del derecho). Al respecto, el proyecto de reforma del Código Procesal Civil, plantea modificaciones, que iremos describiendo a lo largo de este trabajo.

3. La demanda y su calificación en el proyecto de reforma

En este punto, el proyecto de reforma plantea superar las constantes barreras que se habían construido en torno al CPC vigente, buscando optimizar el efectivo acceso al sistema de justicia por sobre las formalidades, que muchas veces terminaban lesionando los derechos de los demandantes.

Siguiendo esa línea, en el artículo 426° del CPC, se regula la idea de una calificación de los presupuestos procesales “en sentido formal”, consistente en el acto de verificación realizado por el juzgador de los requisitos y anexos, previstos en el Código. Pero, dejando claro que ninguno de ellos, de plano se constituye en una condición excluyente para el desarrollo del proceso.

Entre los cambios más notorios sobre los requisitos de la demanda, expresamente indicados en el artículo 425° del CPC, tenemos:

- (i) En el numeral 6, se indica que los hechos en que se funde el petitorio, deben guardar una relación de coherencia con este y ser expuestos numeradamente con claridad, orden y precisión. Así, el texto agregado busca que la demanda tenga que estar redactada de tal forma que, los hechos se engranen directamente con el petitorio.
- (ii) En el numeral 10, que limitaba la exoneración de la firma únicamente a los procesos de alimentos y declaración judicial de paternidad, se modifica de la siguiente manera “la firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, salvo en los casos en los que la ley exonere al demandante de este requisito. El especialista respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto.” Básicamente la reforma plantea ampliar las exoneraciones con relación a la firma del demandante o de su representante y/o apoderado; adicionalmente, reemplaza la denominación secretario por especialista, lo cual supone una redacción más precisa.

Y con relación a los anexos que debe contener la demanda, recogidos en el artículo 425° del CPC, se tiene:

- (i) En el numeral 2, refiere que solo se precisaría de la copia legible del documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado. Al respecto, presentar una copia legible de la vigencia de poder que acredita representación facilita y rompe una barrera de formalidad. Criterio este, que es seguido en el numeral 3, del presente artículo, respecto a la copia legible de documento que acredite representación legal del demandante.
- (ii) En el numeral 5, señala: “Los medios probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. En el caso de los documentos no es necesario adjuntar originales, salvo que su autenticidad sea cuestionada por una de las partes y el documento esté o deba estar en poder de la parte que lo ofreció”. Aquí viene un cambio considerable en la presentación de los anexos, puesto que señala que ya no es necesario adjuntar los documentos originales, dejando así la posibilidad de cuestionar la autenticidad a alguna de las partes; y adicionalmente establece como requisito, siempre y cuando, el documento esté o deba estar en poder de la parte que ofreció.
- (iii) En el numeral 6, que refiere a la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial, quedaría completamente derogado. Esto responde a que dentro de los cambios que incluye la reforma, es eliminar la figura de la conciliación extrajudicial preprocesal, como presupuesto obligatorio para el inicio del proceso; el mismo que terminaba desvirtuando la real naturaleza de la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Ahora bien, superado este punto (el de los requisitos y anexos de la demanda), el artículo 426° del CPC, pretende ser modificado en su integridad, enmarcando la labor del juez, en lo siguiente:

- (i) En el numeral 1, se advierte que, ante la existencia de alguna omisión de uno de los requisitos “formales” y/o anexos, consignados específicamente en los artículos 424° y 425° del CPC, el juez tiene el deber de hacer prevalecer el derecho de acceso al sistema de justicia del demandante, y, por tanto, admitir a trámite la demanda; antes que, declarar su inadmisibilidad. Esto rompe con toda la idea de “formalidad” que se había creado en torno a la calificación de la demanda, en tanto en muchas ocasiones, por el solo hecho de omitir consignar una copia del DNI o la tasa judicial respectiva, era suficiente para una declaración de inadmisibilidad de la demanda.
- (ii) En el numeral 2, hace la aclaración e indica cual sería el único caso, en donde si cabría la posibilidad de emitir una resolución de inadmisibilidad. Es decir, el proyecto de reforma plantea que solo para los casos que, en la omisión incurrida por el demandante se aprecie una posible y real afectación del derecho de defensa, de la futura parte demandada, el juez puede declarar su inadmisibilidad. Y para ello, además, el juzgador deberá ser preciso con relación al requisito omitido y/o anexo no adjuntado; la razón por la cual, el incumplimiento del requisito restringiría el derecho de defensa, de los futuros emplazados; y el procedimiento a seguir, para subsanar en buena forma, el incumplimiento.

La pregunta en este punto, cae de madura: ¿por qué se le impone al Juez, la obligación de señalar la forma en cómo el demandante debe subsanar la omisión en que hubiese incurrido? A consideración nuestra, creemos que obedece puntualmente a garantizar el efectivo acceso al sistema de justicia, en el sentido de que, el rol a cumplir por el juzgador se convierte en uno más tirado hacia la persona, en tanto el juez, ya no simplemente declarará la inadmisibilidad de la demanda, sino que, tiene y está en el deber de indicar a la parte demandante, la forma y el procedimiento a seguir, para tener por subsanado adecuadamente la(s) omisión(es) advertidas; evitando con ello nulidades posteriores, y resguardando, tanto el derecho de acceso a la justicia que le asiste a todo ciudadano, como el derecho de defensa de la futura parte emplazada. No obstante, del proyecto de reforma no se avizora un su-

- puesto más o menos claro de cuáles serían esos supuestos en los que se avizoraría una posible afectación al derecho de defensa de la parte demandada, por lo que habrá que estar muy atentos, ante la posibilidad (abierta) de que se incurra en algún tipo de discrecionalidad que termine por afectar los derechos del demandante, ante que, resguardar y tutelar los del demandado.
- (iii) En el numeral 4, encontramos una figura bastante particular a la que denominaremos como “el silencio jurisdiccional positivo²”, la cual consistiría básicamente en lo siguiente: “de no cumplir el juzgador con realizar la calificación de la demanda, dentro del plazo legal establecido; esta se tendrá por admitida. Además de, claro está, seguir con el trámite regular del proceso”. Creemos que este aspecto se fundamenta básicamente en el hecho de evitar “dilaciones indebidas”, conllevando a un efectivo acceso al sistema de justicia dentro de plazos razonables.
- (iv) En el numeral 5, se resalta (una vez más) uno de los fundamentos más importantes (sino el más importante) del proyecto de reforma, cual es, garantizar el derecho de acceso a la justicia del demandante (así como el derecho de defensa del futuro emplazado), ante cualquier formalidad establecida por el Código. Dando muestra con ello, de concretización de los derechos fundamentales por sobre las formalidades previstas, que ya en bastantes oportunidades eran confundidas con el principio de legalidad procesal, afectando los derechos de las partes y retrasando la actuación del sistema de justicia.

Idea que se consolida con el hecho siguiente: la resolución que declara la admisión o, inadmisibilidad de la demanda, es inapelable. Consideramos que esto responde a lo siguiente: a) sobre la admisión, se busca que prevalezca el acceso efectivo al sistema de justicia, y se prevé una audiencia, en donde el futuro emplazado puede cuestionar aspectos vinculados a los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil; y b) sobre la inadmisibilidad, en el sentido de que, al haber sido declarado por el juzgador, el

2 La presente denominación responde, en situación análoga, a la figura del silencio administrativo positivo, previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo general – Ley N° 24444.

procedimiento y la forma para la subsanación de omisiones incurridas por cuenta de la parte demandante; carecería de sentido que nuevamente esta última, las vuelva a cuestionar. Sin embargo, esta posición no puede ser tomado tan a la ligera, debido a que se estaría entrando en conflicto con el derecho de impugnación, que importa la posibilidad de que todas las resoluciones judiciales son apelables. Además, de que en el proyecto tampoco se deja claro que pasaría con la resolución posterior a la subsanación de la(s) omisión(es) advertida, que las tenga por no subsanadas. ¿Se pueden apelar? ¿Se tiene por concluido el proceso? Son algunas de las interrogantes que surgen a raíz de lo advertido.

Finalmente, en el artículo 427° del CPC, encontramos el otro aspecto que importa la calificación de la demanda, consistente en realizar una verificación de las causales que conllevan a una declaración de improcedencia de la misma. Es decir, una calificación de los presupuestos procesales “en sentido sustancial” (o de fondo).

Diremos que el punto más interesante a resaltar en este artículo, desde el proyecto de reforma, es el hecho siguiente: más allá de señalar expresamente todas y cada una de las causales, que conllevarían a una declaración de improcedencia de la demanda (y específicamente los incisos 5. Prescripción extintiva; 7. Cosa juzgada; 8. Litispendencia; 9. Convenio Arbitral; y 10. Transacción judicial o extrajudicial, los mismos que pretenden ser incorporados); se afirma que toda declaración de improcedencia sobre la demanda, se hará en “audiencia preliminar”. Y de hacerlo, el juzgador tiene el deber de poner en conocimiento de las partes procesales cual fue la causal (y/o causales) que llevaron a la declaración de improcedencia; de escuchar el descargo, tanto del demandante como del emplazado; y de resolver en la misma audiencia, tomando en consideración los argumentos esgrimidos.

Así, otra pregunta que cae por sí sola, es el hecho de saber: ¿por qué se le impone al Juez, la obligación de resolver únicamente en audiencia, la improcedencia de la demanda? Creemos que responde al hecho siguiente: la improcedencia de la demanda importa una sanción legal muy fuerte para el demandante, en tanto conlleva a la conclusión del proceso incoado. Es por ello, que dicha actuación requiere de la efectiva participación de las partes procesales, priorizando el derecho de defensa, contradictorio e intermediación procesal; a efectos de que la

decisión adoptada por el juzgador, sea fruto de lo actuado en audiencia. Resaltando con ello, una vez más, el rol de garante que debe cumplir el juzgador para tutelar y efectivizar los derechos fundamentales. Siendo estos últimos, los que inspiran y de dotan de legitimidad toda actuación procesal, en el marco del proyecto de reforma del Código Procesal Civil.

III. CONCLUSIONES

- La demanda supone el acto con el cual, el principio fundamental de acción se concretiza, por lo que su calificación resulta siendo de vital importancia en el desarrollo del proceso civil peruano.
- La calificación de la demanda importa una actividad consistente en la verificación de los presupuestos procesales y materiales, expresamente previstos por el Código Procesal Civil.
- El proyecto de reforma del CPC, con relación a la calificación de la demanda, pretende superar las barreas legales que se habían forjado en virtud del Código Procesal Civil vigente. Barreras que, no hacían más que afectar los derechos del demandante, así como retrasar el sistema de justicia.
- La imposibilidad de poder apelar una resolución de admisibilidad o inadmisibilidad; y en específico, la de inadmisibilidad, estaría contradiciendo directamente el derecho de impugnación.
- No se avizora un supuesto claro en cual el juzgador podría advertir una posible afectación del derecho de defensa del demandado, dejando amplios espacios de discrecionalidad en este aspecto.
- La declaración de improcedencia de la demanda, únicamente se podría dar en audiencia, cuidando de no generar una afectación considerable en los derechos del demandante.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRIÓN LUGO, J.

2001 *Tratado de derecho procesal civil* (Vol. I). Lima: Grijley.

FERRAJOLI, Luigi.

2011 *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto.

2013 *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara editores.

LEDESMA, M.

2008 *Comentarios al Código Procesal Civil* (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

LLANCARI ILLANES, S.

2010 *Derecho Procesal Civil, La demanda y sus efectos jurídicos*. *Revista Jurídica "Docencia et Investigatio"*, 12 (1), 113-126.

MONTEALEGRE LYNETT, E., BAUTISTA, N., y L. F. VERGARA.

2014 *La actualidad del principio de proporcionalidad y de la ponderación en Alemania*. En E. Montealegre Lynett, N. Bautista, & L. F. Vergara, *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (págs. 11-34). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ENTRE EL GARANTISMO Y EFICIENTISMO, LA NULIDAD EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL*

RESUMEN: Este trabajo plantea una crítica sustancial en cuanto a la Nulidad procesal de oficio y el tratamiento que se le pretende dar en el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil, analizándolo desde el garantismo y eficientismo procesal. Ello en cuanto al agregado del contradictorio con el fin de garantizar la participación de las partes en el proceso, analizando la técnica del Proyecto de reforma y la redacción de las disposiciones normativas sobre la nulidad procesal, pues la finalidad de otorgar una participación activa a las partes procesales, genera una contradicción con los derechos fundamentales procesales. Es por ello que, el debate entre la Nulidad procesal de Oficio que el actual Código Procesal Civil regula y el tratamiento que le otorga el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil, analizándolo en razón a derechos como el Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva, principios procesales y concepciones doctrinarias, muestran que en la búsqueda del equilibrio entre garantismo y eficientismo, se pueden generar situaciones totalmente contrarias al ordenamiento jurídico, perjudicando la función del proceso en aras de proteger y alcanzar de forma rauda el acto por el cual se ponga fin al mismo.

PALABRAS CLAVE: Garantismo, Eficientismo, Nulidad, Contradictorio.

ABSTRACT: *This academic work proposes a critic substantial as soon as to the procedural nullity ex officio and the treatment that is intended to give in the Project to reform the Civil Procedure Code, analyzing it from the warrantyism and efficientism procedural. That inasmuch as to the incorporated of the contradictory with the aim of to secure the participation of the parts in the prosecution, analyzing the technique of the Project to reform and the drafting of the normative provisions about the procedural nullity, since the finality of grant an active participation to the procedural parts generate a contradiction with fundamental procedural rights. it is because of that, the discussion between the procedural nullity ex officio that the actual Civil Procedure Code regulate and the treatment that gives its the Project to reform the Civil Procedure Code, analyzing it in reason to rights as Right Prosecution and the Effective Jurisdictional Protection, procedural principles and doctrinal conceptions, to evince that in the search for balance between warrantyism*

* Asociación de estudios e investigación en Derecho Procesal “Processus”. Universidad Nacional de Cajamarca

and efficientism, can be generated totally contrary situations to the legal order, harming the function of the process for the sake to protect and reach quickly the act by which its puts end to it.

KEY WORDS: Warrantyism, Efficientism, Nullity, Contradictory.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Garantismo y efficientismo procesal.— III. Aspectos generales de la nulidad procesal.— IV. Nulidad de oficio en el código procesal civil vigente y en el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil.— 1. Nulidad de oficio en el código procesal civil vigente.— 2. Nulidad de oficio en el proyecto de código procesal civil.— V. La concepción en específico sobre la nulidad de oficio.— VI. El error de asignarle al saneamiento procesal una función convalidadora y su contradicción con la nulidad de oficio.— VII. Afectación a la tutela jurisdiccional y debido proceso.— VIII. La importancia de regulación de la nulidad en base a la concepción del proceso como garantía.— IX. Conclusiones.— X. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo comprende el estudio de la institución jurídica de nulidad procesal de oficio, la cual se analizará desde el punto de vista de su actual regulación en el artículo 176 de nuestro Código Procesal Civil, en donde se le concede al juez la facultad de declarar la nulidad en caso advierta un defecto insubsanable en el proceso; de igual manera se realizará una comparación con el tratamiento que se le pretende dar a esta institución en el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil, en el cual se fomenta el contradictorio previo a la declaración de nulidad.

Con el análisis que se lleve a cabo, más que esbozar una crítica, lo que se busca es cuestionar, si realmente es necesaria la existencia del contradictorio previo a la declaración de nulidad de oficio, a la que se refiere el artículo 175 proyecto de reforma del Código Procesal Civil, o en el intento de dar mayores garantías y participación a las partes se está afectando el principio de celeridad procesal realizando un contradictorio entre las partes prescindible.

Para dar una respuesta a las cuestiones planteadas anteriormente es importante partir del estudio transversal del articulado, en este sentido podemos advertir en la redacción tanto del código procesal civil vigente como del proyecto, que existe una fuerte presencia del garantismo y efficientismo, que vienen a ser corrientes que influyen en el diseño del

proceso que cada uno adopta, esta influencia también se ve reflejada en lo concerniente a nulidad.

Con la finalidad de sustentar nuestra opinión al respecto, se tocarán temas como garantismo y eficientismo, aspectos generales sobre la nulidad, la nulidad de oficio en el código procesal civil vigente y el proyecto de reforma del código procesal civil, para adentrarnos sobre la concepción en específico de la nulidad de oficio, para finalmente tratar sobre la importancia de regulación de la nulidad en base a la concepción del proceso como garantía.

II. GARANTISMO Y EFICIENTISMO PROCESAL

El derecho no puede ser distante de la realidad que lo rodea, este se ve influenciado por escuelas, corrientes doctrinarias o sistemas. El derecho procesal no es ajeno a esta situación. Pues como señala Montero “concurren evidentes elementos ideológicos que son determinantes de la existencia de varios modelos teóricos de ese proceso y de que en las leyes se plasme un modelo u otro” (2006: 151).

Nos ocupamos en este acápite sobre dos corrientes procesales, el garantismo y eficientismo procesal. En cuanto al eficientismo, Alvarado Velloso señala que se trata de “un método de enjuiciamiento unilateral mediante el que la propia autoridad —actuando como pretendiente— se pone en el papel de investigador, de acusador y de juzgador” (2002: 38). Mientras que define al garantismo como “un método bilateral en el que dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa con carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida” (Alvarado 2002: 79). En ese sentido, entendamos al garantismo desde la perspectiva donde el juez es un tercero imparcial dentro del proceso, y como tal dirigirá y asegurará la discusión de las partes de manera que se respete los derechos fundamentales de estas.

De lo anterior, se ha tratado de esbozar la diferencia entre el garantismo y el eficientismo en base al representante del órgano jurisdiccional -el juez-. Y en base a ello téngase en cuenta lo mencionado por Alvarado, quien

refiere que “como se ve, la figura central del sistema inquisitivo es el propio Estado (el juez), lo que revela por sí solo su carácter totalitario. En cambio, el eje central del sistema dispositivo es el hombre, que actúa en calidad de litigante” (Alvarado 2002: 82). Y para terminar esta idea, tómesese en cuenta lo siguiente: “el proceso es garantía, en cuanto afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos” (Lorca 2000: 19).

Yendo, más allá de las posturas de doctrinarios, legisladores y hasta los mismos operadores de la ley, una postura garantista, se debe entender cómo, y en palabras de Lorca que: “no interesa tanto que el proceso aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que aquel sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva autónoma” (2000: 20). Y, por lo tanto, la Tutela Jurisdiccional, a la que tantos anhelan llegar, se encuentre garantizado por el mismo órgano jurisdiccional. Además, en esa misma línea, es necesario mencionar que “el proceso –de la función jurisdiccional- se caracteriza, de un lado, por su contenido sustantivo que asume la materialidad constitucional de aquí y ahora y, de otro, por la debida instrumentalización a través del procedimiento de esa sustantividad garantista, alcanzando así el debido proceso sustantivo” (Lorca 2000: 28).

III. ASPECTOS GENERALES DE LA NULIDAD PROCESAL

El estudio de la Teoría de la Nulidad dentro de los actos procesales, trae a colación, la existencia de un vicio que afecte estos, en cuanto a su validez o eficacia. De lo anterior, es menester diferenciar los términos validez o eficacia, pues como establece Cavani, quien refiere que: “la distinción entre validez y eficacia (que son categorías pertenecientes a la Teoría General del Derecho) está presente también en el fenómeno procesal, aunque aquella —la eficacia y su opuesto, la ineficacia— casi no ha tenido mayor presencia en la ciencia del proceso” (2011: 197).

La ineficacia procesal hace alusión a aquellas circunstancias en donde los efectos generados por actos producidos en el transcurso de un proceso son suprimidos. Así, teniendo en cuenta que los actos procesales son eficaces así estén afectados por un vicio fulminante, cuando nos encontramos frente a una restricción o eliminación de la eficacia o los efectos de tales actos, sea por cualquier motivo o razón, estamos en

el terreno de la ineficacia procesal (Cavani 2011: 197). Es decir, existe ineficacia del acto procesal cuando a esta le falta algún requisito o condición de la acción (legitimidad e interés) indispensables para que dichos actos produzcan sus efectos. Bajo este esquema, la ineficacia procesal es una categoría macro, que comprende a la ineficacia estructural y la ineficacia funcional. Tal como su denominación indica, la ineficacia estructural se vincula con aquellos defectos presentes en la construcción del acto, en su propia configuración (estructura).

En ese sentido, la inexistencia y la nulidad son consecuencias de un vicio (en el caso de la primera, en realidad se trata de una omisión) producido en la estructura de un acto procesal, que determina que carezcan de aptitud de producir los efectos legalmente queridos. Y dado que atingen a la estructura del acto mismo, nos encontramos en el campo de la ineficacia estructural (Cavani 2011: 198). Por su parte el acto inexistente es una apariencia de acto ya que carece de requisitos esenciales que la ley establece para su validez, además no es subsanable de ningún modo de tal forma que no podrá producir efecto alguno. Por su parte, la ineficacia funcional, como resulta claro, nada tiene que ver con la estructura o configuración del acto; éste ya se ha creado y es eficaz (apto para producir efectos y, de hecho, los produce en el mundo real) pero por una circunstancia posterior, deviene en ineficaz (Cavani 2011: 198).

La validez del acto se verifica al contrastar la forma cómo fue producido con el soporte fáctico diseñado legalmente para dicho acto. Si existe divergencia entre una y otro, entonces estamos ante un defecto, algo que está mal hecho. Por esta razón, es que, toda consideración sobre la validez se ubica en la estructura del acto, por lo que debe ser examinada durante su formación. No obstante, si bien es posible determinar la validez de un acto, no es posible hablar con certeza sobre su opuesto —la invalidez— hasta que sea declarado por el órgano competente. Si existe un defecto, es incorrecto hablar de que el acto es inválido o nulo porque aún no ha sido pronunciada su invalidez o nulidad; por el contrario, lo único admisible es que se refiera a un acto defectuoso o viciado (Cavani 2011: 199).

Los vicios, son definidos como la “imperfección estructural del acto procesal, esto es un defecto presente en la propia configuración del acto,

concretamente, en uno de sus requisitos” (Cavani 2014: 197). Estos a su vez pueden ser formales que son “un acto defectuoso, por el incumplimiento de la forma (en sentido estricto) prevista legalmente para su realización” (Cavani 2014: 225); y vicios no formales vinculados con “requisitos no formales, extra formales o sustanciales del acto procesal” (Cavani 2014: 226).

Es así que la nulidad debe ser entendida como aquella institución jurídica que “expresa la idoneidad o inidoneidad del acto viciado, y no la juridicidad o antijuridicidad, licitud o ilicitud de algún supuesto deber de configurar bien el acto procesal por el juez o por las partes” (Cavani 2014: 254). Dejando en claro que, esta no “es una sanción, sino una consecuencia jurídica decretada únicamente por el juez a partir de un acto viciado” (Cavani 2014: 255).

Bajo este enfoque es posible concebir la nulidad como “la consecuencia jurídica de ineficacia contenido en un pronunciamiento jurisdiccional, mediante la cual se constituye la eficacia y los efectos producidos por un acto afectado con un vicio relevante que no llegó a subsanarse” (Cavani 2014: 272). Lo cual demuestra que la nulidad es una sola, no cabiendo posibilidad de ser clasificada. Siendo solo posible hablar de vicios subsanables o insubsanables, entendidos los primeros como “aquel defecto que en el transcurso del proceso es apto de subsanarse o convalidarse, por lo tanto no genera la nulidad del acto procesal” (Cavani 2010: 104); mientras que por los segundos al “defecto grave e intolerable, que en el desarrollo del proceso no puede ser subsanado o convalidado, debido a que conlleva un perjuicio e incumple con su finalidad perjudicando al proceso” (Cavani 2010: 101-102). Claro está, también existen defectos procesales que no generan invalidez pues “son defectos mínimos, llamados por muchos doctrinarios meras irregularidades” (Didier 2010: 445).

IV. NULIDAD DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL VIGENTE Y EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

1. Nulidad de oficio en el código procesal civil vigente

La nulidad “partiendo de los principios generales que regulan el debido proceso, la razón de ser de este instituto (nulidad procesal) radica en la preservación del proceso regular y legal” (citado en Gaceta Jurídica

2015: 300). Sin embargo, en el desarrollo del proceso, las partes son libres de impugnar o atacar los distintos actos procesales. Se considera que la convalidación opera para vicios subsanables, de no ser así, se está diciendo que los vicios insubsanables pueden ser convalidados, cuando no existe tal posibilidad.

Se entiende que, en los supuestos donde es posible subsanar el acto, son supuestos de interés de las partes, lo cual las faculta para cuestionarlo. Como señala Ledesma “el juez no puede sustituirse en un acto que incumbe solo a la parte y no a él. Por lo cual el pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia” (2008: 608). Entonces cuando la parte es la única que puede cuestionar el acto y no lo hace en su debido momento, este se convalida atendiendo al principio de preclusión.

De lo anterior, el artículo 176 del Código Procesal Civil, en su tercer párrafo establece que: “los jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda”. Afirmando que, si existe un vicio subsanable, el juez no puede inmiscuirse, pero ante un vicio insubsanable, el juez podrá declararla de oficio, y bajo el principio de debida motivación, motivar la resolución que declara la nulidad del acto procesal. En ese sentido, la nulidad producto de una declaración de oficio “son las que el juez pronuncia sin que medie petición al respecto” (citado en Gaceta Jurídica 2015: 321).

Siendo este el procedimiento reconocido en el dispositivo normativo. Pero también implica una facultad y un deber “de indagar si existe el vicio y si éste se refiere a la sustancia específica del acto” (citado en Gaceta Jurídica 2015: 321), trayendo a colación la de declarar las consecuencias materiales y jurídicas que del mismo derivan. Sin embargo, determinar en qué casos el juez “tiene la facultad u obligación de pronunciarlas (las nulidades procesales) sin requerimiento de parte, es materia que depende de las circunstancias de cada cuestión litigiosa, de las normas positivas vigentes, y de la naturaleza de dichas normas” (citado en Gaceta Jurídica 2015: 321). Sin embargo, sucede que, ante un acto procesal viciado, se declara de oficio y sin participación de las partes.

2. Nulidad de oficio en el proyecto de código procesal civil

Para adentrarnos en el estudio de la nulidad procesal en el proyecto de reforma del código procesal civil es necesario tener en cuenta las siguientes aclaraciones:

- i) Se parte del enfoque del instrumentalismo procesal, el cual permite entender al proceso como un “instrumento de tutela de los derechos materiales, reivindicando la importancia de los fines del proceso frente al derecho material y a las necesidades de la sociedad y del estado propio” (Cavani 2014: 38-39), el cual, asimismo, evidenció las relaciones entre proceso y constitución.

Esa puesta en evidencia, de la relación entre la constitución y proceso, permite en la actualidad hablar del proceso como aquel que “tiene la misión de tutelar efectiva, adecuada y tempestivamente los derechos mediante la emanación de una decisión materialmente justa” (Cavani 2014: 40).

- ii) El formalismo no es algo nocivo, “por el contrario, consiste en una garantía indispensable de cualquier procedimiento, pues presupone las reglas de juego impuestas al juez, a los sujetos procesales y a los terceros” (Cavani 2014: 48). Es decir, la forma no debe confundirse con un formalismo exacerbado, el cual si es dañino para el proceso.

Siendo imprescindible hacer notar “que la formalidad de un acto procesal no es, por sí misma, trascendente, sólo lo será en la medida que sirva para asegurar a las partes su derecho a un debido proceso, y a una decisión jurisdiccional pronta y eficaz” (Arrarte 2009: 715). Siendo que, “el sentido de la nulidad procesal, demuestra que no es atinente al contenido mismo del derecho sino a sus formas; no un error en los fines de la justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines de bien y de justicia” (Couture 2007: 305).

- iii) La nulidad no solo sirve para la invalidación de los actos procesales defectuosos, sino que también “sirve –ulteriormente– para el resultado final sea adecuado a los fines del proceso al cual, necesariamente, deberá haberse llegado en respeto a las

garantías ofrecidas para un procedimiento idóneo y debidamente realizado” (Cavani 2014: 55).

- iv) El procedimiento se caracteriza por la integración de “una serie sucesiva de actos concatenados entre sí con vocación de avanzar, y por esta razón, la finalidad principal de dichos actos es llegar al acto final, capaz de generar un efecto conclusivo” (Cavani 2014: 64). Lo cual repercute en la concepción de la nulidad procesal, pues se regula de tal forma que esta se encuentre limitada en pro de salvaguardar el acto final. Ello se ve reforzado, con la consagración de la finalidad, como una “situación ideal que justifica la razón de ser de un acto en el marco del procedimiento, la justificación de que el logro de aquella sea determinante para saber si el juez debe o no pronunciar la nulidad es precisamente la funcionalidad de los actos en el procedimiento, funcionalidad que se traduce en la intrínseca vocación de cada uno de ellos de preservar la idoneidad del acto final” (Cavani 2014: 355).
- (v) En el Derecho Procesal, no hay defecto que no pueda ser sanado, “por más grave que sea, inclusive apto de generar la invalidez del procedimiento o de uno de sus actos, todo defecto es sanable” (Didier 2010: 452), no cabiendo excepción a esa regla. Pues en principio, “en derecho procesal civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento” (Couture 2007: 319). Ello en razón a que, para el buen desarrollo del proceso, este no debe ser interrumpido y si lo fuere, debe ser en lo más mínimo, pues se busca avanzar, no admitiendo retorno a etapas procesales ya superadas (Didier 2015: 419).

Bajo esas premisas, se debe considerar que hablamos de acto procesal como aquel que es “practicado en el proceso, por los sujetos de la relación procesal o del proceso, con eficacia en el proceso y que solamente en el proceso puede ser practicado” (Cavani 2014: 167). Entonces, “el proceso judicial, como procedimiento que es, está compuesto por una serie de actos y una serie de efectos causalmente coligados con vista a un efecto conclusivo” (Cavani 2014: 165).

Mientras que la nulidad significa, “el retroceso, el rehacer algo porque está mal hecho, el volver sobre los propios pasos” (Cavani 2014:

192). Lo que implica, que, su presencia en el proceso no sea querida. Pues esta genera un retroceso, lo cual puede significar un perjuicio a la tutela jurisdiccional efectiva. Por eso Cavani establece que “lo ideal, tanto para las partes como para el Estado, es que a través del proceso se arribe a una decisión que componga la controversia en forma definitiva y justa, tutelando efectivamente el derecho reconocido en un plazo proporcional” (2014: 193).

Esto justifica, que “es absolutamente necesario que la nulidad sea un acontecimiento muy restringido, privilegiando siempre la posibilidad de subsanar los vicios de manera que no influyan en el acto final, siendo que la decretación de la nulidad será imprescindible cuando el vicio sea lo suficientemente grave como para tener que anular inmediatamente y no esperar a que el acto final se vea perjudicado para recién anularlo” (Cavani 2014: 195).

Debemos dejar zanjado el hecho que hay defectos procesales; que generan invalidez, pero no puede ser decretada ex officio, “son situaciones en que la forma del acto procesal está establecida con el objetivo de resguardar el interés particular” (Didier 2010: 446); hay ciertos tipos de invalidez procesal que pueden ser decretadas ex officio, “se trata, normalmente, de tipos de invalidez que provienen de defectos del procedimiento, ausencia de presupuestos procesales y condiciones de la acción” (Didier 2010: 447), donde “no hay preclusión del poder de invalidar ni hay restricción en cuanto a la legitimidad para suscitar, teniendo en cuenta que el magistrado puede nulificar ex officio” (Didier 2010: 447). Ello se ve afianzado cuando se establece que:

En efecto, lo que el juez debe hacer para saber cuándo decretar o no una nulidad en el modelo de la finalidad puede resumirse a los siguiente: (i) verificar cuál es la fattispecie que el ordenamiento le confiere al acto perfecto o típico; (ii) averiguar si esa fattispecie fue cumplida a cabalidad por el acto presuntamente viciado (o, también, descubrir cuál fue la fattispecie concreta de dicho acto), lo cual involucra determinar cuáles son los requisitos (formales o no) que fueron inobservados; (iii) determinar cuál es la finalidad o finalidades del acto cuya fattispecie es perfecta (finalidad en abstracto); y (iv) demostrar si dicha finalidad fue o no conseguida por el acto viciado o imperfecto. (Cavani 2014: 351-352)

Además, debemos tener en cuenta que existen cambios, respecto a cómo estas deben operar, ello en base a principios y a instituciones jurídico procesales:

- a. **Economía procesal:** se parte de la premisa: “la constitución de la invalidez sufre notoria interferencia del principio de economía procesal, a fin de que no sea decretada sino cuando fallen las tentativas de convalidación” (Escarpo 2010: 503). Pues esta:

Actúa para que solamente los actos procesales superfluos no sean practicados o repetidos; no para que actos importantes del desenvolvimiento del proceso dejen de tomar curso. Obtener el máximo del proceso con el mínimo dispendio de tiempo y de actividad, no significa renunciar a valores importantes al proceso en pro del número de actos practicados. De ahí, el principio en cuestión se muestra insuficiente sobre la temática de la invalidez de los actos en el proceso bajo el nombre de la instrumentalidad de las formas, convalidación, conservación de los actos y técnica de reducción de los efectos sobre el acto inválido. En esos y en todos los casos en que actúa debe ser dosificada a modo de no suprimir otros principios y valores. (Escarpo 2010: 504)

Es claro pues que este principio, “está íntimamente ligado al sistema de invalidación de los actos procesales. Basta que se observen las innumerables reglas ya examinadas, que imponen al magistrado el deber de intentar extraer la máxima eficacia de los actos defectuosos, exactamente para evitar su innecesaria repetición” (Didier 2010: 460).

- b. **Preclusión:** La división del proceso por etapas, impone el paso de una etapa a otra, implicando la clausura de la anterior (Ledesma 2007: 58). Es en razón de la preclusión, que la actividad procesal de la parte no puede producir efectos pues ha debido realizarse en la oportunidad fijada por ley. Ledesma afirma que “por más que se hubieren vencido los plazos y no se hubiere planteado el pedido de nulidad, no pueden quedar convalidados actos con nulidades intrínsecas e insalvables” (2008: 609). Sin embargo, bajo la perspectiva donde el principio de preclusión es entendido como una “concretización del derecho

fundamental a la seguridad jurídica en el proceso, en su manifestación de confiabilidad que las situaciones jurídicas de los litigantes adoptas a lo largo del proceso sean estables, es decir, que tiendan a durar” (Cavani 2014: 439), lo anteriormente señalado, ya no es posible aplicarlo.

- c. **Cooperación:** Se establece que el principio de la cooperación genera los siguientes deberes para el magistrado: “a) deber de esclarecimiento; b) deber de consultar; y c) deber de prevenir” (Didier 2010: 460). Por el primero se entiende que “consiste en el deber del tribunal de esclarecer junto a las partes en cuanto a las dudas que tenga sobre sus alegaciones, pedidos o posiciones en el juicio, para evitar decisiones tomadas en percepciones equivocadas/apresuradas” (Didier 2010: 460). Por el segundo se entiende que el juez debe “consultar a las partes sobre esta cuestión no propuesta en el proceso, y por ello no puesta en contradictorio, antes de decidir” (Didier 2010: 461). Y finalmente por el tercero se tiene que el magistrado “tiene, también, el deber de apuntar las deficiencias de las postulaciones de las partes, para que puedan ser suplidas” (Didier 2010: 462), ello con fines preventivos, que tiene “un ámbito más amplio: vale genéricamente para todas las situaciones en que el éxito de la acción a favor de cualquiera de las partes pueda ser frustrado por el uso inadecuado del proceso” (Didier 2010: 462).
- d. **Contradictorio:** Se busca que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, de tal forma que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna al contrario (Vásquez 2008: 64). A través de este principio, las partes a lo largo del proceso pueden ejercer adecuadamente su derecho de defensa, pues permite que la parte contraria, a quien va dirigida el acto procesal, conozca la información contenido en este y lo contradiga. Se entiende que el principio de contradictorio puede ser descompuesto en garantías, la primera de participación y la segunda de posibilidad de influenciar en la decisión. La participación implica la posibilidad de concurrir al proceso, es decir estar en constante comunicación. Mientras que el poder de influenciar, va más allá del participar,

sino que busca que esta participación repercuta en el juez. y en su decisión. (Didier 2015: 78-79).

V. LA CONCEPCIÓN EN ESPECÍFICO SOBRE LA NULIDAD DE OFICIO

La organización del proceso, no es ajena a la distribución de funciones, cada sujeto ejerce un papel. Y en referencia a uno de ellos —el juez—, señala Cavani: “uno de los más graves problemas de la práctica judicial peruana en el tema de las nulidades procesales es la declaración de nulidad ex officio sin ningún tipo de comunicación de las partes bajo el argumento de que se trata de una nulidad insubsanable” (2014: 483), quien además señala:

No obstante, aquí se deja de percibir dos cuestiones bien diferentes: (i) la posibilidad de que el juez verifique de oficio la existencia de un vicio grave que puede afectar la idoneidad del procedimiento (sólo así puede entenderse esa equívoca figura de las nulidades insubsanables); y (ii) el derecho de las partes de influenciar en la decisión que pronunciara la nulidad. Lo primero tiene que ver con el principio inquisitivo en sentido procesal, es decir, con los poderes del juez que versan sobre la conducción del proceso (poderes instructorios, delimitación jurídica de la causa, corrección de irregularidades del procedimiento, etc.), mientras lo segundo tiene que ver exclusivamente con el derecho fundamental al contradictorio (Cavani 2014: 483).

Además, establece que “la nulidad tiene que dejar de ser vista como aquel superpoder que tiene el juez para desandar lo andado en el procedimiento, y pasar a ser contemplada como una figura absolutamente excepcional, por los perjuicios que trae a las partes” (Cavani 2014: 493), pues:

Si bien es verdad que pueden ocurrir vicios que el juez está legitimado a apreciar de oficio —por poseer una gravedad tan grande que son capaces de perjudicar al procedimiento entero—, fomentar el diálogo con las partes redundaría en la obtención de mayores elementos de juicio para su decisión, más aún cuando el objetivo de la nulidad es proteger la idoneidad del acto final, pues a través de este el Estado podrá prestar la tutela del derecho peticionada. Si es que el juez promueve el contradictorio para que las partes manifiesten sobre la gravedad del

vicio antes de su decisión, la consecuencia directa será que la nulidad puede ser en gran medida evitada (Cavani 2014: 497-498).

Ello afianzado en el hecho que todo puede ser convalidado, pues “la convalidación se da cuando, ante la presencia del defecto, inciden técnicas capaces de volverlo irrelevante al punto de no influenciar en la validez del acto relacionado. Por ello, se dice, que la convalidación posee también una función preventiva, imponiendo medidas a ser tomadas por el juez para que no sea necesaria la decretación total de la invalidez” (Escarpo 2010: 518). Ello en consideración a que los alcances del principio son más amplios que la cura de vicios formales o circunstanciales de actos procesales, ya que la convalidación protege los actos realizados para impedir la declaración de invalidez, aun sin excluir las vicisitudes (Escarpo 2010: 518).

Lo cual es totalmente contrario a la concepción donde “todo acto inválido (poco importa el grado de la invalidez) precisa ser deshecho” (Didier 2010: 441-442). Pues se está diciendo que en virtud del contradictorio las partes, con la finalidad de proteger el acto procesal que concluya el proceso y proteger lo avanzado en el proceso, posibiliten que continúe y no se declare la nulidad. Y en este punto cabe preguntarnos ¿cuán beneficioso es para la causa? ¿esto va acorde con la relación proceso y constitución? ¿podemos hablar de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso bajo este enfoque? Y finalmente esto está acorde con los principios de economía procesal, preclusión y con el rol asignado al saneamiento como forma de convalidación de actos defectuosos.

VI. EL ERROR DE ASIGNARLE AL SANEAMIENTO PROCESAL UNA FUNCIÓN CONVALIDADORA Y SU CONTRADICCIÓN CON LA NULIDAD DE OFICIO

El saneamiento procesal, señala Salas “será un remedio preventivo para evitar las posteriores nulidades de algún acto procesal que pueda haber quedado pendiente. En efecto, de acuerdo a la teoría de las Nulidades en el Derecho Procesal contemporáneo, se han incorporado ciertas técnicas tendientes a lograr la eficacia de la tutela jurisdiccional, erradicando el formalismo extremo” (2013: 227). Es decir, durante el saneamiento, las partes están prevenidas que, ante cualquier observación de validez,

deberán invocar en ese momento o en la estación previa que corresponda. Pasado ese momento, “el proceso queda saneado y las partes no podrán invocar vicios procesales que omitieron en su debida oportunidad” (Salas 2013: 227). Pues existe convalidación luego de producido el saneamiento. Pero, debe dejarse en claro que no la podemos tomar de forma aislada pues “queda igualmente ligado al de trascendencia, según el cual solo lo trascendentalmente importante para la secuela del proceso, no podrá ser convalidado, ya que, si el vicio advertido ex post es de gran magnitud, no puede remediarse con ningún acto que pretenda ignorarlo” (Salas 2013: 227). Esto en razón a que el saneamiento puede tener fines preventivos que lo puedan invalidar posteriormente.

Ello quiere decir, que para que el saneamiento desempeñe un rol convalidador, debe tenerse en cuenta el acto viciado y la trascendencia de este y del vicio. Y si se observa que “existe gran magnitud por la importancia del acto procesal objetado, no podrá invocarse la aplicación del Principio de Convalidación” (Salas 2013: 227).

Ahora el proyecto de reforma del código procesal civil en su artículo 171 señala que la nulidad no será declarada “luego de saneado del proceso, si los vicios ocurrieron en la fase de postulación del proceso y no fueron cuestionados” y en el artículo 175 señala “cuando el juez, de oficio, advierte la posible existencia de un vicio correrá traslado a las partes por un plazo de cinco días para que manifiesten su posición al respecto”. La pregunta es este momento es ¿cabe la posibilidad que el juez advierta la existencia de un vicio en la etapa postulatoria habiendo operado el saneamiento? ¿las partes procesales pueden convalidar actos procesales defectuosos de la etapa postulatoria después del saneamiento? ¿qué sucede si el vicio afecta a una parte?

VII. AFECTACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL Y DEBIDO PROCESO

El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva es “el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución” (Priori Posada 2003: 280).

Entonces, el marco jurídico nos faculta a exigir tutela jurisdiccional ante una lesión o amenaza a las situaciones jurídicas de ventaja, es el mismo el que nos indica que este derecho no puede alcanzarse sino mediante el Debido Proceso, denominación que pone en énfasis el instrumento antes que en la finalidad; es decir que se preocupa del medio empleado (el Debido Proceso), antes que del resultado (la Tutela Jurisdiccional Efectiva) (Priori Posada 2003: 287).

Ahora podemos hablar de una verdadera Tutela Jurisdiccional Efectiva, cuando lo que realmente importa es que acabe el proceso. No importando si se respeta el debido proceso, pues si bien es cierto se busca que los conflictos de intereses sean solucionados, también es cierto que la solución sea acorde a derecho. Caso contrario las partes tienen que recurrir a una vía extraordinaria, fundando su pedido en una superposición de costos a una verdadera tutela. Pues quien siempre resulta beneficiado es el Estado, y lo que realmente debe importar es que el proceso, esté acompañado de la técnica adecuada para salvaguardar sus fines, sin contravenir derechos de las partes.

VIII.LA IMPORTANCIA DE REGULACIÓN DE LA NULIDAD EN BASE A LA CONCEPCIÓN DEL PROCESO COMO GARANTÍA

Las vicisitudes anotadas, son producto de una búsqueda de equilibrio entre eficientismo y garantismo, reflejado en la posibilidad de convalidar actos defectuosos mediante el saneamiento y por otro la posibilidad que tiene el juez de advertir la presencia de nulidades y poner en movimiento el contradictorio para que las partes negocien sobre si lo conservan y por ende lo convalidan, o si por el contrario piden sea declarado nulo en razón a sus intereses. Porque las partes procesales primero deben analizar las consecuencias de convalidar en relación a vulneración o supuestos de indefensión. Incluso resulta ocioso, pues en ciertos casos se trataría de un mero trámite, que perjudica la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

Ahora debemos recordar que el proceso “debe observar los derechos fundamentales procesales que garanticen la participación de los jurisdiccionales y el adecuado ofrecimiento de sus razones, pero también debe estar estructurado de modo a viabilizar el efectivo alcance de las tutelas

de los derechos, sin que la decisión judicial se aparte de su compromiso con las normas judiciales” (Guilherme 2015: 85). Y dejar en claro que “las técnicas procesales son especialmente los modelos procedimentales y los instrumentos procesales utilizados para permitir el alcance de la tutela efectiva del derecho y para dar efectividad a las decisiones judiciales “(Guilherme 2015: 142).

De tal forma que se proteja el derecho de las partes que como tal exigen que tengan “a su disposición técnicas procesales idóneas, o sea, medios procesales que le permitan defenderse de modo tempestivo y efectivo” (Guilherme 2015: 173). Y en ese sentido, que se debe tener en cuenta, que “el procedimiento tiene que ser, en sí mismo, legítimo, esto es, capaz de garantizar la justicia procesal —o sea, los derechos fundamentales procesales— y de atender a las situaciones sustanciales carentes de tutela” (Guilherme 2015: 191). Lo cual no se manifiesta en la regulación de la nulidad procesal.

Ello dado que “un planteamiento garantista que opere sin la justificación del procedimiento origina algo tan paradójico como una exacerbación sustantiva que deja de ser garantista, precisamente, por no poseer la técnica del procedimiento con la que operar” (Lorca 2000: 31). Pues de no tenerse en cuenta tal planteamiento “estaríamos avocados a lo absurdo, lo que no justifica la supresión de la técnica procedimental en aras de una mal entendida tutela judicial más efectiva (por ejemplo, más rápida y abreviada) que, como tal garantía sin el referente de la técnica procedimental, sería una realidad conceptual inoperante e, insisto, desprovista de lógica y sentido” (Lorca 2000: 31). De tal forma que “el proceso civil contemporáneo no puede preocuparse tan sólo con permitir al actor instaurar un proceso sin importar que es lo que viene después. Su misión en el marco del Estado Constitucional es, a través de la estructuración y respeto de un proceso justo, llegar a una decisión justa mediante la cual se otorgará tutela efectiva, adecuada y tempestiva del derecho material demandado” (Cavani 2014: 71), y mientras el proyecto de reforma del Código Procesal Civil, no diseñe de forma adecuada el procedimiento para la declaración de nulidad acorde con la excepcionalidad, y principios de la nulidad, será difícil que esta institución se desenvuelva de forma idónea y cumpla con su rol en el proceso civil.

IX. CONCLUSIONES

1. Como una primera acotación del presente trabajo, se puede alegar que la Nulidad Procesal es una sola, y son los actos procesales que, ante un vicio, ya sea subsanable o insubsanable, puede recaer en tal institución; pero a diferencia una de otra es que aquel vicio subsanable muchas veces puede ser convalidada como tal por la otra parte, mientras que aquel acto procesal revestida de un vicio insubsanable carece de esa característica. Todo esto, siendo de vital importancia en cuanto a un contradictorio, alegado en el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil, que no aclara si el vicio detectado por el juez, es subsanable o insubsanable, quedando abierto la posibilidad de las partes pronunciarse sobre un vicio en un acto procesal insubsanable, que, bajo un criterio de celeridad procesal, podría ser declarado nulo.
2. Analizar la institución jurídico procesal de la nulidad, bajo el enfoque de la corriente del garantismo y eficientismo, permiten anotar que en una búsqueda de equilibrio pueden distorsionar la finalidad de la institución jurídica. Generando que, de ser una consecuencia no querida, se torne a una situación de supresión en razón de la voluntad de las partes, para alcanzar de forma rápida la vocación de terminar el proceso mediante un acto final.
3. La propuesta de regulación del Código Procesal Civil, muestra en las disposiciones normativas ciertas contradicciones no solo por la manera en que esta se encuentra redactada, sino por las bases sobre las que se asienta, las cuales son muy eficientistas, llegando al punto donde el contradictorio, que es un principio netamente garantista, sea considerado como un medio de negociación sobre actos viciados, que sin importar la gravedad del vicio pueden ser convalidados.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARADO, Adolfo

2002 *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario: Zeus.

ARRARTE, Ana

- 2009 “Alcances sobre el tema de nulidad procesal”. En Jurista Editores. *Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista Editores, pp. 709-728.

CAVANI, Renzo

- 2010 Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano. En Gaceta Jurídica. *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 101-104.
- 2011 “Los presupuestos procesales vistos desde la ineficacia procesal”. En Gaceta Jurídica. *Manual del código procesal civil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 195-227.
- 2014 *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra Editores.

COUTURE, Eduardo

- 2007 *Fundamentos del derecho procesal civil*. Cuarta edición. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.

Congreso de la República

- 1993 *Decreto Legislativo N.º 768*. Código Procesal Civil. Lima, 04 de marzo.

DIDIER, Fredie

- 2010 “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”. En Normas Legales. *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Normas Legales, pp. 437-472.
- 2015 *Curso de derecho processual civil [Curso de derecho procesal civil]*. Decimo septima edición. Salvador: Jus Podivm.

ESCARPO, Eduardo

- 2010 “Principios procesales e invalidez”. En Normas Legales. *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Normas Legales, pp. 497-526.

Gaceta Jurídica

- 2015 *Manual del proceso civil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2017 *El debido proceso*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 29.

GUILHERME, Luiz

2015 *Introducción al derecho procesal civil*. Lima: Palestra Editores.

LEDESMA, Marianella

2008 *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

LORCA, Antonio

2000 *Tratado de derecho procesal civil*. Madrid: Dykinson.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

2018 *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil presentado por el Grupo de Trabajo constituido mediante Resolución Ministerial N.º 0181-2017-JUS*. Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. Lima, 05 de marzo.

MONTERO, Juan

2006 “El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria”. En Montero, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to blanch, pp. 129-165.

PRIORI, Giovanni

2003 “*La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*”. Ius et Veritas. Lima, número 26, pp. 273-292.

SALAS, Sergio

2013 “*Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso*”. Ius et Veritas. Lima: número 47, pp. 220-234.

VÁSQUEZ, Juan

2008 *Manual de derecho procesal civil*. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.

“JURISDICCIÓN Y EJECUCIÓN”: APUNTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN*

RESUMEN: El contenido del siguiente trabajo versa sobre el proceso de ejecución, cómo debería verse a la ejecución en el Estado Constitucional a través de posibles soluciones planteadas a lo largo del trabajo. Para ello expondremos brevemente nuestra noción de jurisdicción tanto en el proceso de cognición como en el proceso de ejecución viendo a ambos como medios para la tutela de los derechos. Asimismo, estableceremos los requisitos indispensables que debe tener un título ejecutivo para ser considerado como tal, radicando la importancia del mismo pues es el medio por el cual se da inicio al proceso de ejecución. Además, estableceremos nuestra posición respecto a la aplicación de la oposición como expresión del derecho de defensa dentro del proceso de ejecución, sin que ello conlleve a una comparación errónea con la contradicción. Todos estos aspectos los compararemos con la regulación actual de nuestro Código Procesal Civil y con el Proyecto de Reforma del mismo, pues el objetivo es formular presupuestos para la construcción de un proceso de ejecución propiamente dicho.

PALABRAS CLAVES: Tutela de los derechos, Proceso de Ejecución, Títulos, Oposición.

ABSTRACT: The content of the following work is about the execution process, how the execution should be seen in the Constitutional State through possible solutions raised throughout the work. For this we will briefly explain our notion of jurisdiction both in the process of cognition and in the process of execution, seeing both as means for the protection of rights. Likewise, we will establish the indispensable requisites that an executive title must have to be considered as such, bearing in mind the importance thereof, since it is the means by which the execution process begins. In addition, we will establish our position regarding the application of the opposition as an expression of the right of defense within the implementation process without incurring an erroneous comparison with the contradiction. All these aspects will compare with the current regulation of our Civil Procedure Code and the draft amendment thereof, since the objective is to formulate budgets for the construction of an execution process itself.

KEYWORDS: Protection of Rights, Process of Execution, Tittles, Opposition.

* Libertas Capitur. Universidad Nacional Hermilio Valdizán

SUMARIO: I. Introducción. II. Noción de proceso de ejecución. III. Presupuestos para la construcción de un proceso de ejecución propiamente dicho. 1. Delimitación conceptual del título ejecutivo. 2. De la contradicción a la oposición. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

Se sostiene en la exposición de motivos del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil que “tal vez sea la ejecución la regulación del Código Procesal Civil de 1993 que más defectos y omisiones ha tenido”, tantos que ha sido esta parte de nuestro Código vigente la que “ha sufrido la mayor cantidad de modificaciones”.

La comprensión de estas modificaciones que se pretenden introducir en nuestro proceso de ejecución pasa necesariamente por remitirnos a los fundamentos de la ejecución; es decir, es necesario entender aquellos rasgos esenciales que hacen del proceso de ejecución un proceso distinto al proceso de cognición.

Ahora bien, hurgar en los fundamentos de dicho proceso, como paso previo, demanda que adoptemos una noción de jurisdicción acorde a los fines que el proceso —y el proceso de ejecución en particular— está llamado a realizar en un Estado en el que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad se erige como el fin más importante. En otras palabras, la idea de delimitar la noción de jurisdicción es muy sugerente, y mucho más aún relacionarla con el proceso de ejecución.

CALAMANDREI decía que del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos, ya que ella no solo hace alusión a las formas externas a través de las cuales se desarrolla la administración de justicia, sino también a los métodos lógicos de juzgar que tienen un valor contingente, los cuales únicamente pueden ser determinados en relación a un cierto momento histórico (2005: 11).

En ese sentido, es sumamente importante que abandonemos la concepción liberal del Estado, aquella que postulaba la no injerencia del aparato estatal en la vida privada de las personas y reducía la idea de la

igualdad a una cuestión meramente formal, así como aquella concepción de la jurisdicción que sostenía que esta no era otra cosa más que una función estatal que tenía por finalidad la actuación concreta de la voluntad de la ley (CHIOVENDA: 1948).

Recuérdese que dicha postura era compartida, en su sentido sustancial, por quienes percibían a la jurisdicción como una función pública, realizada por un órgano institucionalizado del estado, o la definían como un poder-deber del estado.

Estas percepciones ponen de manifiesto una forma muy limitada de percibir a la jurisdicción, una que la constriñe a ser un espacio para la solución de conflictos determinado el derecho para el caso concreto (subsunción), o simplemente como el medio para la actuación de la voluntad de la ley, siendo esto último lo primordial. De manera que abrazar estas posturas, implica percibir a la jurisdicción alejada de la tutela de los derechos; vale decir, preocuparse por la realización efectiva del derecho material, desatender la idea de que el proceso concluya con una decisión justa que tutele el derecho de quien acude ante los órganos jurisdiccionales reclamando la misma, pues para lograr todo ello, evidentemente, no solo bastará con declarar el derecho o que este sea posiblemente ejecutado.

Resulta así que nuestra noción de jurisdicción debe arrojarse de los postulados que trae consigo el paradigma del Estado Constitucional, esto a fin de subsanar esta apreciación limitada de la jurisdicción.

Así, a partir de la correlación entre la jurisdicción y los derechos fundamentales, derechos cuya defensa y promoción se erige como uno de los pilares más esenciales del Estado constitucional, es posible advertir que los mencionados derechos tienen una notable repercusión en el dinamismo de la jurisdicción, así como en lo que sucede dentro de ella, pues "las normas que consagran derechos fundamentales afirman valores, los cuales inciden sobre la totalidad del ordenamiento jurídico y sirven para iluminar las tareas de los órganos judiciales, legislativos y ejecutivos" (MARINONI, 2015: 204).

De acuerdo con esto, debemos entender que la idea del *poder-deber* que subyace a la jurisdicción, debe desvincularse de las posturas que

ven en ella un poder exclusivo del Estado, puesto que con ello no se da cuenta de la globalización, la protección de los derechos fundamentales y diversos factores culturales, que ponen en evidencia que “el monopolio estatal de la jurisdicción se ha fracturado notablemente, en donde la jurisdicción ya no es una función exclusiva del estado; los órganos a los que se confían las funciones jurisdiccionales no son siempre órganos del estado, en donde los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales se encuentran intercomunicados entre sí y tendencialmente son fungibles, y lo que trae correlativamente la crisis del monopolio de la legislación procesal” (SUMARIA 66). Asimismo, es necesario entender que la jurisdicción como deber debe ser vista como aquella obligación que tiene el Estado de tutelar nuestros derechos al haber proscrito la posibilidad de la autotutela, deber que el Estado está obligado a cumplir aun frente a supuestos de vacío normativo. En otros términos, la jurisdicción no puede ser vista más alejada de su razón de ser la tutela de los derechos.

Nuestro afán por adecuar el concepto de jurisdicción al modelo de Estado en el que nos encontramos inmersos no implica encontrar la esencia del mismo sino verlo como un medio del que se sirve el Estado para la correcta y adecuada tutela de los derechos. Como dice MARINONI, debemos entender que la jurisdicción no se constriñe solamente a declarar el derecho o en algunos casos a la ejecución de lo declarado, sino entender que la jurisdicción –la función jurisdiccional, si se quiere– es una consecuencia natural del deber estatal de proteger los derechos, lo cual constituye la esencia del estado contemporáneo (2015: 76-78).

La tutela o protección de los derechos implica que la tutela judicial sea efectiva y tempestiva, aquí —para los efectos del presente trabajo— demos entender por tutela judicial efectiva a “la efectiva tutela del derecho material requerida mediante la acción, para la que son imprescindibles, junto con la sentencia declarativa y constitutiva, una sentencia y un medio ejecutivo adecuados” (MARINONI, 2015: 40).

En resumen, la jurisdicción no puede ser conceptuada al margen de la función que está llamada a cumplir: la tutela de los derechos, más aún si la función jurisdiccional, de acuerdo con nuestra Constitución, viene a ser aquella actividad desplegada de forma institucionalizada para juzgar y ejecutar lo juzgado.

II. NOCIÓN DE PROCESO DE EJECUCIÓN

No existe mayor discusión en la doctrina acerca del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Así, se sostiene que la efectividad de la tutela jurisdiccional implica, por un lado, una gradualidad, y por el otro, la existencia de distintas garantías como contenido de cada grado, las mismas que vendrían a ser las siguientes: (i) acceso a la jurisdicción como primer grado, (ii) debido proceso o proceso justo como segundo grado, (iii) garantía a obtener una respuesta que resuelva el conflicto como tercer grado; y (iv) que dicha respuesta sea susceptible de eficacia como cuarto grado (Sumaria, 2014: 145-146).

En ese contexto, las formas y técnicas procesales deben ser diseñadas atendiendo al derecho material que se busca tutelar con ellas, pues es a partir de las necesidades del derecho material que se puede configurar tutelas que realicen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Históricamente la tutela de los derechos en el proceso civil se ha venido concretando a través de tres formas procesales: (a) tutela de cognición, (b) tutela ejecutiva, y (c) tutela cautelar.

A diferencia de la tutela de cognición, que se articula en un proceso de cognición plena y que tiende a establecer quien entre los contendientes tiene la razón (ARIANO, 1996: 162); la tutela ejecutiva tiene por objeto que el titular de un derecho cuya existencia ha sido declarada en un proceso de cognición o es considerada cierta por la ley sea satisfecha completamente en el plano material (ARIANO, 1998: 163). A partir de ello, la tutela será efectiva cuando el ejecutante que debe gozar de una posición de preeminencia sobre el ejecutado en virtud del título presumido como cierto, ve realizado su derecho en el mundo de los hechos.

Por eso, como dice MONTERO, “el proceso de ejecución es aquel en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional” (2004: 7). En otras palabras, “estatuir lo que debe ser, corresponde a la cognición; convertir lo que debe ser en ser, es el cometido de la

ejecución” (CARNELUTTI, 1971: 349); es decir, “la tutela cognitiva busca la generación de un título y la tutela ejecutiva busca que el título tenga efectos y modifique la realidad” (SUMARIA, 2014: 157).

Como decía Rocco, el proceso de ejecución “es un proceso autónomo, por cuanto, aisladamente considerado, puede agotar el cometido del proceso y de la función jurisdiccional, dirigidos a la realización del derecho en forma totalmente independiente, aun apareciendo las más de las veces dicho proceso y dicha función vinculados a la declaración de certeza del derecho que se contiene en una sentencia que constituye su presupuesto (título ejecutivo judicial)” (1976: 91).

Justamente, la conexión del proceso de ejecución con una sentencia previa, en cuya ejecución no se precisa —según nuestro legislador— de la necesidad de una demanda ejecutiva, ha dado pie a que no se conciba al proceso de ejecución como un proceso autónomo frente al proceso de cognición; sin embargo, el hecho de que no se necesite una demanda de ejecución para ejecutar el título ejecutivo judicial, no le quita autonomía al proceso de ejecución, muy por el contrario esta forma de tutela puede ser fácilmente diferenciada a partir de los fines y objetivos que está llamada a realizar. Es más, la absoluta independencia y autonomía del proceso de ejecución se desprende claramente del hecho de que se puede acudir a la vía de ejecución en base a títulos ejecutivos que tienen un origen judicial, sino contractual o convencional, por tanto, el proceso de ejecución no está necesariamente ligado a una tutela de cognición, precedente (Rocco, 1976: 91).

A partir de ello, la estructura del proceso de ejecución no puede asimilarse a la del proceso de cognición, ya que, como anota ARIANO, el proceso de ejecución cuenta con dos fases: una fase introductoria que comprende a la demanda y el mandato ejecutivo, y una fase realización/satisfacción donde el proceso de ejecución cumple con su finalidad, a saber la satisfacción de lo declarado y/o del Derecho, fases entre las cuales eventualmente puede insertarse en ocasiones una fase preparatoria (1998: 271)

III. PRESUPUESTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN PROCESO DE EJECUCIÓN PROPIAMENTE DICHO

1. Delimitación conceptual del título ejecutivo

Sobre el título ejecutivo se ha suscitado un interesante debate entre aquellos que identifican el título con el documento y entre quienes sostienen que el título es el acto jurídico contenido en el documento. Así, para LIEBMAN el título es un acto jurídico a raíz del cual se produce la sanción ejecutiva, vinculando al ejecutado con la responsabilidad patrimonial para la satisfacción del derecho de ejecutante. Desde una perspectiva distinta, CARNELUTTI concebía al título como el documento que constituía la prueba legal del crédito (ARIANO, 1998: 194).

Frente a dicha disyuntiva, es importante tener en cuenta que, como dice ARIANO, el título es “un documento al que la ley le otorga la idoneidad para conformar un título ejecutivo; documento que contiene o incorpora una obligación cierta, expresa, exigible y, tratándose de una obligación pecuniaria, líquida, o liquidable, el mismo que constituye el presupuesto necesario y suficiente para legitimar al titular del derecho que aparece señalado en el título del ejercicio de la pretensión ejecutiva contra quien en el título como obligado” (1998: 194).

En ese sentido, se ha dicho que, para que algo constituya un título es menester la concurrencia de dos elementos: por un lado, la existencia de una de una obligación y, por otro, la orden de ejecución (COUTURE 1985; 449). Resulta así que, un título es, antes que nada, un documento que contiene un negocio jurídico en el que se establece una obligación que debe ser cumplida por el ejecutado. De allí que, “el título ejecutivo-documento puede tener como contenido un acto jurídico de la naturaleza más diversa; el mismo, sin embargo, representa la exigencia de que a los actos ejecución forzada se proceda solo si hay un mínimo de certeza de la obligación para cuya realización coactiva el acreedor se dirige al juez. El título, por tanto, no es el mero presupuesto de hecho de la ejecución forzada, ni una condición de procedibilidad de ella, sino el hecho constitutivo de la acción, en base a la cual quien tiene la posesión de dicho título puede pedir una determinada forma de tutela ejecutiva, aunque después —por ventura— el derecho por el cual acciona resulte

inexistente o no existente ya porque entretanto, se haya extinguido (HERNÁNDEZ 2000; 29)

Si prestamos atención a esta bifurcación del título, fácilmente, podremos advertir que se trata de una discusión que no ha prestado atención en un hecho sumamente importante, esto es, que el título, ya sea percibido como acto o como documento, contiene *el derecho del ejecutante*, y que el problema en el título debe girar en torno a ello; puesto que, en esencia, el título es un acto que declara el derecho del ejecutante y el documento solo es la forma en que se expresa este. Debido a ello, la tutela ejecutiva se presta al derecho declarado en el título, más no a este.

Por otro lado, el título tiene requisitos sustanciales y formales: los primeros exigen que el título sea cierto, expreso, exigible y líquido; mientras que por los segundos el título debe adoptar la forma establecida en la ley.

Finalmente, no debemos perder de vista que el proceso ejecutivo se diseña en función de la satisfacción del derecho del ejecutante que se encuentra declarado bajo un título, recurriendo para ello en muchos casos al uso de medidas coercitivas necesarias para la realización del derecho.

2. De la contradicción a la oposición

El derecho a la defensa es una garantía para todo justiciable (MARINONI, 2007: 33), pero también representa el equilibrio que debe existir entre los intereses particulares y los intereses del Estado.

Así, el demandado debe tener la posibilidad de influenciar al juez mediante argumentos y pruebas, y tener a su disposición técnicas procesales capaces de permitirle la protección de su esfera jurídica, lo que significa que la ley y el juez no pueden prohibir al demandado de practicar actos que sean relevantes para la demostración de sus razones (MARINONI, 2015: 171). De manera que no puede verse al ejercicio del derecho de defensa como un mecanismo que busca retardar el proceso, sino como una exigencia de respeto a las garantías procesales de ambas partes en el proceso (TORRES, 2014: 82).

Aquí debemos recordar que la idea del proceso nos remite a la contradicción, pues no es posible hablar de proceso si ambas partes no tiene la oportunidad de contribuir en la formación del debate procesal.

A partir de ello, dentro del proceso debe existir una participación activa de las partes con el juez y entre sí, la cual solo se materializa mediante la posibilidad de defensa del demandado, la que no asegura que este tenga razón sino que tenga la posibilidad de argumentar e influenciar en la decisión del juez, como se ha señalado en el párrafo anterior, sin embargo, al dar esta definición no damos por sentado que el ejercicio de este derecho se lleve homogéneamente en todos los procesos que nuestro ordenamiento contempla, así por ejemplo, se establece que en un proceso de cognición se da el contradictorio y en un proceso de ejecución la oposición.

De allí que, podemos afirmar que tanto la contradicción como la oposición se configuran como mecanismos procesales (CAVANI, 291) previstos para la realización del derecho a la defensa, pero ambos mecanismos son sustancialmente distintos, en tanto que, la contradicción se desarrolla obligatoriamente en un proceso de cognición (ALFARO, 2014: 92) en el que existe el principio de igualdad entre los contendores puesto que hasta el momento de la sentencia no se sabe cuál de ellos tiene la razón (ARIANO, 2003: 465); a diferencia, la oposición se plantea en un proceso de ejecución como demanda incidental (ARIANO, 2003: 473) debido a que el ejecutante goza de una posición de preeminencia sobre el ejecutado que le es asegurada por la eficacia del título.

Ahora bien, no hay un concepto establecido para definir la oposición, es así que algunos lo califican de acción (ARIANO, 1998: 466; HOWEL, 2015: 140), y otros como una manera de ejercitar la contradicción (ECHANDIA, 1968). Sin embargo, nos parece correcto señalar que fundamentalmente la oposición se caracteriza por plantear un ataque o resistencia a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida, es así que, oposición y pretensión son dos actos de voluntad de igual naturaleza y contrapuestos, que solo se diferencian en el efecto negativo o positivo que persiguen, la pretensión se propone vincular al demandado en determinado sentido y para efectos jurídicos concretos mediante la sentencia (efecto positivo); la oposición trata de evitar esa

sujeción mediante el rechazo de la pretensión en la sentencia o impedir que se pronuncie sentencia e inclusive que se dé curso al proceso (efecto negativo) (ECHANDIA, 1968: 226).

Inicialmente se concebía que al interior del proceso ejecutivo el deudor no pudiera hacer valer defensa alguna, pues todo el proceso se basaba en el principio “solve et repete”. Vale decir, que las defensas podían hacerse en un proceso separado (ARIANO, 2003: 374). Han sido las presiones del desarrollo doctrinal del derecho común, como nos recuerda ARIANO, las que llegaron a cuestionar la validez del principio citado, abriendo así paulatinamente la posibilidad de deducir ciertas defensas al interior del proceso ejecutivo, transformando lo que fue en su origen un proceso de ejecución puro en un proceso mixto de ejecución y cognición, en donde, al deudor se le fue reconociendo la posibilidad de deducir algunas excepciones (procesales y sustanciales), con lo cual se introducía un incidente cognitorio sumario (2003: 374).

Justamente, es este modelo mixto el adoptado en nuestro actual Código Procesal Civil, el mismo que pretende ser modificado por el Proyecto de Reforma, que busca en pocas palabras retomar la regulación de un proceso genuinamente de ejecución, en el que se plantee la oposición en un proceso de cognición sumaria separado del proceso de ejecución del cual se origina. Entendemos que esta propuesta, según se deja entrever en la exposición de motivos, busca la consecución de la finalidad del proceso de ejecución, la misma que no es otra cosa más que la satisfacción del derecho del ejecutante, para lo cual se busca evitar que tal satisfacción se vea obstaculizada por la presentación de una oposición que suspenda la ejecución; pero ello no implica dejar en indefensión al ejecutado, ya que se le otorga la posibilidad de usar este mecanismo procesal en un proceso de cognición sumario alterno al proceso principal de ejecución que no solo no suspende los efectos del mismo sino que además no restringe los medios de prueba necesarios que avalen la posición del demandado.

Sobre los alcances del proceso incidental al dará lugar la oposición en el proceso de ejecución de acuerdo con el proyecto de reforma, el mismo que implicará una “cognición sumaria”, consideramos que se trata de una medida errónea, ya que dicho proceso tiene limitaciones

en cuanto a los medios de defensa y de prueba, de manera que la sentencia producida no adquiriría la calificación de cosa juzgada (HOWEL, 2005: 35); lo que no sucede en los procesos plenarios rápidos, donde el juez tendrá igualmente una cognición completa y las partes podrán alegar y probar sin restricción alguna, entonces, la única diferencia entre un proceso plenario y un proceso plenario rápido serán los plazos acortados, adquiriendo estos sí un carácter de cosa juzgada, que es lo pretende implementar el Proyecto de Reforma, no un proceso de cognición sumario.

Ahora, la oposición como demanda incidental, se tramita como un proceso autónomo de la ejecución, con la posibilidad excepcional de suspender la efectivización de la ejecución forzada (entrega del dinero o bien). Nótese que esta suspensión no suspende el proceso ni la posibilidad de dictar medidas ejecutivas. Asimismo, a fin de tutelar el derecho a la amplia defensa del ejecutado, la oposición puede sustentarse en cualquier defensa, procesal o sustancial, que el ejecutado pudiera alegar. Con ello, siendo posible la obtención de una sentencia con cosa juzgada, no es necesario ningún proceso posterior.

En el proyecto, y en eso estamos de acuerdo, se separa la oposición del proceso de ejecución, lo cual trae consigo que la ejecución prosiga con su camino a la satisfacción del derecho del ejecutante. Sin embargo, se prevé en el artículo 711 del mismo, la posibilidad de una excepcional la suspensión, la cual se dice no debe incidir en el proceso ni en las medidas ejecutivas, pero aquí debemos preguntarnos ¿Cómo se podría hablar de suspensión, sin suspensión del proceso de ejecución? De lo cual, podríamos deducir que la regla general será la no suspensión del proceso de ejecución, más dicha regla estará sujeta a ciertas excepciones.

Si entendemos que la no suspensión del proceso ejecutivo constituye una garantía para que la satisfacción del derecho del ejecutante se lleve a cabo, entonces al admitir la excepcionalidad de la suspensión bajo las condiciones de la posible vulneración irreversible del derecho del ejecutante no se busca impedir la satisfacción del ejecutante sino reducir las posibles consecuencias que pueda tener el proceso de ejecución contra el ejecutado.

Por tanto, estamos de acuerdo en permitir excepcionalmente una suspensión que especifique su contenido, si este será dirigido al proceso, a la acción contenida en este o al bien al cual se refiere.

IV. CONCLUSIONES

Nuestro actual Código Procesal Civil el proceso de ejecución es todo menos un proceso de ejecución propiamente dicho, pues no cumple con la efectiva satisfacción del derecho del ejecutante, en la medida que, como lo hemos expuesto en los apartados precedentes, al analizar los fundamentos de un proceso de ejecución nos hemos dado con la sorpresa de fallas, vacíos e incluso confusiones de las distintas técnicas a ser aplicadas, motivo por el cual.

La crítica más notoria que podemos formular a la actual regulación radica en la desnaturalización del proceso de ejecución, pues los artículos referentes a la regulación del mismo plantean técnicas procesales que son más propias de un proceso de cognición que de un proceso de ejecución, que, como ya hemos indicado son sustancialmente distintos. Esta desnaturalización se evidencia en varios puntos, el primero de ellos es prever que la oposición se formule dentro del proceso de ejecución, e incluso confundiendo este método procesal con la contradicción, el segundo punto, muy importante por cierto, incide en la confusión que se dio en la práctica al argumentar que el proceso de ejecución simplemente da continuación a un proceso de cognición, ello en relación a títulos judiciales.

En ese mismo sentido, en el CPC se habla de títulos de ejecución y se menciona las resoluciones judiciales firmes, entendiéndose estas como todo auto que sea no impugnabile, no teniendo muy claro a qué tipo de resolución se hace alusión. Recuérdese que los elementos que constituyen un título son pues la obligación y el mandato. Precisamente, en el proyecto se ha optado por aludir a las resoluciones judiciales que ordenen el cumplimiento de una conducta de dar, hacer o no hacer; entendiéndose exclusivamente a las sentencias condenatorias que contienen una orden y excepcionalmente las sentencias que declaran las costas y costos del proceso.

Los laudos arbitrales que ya han pasado por una etapa conocimiento, pero envueltas en una estructura de carácter más privado, carecen de imperium por lo que necesitan de la actividad jurisdiccional para que se ejecute lo resuelto en sede arbitral. De la misma forma se ha optado por incorporar dentro del artículo 661 a las sentencias extranjeras, entendiéndose que ella contienen una obligación que debe ser satisfecha por el ejecutado para con el ejecutante; en el inciso 3 de ese mismo dispositivo se homologan los acuerdos realizados en sede judicial constituyéndose como título, y no solo los que se circunscriban en sede fiscal.

En lo concerniente a los títulos extrajudiciales, los que poseen reconocimiento de la ley, se ha decidido eliminar como título la copia certificada de la Prueba Anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta, y era pues en esta sede lo que traía muchas complicaciones pues se necesitaba de diligencias preparatorias en la que se tuviera que reconocer vía judicial un título para constituir uno como tal desfigurando su función principal que era pues cautelar la prueba que tendría que actuarse en un futuro proceso de conocimiento (LEDESMA 2008; 247).

Para ello partamos de un punto, ¿qué sucede si como acto tengo título en una compra-venta pero no se ha expresado en documento? Pues se recurría a la figura de la prueba anticipada en donde mediante un giro o boucher de depósito en el banco o un recibo demostraba mi titularidad de un derecho por lo que en esa vía se optaba por crear un título ejecutivo bajo un documento expreso, cosa que cambia en el proyecto y se da solución con la instauración del proceso monitorio.

Por el tema de *documento privado que contenga transacción extrajudicial* si bien se dice de conformidad al Art. 1302 del c.c. se conciben las transacciones con calidad de cosa juzgada y su necesidad de hacerse por escrito repercutía en la nulidad de este (Art. 1304º c.c.), se deben optar en realidad como criterios sustanciales. Para LEDEZMA la forma es en la escritura no en la calidad del documento que contenga el acto, esto es, si es público o privado; sin embargo, concordamos con ARIANO cuando se refiere a que se puede permitir transar un asunto dudoso e incumplimiento haciendo cuestionamiento de la calidad del título.

El proyecto ha agregado que este título documento privado que contenga transacción extrajudicial deba estar reconocido mediante prueba anticipada siempre en cuando ordene el cumplimiento de dar, hacer o no hacer, se le agregado pues el carácter imperativo de una orden en el documento privado que necesariamente para tenerla deba acudir a la prueba anticipada, para otorgarle este carácter, manteniendo la validez suficiente del documento escrito y que si en caso estar este título viciado en un asunto dudoso deba ser advertido por tener un fin ilícito.

Otro de los cambios importantes que pretende implantar el Proyecto de Reforma es convertir las causales para plantear oposición en un *numerus apertus*, contemplado específicamente en el inciso 10 del artículo 711 del mismo, contrario a la actual regulación que no solo limita las causales, lo que generaba un punto de desbalance desproporcionado entre demandado y demandante, sino que hace una diferencia entre las mismas para los títulos judiciales y extrajudiciales, diferencia que el Proyecto de Reforma no considera y con la cual concordamos abiertamente, pues ya hemos establecido que lo discutido en la oposición no es el título en sí mismo sino la obligación contenida en este, estos dos puntos son los que la doctrina nacional ha criticado con más esmero, pues en la práctica resultan muy poco claros.

La inclusión de la pluspetición en el capítulo referente a la oposición es otro apartado que se agradece en el Proyecto de Reforma, dicho artículo libera uno de los puntos poco claros en la práctica, que desafortunadamente crea incertidumbre jurídica para los demandantes, quienes al no tener esta causal establecida planteaban la pluspetición como inexigibilidad de la obligación, así los jueces declaraban infundada la oposición pues consideraban que la pluspetición no encuadra una inexigibilidad de la obligación, sino tal vez una reducción de la misma, pero en la apelación de la oposición cambiaban de opinión y decidían concluir con el proceso de ejecución e iniciar uno nuevo, es decir, retomar un proceso que pudo haber sido resuelto sin tanto trajín de haber tenido contemplado desde el principio este apartado (ARIANO 2003, 335).

Establecemos entonces que, para la construcción de un auténtico proceso de ejecución se debe tener primero la noción de autonomía de

este proceso, insistiendo a lo largo del trabajo expuesto que la finalidad primordial que debe perseguirse es la tutela de los derechos satisfactoriamente, es decir, no basta con decretar normas sino que estas reflejen el propósito del proceso en sí, específicamente en el proceso de ejecución, aparte de la tutela de los derechos, este debe ser la efectiva satisfacción del derecho del ejecutante obviamente sin dejar en indefensión al ejecutado, para ello, la noción de títulos, sean judiciales o extrajudiciales, debe orientarse no tanto a establecer conceptos para este sino a indicar que lo que se pretende es plasmar las obligaciones de manera tal que estas sean exigibles, dando herramientas y técnicas específicas para ambas partes.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ C. E.

2003 *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid: Editorial Tecnos.

ALVARO C. A.

2009 El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva desde la Perspectiva de los Derechos Fundamentales, en *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N.º 01.

ARIANO, E.

2003 *Problemas del Proceso Civil*, Lima: Jurista Editores.

1998 *Proceso de Ejecución*, Lima: Editorial Rodhas.

COUTURE, E.

1985 *Fundamentos del Derecho Procesal*, Buenos Aires: Depalma.

DINAMARCO, C.

2009 *La Instrumentalidad del Proceso*, Lima: Communitas.

ECHANDÍA, D.

2013 *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

HERNANDEZ, C.

2005 *Proceso de Ejecución*, Segunda edición, Lima: Ediciones Jurídicas.

HOWEL, P.

2014 *La Contradicción en el Proceso de Ejecución*, Lima: Gaceta Jurídica.

LEDESMA, M.

2008 *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*, Lima: Gaceta Jurídica.

MARINONI, L.

2007 *El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Lima: Palestra Editores.

2015 *Introducción al Derecho Procesal Civil*, Lima: Palestra Editores.

MITIDIERO, D.

2009 *Colaboración en el proceso civil*, Lima: Communitas.

2014 La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional, en *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N.º 9.

MONTERO, J.

2004 *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Valencia: Tirant to Blanch.

ROCCO, U.

1976 *Tratado de derecho procesal civil*, Vol. IV, Buenos Aire: Depalma.

SUMARIA, O.

2014 *Introducción al Sistema de la Tutela Jurisdiccional*, Lima: Editorial Rodhas.

TORRES, D., y RIOJA, A.

2014 *El Proceso Único de Ejecución. Mecanismos de Ejecución y Defensa*, Lima: Gaceta Jurídica.

EL EVENTUAL ERROR DEL JUEZ EN LA ELECCIÓN DE LA VÍA PROCESAL*

RESUMEN: El presente artículo, explora las eventualidades que pueden surgir a partir de la propuesta de modificatoria al Artículo 475 – A del actual Código Procesal Civil. En donde se le da el carácter de inimpugnable a la decisión jurisdiccional de Juez. En base a este eje temático, se desarrollan las temáticas de la derrotabilidad de la norma, los alcances de la impugnación a las decisiones del juez y la protección indispensable a los derechos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

PALABRAS CLAVE: Vía Procesal, falibilidad, derrotabilidad de la norma, carga procesal

ABSTRACT: This article explores the eventualities that may arise from the proposed amendment to Article 475 - A of the current Civil Procedure Code. Where the judicial decision of Judge is given the character of uncontested. Based on this thematic axis, the themes of the defeasibility of the norm are developed, the scope of the challenge to the decisions of the judge and the indispensable protection to the rights of the due process and the effective jurisdictional protection.

KEY WORDS: Procedural way, fallibility, norm defeasibility, procedural burden

SUMARIO: I. Introducción. II. Contenido. III. Conclusiones. IV. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

Siglos atrás los procesos de codificación en el vetusto continente nace un dogma muy peculiar: “La plenitud del ordenamiento jurídico”. Este viene a ser un principio del ordenamiento jurídico el cual considera que dicho cúmulo de disposiciones normativas es pleno y

* Centro de Estudios Constitucionales, Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo - CECFDDA. Universidad Privada del Norte

completo. Constituye un todo normativo, un sistema normativo en el que no cabe imaginar fisuras o fallas que impidan regular necesaria y totalmente desde el punto de vista jurídico cualquier conflicto de posible planteamiento.¹

Pero el tiempo caracterizado por ser draconiano, avanzó sin mella alguna hasta que dicha concepción de “Plenitud del ordenamiento jurídico”, debía de cambiar para nuestra era contemporánea, darle otro enfoque, una perspectiva renovada, donde dicho ordenamiento ya no es completo, sino *completable*². Con esta nueva interpretación renovada deducimos que toda norma jurídica es propensa a la desidia, las cuales deben de ser atendidas con carácter de urgencia.

En estos momentos, ya ha generado mucha polémica el actual Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, este posee muchas temáticas controversiales (el contradictorio en la reforma, la reforma en la tutela cautelar, procesos colectivos, etc.) que deben de ser ocupadas, puesto que la presente reforma si llegase a ser aprobada se consideraría al igual que todos los ordenamientos procesales civiles como “Los códigos procesales generales de un estado” en mérito que deben ser utilizados en vía supletoria por cualquier otro ordenamiento procesal que haya sido previsto en atención a la naturaleza especial del derecho material discutido³.

Sería fascinante tocar todos los temas mencionados y muchos más, pero imposible sería poder reflexionar y discurrirlos todos, por lo cual en el presente trabajo abordaremos únicamente el proceso de cognición

-
- 1 CALVO, Julián
2009 “La Plenitud del Ordenamiento jurídico - Penal”. Consulta: 01 de agosto de 2018.
file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/25360-22792-1-PB.pdf. De ahí la atribución apriorística de su plenitud. La idea misma de sistema lleva implícita la de totalidad y la de integridad. Que algunas de las partes no se halle comprendidas dentro del todo es inconcebible. La afirmación de la plenitud del ordenamiento jurídico es general y cuenta con ilustre prosapia.
 - 2 ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo
2015 “Teoría Del Derecho”. Lima: Fondo Editorial PUCP.
 - 3 MONROY GALVEZ, Juan
2009 “Teoría General Del Proceso”. Lima: Communitas.

o como la mayoría lo conoce proceso de conocimiento, puesto que se evidencia una desidia inquietante. y como hemos explicado en el primer párrafo consideramos que estas deben de ser atendidas con carácter de urgencia.

Específicamente lo que se busca es reflexionar y cuestionar lo que está plasmado en el segundo párrafo del Artículo 475-A.- Fijación del procedimiento, el cual manifiesta lo siguiente: “Al admitir la demanda, el juez decide la vía procedimental a la que deberá adecuarse el proceso. Para hacerlo el juez tendrá en cuenta lo señalado en este Código, la complejidad del caso y la urgencia de tutela que se solicita.

En atención a ello, puede señalar que el proceso de cognición se tramite en la vía del procedimiento ordinario o sumario. Esta decisión es inimpugnable.”⁴

II. CONTENIDO

Lo que queremos dar a advertir es que la “definición o elección de la vía” viene a ser, a criterio, más que un acto procesal complejo, la parte más importante del proceso, puesto este significa el punto de partida, el calificar la demanda independiente de cual vaya a ser el resultado: admisible, inadmisible o improcedente, se encargara de dar cabida a las subsiguientes actuaciones procesales, con la protección intrínseca en ella del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora, dicha “definición o elección de la vía”, ya sea vía ordinaria o sumaria, puede ser propensa a un error en la praxis del día a día de cualquier director del proceso causando un detrimento en el debido proceso, puesto que es de este escenario que emerge la importancia estratégica de las reglas que articulan la vida profesional del magistrado, las cuales proveen las garantías para el desarrollo de la función judicial⁵.

4 Congreso de la República del Perú
1992. Decreto legislativo N.º 768. Lima, 04 de Marzo.

5 GONZALES MANTILLA, Gorki
2009, “Los Jueces Carrera judicial y cultura jurídica”. Lima. Palestra Editores

No obstante en nuestro código civil vigente no manifiesta de manera explícita o implícita la imposibilidad de impugnar dicho error en la definición o elección de la vía procesal, puesto que sigue dando la oportunidad de poder rectificar el error, contrario *sensu* a la disposición normativa 475-A.- Fijación del procedimiento del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil contempla en su último párrafo que dicha decisión es **inimpugnable**, donde en esta oportunidad el detrimento producto de la errónea elección no tiene subsanación alguna, pues la norma jurídica califica como inimpugnable la decisión del juez limitando la facultad que tiene el justiciable; vulnerando el principio de falibilidad, este expone que el sistema impugnatorio en todos los procesos ordinarios e incluso constitucionales deben tener una norma con la cual el juez pueda fallar y las partes puedan apelar con respecto a una materia que pueda y deba ser sometida a controversia. A su vez se aparta del principio de contradicción o audiencia bilateral donde en concreto, este principio significa que un proceso sólo será válido desde su inicio, en tanto el demandado sea emplazado correctamente y se le conceda el tiempo necesario para que conteste la demanda, pruebe, impugne y alegue al igual que el demandante, durante el transcurso de todo el proceso⁶.

Ahora, ¿qué entendemos por impugnación? La impugnación es un concepto perteneciente a la Teoría General del Proceso que cuestiona un acto a través de la denuncia de un error, a fin de que este pueda corregirse. Por lo que, en cuanto a la “impugnación procesal” será necesario tener en cuenta que las partes podrán realizar recursos de apelación, reposición, casación y queja para solucionar los errores.

Hay que recordar que dichos medios de impugnación proceden:

6 MONROY GÁLVEZ, Juan.
2009 “Teoría General Del Proceso”. Lima: Communitas. Como resultado directo de este principio, podemos decir que en una sociedad civilizada una sentencia – la decisión que regularmente se expide al final de un proceso judicial – sólo produce efecto respecto de las personas que han participado en él ejerciendo sus derechos o pudiendo haberlos ejercido, (...) Reiteramos, la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es abstracto.

- Cuando el acto procesal que se cuestiona no ha obtenido aún firmeza o ha adquirido la calidad de cosa juzgada.⁷ Es decir, son actos procesales que todavía no pueden surtir efectos ya que se encuentran pendiente del transcurso de un plazo para la adquisición de firmeza.
- Las partes no han carecido de posibilidad de contradictorio previo o audiencia previa conforme al principio de contradictorio⁸. Es decir, la formación de los actos procesales depende de la posibilidad de la participación de las partes.⁹

Respecto a ello cabe preguntarse: ¿Qué tipo de error es el que comete un juez al designar una incorrecta vía procedimental?

Para ello, debemos decir que la inejecución de la ley procesal (en el presente caso, las normas 475 – A y B, respectivamente) constituye en el proceso una irregularidad llamada vicio de irregularidad o *error in procedendo*. Dichos errores producen la nulidad del proceso y se pueden dar en la constitución del mencionado, en su desenvolvimiento, en la sentencia y en la ejecución¹⁰. Y en efecto, dicha nulidad es un remedio o sanción establecida ante vicios o errores *in procedendo* (no ante errores *in iudicando*) que solo procederá cuando la irregularidad no pueda ser convalidada, subsanada o conservada¹¹. Lo cual, no se desarrolla en el presente caso, pues sí es subsanable.

Por otro lado, en cuanto a la vía procedimental que debe escoger el juez, de acuerdo con el Art. 475 – A, esta decisión se supone que debe ser tomada consideración a la urgencia de la tutela y su complejidad; pero ¿qué sucederá en los casos en donde estas decisiones sean tomadas

7 APOLÍN MEZA, Dante.
2010 “Impugnación y adecuación: Sobre la mal considerada inimpugnabilidad del auto admisorio”. p. 54.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 JERI CISNEROS, Julian.
2010 Teoría General de la Impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción por el agraviado.

11 *Ibidem*

de forma arbitraria, vulnerando el justo proceso solicitado por la parte demandante?

Para ello debemos recordar la modernamente llamada “Teoría de la Derrotabilidad de la Norma” o “Derrotabilidad normativa” en donde, desde una perspectiva neoconstitucionalista, autores como Garcia Figueroa explican una teoría innovadora y relevante para el tema en discusión. Esta teoría se basa en la Tesis de la Eficacia Irradiante o también llamada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, “*Ausstrahlungswirkung*”. De acuerdo con esta, todas las normas del ordenamiento (entre ellas el Art. 475-A) se hallan irradiadas o impregnadas en su contenido por las normas constitucionales¹². Por otro lado, también tenemos a la “Tesis del caso especial” o “*Sonderfallthese*”, según la cual argumentar jurídicamente es siempre argumentar moralmente con ciertos límites institucionales.¹³

Respecto a esto, podemos asegurar que dicho planteamiento muestra esencia intrínseca de cada norma, puesto que no podemos diferenciar el principio de la regla y esto distorsiona la realidad del Derecho bajo un Estado Constitucional, pues como vemos, se asemeja más a una red que a una pirámide.

En cuanto a asumir que las normas son derrotables, esta se expresa que su contenido deberá ser revisable, sensible a los nuevos casos, pero ello supone a su vez asumir que si contenido puede depender de las particulares (infinitas e imprevisibles) de los casos en que la norma sea aplicable.

Esto quiere decir que, aun cuando el Art. 475-A exprese la inimpuñabilidad de la decisión del juez en cuanto a la vía procedimental, debemos considerar las particularidades del planteamiento del caso, pues podría ocurrir el supuesto en donde se pueda tomar una decisión arbitraria, perjudicando al demandante al violar su derecho a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional reconocido en el Art. 139 inc. 3 de nuestra Constitución Política de 1993.

12 GARCIA FIGUEROA, Alonso. Derrotabilidad normativa y antipositivismo externo. Dos aspectos esenciales del neoconstitucionalismo. 2017. p. 119.

13 *Ibidem*

Por lo tanto, vale decir que la derrotabilidad responde a una exigencia de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser revisables para poder enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prever¹⁴. Es por ello que sería irracional no darnos la posibilidad de deliberar nuestras normas o reglas ante la emergencia de casos imprevisibles. Ciertamente, ello podría causarnos una cierta sensación de desamparo, pues no podríamos conocer el contenido exacto de las normas, pero la razón práctica no solo sirve para fundar la derrotabilidad de las normas, también es el instrumento para administrar la derrotabilidad¹⁵. Desde este punto de vista solo considerando las normas como sometidas a la razón práctica general las normas son inteligibles y su aplicación puede mantenerse bajo control.

Proponemos el siguiente ejemplo: Johaan interpone una demanda de desalojo, el juez considera que no requiere de mayor complejidad y lo declara sumario. Entonces cuando llega el momento de notificar al demandado Mario, este quiere una prescripción adquisitiva y ve el título que determina la demanda es fraudulento (el título de derecho sustantivo es nulo).

El juez anula el extremo que fija la vía (en este caso sumario) y si quiere reconvenir sería imposible de demostrar en un proceso sumarísimo, tendría que ser un proceso de conocimiento; además, al momento de las actuaciones de los plazos no se sabría cual seguir, puesto que se generarían el siguiente pensamiento: ceñirse a lo que dictamina el juez, pero el problema sería que esa vía no permitirá poder realizar la aclaración de la controversia de la mejor manera plausible.

Ahora bien, dicho esto, no puede dejar de ventilarse algunas de las falencias en las que pudiese incurrir el juzgador al determinar la vía procedimental; pues haciendo uso de su discrecionalidad, limitado solo por el tenor del nuevo artículo cuatrocientos setenta y siete¹⁶ y además

14 GARCIA FIGUEROA, Alonso.
2017 Derrotabilidad normativa y antipositivismo externo. Dos aspectos esenciales del neoconsitucionalismo. p. 123.

15 *Ibidem*.

16 Que refiere que "(...) en los casos de los incisos 1 y 3- vía no específica, compleja o interdicción- se tramitan en el procedimiento ordinario (...)".

revestido de una supuesta “inimpugnabilidad” del auto admisorio, podrían reiterativamente elegir reglas procedimentales erradas en razón a un parcial conocimiento de la causa y a como sostuvo Ápolín, un provisional ejercicio de tutela jurisdiccional.

Para nosotros, existen dos supuestos que si bien podrían tomarse como poco probables, con la modificación de la codificación procesal civil podrían aumentar-considerando que con la normativa actual y tras una superficial revisión, fueron encontrados casos en donde se determinaron vías procedimentales equivocadas –; el primero sería un caso en el que la causa en virtud a su complejidad y cantidad probatoria, debiese ser ventilados bajo los lineamientos del procedimiento ordinario – pero se decide tramitar vía procedimiento sumario –; el segundo caso, estaría en el supuesto de que la urgencia de tutela como factor principal - solamente limitado por los rasgos de complejidad del caso – coadyuvada del parcial conocimiento de la controversia, desembocasen en una prematura elección del procedimiento sumario cuando tras la incorporación-vía contestación de demanda – de los demás medios probatorios, alegaciones y pretensiones del caso, se generase el panorama perfecto para el desarrollo del procedimiento en vía ordinaria.

Hasta este punto queremos centrar la disquisición que se ha de tratar: ¿por qué no debería ser inimpugnable dicha decisión que toma el director del proceso al momento de decidir la vía procesal?

Respondemos esta pregunta con los criterios que analizaremos a continuación: la primera que es perteneciente a la excesiva carga procesal, que ya es común en la praxis del día a día entre quienes realizan actividades, y las otras dos pertenecientes al Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil en su disposición normativa 475-A.

- **Embarullada carga procesal en el Poder judicial:** La carga procesal de un año determinado está definida como la suma de dos variables: los expedientes ingresados más los expedientes que ingresaron en años anteriores pero que aún no han finalizado. La carga procesal representa el volumen total de casos o la carga de trabajo total de cada juez. La producción judicial o la des-

carga la representan los casos que reciben el pronunciamiento final de un juez¹⁷.

Ahora, entrando en el campo de las estadísticas el año 2014 el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial brindo datos a la editorial Gaceta Jurídica donde cada año cerca de 200,000 expedientes incrementan la sobrecarga procesal del Poder Judicial. A inicios del 2015, la carga que se heredó de años anteriores ascendía a 1'865,381 expedientes sin resolver. Por ello, si hacemos una proyección, tendríamos que cada 5 años un nuevo millón de expedientes se agrega a la ya pesada carga procesal. Esto significaría que a inicios del 2019 la carga heredada de años anteriores ascendería a más de 2'600,000 expedientes no resueltos¹⁸.

Esto nos lleva a deducir que el margen de error que pueden cometer los directores del proceso al momento de calificar la demanda es muy excelso, debido a la inconmensurable cantidad de demandas por calificar que lleguen a sus respectivos despachos.

- **El error o falabilidad en el criterio del juez:** Este criterio se refiere a que la posibilidad de error en las decisiones de los jueces parece ser un hecho aceptado en los modernos sistemas jurídicos, el beneficio de la doble instancia responde-parcialmente según nuestra posición- a la previsión del sistema para la subsanación de las falencias cometidas por el juez inferior.

17 HERNANDEZ BREÑA, Wilson

La información y la toma de decisiones en la política pública judicial: una reflexión a partir del análisis de la carga procesal en el Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

18 Gaceta Jurídica

2014 Informe: La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015. Lima. Consulta: 08 de agosto de 2018.
<http://www.gacetajuridica.com.pe/laley-adjuntos/INFORME-LA-JUSTICIA-EN-EL-PERU.pdf> - Estas cifras demuestran algo innegable: la cantidad de juicios que se inician todos los años en el Poder Judicial sobrepasa la capacidad de respuesta que tiene esta institución. Y, como es sabido, la sobrecarga trae como principal consecuencia que los procesos judiciales tarden de forma desproporcionada y que el servicio de la justicia se deteriore.

Los errores judiciales tienen distintas causas, no obstante, hay decisiones que sean o no desacertadas, no son imputables ni a la calificación profesional del juez ni a su actuación, sino al resultado del propio sistema jurisdiccional de toma de decisiones¹⁹.

El juez debe conocer la realidad en la que terminan incidiendo sus decisiones, pues la resolución de un caso o su mero desarrollo genera cambios más allá de lo mostrado en folios.

Ahora, ¿cómo se podría asegurar la integridad del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva si es que esta decisión jurisdiccional sería inimpugnable? Desde nuestra perspectiva, la facultad que se le otorgaría al juez para ejercer su función jurisdiccional sería riesgosa, en el sentido de que roza periféricamente con derechos fundamentales dentro del proceso²⁰.

III. CONCLUSIONES

Osamos terminar el presente trabajo con uno de los adagios que sentó Oscar Wilde: “La experiencia es simplemente el nombre que le damos a vuestros errores”, y con toda llaneza esperamos que esta no sea una experiencia más en nuestras vidas. Seguido de esto he aquí nuestras deducciones finales.

- Los ordenamientos jurídicos de hoy en día son todos completables y aún más los proyectos de reforma de un código procesal civil como el nuestro.

19 MALEM CEÑA, Jorge.

2008 El error judicial y la formación de los jueces. Barcelona: Gedisa. Menciona que *“...en un sentido amplio se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal en ejercicio de su potestad jurisdiccional no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes.”*

Entonces, planteamos ¿realmente se podría recaer en un error judicial en los supuestos del Art. 475-A?

20 PAREJO ALFONSO, Luciano.

1991 El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

- Ciertamente es que el Artículo 475-A del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, Fijación del procedimiento, tiene una disidida que debe de ser rectificada de manera inmediata, puesto que es más factible durante esta etapa de “evaluación”.
- Se denota una clara vulneración a los principios de falibilidad, y contradicción dentro de los futuros procesos que se rijan bajo estas “posibles futuras” vías de cognición.
- La realidad siempre ha de superar al derecho, una prueba que lo demuestra es el hecho que la carga procesal es tan intensa que lamentablemente, los directores del proceso no dedican de manera completa su tiempo a seleccionar de manera correcta la vía en la que se tramitará el proceso.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APOLÍN MEZA, Dante

- 2010 “Impugnación y adecuación: Sobre la mal considerada inim-pugnabilidad del auto admisorio”.

ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo

- 2015 “Teoría Del Derecho”. Lima: Fondo Editorial PUCP

CALVO, Julián

- 2009 “La Plenitud del Ordenamiento jurídico-Penal”. Consulta: 01 de agosto de 2018. file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/25360-22792-1-PB.pdf.

Congreso de la República del Perú

- 1992 “Decreto legislativo N.º 768”. Lima, 04 de marzo.

Gaceta Jurídica

- 2014 “Informe: La Justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014 – 2015. Lima”. Consulta: 08 de agosto de 2018. <http://www.gacetajuridica.com.pe/laley-adjuntos/INFORME-LA-JUSTICIA-EN-EL-PERU.pdf>

GARCIA FIGUEROA, Alonso

2017 “Derrotabilidad normativa y antipositivismo externo. Dos aspectos esenciales del neoconsitucionalismo”. p. 119.

GONZALES MANTILLA, Gorki

2009 “Los Jueces Carrera judicial y cultura jurídica”. Lima. Palestra Editores

HERNANDEZ BREÑA, Wilson

- “La información y la toma de decisiones en la política pública judicial: una reflexión a partir del análisis de la carga procesal en el Perú”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

JERI CISNEROS, Julian

2010 “Teoría General de la Impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción por el agraviado”.

MALEM CEÑA, Jorge

2008 “El error judicial y la formación de los jueces”. Barcelona: Gedisa

MONROY GÁLVEZ, Juan

2009 “Teoría General Del Proceso”. Lima: Communitas.

PAREJO ALFONSO, Luciano

1991 “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”.

LA REVISIÓN CIVIL COMO PRETENSIÓN AUTÓNOMA: UN ENFOQUE DEONTOLÓGICO EN LA JUSTICIA KANTIANA*

RESUMEN: Las deficiencias estructurales del tercer mundo perjudican cada rama del sistema, Sistema en el cual el derecho procesal se ve también afectado. Problemas sistémicos como la corrupción o la incapacidad intelectual de nuestras autoridades provocan que los resultados de un proceso judicial no obtengan el bien que le es esperado.

El presente trabajo de investigación analiza la revisión civil (en su entendimiento por el proyecto de reforma al Código Procesal Civil) desde una perspectiva Kantiana, con la finalidad de justificar su existencia en pro de alcanzar los valores inmutables que dan pie a la preservación del derecho como herramienta de orden social. Para ello, es imprescindible partir de una explicación de la justicia deontológica en Kant, en virtud de demostrar la razón de ser de la novedosa institución "revisión civil" en un futuro sistema legislativo peruano. A partir de la precisión anterior, resulta imperativo determinar la naturaleza jurídica de la revisión civil como una pretensión autónoma que revitaliza la justicia en el proceso para que este obtenga adecuadamente sus objetivos.

Si bien este nuevo concepto encuentra como antecesora inmediata la figura de "nulidad de la cosa juzgada fraudulenta" (Art. 178º del Código Procesal Civil), el proyecto de reforma al Código Procesal Civil, adhiere, o más bien, sistematiza más idóneamente esta figura con la adhesión de algunas otras causas, concediéndole el nombre de "revisión civil".

La presente investigación pretende comprobar cómo estas causas son una pretensión autónoma que satisface la justicia kantiana a costa incluso que la cosa juzgada tenga que ser revisada.

PALABRAS CLAVE: Justicia deontológica; cosa juzgada; revisión civil; medios impugnatorios; iusnaturalismo kantiano.

ABSTRACT: The structural deficiencies of the third world damage each branch of the system, a system in which procedural law is also affected. Systemic

* Círculo de Estudios Procesales Los Andes. Universidad Peruana Los Andes

problems such as corruption or intellectual incapacity of our authorities cause that the results of a judicial process do not get the goal that is expected.

The present investigation analyzes the civil review (in its understanding by the project of reform to the Civil Procedural Code) from a Kantian perspective, in order to justify its existence to reach the immutable values that give rise to the preservation of the law as a tool of social order. For this, it is essential to start from an explanation of deontological justice in Kant to show the reason for being of the novel institution "civil review" in a future Peruvian legislative system. Based on the previous precision, it is imperative to determine the legal nature of the civil review as an autonomous claim that revitalizes the justice in the process so that it may adequately obtain its objectives.

Although this new concept finds as an immediate predecessor the figure of "nullity of the fraudulent *res judicata*" (Article 178 of the Civil Procedure Code), the draft reform to the Civil Procedure Code, adheres, or rather, systematically identifies this figure with the adhesion of some other causes, granting it the name of "civil review".

The present investigation aims to show how these causes are an autonomous claim that satisfies Kantian justice even at the cost of the revision of the *res judicata*.

KEYWORDS: Deontological justice; *res judicata*; civil review; impugning means; Kantian natural law.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Derecho en Kant.— III. Justicia deontológica.— IV. Cosa Juzgada.— V. Justificación de la existencia de una Revisión Civil.— VI. Naturaleza Jurídica de la Revisión Civil.— VII. Causales de Revisión Civil en el proyecto de reforma al Código Procesal Civil en una concepción deontológica de la Justicia.— VIII. Conclusiones.— IX. Referencias bibliográficas.— X. Anexos.

I. INTRODUCCIÓN

El entendimiento de la justicia es inevitablemente engorroso, por lo que, desde muchas perspectivas es un concepto que se entiende con subjetividad. Así, por ejemplo, para el pensamiento de Justiniano, la justicia es un ideal supremo que consiste en dar a cada uno lo suyo (Alvarez y Coaguila 2010: 181).

El problema de otorgarle un entendimiento subjetivo a la justicia es sin embargo evitarle una definición. Incluso en la concepción justiniana, que tiene validez hasta la contemporaneidad, evitarle una definición a la justicia se traduce en una aplicación discrecional del concepto, pues al señalar que lo justo consiste en dar a cada uno lo suyo, "lo suyo" dependerá precisamente del contexto. Por ejemplo, en países en los que

la pena de muerte es socialmente aceptada, se considerará justa esta aplicación, pues la respuesta a un acto delictivo será darle al infractor lo “suyo” a través de la pena de muerte. Esa justificación vengativa de la justicia deviene en escueta y se aleja absolutamente del entendimiento deontológico de la justicia.

Desde la aparición del derecho, la justicia ha sido su idea predilecta, influencia que perdura hasta la actualidad. No obstante, el entendimiento de esta se ha transformado, y se le ha relegado de su exclusividad para el entendimiento del derecho. Así, se ha inmiscuido también en el entendimiento del derecho otras dos ideas: la norma y la sociedad. De esta manera, es mayormente aceptada la apreciación de Goldschmidt de una tridimensionalidad en el entendimiento del derecho, concentrada en la lógica, la sociología y, como punto de partida para llegar a estas, la axiología (donde es parte la justicia) (Ciuro 1993: 7).

Esta triple dimensión para el entendimiento del derecho resulta ineficiente siempre que el valor de la justicia no haya sido delimitado taxativamente, y su resultado yace sobre normas injustas o normas que nacen con la finalidad única de satisfacer los intereses de la mayoría social, que puede incurrir, en algún momento en ignorancia colectiva. De esto, concluimos que tanto las leyes, y en consecuencia, los hechos, dependerán de la efectividad de los valores y principios que les den vida.

Recientemente se ha oficializado la transición de un estado legislativo de derecho a un estado constitucional de derecho, en el que resulta necesario mencionar un cambio sustancial en la teoría de las normas: mientras que en el estado legislativo de derecho los principios (entre los que ubicamos a la justicia) son fundamentos para las normas, sin llegar nunca a ser normas, en el estado constitucional de derecho, los principios no son solo el punto de partida para el origen de las normas, sino uno de los tres articulados de la norma, conjuntamente con las reglas y los postulados (Mitidiero 2014: 185).

Tal cual se puede advertir, el estado constitucional de derecho otorga vitalidad imperante a los principios a partir de los cuales se legisla en el

derecho; y, como ya se ha señalado, la indeterminación de estos principios (en nuestro caso, la justicia) ocasiona que las leyes que se dictan, y que deben nacer directamente de los principios, no respondan a la finalidad de preservarlos.

Para tener leyes más eficaces, es importante que estas respondan con rigurosidad a los principios mencionados, pues existe la poderosa necesidad (en el estado Constitucional de derecho) de que “el legislador redacte sus proposiciones previendo exactamente los casos que quiera regular, particularizando al máximo los términos, las conductas y las consecuencias legales” (Mitidiero 2014: 185). Ello se busca para que una ley no sea interpretada como justa en dos formas totalmente opuestas, como se relató en el caso en el que la pena de muerte (una sola ley) resulta justa para algunos e injusta para otros.

Por esta necesidad de que las normas sean eficaces, hemos encontrado imperativo que estas partan de una concepción objetiva de los principios. Por ello, la opción bajo la cual se desarrolla nuestro marco teórico es la justicia deontológica de Kant.

La revisión civil es una propuesta para un futuro Código Procesal Civil, por esto, es un tema que ha sido discutido a penas. Este desarrollo escueto de la revisión civil nos concede la responsabilidad de justificar su existencia.

Debido a que la revisión civil pretende (permítasenos la redundancia) revisar la cosa juzgada; entendiendo que la cosa juzgada materializa de algún modo la justicia procesal, la razón estricta para que se pueda revisar esta “cosa juzgada” es que esta sea, pues, injusta.

Para lograr este cometido, la investigación partirá de describir el marco teórico kantiano, en el que se expondrá su concepción del derecho y se consolidará su justicia deontológica como la más apropiada para un derecho racional. Luego, se determinará, a partir de este marco teórico, la existencia justificada de una figura de “revisión civil” y finalmente se expondrán las razones para considerar esta novedad como una pretensión autónoma.

II. EL DERECHO EN KANT

Immanuel Kant fue el fundador del criticismo filosófico. Dio un drástico giro a la comprensión de la filosofía en muchas de sus disciplinas: metafísica, ontología, axiología, etc. Su criticismo fue fundamental, porque este dio pie a una novedosa comprensión de la razón y, en consecuencia, de la ética (Fischer 1957: 42-43).

Debido a que Kant tuvo una vida repleta de complicaciones y su motivación más fuerte fue poder dar clases universitarias, su espíritu se desarrolló de una manera estoica. A pesar de las desavenencias y adversidades, Kant pudo finalmente lograr su cometido. Todos los acontecimientos negativos en su vida fueron formando su carácter y conduciéndole a pensar en una ética universal, traducida finalmente en el imperativo categórico (Fischer 1957: 26).

Aunque la justicia deontológica es una comprensión filosófica atribuida a Kant, no se halla en su obra algún tratado que en específico desarrolle este concepto. Kant, debido a su temperamento recto, acompañó toda su vida con valores sólidos que se reflejan a lo largo de su obra. Es esta la razón para identificar en muchos de sus tratados y teorías filosóficas desde esbozos, hasta rasgos muy elaborados sobre la justicia (Massini 1999: 70).

Habiendo sido Kant un hombre que reflexionó con efervescencia sobre el derecho, resulta imprescindible delimitar su postura como jurista para entender con mayor objetividad la justicia deontológica.

La filosofía de Kant es compleja, porque la filosofía es compleja. Siendo una característica casi inherente a nuestra era la post modernidad, el subjetivismo para el estudio de la filosofía se ha traducido en muchas malas interpretaciones de la filosofía Kantiana.

Tanto la justicia deontológica como la ética Kantiana sólo son posibles si se concibe al derecho como la consecuencia de aplicar a la legislación exterior los principios inmutables de la humanidad. Esta visión iusnaturalista de Kant es negada por algunos autores.

Hay autores que conciben a Kant como un positivista del derecho. Adela Cortina, por ejemplo, cree que:

Tampoco puede tenerse a nuestro autor [refiriéndose a Kant] por iusnaturalista si adscribimos al iusnaturalismo la afirmación de que sólo el derecho que satisface determinados principios de justicia puede considerarse derecho, quedando imposibilitado para recibir tal denominación cualquier sistema normativo que no los satisfaga, aunque haya sido reconocido como tal por los órganos competentes. Por el contrario, para Kant el derecho positivo dice lo que es de derecho en un tiempo y lugar determinados, y aunque el soberano defendiera leyes contrarias al contrato originario, no por ello perderían su forma jurídica; no puede decirse que Kant sea iusnaturalista, pero tampoco que el derecho positivo constituye el último criterio jurídico (Massinni 1999: 71).

El análisis de la autora mencionada es, además de contradictoria (pues asume que, en un tiempo determinado donde no trasciende como criterio jurídico, el derecho positivo se sitúa y menciona después, que no constituye el último criterio jurídico), ineficaz para la interpretación de la justicia kantiana. Suponer que en medio de un iusnaturalismo y un positivismo jurídico se encuentra Kant, no permite distinguir el verdadero significado de la justicia que él atribuye.

Kant rechaza tajantemente la creencia de que las normas que no satisfacen los criterios de justicia puedan ser consideradas derecho. En la *Metafísica de las Costumbres*, Kant discrimina claramente la doctrina del derecho, del derecho en sí. Aunque cree que la doctrina del derecho se compone por leyes, asimismo, considera que la ciencia del derecho “corresponde al conocimiento sistemático de la doctrina del derecho natural (*Ius naturae*), porque el jurisconsulto tiene que tomar de esta todos los principios inmutables para toda legislación positiva” (Kant 2005: 37). En otras palabras, como se observa, Kant no concebía en su filosofía al derecho sin que este tome sus normas de los principios inmutables de la humanidad.

Cuando se habla sobre principios inmutables que concedan justificación a las leyes creadas por los jurisconsultos (a quienes Kant considera versados en derecho), se habla de principios axiológicos que Kant desarrolla a lo largo de sus escritos. Entre los que sobresale la libertad como el principio a partir del cual se desprenden la justicia y la igualdad

como valores que posibilitan una libertad responsable. Ello no significa, lógicamente, que Kant haya otorgado un valor inferior a la justicia o la igualdad, por debajo de la libertad, o viceversa. Significa más bien que entre estos valores existe una profunda interdependencia, de tal manera, que entre estos tres valores a priori se genere una relación intrínseca que permite la creación de legislaciones positivas.

En definitiva, este trabajo de investigación concibe un Immanuel Kant iusnaturalista en sentido estricto, pues, como señala Massini:

El iusnaturalismo se caracterizará por dos tesis: i) la “tesis de las fuentes racionales”, según la cual las fuentes sociales (positivas) de las normas jurídicas pueden ser valoradas racionalmente en cuanto a la validez de sus contenidos; en otras palabras, esta tesis mantiene que al lado de (y en un cierto sentido, sobre) las fuentes sociales del derecho normativo, existe una fuente racional de contenidos normativo-jurídicos; y ii) la “tesis de la relación”, conforme a la cual existe una relación constitutiva entre el derecho y la ética (2010: 407).

Siendo Kant un partidario de la razón en cuanto a la legislación externa, su idea de derecho es perfectamente adaptable a la primera tesis, e incluso, siendo él quien propone una ética universal en los imperativos categóricos, encaja perfectamente en la segunda tesis. Por consiguiente, ahora podemos desarrollar su justicia deontológica, habiendo demarcado la necesidad de comprender a Kant en su verdadera esencia iusnaturalista.

Como ya se había prevenido en líneas anteriores, la justicia deontológica no es algo que Kant haya desarrollado en estricto, porque su axiología, su idea de derecho y racionalidad (que forman indispensablemente parte de una concepción deontológica de la justicia) son materias que se hayan dispersas a lo largo de la obra kantiana, desde su *Crítica de la razón práctica*, pasando por su *Metafísica de las Costumbres*, llegando a *Teoría y Práctica*. Por esta razón, resulta dominante desarrollar un deber ser de la justicia. Para ello, se desarrollará, en una primera impresión, la importancia de la Racionalidad pura práctica para la determinación del derecho, donde se interpretará la relevancia kantiana de preservar la vitalidad de un derecho puro; en segundo lugar, se desarrollará la ética

kantiana, donde se esclarecerá el imperativo categórico, y; finalmente, se determinará cuáles son los presupuestos que una ley contiene para ser considerada una norma justa.

III. JUSTICIA DEONTOLÓGICA

Como se mencionó anteriormente, la doctrina del derecho, a propósito de su nacimiento en los principios inmutables naturales, se materializa a través de la legislación externa, que no es más que las leyes que rigen determinada sociedad al ser aplicadas a su experiencia con la realidad, en otras palabras, al aplicarse a un caso en concreto. Kant considera que para que estas leyes existan, no pueden nacer de la experiencia, ni de dogmas, sino exclusivamente de la razón, orientada por esos principios naturales. Por eso, menciona que “una doctrina únicamente empírica es una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso” (Kant 2005: 38).

La racionalidad pura se traduce en el pensamiento kantiano de que la experiencia humana trasciende los límites del conocimiento; en consecuencia, esta razón pura debe ser entendida como una metafísica que trasciende a la experiencia y se convierte en verdad inmutable; por ende, no se puede llegar a consolidar una razón pura en meros hallazgos empíricos. De acuerdo a ello, la racionalidad pura práctica es plasmar esta verdad inmutable en la realidad, a través de normas que traduzcan la verdad (imperativo categórico) a través de la voluntad (Kant 1968: 23-24).

Como bien menciona Kersting, citado por Massini:

Kant comparte la convicción, común a todas las versiones de la teoría del derecho natural, de que existe un principio de derecho objetivo, válido intemporalmente y universalmente vinculante, que es accesible al conocimiento humano, que diseña un límite irrevocable entre lo que es derecho y lo que no lo es que obliga a todos y que contiene el criterio con cuya asistencia puede ser juzgada la corrección de la acción humana. (1999: 72)

Esa idea de un principio objetivo para la determinación del derecho es Kant invocando la racionalidad pura práctica, donde “la normatividad

práctico-moral no puede tener su fundamento, ni en los datos empíricos, ni en ninguna afirmación racional aceptada dogmáticamente” (Massini 1999: 73).

Para el desarrollo de la realidad (en este caso, el derecho concretamente), esta racionalidad pura práctica utiliza la ética kantiana para la concepción de un derecho puro y eficaz.

El origen de la ética kantiana se da en la reflexión kantiana sobre una justicia universal. Esta última, gira en torno al imperativo categórico. Antes de detallar esta máxima universal, nace la introducción a la ética de Kant.

A palabras de Villacañas:

La ética, se suele decir, es una disciplina filosófica que se ocupa de la dimensión del deber ser, es decir, que procura brindar pautas normativas para la acción. Una definición de este tipo reposa sobre ciertos presupuestos: se sobreentiende, en primer lugar, que el deber ser —del cual trata la ética— se distingue claramente del ser, del cual se ocupan de un modo descriptivo o explicativo las diversas ciencias particulares (1999: 75)

El estudio del ser es, pues, la ontología. En contraste, lo que Kant bautizó como deontología es el estudio del deber ser, conocido de otra manera como ética. De esta manera, si nos refiriéramos a una concepción deontológica de la justicia, por ejemplo, estaríamos aludiendo a la ética en la justicia, o, mejor dicho: cómo debe ser la justicia.

La concepción deontológica de la justicia kantiana se centra en el imperativo categórico.

Como ya se explicó, la ética Kantiana se centra en el deber ser, lo que refiere a que importa lo que es correcto y no lo que es bueno.

En esa objetividad del deber ser, la moral es la que determina la ética individual. Es aquí donde nace el concepto de máxima.

Una conducta subjetiva que determina la moral del individuo es una máxima. Lo que significa que esta puede ser muy distinta en un

sujeto y en otro. Por tanto, una máxima es caracterizada como una ley moral que parte del principio subjetivo. Estas máximas de las que nos referimos pueden ser buenas o malas, o, lo que es más, correctas o incorrectas. Serán buenas en su mayoría, justamente porque el bien es subjetivo, pero serán correctas o incorrectas de acuerdo al imperativo categórico (Kant 2005: 31-32).

La libertad trascendental solo puede concebirse en la práctica, porque limitar la voluntad al conocimiento científico y lógico es limitar la razón a la misma. Por ello, la libertad debe entenderse como un fenómeno práctico, y nunca meramente teórico (Villacañas 1999: 355-357).

Cuando se hable de una ética universal, esta tendrá que ser práctica, pero concebida desde la razón, puesto que la ética tiene como característica intrínseca la preservación de la libertad.

La libertad del ser humano puede ser condicionada de muchas formas; por ejemplo, a través de reglas técnicas. Ello ocasiona que la ética no sea objetiva, sino, una simple respuesta teórica al accionar cotidiano del individuo, basado en interpretaciones y entendimiento del bien. De esta manera, se limita la libertad, debido a que el legislador cree (desde su subjetividad) que esta conducta tiene que ser limitada y no porque una conducta tenga que ser limitada (Kant 2005: 26-27).

Los imperativos categóricos existen en respuesta a este problema de subjetividad en la ética, lo cual es negado en la filosofía kantiana. Immanuel Kant explica lo siguiente:

El imperativo es una regla práctica, por medio de la cual se hace necesaria una acción en sí contingente. Se distingue de una ley práctica en que ésta representa la necesidad de una acción, pero sin tener en cuenta si ésta en sí misma se encuentra ya presente interiormente de modo necesario en el sujeto agente (en un ser santo, por ejemplo) o es (como en el hombre) contingente; porque en el primer caso no hay imperativo alguno. Por consiguiente, el imperativo es una regla, cuya representación hace necesaria una acción subjetivamente contingente: así pues, representa al sujeto como uno que tiene que ser obligado (necesitado) a concordar con esta regla. El imperativo categórico es el que se piensa una acción como objetivamente necesaria y la hace

necesaria, no de un modo mediato a través de la representación de un fin, que pueda alcanzarse con la acción, sino a través de la mera representación de esa acción misma, es decir, inmediatamente. (2005: 28)

Esto refiere a que esa regla de carácter ético que no está sujeta a condición y permite un actuar, al mismo tiempo limitando otro actuar; todo a forma de obligación, es el imperativo categórico.

Dado lo expuesto anteriormente, Kant resume el imperativo categórico en lo siguiente: “Obra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal” (Kant 2005: 31-32).

Un principio objetivo que es válido para todo ser racional es el imperativo categórico y solo este puede ser considerado como principio ético. La búsqueda del placer o la felicidad no podrá fundamentar ninguno de estos principios (he ahí donde radica su límite). El bien moral, ético, motivado por el respeto de los deberes, se alcanza cuando el sujeto cumple con los mismos. (Espezúa 2003: 86-87).

Como se aclaró anteriormente, los principios inmutables deben originar la doctrina del derecho, la cual se ve materializada en la legislación externa, y la legislación que desarrolla el jurisconsulto. Estos principios metafísicos, se distinguen a través de la racionalidad pura práctica, que se interpreta como: antes que los intereses individuales como la satisfacción o la felicidad, se debe sobreponer los intereses de justicia, libertad e igualdad. Hay casos, no obstante, en los que “una legislación exterior contuviera sólo leyes positivas; pero entonces, debería precederle una ley natural” (Kant 2005: 31).

Tener como eje la justicia deontológica al momento de legislar significa, por lo tanto, sobreponer la justicia a los intereses individuales o las exigencias de la población, sea esta población corriente o perteneciente a la comunidad jurídica.

IV. COSA JUZGADA

Cuando una persona recurre a los entes que imparten justicia, es precisamente porque se ha visto vulnerada o afectada en algún derecho, consecuentemente, lo ansiado por esta parte es que dicho proceso se lleve

a cabo dentro de los parámetros de la legalidad y la buena conducta, de tal forma que se procure alcanzar la deseada justicia.

Sin embargo, ya en el proceso judicial, las expectativas que ha generado el accionante solo podrán ser calificadas como justas e injustas una vez emitida el fallo final. De existir una sentencia que haya amparado las pretensiones de la recurrente, es evidente que la calificación adoptada por la misma será de justa. Sin embargo, distinto impacto tendrá la misma sentencia en la parte demandada, probablemente la sentencia será calificada como injusta. Entonces, la subjetividad en el entendimiento de la justicia se refleja también en la jurisprudencia.

Y es precisamente este criterio de calificación lo que le conduce a la demandada a hacer uso de los recursos impugnatorios que la ley le ha facilitado, para que, de esta manera, pueda hacer valer su derecho en otra instancia. No obstante, puede que, aun conociendo dichos medios impugnatorios, la perdedora no desee impugnar. En ese sentido, el derecho calificará esta conducta como un consentimiento tácito de lo expresado en la sentencia, por tanto, firme.

Como podemos ver, la sentencia no es meramente una resolución judicial que contiene una decisión, sino que, es la materialización de la justicia que se espera alcanzar. Una vez emitida la sentencia, el Estado, tiene el deber de garantizar que lo decidido por los jueces goce de eficacia, y consecuentemente, de seguridad jurídica para quienes la exigen.

Esta seguridad jurídica no es otra cosa que lo obtenido a través de la cosa juzgada, que en palabras de Liebman citado por Landoni es **una cualidad que la ley le da a la sentencia** para que la misma goce de estabilidad (2003: 297) [la negrita es nuestra].

Por su parte, Couture refiere que la cosa juzgada es eficaz cuando es inimpugnable, es decir, no procede impugnación alguna contra ella, es inmutable, es decir, ninguna autoridad puede alterar los términos que se han sostenido en la sentencia, y, por último, toda sentencia venida en la calidad de cosa juzgada es susceptible de ser ejecutada (Carrillo y Gianotti 2013: 376).

También, es necesario precisar que, la cosa juzgada o *res judicata* no siempre ha sido entendida como lo que hoy conocemos, pues, en sus orígenes, el derecho romano la concebía como un efecto de la sentencia. Esta acepción ha traído una serie de cuestionamientos en vista de que la cosa juzgada no es una consecuencia directa de una sentencia, sino una calidad especial impuesta desde afuera por el ordenamiento jurídico para dotar de seguridad jurídica a la sociedad (Carrillo y Gianotti 2013: 375). Ello quiere decir que la cosa juzgada es una consecuencia del proceso.

Debido a que el derecho es discrecional en cuanto a la nomenclatura de sus términos, hay quienes han optado por separar a la cosa juzgada en cosa juzgada material y cosa juzgada formal, para advertir si esta se pronuncia o no sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, esta división es arbitraria, y Fenoll ya identificó que ello no es más que una malinterpretación de las ideas de Savigny, puesto que ambas son lo mismo, ya que lo que caracteriza a la cosa juzgada es la seguridad jurídica que esta concede (Hurtado 2009: 124).

Siendo esta su real esencia, pasaremos a detallar cuándo entra en aplicación la seguridad jurídica que concede la cosa juzgada, para ello es imprescindible recurrir a la regla de la identidad, que comprende la identidad objetiva y la identidad subjetiva. La primera está referida a que no se podrá revivir el proceso (o iniciar uno nuevo) que haya adquirido calidad de cosa juzgada si el objeto de la controversia fuera el mismo que el resuelto por la sentencia que adquirió la calidad de cosa juzgada. Segundo, no se podrá revivir un proceso con sentencia que tenga calidad de cosa juzgada en el que participen las mismas personas (Landoni 2003: 310-311). Esta regla garantiza que las partes gocen de seguridad jurídica. En este sentido, se entiende que la sentencia que haya obtenido calidad de cosa juzgada no puede ser revisada cuando participan las mismas partes procesales pretendiendo la controversia de la misma materia procesal sobre el mismo objeto. Esta seguridad jurídica se ampara en el principio “non bis in ídem” y concede que, en caso de pretenderse la realización de un nuevo juicio con el mismo contenido, se pueda apelar a la cosa juzgada como excepción en el proceso.

Ahora bien, siendo ello así, vemos que la cosa juzgada cumple un rol fundamental en la sociedad, ya que procura que las relaciones jurídicas sean llevadas a cabo respetando la paz, seguridad y justicia.

No obstante, es preciso señalar que no todas las relaciones jurídicas se desarrollan dentro del marco de lo correcto, sino que, muchas veces esas relaciones están envueltas de fraudes, irregularidades, etc. Es por ello que, siendo conscientes de estas falencias, consideramos al igual que Landoni que la cosa juzgada no es un valor absoluto, sino uno relativo, susceptible de poder ceder frente a hechos causan grave perjuicio ante la necesidad de tutelar la verdad como contenido intrínseco de la justicia (2003: 360). He aquí nuestra justificación, la que procedemos a motivar a continuación.

V. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA REVISIÓN CIVIL

Dos son principalmente los ejes del problema que nos es relevante en la presente investigación: la indeterminación de un entendimiento de la justicia (lo cual ha sido aclarado desde una perspectiva deontológica de la misma) y la poco perceptible efectividad del sistema judicial en el tercer mundo.

Los valores son culturales. Es decir, en una cultura en la que el acceso a la educación, la salud y una adecuada alimentación es gratuito, los crímenes patrimoniales se reducirán, observándose en consecuencia un respeto más profundo por los valores imperativos en toda sociedad. En cambio, en una cultura en la que existe mucha pobreza, se ampara abiertamente la crisis medioambiental y se perpetra un sinnúmero de crímenes a diario, los valores se deterioran, encerrando a la cultura en un círculo vicioso en el que los resultados son cada vez más nefastos. Los recientes escándalos en el poder judicial y la disfuncionalidad parlamentaria a la que ya nos hemos habituado son la prueba más clara de que el derecho se encuentra distorsionado tanto en su generación, como en su aplicación.

La cosa juzgada, como ya se ha señalado, es la forma a través de la cual se otorga seguridad jurídica a las partes del proceso (o más bien a la parte vencedora, en el proceso civil). Sin embargo, en un país que descubre a diario delitos que giran en torno a la corrupción, no es

novedoso encontrar procesos civiles en los que la sentencia haya sido consecuencia de la misma.

¿Cuál es entonces la seguridad jurídica que otorga la cosa juzgada si muchas sentencias que adquieren esta autoridad son consecuencia de ilegalidades?, ¿es, en este sentido, más importante la seguridad jurídica de la parte vencedora (que por cierto es ilegítima cuando hubo ilegalidad) que la justicia?

La respuesta es evidente: la seguridad jurídica de la parte vencedora (en ciertos casos de ilegitimidad) es con exacerbación menos importante que la justicia, pues esta última es el objetivo a priori del proceso judicial.

En tal sentido, desde una posición deontológica de la justicia, resulta imperativo que esta seguridad jurídica sea resquebrajada siempre que existan razones (sobre todo de ilegitimidad) que obstaculicen el logro de la justicia.

La revisión civil es, en definitiva, un paso importante para que el derecho procesal se reencuentre con los valores inmutables de los que hablaba Kant.

La oposición a esta figura seguramente se amparará en la defensa de la seguridad jurídica. Sin embargo, como ya se advirtió, la justicia, como valor inmutable de la humanidad, debe preservarse antes que las exigencias de la comunidad jurídica.

Es muy probable que se interprete la seguridad jurídica como un principio más justo que la revisión de sentencias ilegítimas con autoridad de cosa juzgada. Para ello, lo siguiente.

Ya se han identificado ciertos parámetros para que una ley, partiendo de una justicia deontológica, sea considerada justa. Una razón pura práctica debe dar origen a la ley justa. Para ello, la ley no puede responder a datos empíricos o estadísticas, ni mucho menos a intereses individuales. La ley tiene que responder más bien a los principios inmutables de la humanidad, es decir, libertad, igualdad y justicia. En segundo lugar, la ley tiene que maximizarse a través del imperativo categórico para ver si esta puede aplicarse a todos los casos en la realidad.

La seguridad jurídica desde la perspectiva de la cosa juzgada es una seguridad que nace en respuesta a la legitimidad del proceso. El hecho que una sentencia con autoridad de cosa juzgada sea firme y justa debe generar, sin reparo, seguridad jurídica. Sin embargo, acudir a la autoridad de cosa juzgada en una sentencia cuyo proceso fue ilegítimo, significaría dar seguridad jurídica a la parte que obtuvo sentencia favorable debido a alguna ilegitimidad. Ello es, evidentemente, injusto. Para evitarlo, la figura de revisión civil es eficaz y adecuada. La revisión civil, al permitir que se revisen sentencias o autos con autoridad de cosa juzgada, limita la capacidad absoluta de dicha autoridad. Aunque es necesario aclarar que la revisión civil no procede siempre que la autoridad de cosa juzgada se haya obtenido legítimamente.

Como podemos observar, que la autoridad de cosa juzgada en su forma de seguridad jurídica sea un derecho limitado (con la excepción de que la sentencia se pueda revisar si se dio con alguna ilegitimidad de por medio, o por el desconocimiento de un derecho) en este caso por la revisión civil, concede que el final de los procesos sea más justo, y paradójicamente, genere mayor seguridad jurídica, pues recordemos: la seguridad jurídica no debe satisfacer únicamente a la parte vencedora, sino también a la perdedora y a la ciudadanía en general.

Al ser además la revisión civil una figura que puede aplicarse a todos los casos en los que hubo ilegitimidad, cumple con el rol de un imperativo categórico. Siendo no solo una figura justa, sino también ética.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REVISIÓN CIVIL

Von Ihering sostiene que “la resistencia contra una injusticia ofensiva, contra la lesión de un derecho, es un deber. Es el deber del afectado para consigo mismo, pues es un mandato de la auto conservación moral; es un deber para con la comunidad, pues es necesario para que se realice el derecho” (s/a 2013)¹. Es por eso que los habitantes de una sociedad ordenada por el derecho pueden acceder a mostrar inconformidad hacia las sentencias o autos a través de la impugnación.

1 Ver el anexo de las citas de páginas web, imagen 1

La oposición y rechazo en materia procesal, se configura a través los medios impugnatorios.

Los medios impugnatorios son formas de representar la idoneidad para suprimir los vicios que afectan el proceso, a fin de lograr que se restablezca su legalidad, con la finalidad de eliminar el agravio que se le provoca al impugnante. Se busca a través de la impugnación disminuir la injusticia en el proceso (Hinostroza 2012: 16-22).

Podemos desdoblar la teoría impugnatoria en dos grandes grupos: la teoría impugnatoria recursal y la teoría impugnatoria mediante pretensión autónoma.

En el primer grupo, encontramos a los recursos. Estos son medios de ataque que se dirigen contra resoluciones judiciales que causan un supuesto agravio a quienes interponen dicho recurso, a fin de que se lleve a cabo un reexamen de la resolución. A través de este medio de ataque no se inicia un nuevo proceso, se continúa el existente, llevándolo a un nuevo grado de conocimiento o, jurídicamente, a una nueva instancia. No existe nueva controversia, ni relación procesal.

En el segundo grupo encontramos a los medios de ataque. Estos medios de ataque son propios de la pretensión autónoma y parten de la teoría de la acción autónoma.

La teoría de la acción autónoma señala que aquel que haya sido lesionado oportunamente en su derecho, tiene el derecho intrínseco de accionar. Windscheid sostuvo que toda violación o desconocimiento de un derecho da cabida a la posibilidad de una pretensión autónoma a favor del afectado con la finalidad de resarcir el daño (Avilez s/f)².

CAVANI menciona:

Contra resoluciones cuando el proceso ha concluido formalmente, la vía para impugnar ya no es un recurso, sino, estrictamente, una demanda, dando inicio a un nuevo proceso. De ahí que se hable de pretensión autónoma, esto es la formulación de una nueva causa de pedir con un nuevo pedido (pretensión), constituyendo el acto inicial de un

2 Ver el anexo de las citas de páginas web, imagen 2.

proceso autónomo respecto del primero, que es aquel que contiene la resolución o resoluciones judiciales impugnadas. La autonomía, pues, radica en que el segundo proceso es diferente del primero, con otra pretensión y, de ahí, otro objeto litigioso (2013: 17).

En esta idea, es objetivo vincular la teoría de la acción autónoma, pues, en caso que haya existido desconocimiento de un derecho o este se haya violado, es necesario que se realice una demanda con la finalidad de que se resarza el daño.

Según la doctrina, en este segundo grupo encontramos también a los remedios, estos se ejercitan vía acción autónoma, bajo la discrecionalidad de la parte agraviada, ya sea por vicio o error presente en un acto procesal, con la evidente finalidad de obtener una sentencia justa. Este remedio no se puede invocar contra resoluciones.

Es importante saber reconocer cuando un acto jurídico procesal se constituye o no dentro del proceso, para ello: los actos jurídicos procesales son “aquellos actos producidos dentro del procedimiento, en la tramitación por los órganos jurisdiccionales, las partes o terceros, y que crean, modifican o extinguen derechos de orden procesal” (Ossorio 1999: 1038). En tal sentido, un acto jurídico procesal puede darse dentro del proceso, al emitirse una resolución que pone fin al proceso, o incluso mediante un medio impugnatorio que modifique dicha resolución.

En nuestro vigente Código Procesal Civil se describe como antecedente inmediato de nuestra materia de investigación a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Inteligentemente, esta figura de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no es ubicada dentro de los medios impugnatorios, pues la sistematización de estos es bastante escueta.

La finalidad de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta no es pues subsanar un error (fundamento a priori de los medios impugnatorios), sino, declarar la nulidad de las resoluciones que, con autoridad de cosa juzgada, sean resultado de un proceso seguido con fraude o colusión.

Sin embargo, la revisión civil propuesta en el proyecto de reforma al Código Procesal Civil es, por muchas razones (tal cual se explicará

en su oportunidad) diferente a esta figura de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

¿Dónde se ubica la revisión civil?

De acuerdo al Código Procesal Civil, los medios impugnatorios se clasifican escuetamente en remedios y recursos. La diferencia sustancial identificada por la legislación peruana yace en que los remedios se interponen contra actos procesales **no contenidos en resoluciones**, mientras que los recursos se interponen contra resoluciones para que se subsane el vicio o error alegado en parte de la resolución o en su totalidad.

Conforme con aquella definición, la revisión civil no puede ser un remedio, pues, de acuerdo con el art. 356° del Código Procesal Civil, los remedios se formulan para obtener la subsanación de actos procesales que no hayan sido contenidos en resoluciones. En ese sentido, demandar la revisión de una sentencia o auto sería demandar contenido de una resolución, contenido que, según nuestro Código Procesal Civil, no se revisa mediante remedio.

Conforme también con el art. 356°, los recursos impugnatorios se formulan con la finalidad de que una resolución que haya incurrido en vicio o error sea subsanada en su totalidad o en parte. Y, debido a que la revisión civil demanda, en efecto, que se revise una resolución que, desde muchas circunstancias haya tenido problemas en el transcurso del proceso, la sentencia que se pretende revisar estará muchas veces bien formulada y motivada; sin embargo, el error no será inherente a la resolución, sino más bien al proceso en general. Es por eso que la revisión civil no puede ser considerada un recurso.

Podríamos concebir a la revisión civil como medio de ataque extraordinario y excepcional, excepcionalidad que radica en que se impugna una resolución que adquirió calidad de cosa juzgada. Que dicho sea de paso no debería confundirse con la clasificación que hace la doctrina francesa de los recursos, en ordinarios y extraordinarios, que es válido para los medios impugnatorios recursales. Y la revisión civil no es un recurso. Esta característica de extraordinario es más bien porque ordinariamente no se pueden revisar las sentencias que hayan adquirido autoridad de cosa juzgada. Valga la aclaración, a fin de no

colocar a esta figura de la revisión civil en otros campos procesales. (Cavani 2013: 201-203).

A modo de recordar el antecedente de la revisión civil, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta persigue la nulidad de una resolución y, como ya se mencionó, esta figura no es un medio impugnatorio porque es un mecanismo que se constituye por sí solo, ataca tanto a resoluciones judiciales como también a actos de parte con la finalidad de obtener la nulidad de estos. Ataca resoluciones judiciales cuando está contenida en un recurso (de apelación o casación, por ejemplo), y ataca actos de parte cuando ha existido un vicio o error. Esto provoca que mantenga similitud con la revisión civil; no obstante, la revisión civil no pretende la nulidad, sino demandar que se revise la sentencia o auto que puso fin al proceso, con la finalidad de que aunque no se declare la nulidad, se recomponga la justicia al derecho procesal.

En conclusión, desde una perspectiva deontológica de la justicia, la revisión civil será una demanda de pretensión autónoma que interpone el agraviado por algún proceso civil con la finalidad de restaurar la justicia y no verse afectado por actuaciones ilegítimas, aun cuando se tenga que romper la supuesta seguridad jurídica que concede la autoridad de cosa juzgada de una sentencia.

VII. CAUSALES DE REVISIÓN CIVIL EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL EN UNA CONCEPCIÓN DEONTOLÓGICA DE LA JUSTICIA

Es imprescindible acudir siempre a la interpretación del derecho que más satisfaga la objetividad del mismo, pues, el Derecho está sufriendo un fenómeno de fragmentación tan profundo que ya nada es estable. Todo se relativiza y cada vez aparecen más términos, que lejos de ser convenientes, desenvuelven un caos que provoca entender el derecho de formas incluso opuestas (Monroy 2002: 226-227)

A continuación, por premura del espacio, y porque aún hay mucho que estudiar sobre la novedosa figura de revisión civil, contextualizaremos grosso modo las causas para que una sentencia o auto que haya finalizado formalmente el proceso pueda ser revisada, ello desde un

enfoque centrado en la justicia para obtener mayor objetividad, y acorde a lo ya expuesto.

Se podrá demandar la revisión civil de una sentencia o auto que ponga fin al proceso:

- a) Si el juez incurrió en concusión o cohecho

Entendiendo que tanto la concusión, como el cohecho son delitos contra la administración pública, y entendiendo que el proceso civil forma parte de la administración pública. Desvirtuar esta parte de la administración, de tal suerte que el juez solicite, obligue, acepte o reciba algún beneficio para sí o para terceros con la finalidad de distorsionar su obligación para con el proceso, revela una clara injusticia.

En este sentido, resulta imperativo determinar que la sentencia o el auto que pone fin al proceso y ha devenido de la ilegitimidad advertida vulnera la seguridad jurídica de la parte perdedora del proceso. Por eso, es completamente posible, y más aún, necesario permitir la revisión civil en estos casos.

- b) Si la parte que perdió el proceso se siguió el proceso en rebeldía por emplazamiento inexistente y por tal razón estuvo imposibilitada de conocer la existencia del proceso

De acuerdo al art. 155° del Código Procesal Civil, el acto de notificación tiene la finalidad de que los interesados en un proceso civil tengan conocimiento de las resoluciones judiciales emitidas. El emplazamiento es el acto procesal mediante el cual se pone en conocimiento del demandado el inicio de un proceso en su contra. Es un típico acto de notificación, sin embargo, tiene una considerable trascendencia en el proceso, habida cuenta de que es el momento en que la relación jurídica procesal queda perfeccionada (Monroy 1996: 227).

La rebeldía, de acuerdo al art. 459° del Código Procesal Civil se consolida cuando el demandado, en el plazo para contestar la demanda, y habiendo sido notificado válidamente, no la contesta.

Fuera de la validez de la notificación. El hecho de que, por una u otra razón, el demandado no haya sido emplazado, provoca que este no tenga conocimiento del proceso, por lo tanto se le vulnera el derecho a la defensa, y en consecuencia, el principio de seguridad jurídica.

En ese sentido, es absolutamente conveniente que el demandado que no haya sido emplazado pueda demandar la revisión civil de una sentencia que le haya afectado.

- c) Si hubo desconocimiento del proceso por la parte perdedora debido a que el representante que actuó en su nombre no contaba con poder vigente

El poder de representación que se le otorga a un representante, de acuerdo al Código Procesal Civil, solo tiene vigencia hasta que el proceso termine o hasta que el representado opte por acudir a otro representante. En ese sentido, si la representación de la parte perdedora del proceso ya no era legítima por haberse agotado su vigencia debido a lo anteriormente mencionado, y más aún, todo esto en desconocimiento de la parte perdedora, entonces es completamente legítimo demandar la revisión civil para que el poder de representación sea legítimo y de este modo se legitime también la seguridad jurídica de la parte perdedora.

- d) Si se demuestra la existencia de coacción o violencia provocada por la parte vencedora

Coaccionar a otro, en una perspectiva del derecho penal, implicaría, en un proceso civil, que el vencedor haya inducido mediante amenaza o violencia a la parte perdedora o al juez a actuar de manera ilegítima. Tanto coaccionando al juez o a la parte perdedora, el hecho de que el vencedor haya actuado en ilicitud para obtener una sentencia o auto favorable implica ineludiblemente una injusticia, por lo que resulta legítimo conceder que se revise la sentencia o auto.

Asimismo, si la coacción o violencia provocada por la parte vencedora se entendiera desde una perspectiva semántica, la Real Academia Española define a la coacción como “Fuerza o

violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo” (2017). En virtud de esta definición, tanto coaccionando al juez o a la parte perdedora, la ilegitimidad en el proceso civil es identificable con facilidad, por lo que no se puede hablar, en tal sentido, de seguridad jurídica, mucho menos de justicia.

- e) Si hubo colusión entre las partes en perjuicio de un tercero

La perspectiva penal en esta causal queda descartada.

Según el art. 384º del Código Penal, la colusión se configura cuando un funcionario público pacta con algún interesado defraudar al estado a través de una contratación ilegítima con el mismo. Entendiendo que en las partes de un proceso civil resulta irrelevante su condición de ciudadano (debido al principio de igualdad ante la ley), no resultaría lógico aplicar esta causal teniendo como perspectiva el art. 384º.

Resulta, en cambio, conveniente y lógico, considerar la perspectiva semántica de colusión. La Real Academia Española define a la colusión como “Pacto ilícito en daño de tercero” (2017). Esta definición encaja perfectamente con lo esperado con la causal. En ese sentido, esta pretende conceder la demanda de una revisión civil en caso de que las partes procesales hayan llevado un proceso ilegítimo con la finalidad de perjudicar a un tercero. El tercero tendrá la completa legitimidad para demandar la revisión civil, pues ha sido evidentemente agraviado con el proceso, lo que resulta absolutamente justo.

VIII. CONCLUSIONES

1. El tercer mundo presenta valores deteriorados. El derecho no representa en este una forma de obtener una sociedad donde se garantice el respeto por los derechos y se lesione lo menos posible los bienes jurídicos.

Es propio de este tercer mundo tener, como consecuencia de la degradación de los valores y principios sociales, instituciones degeneradas. Al estar las instituciones degeneradas, el derecho es utilizado como una herramienta (valiéndose de la discre-

cionalidad judicial en la interpretación jurídica) para obtener resultados subjetivos que se justifican en una interpretación aleatoria de los principios y las normas. Por lo tanto, la administración de justicia en el Perú ha devenido en poco confiable, teniendo como consecuencia de ello que muchas sentencias y autos emitidos por el Poder Judicial sean consecuencia de ilegitimidades o desprotección de derechos.

2. Para evitar la subjetividad excesiva en la interpretación de las leyes y los principios, lo más adecuado es, lógicamente, lograr la máxima objetividad posible en la interpretación mencionada. Por eso, nuestro marco teórico giró en torno a una justicia deontológica, en la cual: “la legislación exterior (es decir las leyes) solo pueden ser resultado de racionalizar los principios inmutables de la humanidad. La libertad, justicia e igualdad son el pilar de estos principios, y su racionalización es posible a través de maximizar el imperativo categórico como una ética universal. Para ello, las leyes responden a circunstancias que puedan ser tratadas en contextos diminutos y también en los contextos más amplios. Las leyes no deben responder a datos empíricos ni estadísticos, no deben responder a ideologías o doctrinas, ni mucho menos responder a exigencias de algún sector en específico. Las leyes deben responder únicamente a maximizar la libertad, buscando igualdad y obteniendo como resultado la justicia”.
3. La (en nuestra legislación) novedosa figura de revisión civil pretende que las sentencias o autos que pongan fin definitivo al proceso, es decir, que obtengan autoridad de cosa juzgada habiéndose pronunciado o no sobre el fondo de la controversia, puedan ser revisados generalmente en dos circunstancias: cuando hubo ilegitimidad en el proceso y cuando hubo desconocimiento de derechos. En ese sentido, teniendo en cuenta que la autoridad de cosa juzgada de una resolución en el proceso civil concede seguridad jurídica a la parte vencedora, esta resolución es pasible de revisión, porque la seguridad jurídica es un derecho que se limita por la vulneración de la seguridad jurídica de otra persona, en este caso, de la parte perdedora.

Siguiendo entonces el lineamiento kantiano de la justicia deontológica, hemos encontrado absolutamente justificada una futura existencia de la revisión civil.

4. Debido a que el derecho en general se ha fragmentado de manera muy específica y las nomenclaturas que se colocan a las clasificaciones son en su mayoría arbitrarias, hemos optado por centrarnos en las clasificaciones y definiciones que presenten un mejor argumento y sentido lógico. Por lo tanto, siguiendo el lineamiento de la teoría de las normas, y centrándonos en el art. 356º, hemos concluido que la revisión civil no puede considerarse ni recurso, ni remedio impugnatorio. Sin embargo, entendiendo que la finalidad de la impugnación es evidenciar el vicio o error procesal y buscar la máxima satisfacción de la justicia en el proceso, la revisión civil sí es un medio de impugnación, en este caso, uno excepcional y extraordinario que, siguiendo la postura de Cavani, hemos entendido como pretensión autónoma que se demanda, postura que también comparte el proyecto de reforma al Código Procesal Civil.

Asimismo, optando por las definiciones más lógicas, se ha justificado la adecuada existencia de las futuras causas que puedan dar origen a una revisión civil.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAVAREZ, Hugo y COAGUILA, Percy

2010 Deontología jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas

AVILEZ, José

s/f La acción, La Pretensión. Consulta: 27 de agosto de 2018
<https://m.monografias.com/trabajos12/accpret/accpret.shtml#TEORIAS>

CARRILLO, Alfredo y GIANOTTI, Sergio

2004 “Cosa Juzgada vs. ¿Cosa Juzgada? Sobre la inmutabilidad de las resoluciones judiciales provenientes del Proceso de Ejecución”. En *Ius Et Veritas*. Lima: s/e, número 47, pp. 374-385

CAVANI, Renzo

2018 Teoría Impugnatoria Recursos y revisión de la cosa juzgada en el Proceso Civil. Lima: Gaceta Jurídica.

CIURO, Miguel

1993 Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. Rosario, Argentina: Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

ESPEZÚA, Boris

2003 Ética de la Justicia: Igualdad y no Discriminación ante la Ley. Lima: Logo Sagrado Editores.

FISCHER, Kuno

1957 Vida de Kant e Historia de los Orígenes de la filosofía Crítica. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada.

HINOSTROZA, Alberto

2012 Derecho Procesal Civil. Tomo V. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

HURTADO, Martín

2009 Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Lima: Editorial Moreno S.A.

KANT, Immanuel

1968a Crítica de la Razón Práctica. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Losada.

2005b La Metafísica de las Costumbres. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Tecnos.

LANDONI, Ángel

2003 La Cosa Juzgada: Valor Absoluta o Relativo. Uruguay: s/e.

MASSINI, Carlos

1999a "La Concepción Deontológica de la Justicia: El Paradigma Kantiano". En Revista de la Universidad de Mendoza. Mendoza, s/a, s/n. pp. 69-95.

2010b “Iusnaturalismo e Interpretación Jurídica”. En Revista de Universidad de la Sabana. Chía, volumen 19, número 2, pp. 399-425.

MITIDIERO, Daniel

2014 “Tutela de los derechos, proceso civil y Estado Constitucional”. En Gaceta Civil y Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica, s/n, pp. 183-204.

MONROY, Juan

1996a Introducción al Proceso Civil. Lima: Temis.

2002b “Criterios para la identificación de las distintas formas de tutela procesal civil”. En Relatorio Nacional presentado al VII Seminario Internazionale su Formazione e Caratteri del Sistema Giuridico Latinoamericano e Problemi del Processo Civile. Lima: Universidad de Lima, s/n, s/v, pp. 224-241.

OSSORIO, Manuel

1999 Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Lima: Editorial Heliasta.

Real Academia Española

s/f consulta: 2 de septiembre de 2018, <http://www.rae.es/>

s/a

2013 Medios Impugnatorios en el Código Procesal Civil. Consulta: 1 de septiembre de 2018. <http://derechoestudiante.blogspot.com/2013/06/medios-impugnatorios-en-el-codigo.html?m=1>

VILLACAÑAS, José

1999 “Kant”. En Historia de la Ética. Barcelona: Crítica, pp. 315-404.

X. ANEXOS

Anexo de la cita de página web N.º 1:

DERECHO DE IMPUGNACIÓN

La doctrina reconoce que el ejercicio de las impugnaciones está sujeto al principio general de la iniciativa de parte y corresponde como regla general de la parte interesada y a ella sola (excepcionalmente a terceros) el promover la revisión de la decisión recaída que considere errada y lesiva de sus intereses. Al respecto resulta grato recordar la frase de RUDOLF VON IHERING cuando sostiene (3) que “la resistencia contra una injusticia ofensiva,... contra la lesión de un derecho..., es un deber. Es el deber del afectado para consigo mismo, pues es un mandato de la autoconservación moral; es un deber para con la comunidad, pues es necesario para que se realice el derecho”

Anexo de la cita de página web N.º 2

En este sentido, el profesor Alemán Windscheid, influenciado por sus estudios romanísticos y civilísticos, en el año de 1856 publica su obra in titulada “La actio” de derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual”, donde expresó que mientras en Roma la acción era el derecho, en Alemania, para la época, el derecho era primero que la acción, pero además, esa actio romana era el anspruch o pretensión material, concebida como el reclamo de la prestación debida cuando ha de trasladarse al proceso,

Windscheid, sostuvo que toda violación o desconocimiento de un derecho sustancial, producía una pretensión a favor del lesionada y en contra del violador, para obtener de esta manera, el resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación, pretensión que podía obtenerse en forma espontánea, cuando quien había lugar a ella reparaba el daño o pagaba lo debido; o en caso contrario, a través de la actuación de la jurisdicción, por lo que la pretensión material, se convertía en acción.

Publicado: noviembre 2018
Este libro se terminó de imprimir
en noviembre del 2018 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú
