

BIBLIOTECA DEL ABOGADO PROCESALISTA

Manual del Código Procesal Civil



G ACETA
JURIDICA

BIBLIOTECA DEL ABOGADO PROCESALISTA

Manual del Código Procesal Civil

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

PRESENTACIÓN

A pesar de ser una ciencia relativamente nueva, el Derecho procesal ya ha experimentado profundas crisis que lo han llevado a perder el rumbo en el papel que le ha conferido el Derecho. Una de ellas, quizá la más feroz, fue la ocasionada por el automatismo de la novel disciplina, que la doctrina propagó intensamente hasta la primera mitad del siglo XX. La enorme cantidad de teorías y doctrinas que pugnaban por explicar el proceso a través de él mismo, y la búsqueda por expiar cualquier tipo de injerencia del Derecho material, hizo que se pierda completamente de vista que era este último lo que justificaba la existencia del Derecho procesal. Pero felizmente esta situación no fue irremediable.

A partir del cambio de paradigma de la importancia de la Constitución y su fuerza normativa en el sistema jurídico, el Derecho procesal pasó a ser su principal herramienta para guarecerse de las violaciones a los preceptos que ella consagraba. Surge así lo que se conoce como jurisdicción constitucional. Pero también se advirtió, en este relacionamiento intenso entre proceso y Constitución, que el primero consagraba disposiciones esenciales que adquieren rango constitucional, tales como el juez natural, la inapartabilidad de la jurisdicción, el contradictorio, el derecho de defensa, la imparcialidad; figuras que integran la cláusula general del *due process of law*. Y este vínculo entre Derecho procesal y Derecho constitucional ha sido llevado mucho más allá, afirmándose la necesidad de que exista un clima de colaboración entre el juez y las partes, sustentado en el derecho fundamental de participación y en la buena fe. Esto, que es novedad para el Perú, no lo es para ordenamientos como el alemán, francés, portugués y brasileño.

El Derecho procesal, qué duda cabe, ha evolucionado y adquirido nuevos roles en las relaciones sociales con relevancia jurídica, y la doctrina contemporánea ha buscado seguirle el paso, en mi opinión, con resultados bastante prometedores. Sin embargo, la riqueza conceptual que aún falta profundizar aparentemente no tiene límites (al menos no por ahora). Como ha advertido un perspicaz autor, el Derecho procesal no ha sido inmune a la

transformación del pensamiento jurídico contemporáneo operado en el siglo XX⁽¹⁾, la cual dejó atrás el rígido método positivista para pasar a reconocerle fuerza normativa a la Constitución, como ya fue mencionado; construir una verdadera teoría de los principios, con la consecuente distinción entre texto normativo y norma; reconocimiento del papel creativo de la actividad jurisdiccional en la interpretación de los textos normativos; y lograr la consagración de los derechos fundamentales. A partir de allí es que los cultores del Derecho procesal, en la actualidad, tienen muchos otros campos para desarrollar su disciplina, como en el caso de la teoría general del Derecho, el Derecho comparado, la sociología del Derecho, etc.

En la presente obra, los autores participantes son conscientes de esta vertiginosa evolución del Derecho procesal, y realizan enfoques muy especializados sobre las categorías más importantes de dicha disciplina. Así, María Elena Guerra realiza un ensayo crítico sobre el proceso único de ejecución, preguntándose con mucha pertinencia si realmente se trata de una vía privilegiada para la tutela del derecho de crédito. Luego, Martín Hurtado presenta un acucioso estudio comparado del sistema de casación española, ofreciendo un nuevo panorama de estudio para mejorar nuestro modelo. Más adelante Luis Genaro Alfaro elabora un amplio estudio sobre el fundamento constitucional del derecho a la prueba, destacando los alcances de dicho derecho fundamental y las restricciones legales que debe padecer. Inmediatamente después viene una interesante contribución de Erick Veramendi desarrollando la figura de la oposición en el procedimiento cautelar, a propósito de la modificación producida por la Ley N° 29384 en el 2009. Le sigue el interesante ensayo de Arnaldo Ramos Lozada en donde expone las pretensiones que pueden plantearse en un proceso colectivo en donde se busca tutelar derechos difusos. Finalmente, se encuentra un artículo de quien escribe sobre la aún escasamente desarrollada relación entre presupuestos procesales e ineficacia procesal.

Espero que este libro sea de utilidad al lector no solo para sacar provecho de la rigurosa información doctrinaria, legislativa y jurisprudencial que encontrará a lo largo de la obra, sino también para evidenciar que la doctrina patria viene haciendo grandes esfuerzos por estar en sintonía con los nuevos cambios que sigue experimentando el Derecho procesal.

Renzo I. Cavani Brain
Coordinador de la obra

(1) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. I, 12ª ed. revisada, ampliada y actualizada. Jus Podivm, Salvador, 2010, pp. 23-26.

J. María Elena Guerra Cerrón

**Proceso único de
ejecución: una vía
“privilegiada”**



Proceso único de ejecución: una vía “privilegiada”

J. María Elena Guerra Cerrón(*)

La autora desarrolla los aspectos más importantes del proceso único de ejecución afirmando su importancia como respuesta a las necesidades del mercado crediticio, sin dejar de advertir que al ser considerado una vía privilegiada por contener ciertas restricciones probatorias, no debe encontrarse exento de la dirección del juez, quien podría requerir pruebas adicionales para establecer que la obligación sea cierta, expresa y exigible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 689 del Código Procesal Civil.

INTRODUCCIÓN

Si bien el *nomen juris* es de proceso único de ejecución, de acuerdo a las prestaciones pretendidas, hay diferentes regulaciones previstas, ejecución de obligación de dar suma de dinero, de dar bien mueble determinado, de hacer, de no hacer, de resoluciones judiciales o de garantías.

En esta oportunidad, nuestro trabajo tiene por objeto resaltar la importancia de este proceso en su relación con la actividad económica y por ende con el crédito (obligación patrimonial) y también con el principio de buena fe, aunque la regulación general alcanza a cualquier tipo de ejecución. Sin embargo, y sin perjuicio de la importancia invocada, se tiene

(*) Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima (UL). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesora de la UNMSM y UL. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal (ADEPRO) y del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Fiscal Superior Civil del Callao.

presente el derecho de contradicción, derecho de probar y la función jurisdiccional en el proceso único de ejecución.

En el contexto de las MYPE (aunque no se excluye a cualquier otra persona natural o jurídica), en los medios de comunicación cada vez se lee más respecto al incremento de servicios para realizar operaciones de crédito, siendo el préstamo el que más destaca, y los mecanismos para facilitar el acceso al crédito, ello con la finalidad de promover el desarrollo de los agentes y de la economía nacional. Por un lado, existen una serie de opciones que hacen atractivo obtener financiamiento, sin embargo frente a esta “facilidad”, también leemos bastante sobre las “estrategias de los procesos de cobranza” y de la “seguridad en la recuperación de créditos”. Para neutralizar el riesgo del crédito, se constituyen garantías ya sean personales o reales.

De lo afirmado en líneas arriba notamos que la palabra recurrente es el crédito, término del cual podemos señalar lo bueno, lo malo y lo feo. Lo bueno es que se puede obtener dinero para poder invertir con el compromiso de devolverlo en las condiciones pactadas; lo malo es que el acreedor no siempre recupera su dinero con la misma facilidad que lo entregó, ya sea por una falta de cultura de pago o simplemente por la insolvencia del deudor; y finalmente lo feo es que se tenga que pedir tutela jurisdiccional para exigir el cumplimiento de la obligación, ante la existencia del denominado conflicto de interés.

Frente a lo malo, hay una serie de estrategias de recuperación de créditos, atendiendo a las características de los clientes (producto, saldo moroso, días de mora, etc.), lo que se denomina “gestión de cobranza”. En una entrevista, publicada en el diario *Gestión*, realizada a Marcos García Injoque sobre “estrategias de los procesos de cobranza”⁽¹⁾, a la pregunta ¿cómo distinguir qué conviene aplicar?, el entrevistado respondió: “Hoy es común efectuar gestiones de cobranza preventivas, las que se realizan sobre deudas que aún no han vencido, con el propósito de generar cultura de pago en segmentos recientemente ‘bancarizados’ o sobre aquellos clientes con un comportamiento previo inadecuado. Lo ideal es iniciar

(1) Entrevista a Marcos García Injoque, Presidente de Edubank, organización especializada en la formación y capacitación de profesionales de créditos y cobranzas. *Gestión*, jueves 16/12/2010, p. 28.

una gestión de cobranza basada en el análisis de distintas variables y no limitarse a segmentar la cartera atrasada en función de los días de mora”. Luego está la llamada “cobranza blanca” y también el apercibimiento de remitir la información a una base de datos de morosidad.

Si finalmente ninguna estrategia da resultado, es imperativo acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela.

Así, el crédito constituye un bien jurídico que requiere una tutela especial por tener un carácter valioso para la actividad comercial, económica y para el bien común en general. Esa tutela especial, casi privilegiada, deberá consistir en una vía procedimental sumaria (rápida), concentrada (solo actos indispensables) y efectiva (que se recupere el crédito).

I. PRINCIPIO DE BUENA FE Y EL CRÉDITO⁽²⁾

Antes de desarrollar el concepto del crédito es necesario dejar constancia que cuando se habla de bien jurídico protegido, no solo hay que pensar en el proceso penal –con mayor razón si no hay prisión por deudas (salvo por alimentos)– sino también en otros procesos como el proceso civil.

“Crédito” proviene del latín *creditum* que significa “cosa confiada” y también del verbo *credere* que quiere decir creer. La cosa que se confía es el patrimonio, que es uno de los valores más importantes de la persona. A partir de la confianza y creencia, consideramos que el crédito implica un “acto de fe”, esto es, que subyace el principio de buena fe.

En el artículo 1362 del Código Civil (buena fe y común intención de las partes) se señala que: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”; sin embargo, al parecer no resulta suficiente el imperativo de actuación de buena fe, puesto que en las “Propuestas de Reforma del Código

(2) GUERRA CERRÓN, María Elena. “La resiliencia en el sistema concursal y las actuaciones fraudulentas”. En: *Actualidad jurídica*, N° 187, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2009, pp. 299-307.

Civil”⁽³⁾ se ha propuesto la inclusión de un “Artículo II.- Buena fe. Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”.

En la exposición de motivos se señala lo siguiente: “La buena fe es un principio consustancial a nuestro Derecho y a nuestra tradición jurídica. La Comisión pretende, con esta norma, que la buena fe pueda ser siempre invocada a favor de una correcta y limpia aplicación del Derecho.

El efecto hermenéutico de este artículo consiste en introducir la buena fe en toda norma que contenga un derecho o un deber. Quien es el titular de ellos siempre deberá tener buena fe al obrar y, consiguientemente, siempre podrá exigirla. Los jueces, al decir Derecho, también deberán tomar a la buena fe como una regla siempre aplicable.

La buena fe es un principio de relación entre sujetos de Derecho. Una persona solo tiene buena fe frente a una contraparte. Esto diferencia a la buena fe de la ausencia de dolo o de culpa: estos dos elementos son internos del sujeto que actúa y se analizan dentro de su propio yo. La buena fe es una exteriorización hacia el otro y consiste en actuar limpiamente frente a él”.

Efectivamente, la buena fe es un principio de relación entre sujetos de derecho y un principio máximo, tanto así que no sería necesario que se encuentre escrito para que sea exigible en toda conducta.

Podemos hablar del crédito como simple operación económica, como deuda, como financiamiento; como derecho que corresponde al acreedor; como deber del deudor y como relación contiene al acreedor y deudor. “En la práctica, las operaciones de crédito consisten en obligaciones monetarias y especialmente en la cesión de capitales a título de préstamo. El crédito, coincide, por consiguiente, **en su resultado práctico con el préstamo y las obligaciones de dar sumas de dinero**; así lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia cuando señala que los preceptos legales

(3) Publicada en la Separata Especial del diario oficial *El Peruano* del 11/04/2006.

sobre préstamo tienen aplicación a las operaciones de crédito”⁽⁴⁾. La referencia más usada de crédito es como préstamos, aunque esta no es la única forma de crédito.

En el crédito subyacen la buena fe, la creencia y la confianza en la contraparte y ello tiene una mayor connotación en el tráfico comercial. Urbano Salerno señala que el crédito “(...) marca una etapa cumbre en la abstracción y espiritualización de la materia jurídica. Al objetivarse el vínculo obligacional y centrárselo en la prestación en sí misma, con prescindencia del sujeto pasivo, pronto se advierte la gran trascendencia económica de transmitir los créditos, porque estos en sí mismos encarnaron un nuevo valor (...). De ahí que el crédito tenga singular importancia en el tráfico de los negocios y su transmisibilidad permite incorporarlo a la dinámica de la economía, constituyendo una expresión moderada de la riqueza”⁽⁵⁾.

II. “VÍA PRIVILEGIADA”

“La Ley de las Doce Tablas consagra un procedimiento especial, aunque duro y cruel, en la Tabla tercera titulada ‘De rebus creditis’ para el pago de las deudas confesadas o que emanasen de una condenación jurídica, prescribiendo que se diese al deudor treinta días de término para efectuar el pago, y si vencido este plazo, no solventaba o afianzaba la deuda, quedaba a merced del acreedor, quien podía llevarlo a su casa, encadenarlo y aun darle muerte”⁽⁶⁾.

Esta cita ilustra la importancia del crédito, como derecho del acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación, en plazo corto y perentorio, al extremo de conceder al acreedor el inmenso poder de ejecutar (darle muerte) al deudor.

(4) Por el Dr. Gerardo Tagore Solnié, OMEBA, Enciclopedia Jurídica. Tomo V, Driskil S.A., pp. 38-39 (el resaltado es nuestro).

(5) URBIANO SALERNO, Marcelo. *El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 81-82.

(6) GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Civiles*. 4ª edición, tomo II, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1982, p. 539.

Si bien el crédito y el derecho del acreedor siguen siendo importantes, y tal vez hoy más que ayer; además de la posibilidad de constituir garantías reales o personales para seguridad del crédito, existen medios autorizados para hacer efectivos sus derechos. Por ejemplo, en el artículo 1219 del Código Civil, bajo la sumilla de “Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones”, se señala que “es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2”.

Para emplear las medidas legales, el ordenamiento jurídico ha puesto a disposición del acreedor diferentes vías procedimentales a través del proceso civil, sin embargo hay una especial que puede ser calificada como “vía privilegiada” atendiendo al objeto de tutela, por estar directamente vinculado a las transacciones comerciales y económicas.

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1069⁽⁷⁾ que mejora la administración de justicia en materia comercial, modificando normas procesales, en el punto 1 donde se hace una breve síntesis de la

(7) Este texto no fue publicado en el diario oficial *El Peruano*, ha sido enviado por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio N° 650-2008-DP/SCM de fecha 24 de noviembre de 2008.

naturaleza de los procesos con mayor incidencia en el ámbito comercial, se hace referencia a los procesos de cognición, ejecución y cautelar, señalándose que: “En este orden de ideas, si bien, las facultades delegadas por el Congreso de la República tienen por objeto la mejora de la administración de justicia en el área comercial, **resultó imperativo privilegiar qué tipo de procesos son los más vinculados a dicho quehacer, habiéndose identificado al proceso cautelar y a los procesos de ejecución, dado que estos últimos tienen por objeto hacer cumplir los compromisos asumidos en títulos valores y otros instrumentos cambiarios y comerciales**”⁽⁸⁾.

Entonces, entre las medidas, la que es de alguna manera “privilegiada” es el proceso único de ejecución.

III. PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN

Hasta la aprobación del Decreto Legislativo N° 1069 se encontraba regulado en el Código Procesal Civil el proceso ejecutivo, cuya denominación era coherente con el título ejecutivo, donde el adjetivo, significa “que no admite espera ni permite el aplazamiento de la ejecución: mandato ejecutivo” o “que ejecuta o lleva a cabo algo: consejo, poder ejecutivo”, entre otros.

El proceso ejecutivo fue sustituido por el proceso único de ejecución, que aunque con cambios sustanciales, **mantuvo la diferenciación entre** ejecución de obligación de dar suma de dinero, de obligación de dar bien mueble determinado, de obligación de hacer, de no hacer, de resoluciones judiciales y de garantías.

Respecto a la modificación normativa, la maestra Eugenia Ariano en “Las reformas del Decreto Legislativo N° 1069: Un pseudo ‘proceso único de ejecución’” opina que con el D. Leg. N° 1069 se han introducido (en apariencia) importantes normas al CPC de 1993, en particular en lo atinente a la estructura del proceso de ejecución, y desarrollando su punto de vista concluye señalando que “(...) nuestro (no tan) único ‘proceso único de ejecución’, sigue siendo el mismo proceso ‘mixto’ de

(8) El resaltado es nuestro.

ejecución y cognición que teníamos antes. Hemos cambiado palabras y ubicación sistemática, pero las sustancias son las mismas pues no logramos aún salir de la tradición del *processus executivus* medieval. Qué decepción”⁽⁹⁾.

Los aciertos y desaciertos respecto al Decreto Legislativo N° 1069 han sido bastante comentados, por lo tanto no es necesario referirse a ellos nuevamente, salvo un aspecto que consideramos reflexivo, como lo expondremos más adelante.

Para Gimeno Sendra: “El denominado ‘juicio ejecutivo’ puede ser conceptualizado como un proceso declarativo, especial y sumario, que tiende a la formación rápida de un título puro de ejecución (el auto que, tras resolver la oposición, declara procedente que la ejecución siga adelante) con base en la presentación de una serie de documentos que, por la forma de su producción, tienen un carácter privilegiado al estar revestidos de las solemnidades y formalidades que, *prima facie*, hacen pensar en la existencia de una obligación válida y perfecta”.

1. Diferencia con el proceso de conocimiento

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1069, a la que ya nos hemos referido, se señala, entre otros, que “El proceso judicial, es el instrumento del cual se vale el Estado para cumplir uno de los servicios fundamentales a la colectividad, el cual es impartir **justicia**. Doctrinariamente los procesos se clasifican en procesos de cognición, de ejecución y cautelares.

Los procesos de cognición están destinados a lograr que el órgano jurisdiccional declare la existencia de un derecho (modificando, constituyendo o extinguiendo alguna relación jurídica, en su caso) por lo que se requiere un trámite más lato y un debate probatorio más amplio.

Los procesos de ejecución, en cambio, tienen por objeto que el juez disponga el cumplimiento de una obligación reconocida por el deudor en el título, es decir, que la prestación jurisdiccional se agota

(9) ARIANO DEHO, Eugenia. “Las reformas del Decreto Legislativo N° 1069: Un pseudo ‘proceso único de ejecución’”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 176, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2008, p. 15.

con lograr un cambio en el mundo exterior, dado que si el deudor no cumple con la obligación, el Estado a través del juez, se sustituye en la voluntad de este y lo hace, como ocurre con el remate (venta forzada) o cuando el juez firma la escritura pública que el vendedor no lo hizo⁽¹⁰⁾.

A su vez el proceso cautelar tiene por objeto garantizar la eficacia práctica de la sentencia. Es instrumental, provisorio y variable, y la flexibilización en su tratamiento permite que el juez incluso adecue la medida cautelar solicitada a la forma que considere más adecuada para asegurar la eficacia de la sentencia”.

De la simple comparación se verifica que existe una diferencia esencial entre ambos procesos. En el primer caso no hay derecho reconocido o declarado, por eso ante el conflicto o incertidumbre se acude al juez para que lo declare; en el segundo caso, por voluntad de la ley, sí hay derecho, de ahí que como Montero Aroca señala: “El esquema conceptual lógico de la tutela judicial, y aun de la función jurisdiccional, como dijimos, presupone que, primero, se declara el derecho (proceso de declaración) y, luego, se procede a su ejecución (proceso de ejecución). El que la declaración se efectúe en un proceso ordinario, especial o sumario no hace al caso, pues de todas las maneras se tratará de un proceso de declaración”⁽¹¹⁾.

Sin embargo, es necesario agregar que cuando se habla de voluntad de la ley, debe entenderse de manera amplia a la ley propiamente dicha, a la función jurisdiccional, a la función arbitral, y a la decisión de las partes, en tanto este supuesto está autorizado por ley. Al respecto señala Alsina que “(...) el proceso de ejecución no es consecuencia necesaria del proceso de conocimiento, como lo prueba el hecho de que haya sentencias que no ejecutan; ni el proceso de conocimiento es antecedente necesario para el proceso de ejecución, ya que este puede tener por base un acto jurídico al que la ley le atribuye efectos análogos a los de la sentencia, como son los títulos ejecutivos extrajudiciales. El proceso de

(10) El resaltado es nuestro.

(11) MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*. Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 33.

conocimiento solo tiene vinculación con el de ejecución en cuanto se propone crear un título ejecutivo mediante una sentencia de condena (...)”⁽¹²⁾.

El derecho preexistente, al cual nos hemos referido, está representado en el título ejecutivo y de allí el principio de *nulla executio sine titulo*, el cual quiere decir que si no hay título no hay ejecución.

2. Título ejecutivo

Guzmán Ferrer dice que el procedimiento ejecutivo (hoy “proceso único de ejecución”) es el “(...) destinado a hacer efectivo, breve y coactivamente, el cumplimiento de las obligaciones que constan de título fehaciente, sin necesidad de ocurrir a las amplias y dispendiosas formas de los juicios declarativos”⁽¹³⁾.

El título fehaciente es el título ejecutivo, es la materialización y representación del derecho, es aquel que la ley de manera directa o indirecta ha determinado que tendrá tal calidad. Efectivamente, “[L]a base del procedimiento es el título que trae aparejada ejecución; la autonomía de la acción ejecutiva tiene como fundamento el título, sin título no hay ejecución ni acción, el derecho está incorporado a este y a las medidas de ejecución solo pueden efectivizarse sobre esta, la que debe ser suficiente y bastarse a sí mismo. Debe contener además, como requisitos intrínsecos que sea líquida, exigible, que el plazo haya expirado para que dé lugar la condena ejecutiva y la existencia de legitimación entre el acreedor y deudor”⁽¹⁴⁾.

De manera directa y expresa, en el artículo 688 del Código Procesal Civil están señalados cuáles son los títulos ejecutivos (judiciales y extrajudiciales) y los que no están expresamente señalados se encuentran en otras normas y por ello el numeral 11 remite a “otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo”.

(12) ALSINA, Hugo. *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, V. Ejecución forzada y medidas precautorias*. 2ª edición. Ediar, Buenos Aires, 1962, pp. 35-36.

(13) GUZMÁN FERRER, Fernando. Ob. cit., p. 539.

(14) Resolución N° 2322-98, Chíncha, *El Peruano*, 5/11/2001.

3. El mandato al ejecutado

A diferencia del auto admisorio en el proceso de cognición, el inicio del debate y el contradictorio en el proceso único de ejecución hay un mandato ejecutivo. En vez de demandante, hay ejecutante; en vez de demandado, hay ejecutado.

El contenido del artículo 690-C del Código Procesal Civil (mandato ejecutivo) es una orden de cumplimiento de la obligación contenida en el título bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada. Incluso se puede autorizar la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia.

El mandato ejecutivo es una de las máximas manifestaciones del poder coercitivo. En efecto, “la actividad ejecutiva es la que comporta una verdadera injerencia en la esfera jurídica de las personas y, por tanto, es la que más precisa de que en ella se respeten los principios base de la jurisdicción (por ejemplo, juez predeterminado), del personal jurisdiccional (por ejemplo, independencia del juez) y del proceso (por ejemplo, la contradicción)”⁽¹⁵⁾.

4. Garantía del contradictorio

En los artículos 2 y 3 del Código Procesal Civil está expresamente garantizado el derecho de tutela jurisdiccional efectiva al emplazado en un proceso civil, a través del ejercicio del derecho de contradicción. Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en el CPC. En este contexto es necesario que se despeje cualquier duda respecto a que en el proceso único de ejecución no hay contradictorio, porque sí lo hay; lo que sucede es que en comparación con el proceso de cognición, este es reducido.

Frente a la consagración del derecho de contradicción sin límites y restricción, puede llamar la atención el contenido del artículo 690-D del CPC, en el que bajo la sumilla contradicción se establece que:

(15) MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 37.

“Dentro de cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado **puede contradecir** la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.

En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. **Solo son admisibles** la declaración de parte, los documentos y la pericia. **La contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en:**

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;
3. La extinción de la obligación exigida.

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, solo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental.

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo” (el resaltado es nuestro).

Según la literalidad del contenido se verifica que el ejecutado tiene un plazo muy corto para contradecir la ejecución, que la actividad probatoria está limitada a determinados medios probatorios, que los únicos supuestos de contradicción están señalados en la norma, y que si apela la resolución que desestima su contradicción, solamente obtiene, de ser el caso, apelación sin efecto suspensivo.

A simple vista da la impresión que el contenido imperativo de la norma no admitiría que se alegue algún otro supuesto de contradicción, al extremo

que si se hace ni siquiera sería objeto de evaluación o valoración, sino que se procedería al rechazo de la contradicción.

Ahora bien, para que cada uno asuma una posición respecto a lo que se pueden considerar “limitaciones y restricciones” al contradictorio, es necesario que previamente se recuerde todo lo expuesto respecto al proceso único de ejecución, como vía privilegiada.

Ya hemos establecido la diferencia entre el proceso de conocimiento y el proceso único de ejecución, lo que resumimos en el siguiente cuadro:

CONOCIMIENTO	ÚNICO DE EJECUCIÓN
<ul style="list-style-type: none"> - Vía lata. - Se decide o declara el derecho que corresponde. - Amplio debate contradictorio 	<ul style="list-style-type: none"> - Vía sumaria - Preexistencia de derecho reconocido o declarado por ley, juez, árbitro o partes. - Mínimo debate contradictorio

Se trata de procesos diferentes con presupuestos distintos y por lo tanto cada uno requiere una estructura, que viene a ser la forma de acuerdo a su finalidad.

Si hay preexistencia de derecho reconocido o declarado por ley, juez, árbitro o establecido por las partes, entonces los supuestos de oposición se reducen.

Si lo que se persigue es la ejecución, entonces la estructura tiene que ser de acuerdo a tal finalidad. Por ejemplo, Alsina señala que “(...) el procedimiento en la ejecución de sentencia debe ser sumario, no admitiéndose diluciones sobre el derecho decidido en ella, ni dilaciones que contraríen su propósito. Por consiguiente, las disposiciones referentes al mismo deben ser interpretadas restrictivamente, sin que con ello se lesionen los derechos del ejecutado, a quien queda a salvo el juicio ordinario para hacer valer las defensas que no hubiera podido oponer en el procedimiento de ejecución (...)”⁽¹⁶⁾.

(16) ALSINA, Hugo. Ob. cit., p. 111.

Propiamente no hay limitaciones o restricciones en el proceso único de ejecución, puesto que tratándose de una vía privilegiada para títulos ejecutivos –que deben cumplir con requisitos intrínsecos y extrínsecos–, lo que hay es una forma acorde con la necesidad de ejecución de los títulos.

Una cosa es la forma especial y privilegiada, atendiendo al objeto del proceso único de ejecución, y otra es el ejercicio de la función jurisdiccional.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil (principios de vinculación y de formalidad) establece que “las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, **el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso**. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada” (el resaltado es nuestro).

Si bien la ejecución es el objeto del proceso único de ejecución, “el fin no justifica los medios” y si el juez advierte que a través del uso de la forma privilegiada se produce una evidente vulneración de derechos, es su deber corregir tal situación.

La forma es imperativa en su totalidad a las partes, pero es de observancia relativa al juez en casos excepcionales, lo que debe fundamentar ampliamente.

Para explicarnos mejor, hemos considerado conveniente hacer un breve comentario de una resolución en casación.

5. Actividad probatoria en el proceso único de ejecución

El contenido de la resolución casatoria N° 0680-2009-Tacna de fecha 6/05/2010⁽¹⁷⁾ aborda el tema de la ejecución de garantía por incumplimiento de obligación. Del estado de cuenta de saldo deudor se verifica

(17) Publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 30 de noviembre de 2010, p. 28798.

que la ejecución es por obligaciones representadas en las letras de cambio y además por un adeudo correspondiente a un préstamo refinanciado.

5.1. Fundamentos del recurso

Sin perjuicio que son varios los extremos alegados en el recurso de casación, por lo que se ha declarado procedente, nos interesan los argumentos b y c del recurso.

- “a) Alegó coherente y reiteradamente que **la obligación exigida por la ejecutante, incorporada al estado de cuenta de saldo deudor no era real y exigible, pues considera que la parte ejecutante ha perjudicado los títulos valores y que el saldo exigido no guarda relación con la realidad de la deuda**, lo que ha acreditado con la carta notarial observando el estado de cuenta que no fue meritado por el juzgador, asimismo, la Sala Superior luego de considerar que la tacha era procedente, de manera incoherente la declara improcedente, en todo caso correspondía declararla infundada por improbada;
- b) Ofreció como medio probatorio la exhibición de los títulos valores referidos en el estado de cuenta del saldo deudor, pues dicho recaudo los refiere, y por tanto, aduce tener derecho a verificar su exigibilidad y validez; sin embargo, el juzgado ha denegado dicha petición sin fundamento alguno, accediendo a la oposición formulada por el Banco ejecutante, la recurrente discrepa con lo resuelto por cuanto la exhibición es una prueba de documentos y por tanto permitida expresamente en el artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil; en tal **sentido la prohibición de probar que los títulos valores se encuentran perjudicados y por ende el estado de cuenta de saldo deudor es incorrecto, bajo el cuestionable argumento de que no existe en este proceso audiencia, atenta el debido proceso y el derecho a probar, pues el juez pudo requerir la exhibición de los documentos sin la necesidad de convocar a una audiencia;**
- c) Los jueces intervinientes han considerado **que no es factible contradecir, alegando que la obligación es cierta, expresa y exigible, pues el artículo setecientos veintidós del Código**

Procesal Civil, limita solo a la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que esta ha sido extinguida o prescrita; al respecto, el fundamento jurídico de dicha alegación parte del artículo seiscientos ochenta y nueve del Código Procesal Civil, que establece reglas comunes a todo procedimiento de ejecución, siendo así, se requiere necesariamente verificar lo antes expuesto, no siendo suficiente el arbitrario estado de cuenta de saldo deudor, cuando en él se expresa y refiere a títulos valores que por estar perjudicados no dan fe de la exigibilidad, la certeza y alcance de la obligación (...)" (el resaltado es nuestro).

5.2. Fundamentos de la decisión casatoria

- a) Respecto a los fundamentos a, b y c del recurso, la Sala Casatoria señala que tratándose de una ejecución de garantía, el ejecutante debe anexar a su demanda el documento que contiene la garantía, el estado de cuenta del saldo deudor, tasación comercial y el certificado de gravamen, lo que ha sido cumplido. Agrega que como el estado de cuenta de saldo deudor es un documento que no se encuentra sujeto a una formalidad preestablecida por la norma, no corresponde alegar que resulta indispensable para el presente proceso que se aparejen a los actuados los títulos valores en él consignados, por cuanto lo que viene en ejecución son las garantías hipotecarias y prendarias. Concluye que no se ha vulnerado el debido proceso.
- b) La Sala ha interpretado que "(...) **no corresponde alegar que resulta indispensable para el presente proceso que se aparejen a los actuados los títulos valores** en él consignados, por cuanto lo que viene en ejecución son las garantías hipotecarias y prendarias (...)" (el resaltado es nuestro). Sin embargo, en nuestro parecer, lo alegado no está en función a los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda de ejecución, sino a la actividad probatoria, y por ende al derecho de defensa.
- c) El recurrente alega que la prueba presentada –carta notarial con la que observa el estado de cuenta– no ha sido valorada por los jueces y además que hay negación del derecho a probar, por cuanto el **medio probatorio ofrecido por su parte** (exhibición

de títulos valores) **para establecer si la obligación es cierta, expresa y exigible por cuanto al parecer los títulos valores estarían perjudicados**, no ha sido admitido.

- d) El recurrente no pretende la incorporación de títulos valores en calidad de título de ejecución, sino como medio probatorio para establecer si la obligación es cierta, expresa y exigible, según lo señalado en el artículo 689 del Código Procesal Civil⁽¹⁸⁾.

5.3. Voto en discordia de los jueces supremos Miranda Molina y Aranda Rodríguez

- a) Establecen que sí se ha infringido el debido proceso y su voto es por que se declare fundado el recurso de casación. Casan la resolución impugnada, declaran nula la sentencia de vista e insubsistente la apelada, además se ordena que el juez de la causa expida nueva resolución en atención a los fundamentos expuestos.
- b) En el fundamento segundo, consideran los jueces supremos que no ha considerado que el impugnante formuló cuestionamientos al estado de cuenta de saldo deudor, que el **juez superior** no ha valorado la carta notarial presentada.
- c) En el fundamento tercero afirma que “(...) aun cuando el a quo haya precisado conforme refiere el impugnante: *‘que no procede la exhibición de documentos, por no existir en este proceso audiencia, lo que atenta el debido proceso y el derecho a probar, y la Sala Superior concluye al respecto: ‘(...) el título que sirve de recaudo es más bien el de constitución de garantía real que se desea ejecutar’, ello no es óbice para que el Juez de Primer Grado actúe las pruebas de oficio a efectos de crear convicción respecto de los hechos controvertidos; en atención a que el estado de cuenta del saldo deudor, no genera certeza respecto de las sumas observadas por el impugnante, referido a los importes (...)*” (el resaltado es nuestro).

(18) Artículo 689.- Requisitos comunes.- Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.

- d) El juez debe solicitar los medios probatorios que sustenten el monto reclamado, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil.
- e) La sola presentación del estado de cuenta del saldo deudor anexado al documento que contiene la garantía, por sí solo y ante los cuestionamientos formulados con anterioridad a la interposición de la demanda, no determina con exactitud la obligación contraída, requiriéndose de medios probatorios adicionales; pues debe establecerse fehacientemente que la obligación sea cierta, expresa y exigible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 689 del Código Procesal Civil.

Nuestra coincidencia con el fundamento del voto singular es total. Como principio general el juez y las partes deberán observar la forma, como garantía procesal, pero cuando para resolver el fondo resulten necesarios otros medios probatorios, aun cuando no estén expresamente señalados en la norma, invocando el derecho humano y fundamental del debido proceso, el juez, en su calidad de director del proceso, deberá actuar pruebas de oficio a fin de alcanzar la finalidad del proceso.

IV. UNA VÍA MÁS PRIVILEGIADA

Frente a la relevancia del proceso único de ejecución de la que nos hemos ocupado en este trabajo, solo como información referencial detallamos algunas características del proceso ejecutivo, regulado en los artículos 353 a 362, en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, por presentar una estructura interesante:

- a) Procede el proceso ejecutivo en virtud de los títulos que la ley señala, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible y en general, cuando un texto expreso de la ley confiere al acreedor el derecho de promover juicio ejecutivo.
- b) El proceso se realiza, inicialmente, sin intervención y notificación del deudor.
- c) Calificado el título y admitido, el procedimiento es monitorio siendo el efecto de decreto inmediato de embargo y mandato de

llevar adelante la ejecución hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses, costas y costos.

- d) Con el auto de embargo recién se notifica al deudor, el que puede oponerse y presentar excepciones.
- e) De las excepciones admitidas se corre traslado al ejecutante, luego se resuelven en audiencia preliminar o audiencia complementaria de prueba.
- f) Concluida la audiencia, se emite sentencia.
- g) En el proceso ejecutivo solo serán apelables la sentencia que ponga fin al proceso ejecutivo, o la sentencia que acoja la excepción de incompetencia.
- h) Lo decidido en el proceso ejecutivo podrá ser modificado en proceso ordinario posterior de las leyes especiales en la materia.

Si el proceso único de ejecución peruano nos genera algunas inquietudes en cuanto al derecho de defensa y la actividad probatoria, entonces qué opinión tendremos del proceso ejecutivo uruguayo; no cabe duda que este es mucho más privilegiado que el nuestro.

CONCLUSIONES

El proceso único de ejecución –que se inicia solo si se cuenta con un título ejecutivo– es una vía privilegiada importante y necesaria para la actividad comercial y económica puesto que entre sus objetos de tutela se encuentra el derecho de crédito, al que reconocemos calidad de bien jurídico protegido.

La finalidad es la ejecución del título ejecutivo (que representa un derecho reconocido o declarado) y por ello el diseño y estructura de este proceso es distinta a los del proceso de cognición en el que se busca declarar o reconocer un derecho.

En el proceso único de ejecución hay contradictorio, solo que por su estructura, este responde a una menor actividad que en el proceso de cognición.

Estando a la finalidad del proceso único de ejecución y a la preexistencia de un derecho reconocido o declarado, no debe entenderse que existen limitaciones y restricciones al derecho de defensa.

En la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 04663-2007-PA/TC, Lima del 19/01/ 2010 se señala que:

“6. (...) Evidentemente no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios para la defensa produce un estado de indefensión reprochada por el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Esta será constitucionalmente relevante cuando aquella indefensión se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Y esto se produce solo en aquellos supuestos en que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos, con el consiguiente perjuicio para tales derechos o intereses”.

En primer lugar, no debe equipararse el estado de indefensión con menor actividad contradictoria en la estructura del proceso único de ejecución, la finalidad (ejecución) sustenta y justifica la razonabilidad de esta.

En segundo lugar, la menor actividad probatoria del ejecutado, no significa que el juez, ante indicios o evidencias, prescinda de sus atribuciones y facultades para alcanzar la verdad. Si no lo hace sí puede calificarse su actuación como “indebida y arbitraria actuación”.

Parece contradictorio hablar de la “vía privilegiada”, de su importancia para recuperar los créditos y dar seguridad al tráfico comercial y por otro lado señalar que el juez como director del proceso excepcionalmente debe prescindir de la forma y admitir supuestos de contradicción no previstos en la ley –con la debida motivación de las razones por las cuales lo hace– e incorporar medios probatorios y valorarlos en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 194 del CPC.

Lo que sucede es que cada relación jurídica surge de determinadas circunstancias y tiene características propias que es necesario tener presente. No siempre el fin ejecución, justifica los medios para llegar a él y es tarea de la Magistratura asegurar el equilibrio necesario entre los derechos.



Martín Alejandro Hurtado Reyes

**El recurso de
casación civil
español y su relación
con el modelo peruano**

El recurso de casación civil español y su relación con el modelo peruano

Martín Alejandro Hurtado Reyes^{(*)(**)}

El autor da cuenta de la reforma producida en el sistema de casación civil española, en donde se escindieron dos tipos de recursos: el de casación y el extraordinario por infracción procesal (Repip). El primero solo permite emitir un pronunciamiento sobre el mérito del proceso principal; el segundo, sirve para denunciar únicamente errores *in procedendo*. Precisamente la reforma se orientó a reducir la carga procesal del Tribunal Supremo español pues este Colegiado no es competente para conocer el Repip. Luego de un esclarecedor análisis sobre ambos medios impugnatorios, el autor compara su regulación con el recurso de casación tal como fue recogido en nuestro país.

INTRODUCCIÓN

La idea del presente artículo es hacer una breve reseña del recurso de casación en España a partir de la Ley de Enjuiciamientos Civiles de España (Ley N° 01/2000), incluyendo el sistema transitorio impuesto por la falta de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo un breve repaso descriptivo de la casación antes de la nueva Ley de Enjuiciamientos Civiles de España vigente a la fecha. Finalmente, haremos un breve análisis comparativo con nuestro recurso de casación civil.

(*) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil y Procesal Civil en el posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV) y Universidad de San Martín de Porres (USMP). Profesor Principal de la Academia de la Magistratura (AMAG) y Juez Superior Titular del Poder Judicial. Becario de la Escuela Judicial del Poder Judicial de España (2010).

(**) En agradecimiento al Consejo General del Poder Judicial de España y a quienes dirigen la Escuela Judicial, por su grandiosa acogida en el Curso Superior “Una propuesta de justicia para el Siglo XXI” realizado en Barcelona de setiembre a noviembre de 2010. Con especial cariño a los amigos Pascual Ortuño, Gemma Espinoza y Noemí Arenas.

I. SISTEMA JUDICIAL ESPAÑOL

No se puede entender la casación española si no hacemos una breve referencia (en apretadísimo resumen con las disculpas del caso a nuestros colegas españoles si se yerra en el intento) del sistema de justicia español, puesto que nos podemos encontrar con la posibilidad de competencias diversas para el conocimiento del recurso de casación.

Así, diremos que la cabeza del sistema judicial español se encuentra encumbrado por el Tribunal Supremo con sede en Madrid, con competencia en toda España. Este Tribunal Supremo está integrado por cinco Salas: la primera Sala de lo civil, la segunda Sala de lo penal, la tercera Sala de lo contencioso-administrativo, la cuarta Sala de lo social, la quinta Sala de lo militar. La justicia constitucional se encuentra separada del Poder Judicial a partir de la existencia del Tribunal Constitucional español.

La Sala en lo civil del Tribunal Supremo conoce de los recursos de casación que provienen de las Audiencias Provinciales, además conoce de los recursos de revisión y extraordinarios en materia civil.

En segundo lugar encontramos a la Audiencia Nacional que igualmente se integra por Salas: de apelación, de lo penal, de lo contencioso, de lo social. Se podría decir que la competencia de la Audiencia Nacional está basada en el conocimiento de asuntos de importancia central en el ordenamiento jurídico español. Por ejemplo, en los delitos la Sala en lo penal conoce del enjuiciamiento de los delitos considerados de mayor gravedad como es el tráfico de drogas cometidos por bandas o grupos organizados y que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias. La Sala en lo contencioso conoce en única instancia los recursos contencioso-administrativos contra disposiciones y actos de los Ministros y Secretarios de Estado que la ley no atribuya a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. La Sala de lo social conoce de los procesos especiales de impugnación de convenios colectivos cuyo ámbito territorial de aplicación sea superior al territorio de una Comunidades Autónomas⁽¹⁾.

(1) España está integrada actualmente por 17 comunidades autónomas autorizadas por el artículo 2 de la Constitución de 1978 ("la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de

En cada Comunidad Autónoma se encuentran ubicados los llamados **Tribunales Superiores de Justicia** con competencia para conocer con decisión última de los asuntos judiciales vinculados con la legislación aplicable a su territorialidad, sin posibilidad de conocer los procesos judiciales de exclusiva competencia del Tribunal Supremo. Se puede decir que los Tribunales Superiores de Justicia son algo así como el “Tribunal Supremo” de cada Comunidad Autónoma, tanto que conoce los recursos de casación “contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”.

Los recursos de casación por derecho español general lo conoce el Tribunal Supremo de Justicia (damos aquí un dato importante: la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene su propio Código Civil, pero hay un Código Civil para toda España). El Tribunal Superior de Justicia tiene competencia para conocer el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de casación en interés de la Ley en los casos previstos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Aunque tiene otras competencias especiales (ver asuntos en apelación, por ejemplo en “segunda instancia conoce de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los correspondientes recursos de queja”). Los Tribunales Superiores de Justicia están integrados por Salas: de lo civil y penal, de lo contencioso-administrativo y de lo social.

Luego encontraremos las **Audiencias Provinciales** con sede en la capital de cada provincia, integradas por Secciones con competencia en asuntos determinados (en nuestro sistema judicial podremos encontrar su símil en las Salas Superiores) formadas por Colegiados (integrados por un Presidente y dos o más magistrados⁽²⁾ o estar integradas por varias

las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”), las cuales se pueden definir como aquellas porciones territoriales que forman parte de España (indisoluble) con autonomía legislativa y ejecutiva, con facultades de autorregulación.

(2) En España la categoría de juez y magistrado no son sinónimas (como sí lo podemos entender coloquialmente en el sistema peruano, aunque la Ley de la Carrera Judicial prefiere la denominación de Juez). Se trata de integrantes del Poder Judicial de jerarquía diferente, pues se da la denominación de juez al sujeto que ingresa recién a la carrera judicial en su nivel inicial. Aquí encontramos por ejemplo al juez

Secciones). Normalmente son competentes para conocer los recursos de las resoluciones emitidas por los jueces de primera instancia. En el ámbito penal los “recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de la provincia”, en algunos casos en la audiencia provincial se realizan juicios penales con Jurado. En el ámbito civil conoce de los recursos contra resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Primera Instancia de la provincia, por los Juzgados de lo Mercantil, de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia.

Seguidamente encontramos a los **Juzgados de Primera Instancia e Instrucción**, de lo Mercantil, de lo Penal, de Violencia sobre la mujer, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores, con competencia para conocer en primera instancia los asuntos que por ley se le asigne. Los jueces de primera instancia tienen competencia para llevar los Registros Civiles o los puede llevar el Juez de Paz por delegación. Los recursos de las decisiones de estos juzgados las conocen las Audiencias Provinciales correspondientes.

Finalmente en el último peldaño del sistema encontramos a los **Jueces de Paz** los cuales se ubican en cada municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. Los jueces de paz no son abogados ni tienen preparación jurídica, no se someten a oposición para ingresar a la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Los Jueces de Paz y sus sustitutos son nombrados para un periodo de 4 años por la sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. El nombramiento recaerá en las personas elegidas por el respectivo Ayuntamiento. Tienen un símil con nuestros Jueces de Paz y, como ya podremos haber advertido, en el Sistema Judicial Español no existen los Jueces de Paz Letrados.

Aunque no podemos dejar de señalar que España se organiza territorialmente –para efectos judiciales– en **Municipios, Partidos** (unión

en lo civil. Pero es magistrado aquel que integra un colegiado de la Audiencia Provincial o en el Tribunal Superior de Justicia, el magistrado supremo es el que integra el Tribunal Supremo. En nuestro sistema el magistrado sería el Juez Superior o antes llamado vocal superior y el juez sería el juez especializado y el juez supremo sería el magistrado supremo. La carrera judicial de España está integrada por el magistrado supremo, el magistrado y el juez, en orden jerárquico.

de varios municipios en los que actúan normalmente los jueces de paz), **Provincias** (con los Jueces Especializados y Audiencias Provinciales) y **Comunidades Autónomas** (con Tribunal Superior de Justicia).

II. ANTECEDENTES

Precisa decir que en la Ley de Enjuiciamientos Civiles de España del 5 de octubre de 1855, inspirada en la Ley de Bases del 13 de mayo de 1855, se estableció un régimen legal de casación basado en la unidad de jurisprudencia con participación del más alto Tribunal con cuya actividad se le daba un carácter de defensa de un interés general e igualmente la protección de un interés particular, reparando el agravio generado con la decisión controlada postulado por la parte recurrente, aunque a decir de la doctrina el interés privado quedaba relegado a un segundo plano.

La LEC 1855 resulta emblemática debido a que con ella se abandona el reenvío, facultando al Tribunal Supremo a resolver el tema de fondo sin devolver los actuados⁽³⁾. Este rasgo hace que la doctrina considere a la casación española como un “sistema de casación bastarda” para oponerse al sistema clásico implantado por la casación francesa.

El recurso de casación estaba sustentado en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o en la infracción de la jurisprudencia vinculada a la cuestión objeto del debate; es decir, las decisiones controladas podían estar afectadas de ir contra la ley (llámese ley procesal o ley sustantiva)⁽⁴⁾ o resolver en contra de la doctrina establecida como jurisprudencia.

La competencia para conocer los recursos de casación en el Tribunal Supremo se definía por el objeto de la casación si se sustentaba el recurso

(3) El artículo 1060 señalaba “si el recurso se hubiera fundado en infracción de la ley o doctrina admitida por la jurisprudencia, dictará el Tribunal a continuación, pero separadamente, sobre la cuestión objeto del pleito, la sentencia que crea conforme a los méritos de los autos y a lo que se exigieran la ley o la doctrina quebrantadas en la ejecutoria”.

(4) El artículo 1013 señalaba los defectos de forma que podían ser controlados en casación “1. Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias de los que debieran haber sido citados para el juicio. 2. Falta de personalidad en el litigante o en el Procurador que lo haya representado. 3. Falta de citación para sentencia en cualquiera de las instancias. 4 Falta de recibimiento a prueba en cualquiera de las instancias cuando proceda con arreglo a derecho. 5. Falta de citación para alguna diligencia de prueba que haya podido producir indefensión (...)”.

en infracción de la ley o en la doctrina admitida por la jurisprudencia le tocaba conocer el recurso a Sala Primera; en cambio, si el recurso de casación era formal, es decir, por infracción a normas del procedimiento lo conocía la Sala Segunda.

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

La competencia del Tribunal Supremo fue modificada para darle a la Sala Primera de este alto Tribunal la competencia para conocer el recurso de casación, sea por infracción a ley o quebrantamiento a la forma y por infracción a la doctrina establecida en la jurisprudencia.

Se implementa la **preparación** del recurso de casación por infracción a la ley o de la doctrina, se **prepara** ante la Audiencia Provincial y se formaliza ante el Tribunal Supremo.

Con la **Ley de Casación Civil del 22 de abril de 1878** se establece la llamada “Sala de Admisión” encargada de hacer el examen previo del recurso de casación para determinar el incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión de aquel, una especie de filtro para evitar se cuelen los recursos indebidamente propuestos y aligerar la carga que soportaba la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Se exige mayor precisión y claridad en la propuesta del recurso, sobre todo en el extremo referido a la infracción de la ley o la jurisprudencia. El incumplimiento de esta exigencia generaba la inadmisión del recurso.

Se estableció la posibilidad de rechazo del recurso cuando este se refería a la apreciación de las pruebas sin alegar la ley o doctrina que al hacerla se haya infringido, con lo cual se abre el paso para acceder al recurso de casación por apreciación de la prueba, dando la posibilidad del tratamiento de hechos a través de la infracción jurídica (ley o doctrina sobre la apreciación de la prueba).

Viene luego la **Ley de Enjuiciamientos Civiles del 3 de febrero de 1881**, con la que se establecen 7 motivos de casación por error *in iudicando* (art. 1692). El primero de ellos se refiere a la “violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito” (*vicio in iudicando*) y los otros 6 incisos más bien tienen relación a infracciones que hoy serían calificadas como de forma, aunque se implementaron 8 motivos por infracción a normas de procedimiento que afectan al juicio (*vicios in procedendo*).

El inciso 7 del artículo 1692 se constituyó en la implementación de mayor polémica de la LEC al establecer que “cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentados o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador”. Aunque se sostiene que el error de derecho establecido en la LEC tenía concordancia con la prueba tasada para la prueba de confesión y documentos y el de sana crítica que se encontraban regulados en los artículos 609, 632 y 659 de la misma.

Este inciso generó posiciones discrepantes en la doctrina española, sobre todo por su contenido lingüístico usado. No había acuerdo sobre todo en el término “acto auténtico” existiendo reiterada jurisprudencia que limitaba el acceso al recurso por esta causal que involucraba tratamiento de hechos.

La **Ley 34/1984** del 6 de agosto –llamada de **Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil**– unifica el procedimiento para el tratamiento de los recursos de casación, sean por vicio *in iudicando* o por vicio *in procedendo*.

El artículo 1962 contiene como motivos: “1. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción. 2. Incompetencia o inadecuación del procedimiento. 3. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos o garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. 4. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. 5. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto

de debate”. Como vemos se ratifica entonces con el inciso 4 la posibilidad de la denuncia del error de hecho con relación a documentos, aunque ya no se menciona la autenticidad.

Se introduce la llamada casación por salto (*per saltum*) en el artículo 1688, inspirado en el artículo 360 del Código procesal italiano y numeral 556 de la ZPO alemana. Se establecen posibilidades subsanatorias del recurso para contrarrestar el exacerbado formalismo que imperaba.

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

III. EL RECURSO DE CASACIÓN CONFORME A LA LEY N° 01/2000

El cambio en el recurso de casación civil español se dio con la dación de la Ley N° 01/2000 (en adelante LEC). Con la nueva normativa procesal el antiguo recurso de casación toma una forma diferente, pues antes era de competencia del Tribunal Supremo, sea por la forma o por la infracción de la ley y de la jurisprudencia.

Con la nueva LEC se establecen como recursos el de casación y el extraordinario por infracción procesal, para lo cual se varían las competencias: el recurso de casación lo debe resolver el Tribunal Supremo y el recurso extraordinario por infracción procesal es de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

Esta es una fórmula legislativa que quiebra con el clásico recurso de casación de origen francés, tomándose distancia de la estructura conocida de los recursos de casación en Europa, ello porque este recurso vinculaba conjuntamente la denuncia de vicios *in iudicando* y los errores *in procedendo*, y no se requería de doble recurso para ello, puesto que normalmente se postulan en un solo recurso, no siendo usual su postulación en recursos separados.

Esta es la novedad de la LEC quitarle la competencia al Tribunal Supremo de la antigua casación por vicios de forma, dejándole solo el conocimiento del tema de fondo. Al primero le llamó recurso por infracción procesal y al segundo recurso de casación.

Como ocurre normalmente en los sistemas judiciales, la enorme carga de asuntos pendiente de resolver en los Tribunales hace que se propongan vía legislativa nuevos mecanismos procesales para superar el problema. Este fenómeno no es ajeno a la justicia española⁽⁵⁾.

Esta problemática hace propicio el lanzamiento de un mecanismo de solución a la alta carga de expedientes que recibe el Tribunal Supremo –al que llamaremos un sistema dual–, con el cual se ratifica la competencia del dicho tribunal para continuar conociendo el recurso de casación con propósito de la existencia de infracción normativa vinculada al tema de fondo y se concede competencia a los Tribunales Superiores de Justicia para que conozcan los problemas que presentan los procesos en el tema de forma, utilizando para el efecto el llamado recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta es la novedad que trae la LEC 1/2000: introducir dos recursos diferentes que antes eran de competencia de un mismo Tribunal para distribuir la competencia, quedando fuera los temas relacionados a infracción de normas procesales.

Haremos mención a cada uno de los recursos conforme a la estructura establecida originariamente en la LEC 1/2000, sin mencionar el régimen provisional (aunque se hará la advertencia), el cual será estudiado al final de este trabajo. Esta atingencia es importante para leer lo que a continuación consignamos.

(5) Así lo entiende Morón Palomino al expresar que la Ley N° 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, publicada en el Boletín Oficial del Estado correspondiente al día 8 del mismo mes, pretende dar respuesta al problema de la acumulación de asuntos ante la Sala Primera del TS; situación en verdad preocupante, la cual, según señala el Libro Blanco de la Justicia aprobado por el Consejo General del Poder Judicial de 8 de setiembre de 1997 no obedece solo a la “tendencia general de los asuntos, sino a que la mayoría de ellos son precisamente recursos de casación” (MORÓN PALOMINO, Manuel. *La nueva casación civil*. Editorial Colex. Madrid, 2001, p. 67).

IV. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL (REPIP)

Como ya hemos adelantado en líneas precedentes el recurso extraordinario por infracción procesal (en adelante Repip) es de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Concretamente lo deben conocer las Salas en lo Civil y Penal que actúa como Sala Civil (ver régimen provisional).

Se puede interponer este recurso contra sentencias y autos que dicten las Audiencias Provinciales, y en el segundo caso –autos– siempre que pongan fin a la instancia (ver régimen provisional).

El Repip tiene por objeto el control de las “cuestiones procesales” cuando la decisión ha inobservado las normas de naturaleza procesal y las formas que deben cumplirse para lograr una adecuada decisión, buscando su nulidad.

El Repip es un recurso extraordinario sustentado en el control de la regularidad de las decisiones judiciales emitidas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia. Su objeto se limita a sancionar la existencia de errores *in procedendo* sin ingresar a tocar los temas de fondo, por lo cual la decisión que se emita en caso de fundabilidad tiene efecto negativo, en el sentido que anula la decisión y se repondrán las cosas al estado en que se produjo la irregularidad que afecta el proceso.

Este recurso extraordinario resulta incompatible con el recuso de casación; de allí la distribución de competencias.

1. Causales o motivos

El Repip se encuentra sujeto a causales (motivos) taxativamente señaladas en la LEC y solo podrá fundarse en los siguientes motivos:
i) Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia⁽⁶⁾ objetiva

(6) Como se podrá apreciar en la legislación española se puede denunciar la falta de jurisdicción y la falta de competencia como motivo para el Repip. Situación para nosotros confusa si consideramos que en nuestro sistema solo se puede cuestionar la competencia, entendida esta como la distribución de la jurisdicción; pero, la propia doctrina española muestra algunas objeciones a la diferencia entre falta de jurisdicción y falta de competencia que puede generar confusiones; por ello Montero Aroca y Florz Maties

o funcional; ⁽⁷⁾ ii) Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (en las que se podrían involucrar la congruencia, la carga de la prueba, motivación, la valoración de la prueba, evitar pronunciamientos contradictorios, resolver todos los puntos en controversia, entre otros); iii) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la Infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión (supuesto diferente al anterior porque ya no se refiere a la sentencia sino a irregularidades procesales que afectan irremediablemente la forma establecida o que generaron indefensión, como por ejemplo la falta de integración de litisconsorcio necesario pasivo, falta de legitimidad para obrar); iv) Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (en la que encontraríamos la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva y propiamente al debido proceso, como el derecho a acceder a la justicia, derecho a los recursos, a la motivación, publicidad, juez natural, entre otros).

Como vemos las causales de este recurso son amplias y al parecer no se le escapó ningún supuesto formal susceptible de denuncia, aunque en algunos casos pienso que los motivos se sobrepone o duplican. Por ejemplo, si se denunciara incompetencia del juez estaríamos frente a una afectación a la tutela judicial efectiva –concretamente en la figura del derecho a un juez natural– porque el juez incompetente no es el predeterminado por la ley. Si la denuncia es por infracción a normas que regulan la sentencia –por ejemplo la motivación– esta situación también podría ser denunciada por afectación de los derechos fundamentales contenidos en

han señalado que en la LEC no siempre se maneja (ni se manejaba en la anterior) con precisión técnica la palabra jurisdicción, pues a veces se le está confundiendo con la competencia (MONTERO AROCA, Juan y FLORZ MATÍES, José. *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 89).

(7) La LEC señala como falta de jurisdicción (art. 37) “cuando el asunto corresponda a la jurisdicción militar, a una Administración Pública o al Tribunal de Cuentas”. También se menciona en la LEC como supuesto de falta de jurisdicción cuando el asunto le corresponde a Tribunal Extranjero o fue sometido al arbitraje (art. 39). Aunque nos confunde el supuesto de falta de jurisdicción “cuando se le sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria”, porque aquí sí hay una clara confusión con la competencia. La misma apreciación tienen Montero Aroca y Florz Matíes al señalar que en la LEC se llama jurisdicción a algunos casos en los que se trata evidentemente de competencia. Así el artículo 37.2 y bajo la rúbrica de falta de jurisdicción, atiende a la distribución de la competencia entre los órdenes jurisdiccionales de la llamada jurisdicción ordinaria (MONTERO AROCA, Juan y FLORZ MATÍES, José. *Ob. cit.*, p. 95). La denuncia de falta de jurisdicción se hace a través de la declinatoria regulada en el artículo 63 LEC (lo mismo señala la Ley de Arbitraje en el art. 11).

el artículo 24 de la Constitución. En tal sentido el recurrente debe tener mucho cuidado al encuadrar el motivo del Repip.

En fin, estos son los motivos en la legislación española con los cuales se pueden denunciar situaciones formales (vía Repip) que podrían afectar la decisión, por falta de competencia del Tribunal que emitió la decisión, por una sentencia con defectos en la motivación, incongruente, por indefensión, por la existencia de nulidades insubsanables que afecten ostensiblemente el proceso y por cualquiera de los derechos fundamentales de naturaleza procesal contemplados en el artículo 24 de la Constitución⁽⁸⁾. En suma, nos referimos a los conocidos vicios *in procedendo*, o defectos de forma en la decisión o en la relación procesal que no permiten la subsistencia de lo resuelto.

2. Exigencia adicional

Lo más importante para destacar es que al proponer el Repip el recurrente debió cumplir con ciertas exigencias: es necesario que haya mostrado durante el proceso una conducta proclive a la denuncia de estos defectos, por ello se exige que el error *in procedendo* haya sido denunciado por el recurrente en la instancia que se produjo y si ocurrió en la segunda instancia igualmente se debe denunciar allí mismo. Este filtro evita que se postulen cuestiones formales de último minuto (que al haberse denunciado debieron ser resueltas y corregidas, de ser posible), las cuales se aprecian por el recurrente solo al momento de recurrir, antes no las vio ni las denunció, por lo cual este aspecto no solo funciona como un filtro para evitar recursos extraordinarios por infracción procesal inoficiosos o dilatorios, sino que a la vez se convierte implícitamente en una causal de inadmisión del recurso⁽⁹⁾.

(8) Artículo 24: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

(9) Artículo 469.2: “Solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, esta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la

3. Preparación del Repip

Una situación diferente a nuestro sistema presenta la norma procesal española con relación a la impugnación de resoluciones judiciales. En España la impugnación tiene dos etapas diferenciadas: i) la **preparación del recurso** y ii) la **interposición del recurso**, las cuales funcionan para la apelación, para el recurso extraordinario por infracción procesal y para la casación.

Otra situación diferente a la nuestra es que las resoluciones materia de impugnación son las emitidas por **Tribunales** (no se debe entender por Tribunal como sinónimo de una Sala, sino como un órgano jurisdiccional de diversa jerarquía, integrada tanto por jueces o magistrados) como por los **Secretarios Judiciales** (los cuales actualmente tienen funciones importantes en el proceso civil, como por ejemplo admitir la demanda y correr traslado de la misma, dictar los decretos que la LEC les autoriza; solo en caso de inadmisión de demanda debe actuar el juez emitiendo decisión jurisdiccional, de lo contrario, una vez concluida la postulación, recién actúa el juez en la audiencia correspondiente). Este nuevo sistema lo vienen utilizando los españoles desde mayo del presente año a partir de la Ley N° 13/2009 del 3 de noviembre (Ley de reforma procesal para implantar la nueva Oficina Judicial que distribuye competencias entre jueces y secretarios)⁽¹⁰⁾.

En cuanto a la preparación del Repip⁽¹¹⁾, debemos decir que es una etapa previa a la presentación formal de este recurso. “Preparar el recurso” significa de alguna manera expresar una previa declaración de voluntad

violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas”.

- (10) Es necesario que se sepa que los Juzgados Civiles se encuentran estructurados por el Juez (que pertenece al Poder Judicial, concretamente al Consejo General del Poder Judicial), los Secretarios de Juzgado (que pertenecen al Ministerio de Justicia) y los Funcionarios (nuestros auxiliares de justicia) que pertenecen a las Comunidades Autónomas con funciones delegadas. Pero todos apuntan a realizar una labora conjunta en beneficio del usuario de justicia.
- (11) El Tribunal Constitucional ha destacado que la función de la preparación consiste en fijar o determinar el marco en el que ha de situarse el objeto del recurso en la fase ulterior de interposición (STC N° 225/2003 de 15 de diciembre), y aunque el caso en que esta sentencia fue dictada hacía referencia a un recurso de apelación, ello es aplicable también a la preparación de los recursos de casación y por infracción procesal. Por su parte, la Sala Civil del Tribunal Supremo ha declarado con reiteración que los requisitos relativos a la preparación del recurso obedecen a la finalidad de que el órgano jurisdiccional que debe resolver sobre ella puede verificar desde un principio la concurrencia de los presupuestos a los que se condiciona, y comprobar de ese modo, desde ese estadio inicial, si el recurso puede cumplir la función y la

expresa de impugnarla, es decir, se requiere anteladamente (antes de la presentación) manifestar que la decisión (por escrito y dentro del plazo de cinco días de notificado)⁽¹²⁾ será impugnada.

La calificación de la preparación del Repip corre a cargo del Secretario Judicial quien debe tenerlo por presentado si la resolución impugnada es **recurrible, se haya sujetado a las causales establecidas para el efecto y se pueda constatar la conducta activa del impugnante para denunciar ante la instancia el error in procedendo, indefensión u otra situación que se habría producido**. Solo la inadmisión del Repip la resuelve el Tribunal cuando el Secretario Judicial considera que la presentación no cumple con los requisitos ya mencionados y lo pone a consideración del Tribunal, el cual puede admitirlo por posición contraria o inadmitirlo ratificando la posición del Secretario Judicial. Contra la denegatoria procede el Recurso de Queja. La parte recurrida (la contraria al impugnante) no puede impugnar la decisión que admite la preparación del Repip pero podrá oponerse a este al comparecer ante el Tribunal Superior de Justicia.

4. Presentación del Repip

Una vez preparado el Repip el impugnante tiene 20 días para presentarlo por escrito ante el mismo Tribunal que emitió la decisión cumpliendo con **exponer razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando de qué manera influyeron en el resultado del proceso**. Es en esta parte en la que el recurrente expresa en qué consiste la infracción procesal denunciada, como diríamos en nuestro medio “expresa los agravios de la impugnación”. Una situación importante en el Repip es que el recurrente para “probar” la infracción denunciada puede solicitar la actuación de una prueba que considere imprescindible para acreditar su existencia, pidiendo además la celebración de vista.

finalidad a la que está ordenado (ATS 4/10/2005, RJ 2005/7068) (MONTERO AROCA, Juan y FLORZ MATÍES, José. Ob. cit., p. 435).

(12) Artículo 470.1 LEC: “El recurso extraordinario por infracción procesal se preparará mediante escrito presentado ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia o auto en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación”.

Si se vence el plazo de 20 días para la presentación del Repip sin que se “presente” pese a haberlo preparado, el Secretario Judicial tendrá que declararlo desierto y condenará al recurrente por las costas generadas.

5. Elevación de los actuados e inadmisión del REPIP

Lo que viene luego es la elevación del expediente judicial a la Sala en lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, órgano jurisdiccional que se encargará de la admisión o inadmisión del Repip con participación de un magistrado ponente que se encargará de dar cuenta a los otros miembros de la Sala.

Esto quiere decir que es posible la inadmisión del Repip aun cuando se haya tenido por preparado, en este caso los motivos por inadmisión son variados: i) puede que se trate de un nuevo Repip por situaciones ya propuestas y admitas en recurso anterior, salvo que se trate de situaciones diferentes; ii) que no se trate de sentencias o autos que pongan fin a la instancia dictados por la Audiencia Provincial; iii) porque el Repip no se sometió a una causal expresada en la LEC; y, iv) cuando el Repip careciere manifiestamente de fundamento.

Para la inadmisión existe una etapa previa con participación de las partes, en el cual el Tribunal pone en conocimiento de ellas las posibles causas de inadmisión para que expresen lo conveniente, luego de lo cual emitirá la decisión resolviendo la admisión o inadmisión del recurso. Si se produce este segundo extremo se declarará firme la resolución emitida por la Audiencia Provincial.

La inadmisión puede ser parcial, admitiendo los extremos del Repip que fueran pertinentes. No hay recurso por la admisión del mismo, pero es posible el mecanismo de la oposición; en este se podrán “alegar también las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal, solicitar las pruebas que se estimen imprescindibles y pedir la celebración de vista”.

6. Vista de la causa

La Sala para resolver podrá programar vista de la causa o señalará fecha para la votación y fallo del Repip. En este último caso la LEC no señala la realización de vista de la causa.

La vista de la causa es el acto de mayor trascendencia en la resolución del Repip, la cual se produce cuando hay pedido expreso de la parte. Se hará cuando hay prueba que realizar a pedido de parte o cualquier otra actuación ordenada de oficio por la Sala para mejor resolver, con el informe oral de la parte recurrente y la parte recurrida. La realización de la prueba se llevará a cabo con el procedimiento establecido para la vista del juicio verbal⁽¹³⁾.

7. Sentencia

Por tratarse de un recurso por infracción procesal, es decir, por cuestiones de forma, se deben resolver de manera preferente algunos aspectos postulados con relación a otros, por ejemplo si se presentaron denuncias por infracción de las normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional, estos deben resolverse en primer orden. De casar la sentencia por este motivo la Sala dispondrá que las partes propongan las pretensiones pertinentes ante la autoridad competente.

Si viene fundado un pedido de falta de jurisdicción o competencia, y la Sala es del mismo parecer, casará la sentencia y ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto. Si la falta de jurisdicción haya sido mal apreciada al resolver se ordenará al Tribunal que emita pronunciamiento de fondo.

En los otros casos, es decir, en los Repip sustentados en causales diferentes a la jurisdicción y competencia, se estimará el recurso y se dispondrá la anulación de la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración.

(13) El juicio verbal podría tener equivalencia con nuestro proceso sumarísimo (porque en la audiencia única se fusionan diversos actos procesales), con una clara y abismal diferencia y muy resaltante, las audiencias son totalmente orales, con la presencia de los abogados y los procuradores (algo así como apoderados o representantes de las partes, quienes reciben en sus oficinas todas las notificaciones del proceso), la audiencia queda registrada en un moderno sistema de audio y video. No se escriben ni se firman actas, al expediente se agrega el DVD con la grabación de lo actuado en la audiencia. El juez, el abogado y los procuradores usan toga de color negro durante la audiencia, la toga del juez tiene unas puñetas y escudo que las hacen diferentes a los de los abogados. En el proceso civil normalmente lo escriturado es la postulación (demanda y contestación), el recurso (apelación) y lo actuado en la Audiencia Provincial (en el cual se forma un nuevo expediente, llamado “rollo de apelación”, al que se agrega como acompañado el expediente principal, con los DVD que contiene lo actuado en las audiencias y los actuados que se agregaron al expediente).

Si se desestima el Repip por no haberse acreditado la infracción procesal, se devolverán los actuados, no siendo admisible ningún recurso adicional, salvo el recurso en interés a la ley ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁽¹⁴⁾.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Veamos ahora la fórmula legislativa propuesta por el legislador de la Ley 1/2000 sobre el recurso de casación.

1. Competencia

Con relación a la competencia de los recursos de casación en España debemos indicar que son dos órganos judiciales los llamados a conocerlos y resolverlos: el **Tribunal Supremo** (con sede en Madrid) y los **Tribunales Superiores de Justicia** (ubicados en cada Comunidad Autónoma).

En el caso del Tribunal Supremo, será la Sala de lo Civil del mismo la que asuma competencia para el efecto.

Los Tribunales Superiores de Justicia resolverán los recursos de casación a través de las Salas de lo Civil y Penal, siempre que se trate de resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, cuando el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en **infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad**, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

(14) El recurso en interés de la ley es un recurso que no aparece en nuestro sistema procesal, que procede cuando existen discrepancias de interpretación de normas procesales al resolver los Repip por los Tribunales Superiores de Justicia, teniendo como finalidad la búsqueda de la unificación de criterios jurisprudenciales sobre las normas procesales. La legitimación para este recurso no es de las partes de los procesos de la cual derivan las decisiones discrepantes, corresponde al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo y las personas jurídicas de Derecho público que muestren interés legítimo en la unidad jurisprudencial. La decisión que se tome no modifica en nada las situaciones jurídicas generadas en los procesos judiciales de las que vienen los ya mencionados criterios discrepantes, porque la decisión no es para las partes, sino para la unidad jurisprudencial, más para un interés general que particular, se busca saber la posición del Tribunal Supremo respecto de la aplicación y alcances de determinadas normas procesales. Es un mecanismo de apoyo para el Repip porque estos recursos serán de conocimiento de diversos órganos jurisdiccionales y no de uno solo, de allí la posibilidad de diversidad de criterios de interpretación.

Esto significa que las Comunidades Autónomas pueden tener su propia legislación civil⁽¹⁵⁾, en tal caso el recurso de casación debe resolver el Tribunal Superior de Justicia, siempre que existe la previsión necesaria en el Estatuto de Autonomía, como ocurre por ejemplo con la Comunidad Autónoma de Cataluña, que tiene su propio Código Civil, por lo cual, si el proceso civil se resuelve aplicando normas del Código Civil Catalán el recurso de casación lo debe conocer la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Cataluña⁽¹⁶⁾. Esta previsión Estatutaria la tienen igualmente los Estatutos del País Vasco, Valencia, Murcia, Islas Baleares y Extremadura. Aunque hay Comunidades Autonómicas que no poseen derecho privado o foral propio, como es el caso de la Comunidad de La Rioja.

Si en el proceso civil se resuelve aplicando normas del Derecho Civil común (Código Civil Español), el recurso de casación contra la resolución emitida por la Audiencia Provincial debe conocerlo el Tribunal Supremo.

2. Motivo de casación

La legislación española ha señalado un **motivo único** para la procedencia del recurso de casación la llamada **infracción normativa** de las normas que resuelven la cuestión de fondo, de aplicación de normas relacionadas al objeto del proceso⁽¹⁷⁾, **infracción de normas aplicables**, perfilando así un supuesto de error *in iudicando*, solo para casación (es decir, reservándose la función **nomofiláctica** del recurso de casación), separándolo de los supuestos que cuadran con los errores *in procedendo*, para el cual propiamente el legislador reguló el Repip a cargo de los Tribunales Superiores de Justicia.

(15) El artículo 149 de la Constitución de España reserva la potestad legislativa en materia civil al Estado, pero; hace excepciones para que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar su propio derecho civil, precisando que esta facultad se ejercer “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”. Es lo que la doctrina española ha denominado “Estado de las Autonomías”.

(16) El artículo 73.1 a) de la LOPJ le ha concedido la facultad a los Tribunales Superiores de Justicia a través de las Salas de lo Civil y Penal normas de derecho foral o especial”.

(17) Artículo 477.1 LEC: “El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Nuestro Código Procesal Civil señala también causal única en el artículo 386 “el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada”.

Aunque se ha hecho la diferenciación entre “infracción” y “norma aplicable”, la primera entendida como una aplicación errónea del derecho en que se apoya la decisión. Y las normas aplicables serían las normas de naturaleza sustantiva, no las de naturaleza procesal, aunque pueden estar involucradas aquí la Constitución, la ley ordinaria, los Tratados y las normas de la Unión Europea. De tal forma que la infracción tendría que ser de cualquiera de las ya indicadas que se relacionen con el tema de fondo.

3. Requisitos de procedencia

El Tribunal Supremo como ya dijimos resuelve los recursos de casación de **sentencias**⁽¹⁸⁾ emitidas en segunda instancia por la Audiencia Provincial sustentadas en infracción normativa de las normas relacionadas con el objeto del proceso, sin embargo, el legislador ha efectuado precisiones que se deben tomar en cuenta para la procedencia del citado recurso, pues, la idea no es propiciar la existencia de un recurso de casación para todas las sentencias emitidas en segunda instancia, sino mas bien, es la de preservar este recurso para situaciones que tienen mucha trascendencia en un ordenamiento jurídico: protección de derechos fundamentales, interés casacional y cuantía.

Por tanto, serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos (precisando que se trata de supuestos distintos y excluyentes, es decir no concurrentes):

a. Cuando se dictaran para la *tutela judicial civil de derechos fundamentales*, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución

Esto significa que serán procedentes los recursos de casación de las decisiones provenientes de las Audiencias Provinciales dictadas en procesos ordinarios relativas a los incisos 2 del artículo 249.1 LEC⁽¹⁹⁾, sin

(18) Debemos destacar que a diferencia de nuestro sistema casatorio en la casación española solo procede el recurso de casación respecto de sentencias dictadas por la Audiencia Provincial, nunca de autos (aunque pongan fin a la instancia), pues se ha entendido que estos tienen naturaleza estrictamente procesal, por tanto no relacionadas al tema de fondo. Situación especial merecen los autos de exequátur en la que será procedente el recurso de casación –conforme a los entendidos en la materia– por tener interés casacional.

(19) Artículo 249.1 LEC: “Se decidirán en juicio ordinario cualquiera sea su cuantía: 2. Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de

considerar los que corresponden al artículo 24 de la Constitución que –como ya hemos precisado con antelación– se vinculan con el Repip.

En tal sentido, tenemos presente en el ordenamiento jurídico español una tutela judicial ordinaria para determinados derechos fundamentales, tales como el derecho al honor, imagen e intimidad, entre otros.

Por lo tanto, si hubiera alguna afectación a los derechos fundamentales exigidos en el proceso (referidos al honor, intimidad e imagen, entre otros) habrá lugar al recurso de casación, ello porque con la vigencia de la Ley N° 01/2000 se tramitan en el juicio ordinario las pretensiones que buscan la tutela de orden civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículos 14 y 15 a 29 (Sección 1 del Capítulo 2, del Título I) de la Constitución, excepto la rectificación y los contenidos en el artículo 24 de la Carta Magna.

El acceso a la casación en este caso tiene relevancia constitucional, se aprecia que por la materia el asunto resulta altamente relevante, por lo cual el legislador puso en primer orden la posibilidad de acceder a la casación en los conflictos que tengan que ver con tutela en materia civil de derechos fundamentales.

El derecho de rectificación en España no es considerado como un derecho fundamental, conforme lo ha ratificado el Tribunal Supremo (ver ATS 24/9/2002) y como proceso se tramita por el juicio verbal (artículo 250.1, 9 LEC), por lo cual no será precedente por este motivo la casación por el inciso 1, aunque la doctrina española ha señalado que es posible llegar al Tribunal Supremo por interés de casación (inciso 3).

b. Cuando recaiga en asuntos cuya cuantía exceda de 150.000 euros

Esta situación es la que la doctrina ha llamado *summa gravaminis* (cuantía mínima del gravamen)⁽²⁰⁾, es decir, establecer sumas

cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”.

(20) Montero Aroca y Florz Matías, dejan ver la diferencia entre *summa gravaminis* y *summa cassationis*, al precisar que una cosa es que la ley exija una cuantía mínima (lo que se llama *summa cassationis*), y otra

determinadas de dinero mínimas para la procedencia del recurso, en este caso, el criterio no es determinar la admisión del recurso por la materia como en el inciso anterior, sino por la cuantía. No hay aquí criterio jurídico que impere, se trata de un dato cuantificable y nada más. Aquí al parecer se refleja la expectativa económica que tienen las partes cifrada en el proceso, es el valor económico del conflicto el que resulta relevante para la concesión del recurso, más que la materia o cualquier otro dato jurídico.

En los **juicios ordinarios** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.2 LEC se resuelven en esta vía los procesos cuya cuantía exceda de 6.000 euros, en los que no sea posible determinar su *quantum*, ni siquiera de modo relativo, es decir, de cuantía ilimitada o incalculable. En el **juicio verbal**, en cambio, se deben conocer los procesos que no superen los 6.000 euros.

Por tanto, los únicos procesos que llegan al recurso de casación (por cuantía) de las resoluciones emitidas por las Audiencias Provinciales son los derivados de juicios ordinarios que tienen una cuantía mayor a los 150.000 euros, quedando excluidas automáticamente las resoluciones expedidas en los llamados juicios verbales, por tener cuantía menor.

c. Cuando la resolución del recurso presente *interés casacional*⁽²¹⁾

El interés casacional es una fórmula que ha establecido el legislador español para superar la existencia de decisiones contradictorias que

diferente la fijación del valor mínimo del agravio sufrido por la parte que esta puede recurrir. Agregan que una de las imprecisiones de la doctrina española ha sido la de confundir la *summa cassationis* con la *summa gravaminis*. En nuestro Derecho no ha existido nunca la exigencia de que para formular un recurso, sea este el que fuera, se exija que el gravamen sufrido por la parte que pretende recurrir tenga una cuantía mínima determinada, sino que se ha atendido siempre a la cuantía del asunto que es cosa muy diferente y llamada comúnmente *summa casationis* (MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 333).

- (21) Es el interés casacional un enunciado que nuestro legislador procesal toma del requisito de recurribilidad que la ZPO alemana, en relación con la revisión, explicita mediante la expresión *grundsätzliche Bedeutung*, traducida como importancia o significación fundamental. Señala, en efecto, el párrafo 546 I que en los litigios cuya cuantía no exceda de 60.000 marcos alemanes, así como en aquellos otros sobre materia no patrimonial, el recurso solo es admisible si el tribunal de instancia lo autoriza, lo cual procederá cuando el asunto presenta importancia fundamental (*wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat*). Por su parte el párrafo 554.b.I, concerniente a litigios de cuantía superior a 60.000 marcos alemanes, permite que el tribunal de Revisión rehúse el examen del recurso si la cuestión jurídica que el mismo suscita carece de importancia fundamental (*wenn die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat*) (MORÓN PALOMINO, Manuel. Ob. cit., p. 89).

emitan los órganos jurisdiccionales con relación a lo resuelto por el Tribunal Supremo. Es una especie de control indirecto de las decisiones a partir de lo resuelto por la Corte de Casación.

El término interés casacional, es el término que usa el legislador en la casación española para mejorar el criterio de predecibilidad de las decisiones judiciales. Se busca la primacía del principio de unidad jurisprudencial –elemento base de la casación clásica–, teniendo un peso específico el conocido *ius constitutionis* frente al *ius litigatoris*, es decir, sustentado más en un interés general que en un interés particular.

Siguiendo este criterio de interés casacional, se presenta un presupuesto de procedencia de casación cuando se resuelve en contra de la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, aquí debemos señalar que tenemos la percepción de que los jueces españoles respetan mucho la doctrina que va dejando en sus decisiones el máximo Tribunal de la justicia ordinaria, aunque se debe contemplar la premisa que en este sistema jurídico la jurisprudencia no es fuente de derecho, por lo cual el legislador en casación la dejó de considerar como un motivo directo de casación para involucrarla como requisito de procedencia llamado “interés casacional”, apuntando hacia una “unidad de la jurisprudencia”.

Para Montero Aroca y Florz Matíes el interés casacional es un presupuesto de admisibilidad del recurso de casación y dada la configuración compleja de este recurso, se integra por tres elementos: a) objeto: que es, básicamente la unificación de la jurisprudencia sin perjuicio de que, de modo indirecto, pueda acabar tutelándose el interés particular de la parte; b) causa: que es la existencia de interés casacional, y que luego se resuelve en los tres supuestos de la ley; y, c) motivo: que es la infracción de norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso⁽²²⁾.

Esto significa que el Tribunal Supremo primero debe verificar la existencia del interés casacional para admitir el recurso, luego, recién podrá resolver el motivo que llevó al recurso, es decir, encargarse de la infracción normativa que afecta la sentencia.

(22) MONTERO AROCA, Juan y FLORZ MATÍES, José. Ob. cit., p. 370.

Para acreditar que la decisión recurrida en casación se opone a lo resuelto –anteriormente– por el Tribunal Supremo (concretamente a lo resuelto por la Sala de lo civil) como “doctrina jurisprudencial”, se debe acreditar documentalmente la existencia de decisiones reiteradas (que se presentan en situaciones análogas o semejantes) en determinado sentido en las que el Tribunal Supremo aplicó o interpretó determinada ley (en las que la *ratio decidendi* es coincidente). Así, se ha entendido jurisprudencialmente en España (STC 9/3/1999 RJ 1999/14089) que se deben presentar cuando menos dos decisiones de este Tribunal que acrediten lo expresado. Aunque en otras decisiones (respecto de las situaciones semejantes que se deben presentar) se ha expresado que basta señalar la doctrina jurisprudencial que haya sido afectada por la sentencia recurrida y cómo lo fue, sin necesidad de que las sentencias acompañadas contengan un supuesto idéntico.

Aunque también hay interés casacional cuando sobre determinado asunto que es objeto de la controversia existan decisiones contradictorias (“jurisprudencia”, dice la LEC y no “doctrina jurisprudencial”, para diferenciarla de los criterios interpretativos del Tribunal Supremo) en las Audiencias Provinciales.

Se entiende en este caso, que deben existir por lo menos dos o más decisiones de la Audiencia Provincial de donde proviene la sentencia comparada con otras dictadas por diferentes Audiencias Provinciales. Aunque también es posible de decisiones de una misma Audiencia Provincial pero emitidas por diferentes Secciones.

Lo mismo sucede cuando se aplicaron normas que no tienen una vigencia mayor a 5 años de vigencia, en tanto no existan criterios establecidos por el Tribunal Supremo sobre la misma norma “de igual o similar contenido”.

Con todo, lo que busca el interés casacional es estructurar con mayor claridad la pirámide jerárquica de las decisiones judiciales en el sistema español, es decir, que los jueces sepan quién establece y orienta los criterios interpretativos de la aplicación de normas sustantivas y asimismo precisa sutilmente la vinculación de las decisiones del Tribunal Supremo con relación a los otros órganos judiciales.

Este interés casacional también funciona para los recursos de casación que deben ser resueltos por los Tribunales Superiores de Justicia, esto es cuando la decisión que es materia del recurso resulta contraria a los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Superior o cuando aún no se hayan fijado por este Tribunal criterios interpretativos respecto de normas de Derecho Especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

4. Simultaneidad del recurso

No se admite que una misma parte prepare simultáneamente recurso de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo (por Derecho Civil común) y ante el Tribunal Superior de Justicia (por normas forales o especiales), en tal caso, corresponde tener por no presentado el primero, lo que implica que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo deja de tener vigencia y se prefiere darle competencia para resolver el recurso planteado al Tribunal Superior de Justicia. Al parecer en estos casos el derecho autonómico tendrá mayor relevancia que el derecho común.

La LEC no ha precisado si todas las partes formulan recursos de casación por derecho común o todos formulan recurso por derecho autonómico o si algunos proponen recursos autonómicos y otros de derecho común.

5. Preparación del recurso

Como ya lo dijimos el sistema español tiene dos etapas marcadas para los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación: la preparación y la presentación.

En cuanto a la preparación debe hacerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia y se presenta ante el tribunal que dictó la decisión.

Cuando se pretenda la tutela de derechos fundamentales (art. 477.2, 1 LEC) se debe alegar sucintamente en qué consiste la vulneración del derecho fundamental que se considere cometida. Si el proceso tiene la cuantía exigida para el recurso (art. 477.2, 2 LEC) se debe indicar la

infracción legal en la que se hubiera incurrido. En tanto si se trata de interés casacional (art. 477.2, 3 LEC) se debe expresar la infracción legal que se considere cometida y además las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se sustente el interés casacional invocado.

Es el secretario judicial quien tendrá por preparado el recurso, si cumple con los requisitos esbozados, para los casos de inadmisión debe hacer de conocimiento del Tribunal para que resuelva lo pertinente. El Tribunal puede tenerlo por preparado o rechazarlo, en este segundo caso, procede el recurso de queja. Contra la resolución que admite la preparación no procede recurso alguno, aunque la parte contraria se puede oponer al mismo al momento de apersonarse al Tribunal de Casación.

6. Presentación del recurso

Este es el momento en que el recurrente expone por escrito ante el tribunal que expidió la sentencia los fundamentos *in extenso* que sustentan el recurso de casación. Lo hace dentro de los 20 días siguientes de tener por preparado el recurso.

Se debe acompañar al recurso de certificación de la sentencia impugnada⁽²³⁾ (si no se acompaña por negativa de entregarla por el secretario, lo solicitará el Tribunal Supremo con la corrección disciplinaria correspondiente), en su caso presentar las sentencias que acrediten el interés casacional invocado.

Cuando corresponda se debe argumentar respecto del tiempo de vigencia de la norma (cuando se aplicó norma que no tiene antigüedad mayor a 5 años) y la inexistencia de doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Supremo sobre la norma que se considere infringida.

(23) En nuestro medio si la casación se presenta ante la misma Corte Suprema, se acompaña “copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad” (art. 387.2 CPC).

Si no se presenta recurso de casación dentro del plazo oportuno después de la preparación el secretario judicial lo declarará desierto imponiendo las costas correspondientes.

7. Remisión de actuados

El secretario remitirá los actuados dentro de los cinco días siguientes a la presentación del recurso al Tribunal competente, con emplazamiento de las partes por 30 días.

Si el recurrente (quien presentó el recurso) no comparece dentro del plazo concedido, se declarará desierto el recurso, quedando firme la resolución recurrida.

8. Admisión del recurso

En la legislación española quien admite o inadmite el recurso de casación es el propio Tribunal Supremo, para ello, cuando llegan los autos al citado Tribunal se designa a Magistrado ponente quien da cuenta a la Sala sobre la admisión o inadmisión del recurso.

Antes de admitir o inadmitir el recurso la Sala debe establecer su competencia, es decir, le corresponde señalar si es de su competencia o no el conocer el recurso, ello debido a que hay situaciones en las que la competencia pueda recaer en los Tribunales Superiores de Justicia, como ya hemos indicado. En cuyo caso, el Tribunal Supremo si decide su incompetencia le remitirá los actuados para su debido pronunciamiento.

Si se estima la incompetencia de la Sala se decidirá esta situación, previo a la realización de una audiencia, para que los actuados pasen a la Sala que estime competente, con conocimiento de las partes para su comparecencia dentro de los diez días.

Pasado el filtro de la competencia, se decidirá sobre la admisión o inadmisión del recurso.

Se han previsto como causales de inadmisión: el haber postulado el recurso contra sentencia no recurrible, pese a haber tenido por preparado el recurso. La existencia de algún defecto formal no subsanable en el

que haya incurrido la preparación del recurso. El incumplimiento de los requisitos formales exigidos por la LEC para la presentación del recurso. Cuando el asunto no logre alcanzar la cuantía requerida (150.000 euros) o no aparezca el interés casacional invocado por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años a criterio de la Sala, entre otras.

Antes de inadmitir el recurso se dará oportunidad para que las partes sepan la posible causa de inadmisión del recurso, dándoles un plazo de diez días para que formulen las alegaciones que consideren oportunas. Luego se dictará la resolución admitiendo o inadmitiendo el recurso; en el primer caso no cabe recurso alguno; en el segundo caso la Sala declarará la firmeza de la resolución recurrida. Aunque se puede inadmitir parcialmente el recurso.

9. Traslado de la admisión del recurso y vista

Una vez admitido el recurso se dará traslado del mismo a la parte recurrida (no impugnante), anexando la documentación adjunta, ello con el propósito de que hagan valer su **oposición** por escrito dentro del plazo de veinte días, a fin de proponer las causas de inadmisión del recurso que consideren existentes y que no fueron rechazadas por la Sala, además pueden pedir la **realización de vista**.

Con lo que tenemos que si no hay pedido de vista la causa será votada por los Magistrados Supremos sin oír a las partes, salvo que la Sala estime conveniente la realización de esta “por considerarlo conveniente para la mejor impartición de justicia”.

La vista comenzará con el informe de la parte recurrente, luego la parte recurrida, si fueran varios los impugnantes, el orden lo establece la fecha de interposición del recurso o la de comparecencia, luego de ello quedará expedito para emitir la decisión dentro de los veinte días siguiente a la finalización de la misma.

Si no hubiera vista la Sala señalará día y hora para la votación y fallo del recurso de casación presentado.

10. Sentencia

Cuando se trate de sentencias en los que se encuentren involucrada la afectación de derechos fundamentales o cuantía (art. 477.2 numerales 1 y 2 LEC), la Sala al resolver el recurso casará o confirmará la sentencia impugnada en todo o en parte.

Si el presupuesto de impugnación se vincula al de “interés casacional” (art. 477.2 numerales 1 y 2 LEC), la Sala declarará fundado el recurso, casará la sentencia y se pronunciará sobre la oposición que se hubiera producido respecto de la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de la jurisprudencia.

Las decisiones que adopte el Tribunal Supremo no afectarán las situaciones jurídicas que se hubieran generado en los procesos judiciales de donde provengan las sentencias invocadas en caso de “interés casacional”.

VI. EL RÉGIMEN PROVISIONAL

En España ha ocurrido un fenómeno especial con relación a la vigencia total de la LEC 1/2000, concretamente con relación a las disposiciones referidas al recurso de casación y al recurso extraordinario por infracción procesal.

La formula legislativa propuesta por el legislador de la LEC 1/2000, para darle competencia al Tribunal Supremo para conocer el recurso de casación y a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer el Repip (sistema dual), se ha visto frustrada, ello debido a que a la fecha no han entrado en vigencia las competencias de los Tribunales que deben conocer el Repip (han transcurrido aproximadamente 10 años).

El problema ha surgido a raíz de las atribuciones y competencias establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los órganos jurisdiccionales, concretamente porque no se han establecido facultades expresas en ella para que los Tribunales Superiores de Justicia puedan conocer y resolver el Repip.

El Congreso de los Diputados no aprobó hasta la fecha la modificación de la LOPJ para concederles las competencias necesarias a los Tribunales Superiores de Justicia, lo cual ha detenido la reforma procesal ya mencionada, para ello se requiere una mayoría absoluta de su miembros.

En tal sentido, mientras no se dé la modificación legislativa necesaria, se habla de un **régimen provisional** de esta parte del Código, que ya va durando una década, pasando de provisional a permanente por la falta de voluntad política.

Veamos cómo viene funcionando el **régimen provisional** de estos recursos tan importantes en la reforma procesal propuesta por el legislador de la LEC 1/2000:

1. Ante la negativa del Congreso de los Diputados hubo la necesidad de que el Senado aprobara lo que hoy es la 16va Disposición Final de la LEC. Esta es la disposición legal que sustenta el régimen provisional, la cual mantendrá su vigencia en tanto no se le asigne la competencia concreta a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer el Repip.
2. El REPIP procederá solo respecto de resoluciones por lo que se admite recurso de casación conforme al artículo 477 LEC (sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales).
3. Los motivos del Repip serán los previstos en el artículo 469 LEC (infracción de normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional, normas reguladoras de la sentencia, normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando se hubiere producido indefensión o nulidad conforme a ley, vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución). Es decir por temas estrictamente procesales o de forma.
4. La competencia para conocer el Repip corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia le corresponde conocer el recurso de casación cuando se trate de aplicación de Derecho civil foral

o especial; pero, también pueden invocarse en el recurso de casación, los motivos o causales establecidas en el artículo 469 LEC.

5. Se podrá formular Repip sin necesidad de proponer el recurso de casación cuando se trate de procesos en los que se encuentren afectados derechos fundamentales y en los que la cuantía supere los 150.000 euros. Esta es la fórmula para proponer solo el Repip, dejando de lado el recurso de casación.
6. Es posible que un solo litigante pueda recurrir conjuntamente por Repip y recurso de casación, contra una misma resolución, para lo cual debe preparar y presentar ambos recursos en un mismo escrito. Ambos se tramitan en procedimiento único. Si son diferentes las partes que proponen estos recursos se debe proceder a la acumulación. Cuando se resuelvan los recursos conjuntos, la Sala primero debe examinar la procedencia del recurso de casación, si inadmite este recurso, seguirá la misma suerte el Repip. Lo que implica la existencia de una accesoriidad en la admisión de los recursos, el recurso principal será el de casación y el recurso accesorio es el Repip, si no pasa el primero, el segundo tendrá el mismo resultado.
7. Con respecto a la regla anterior (recurrir conjuntamente por Repip y casación) se ha propuesto una excepción, se ha señalado que cuando el Repip es exclusivamente por interés casacional (art. 477.2, 3 LEC), si el recurso de casación es inadmitido, se inadmitirá sin más trámite el Repip. Cuando el recurso de casación es admitido, se procederá a resolver sobre la admisión del Repip.
8. Siguiendo en el mismo supuesto anterior (recurrir conjuntamente) si se admiten ambos recursos, primero se resolverá el Repip, solo cuando este se desestime se resolverá el recurso de casación, aquí vemos una regla de subsidiariedad en la forma de resolver los recursos, solo se resolverá el de casación si no pasa el Repip.
9. Quedan en suspenso algunos artículos que regulan el Repip, en tanto no se otorguen las facultades de los Tribunales Superiores

de Justicia para conocer estos recursos (arts. 466, 468, 472, 488 a 493, entre otros de la LEC).

VII. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO DE CASACIÓN ESPAÑOL Y EL PERUANO

Definitivamente el recurso de casación español tiene muchísimo recorrido (desde la LEC de 1855) a diferencia del nuestro que no llega a los 20 años, por lo cual, se puede decir que la experiencia española en casación sirve como referente en el sistema jurídico europeo.

Por ello, cuando se compara la casación española con la casación francesa, tenemos que la primera dio un giro importante al constituir una casación de avance a la que los estudiosos llamaron casación bastarda, debido a que se separa del modelo de casación clásico o puro, sujeto a reenvío, para ingresar a resolver el fondo sin devolver el expediente.

Una de las principales diferencias entre el recurso de casación español y el nuestro la encontramos en que el recurso de casación de España está sujeto a la *summa gravaminis*, es decir, que no resulta admisible el recurso si no se cumple —entre otros— con la cuantía señalada en la LEC, esto es si no es mayor a 150.000 euros. En nuestro sistema el recurso de casación civil no está sujeto a cuantía, lo que indudablemente permite que todos los procesos civiles que se inician ante el juez especializado lleguen a la Sala Civil de la Corte Suprema en casación. Lo contrario ocurre en la casación laboral y la casación del proceso contencioso-administrativo que si está sujeta a cuantía.

De otro lado, la competencia del recurso de casación en el sistema judicial español se distribuye entre la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad. Este último conoce los recursos de casación de las resoluciones emitidas por la Audiencia Provincial cuando la litis se resuelve aplicando normas forales o comunitarias, por ejemplo, el Código Civil Catalán y el Tribunal Supremo cuando se resuelven recurso de casación de derecho nacional, por ejemplo de Código Civil español. En nuestro sistema judicial solo la Corte Suprema de competencia nacional (como máximo órgano jurisdiccional) conoce los recursos de casación en materia civil, laboral, penal, y contencioso administrativo.

En nuestro medio el recurso de casación se presenta ante la Sala Superior que emitió la resolución impugnada o directamente ante la Corte Suprema⁽²⁴⁾. En España el recurso de casación se prepara y presenta ante la Audiencia Provincial. No se requiere preparar el recurso, esta figura procesal de “preparación del recurso” no existe en nuestro sistema procesal, como si aparece en la legislación española.

Como sabemos, en la casación nacional es la Corte Suprema la única que califica el recurso de casación, en relación al fondo y a la forma (antes la parte formal del recurso lo hacía la Sala Superior, hoy esta Sala solo se encarga de elevar los actuados), por ello es que se ha generado un problema de recarga de la autoridad máxima, pues, todas las decisiones emitidas por la Sala Superior son cuestionadas con recurso de casación, sin interesar que no sean decisiones impugnables con este recurso.

En España el recurso de casación, como ya lo sostuvimos, tiene dos etapas, la de preparación del recurso y su presentación. El recurso lo califica el Tribunal Supremo.

En nuestro sistema con el recurso de casación se puede proponer el cuestionamiento de las decisiones judiciales por error *in iudicando*, *in procedendo* e *in cogitando*. Se admite cuestionar con el recurso de casación el aspecto de fondo y la forma de la decisión, esta última por afectación al debido proceso.

En el sistema español los recursos regulados son: reposición, apelación, casación, recurso extraordinario por infracción procesal, recurso en interés de la ley⁽²⁵⁾ y recurso de queja. La casación para errores *in iudicando*, el Repip para los errores *in procedendo* y el recurso en interés

(24) Artículo 387 inciso 2 del CPC: “Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada o ante la Corte Suprema, acompañando copia de la cédula de notificación de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado, certificada con sello, firma y huella digital, por el abogado que autoriza el recurso y bajo responsabilidad de su autenticidad. En caso de que el recurso sea presentado ante la Sala Superior, esta deberá remitirlo a la Corte Suprema sin más trámite dentro del plazo de tres días”.

(25) Artículo 490.1 LEC: “Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales”.

de la ley para controlar las decisiones emitidas por los Audiencias Provinciales al resolver los Repip que contengan interpretaciones contradictorias de las normas procesales. Aunque conviene revisar lo expresado sobre el régimen provisional –ver punto IV del presente trabajo–, que evitó hasta la fecha la entrada en vigencia del recurso extraordinario por infracción procesal como fue configurado originariamente.

Con relación a los motivos de casación, en la legislación española se estableció una causal única la llamada “infracción de normas aplicables”, la cual es más o menos parecida a la nuestra que regula a la conocida “infracción normativa” (art. 386 CPC: “el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión”).

Es causal de casación en nuestro medio “el apartamiento inmotivado del precedente judicial”, la cual se encuentra cifrada en el ordenamiento procesal español en el llamado “interés casacional”, es decir, cuando la decisión objeto del recurso se aparta de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En fin, existen algunas semejanzas y también diferencias entre la regulación del recurso de casación en España y en nuestro país, lo cual no evita que se considere de importancia un estudio comparativo del mismo, como se hizo a lo largo del presente trabajo.

Luis Genaro Alfaro Valverde

**Derecho
fundamental a la
prueba: garantía
constitucional de
naturaleza procesal**



Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal^(*)

Luis Genaro Alfaro Valverde^()**

El autor examina el tránsito de la tutela constitucional de los derechos fundamentales, del proceso y de la prueba, así como la relación del derecho a la prueba (derecho implícito) con el derecho constitucional al debido proceso (derecho explícito), proponiendo y sustentando su autonomía constitucional. Además, se estudia el concepto del derecho a la prueba, iniciando por su perspectiva procesal para luego evidenciar su sentido constitucional. Finalmente, se analizan los alcances de dicho derecho fundamental (utilización, admisión, actuación y valoración) y sus restricciones de orden legal: pertinencia y licitud.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la constitucionalización de los derechos fundamentales en los Estados (nivel interno e internacional) y la necesidad de garantizarlos jurisdiccionalmente, fueron las razones cardinales que ocasionaron el encumbramiento del proceso y de algunas de sus instituciones, a nivel constitucional. Esto contribuyó, además, a que a través de la jurisprudencia constitucional, se identifique y reconozca (expresa o implícitamente) algunos derechos fundamentales de naturaleza procesal, como es el caso del derecho a la prueba.

(*) A Dios por su gracia infinita; a mi amada esposa Kelly Cabanillas, por su amor incondicional; y a Renzo Cavani por su amistad y apoyo constante.

(**) Fiscal Provincial Civil Titular del Distrito Judicial del Santa. Ex Juez Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa. Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la misma universidad. Estudios de Maestría con mención en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Nacional de Trujillo.

Precisamente, el tema central del presente estudio es el derecho fundamental a la prueba y sus principales aspectos o características derivados de esta garantía. Para tal caso nos apoyaremos, en todo momento, en la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, que ciertamente permitirán esclarecer mejor los alcances de esta garantía en el panorama constitucional.

Así, en primer orden se examina, muy sumariamente, la evolución y avance del fenómeno de la constitucionalización de los derechos a nivel nacional e internacional, iniciando por la tutela de los derechos fundamentales, pasando por la tutela del proceso y, finalmente, converger en la tutela constitucional de la prueba. Esto nos permitirá apreciar el marco contextual en el que se desarrolla este derecho fundamental. Seguidamente, se evalúa con detenimiento la relación o vinculación, descrita por la jurisprudencia constitucional, del derecho a la prueba (derecho implícito-contenido) con el derecho constitucional al debido proceso o tutela jurisdiccional efectiva (derecho explícito-continente); postulando y sustentando, argumentativamente, su autonomía constitucional.

Luego se estudia el concepto del derecho a la prueba, abordando en primer lugar su perspectiva procesal e inmediatamente se transita por su sentido desde el Derecho Constitucional, apoyándose para este caso en la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada. Además, examinaremos en forma pormenorizada el contenido esencial o ámbito de protección constitucional del derecho a la prueba, como son los derechos de utilización, admisión, actuación y valoración de los medios de prueba.

Finalmente, como todo derecho fundamental se encuentra sujeta a ciertos límites o restricciones a su ejercicio, de igual manera el derecho a la prueba también los tiene, por ello para terminar este estudio, se procede a examinar los temas de la pertinencia y la licitud, que a nuestra consideración serían las únicas restricciones válidas y constitucionales al ejercicio de este derecho.

I. DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS A LA TUTELA DE LA PRUEBA

1. Tutela constitucional de derechos

Como sabemos los derechos fundamentales no son únicamente meros derechos públicos subjetivos⁽¹⁾, es decir, aquellas libertades que garantizan la preservación de una esfera de autonomía personal oponible al Estado; sino que en la actualidad se constituyen como proyección o expresión de un sistema de valores que trascienden a todo ordenamiento jurídico⁽²⁾, siendo una de las principales tareas del Estado Democrático y Social de Derecho la búsqueda de mecanismos que permitan hacer efectiva la tutela de tales derechos.

En efecto, a mediados del siglo XX y luego de culminada la Segunda Guerra Mundial se empezó progresivamente a promover la predisposición a que los derechos fundamentales⁽³⁾ sean reconocidos en la Norma Suprema de los Estados, es decir, se propuso que se consagren en las constituciones⁽⁴⁾ (en la parte dogmática) un plexo de derechos, principios y valores que se caracterizan por condicionar o delimitar la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y el comportamiento de los actores públicos⁽⁵⁾.

Este fenómeno de la constitucionalización de los derechos fundamentales fue sustancialmente influenciado por la corriente de pensamiento denominada **neoconstitucionalismo**⁽⁶⁾ que, de manera general, se

(1) Históricamente los derechos fundamentales se originaron como medios de defensa oponibles al Estado y no se extendían al ámbito de las relaciones privadas, por considerar inadmisibles que entre privados se presentaran abusos, ya que se realizaban en condiciones plenas de libertad e igualdad. Cfr. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1995, p. 37.

(2) Véase, por ejemplo STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, ff. jj. 3-8.

(3) En la doctrina española, véase PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1984; en la doctrina alemana, véase ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC, Madrid, 2001.

(4) La expresión "Constitución" posee diferentes significados que dependen del contexto histórico y cultural en el que se emplea. Cfr. GUASTINI, Riccardo. "Sobre el concepto de Constitución", traducción de Miguel Carbonell. En: *Estudios de Derecho Constitucional*. Fontamara, Col. DJC, México, D.F., 2003, pp. 29-45.

(5) COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", traducción de Miguel Carbonell. En: *Insonomía*. N° 16, 2002, p. 95.

(6) Entre los principales iusfilósofos del pensamiento neoconstitucional: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Oxford UP, Oxford, 1996; ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Gedisa, Barcelona, 1994 y ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto mite*. Einaudi, Torino, 1992 (en español: *El derecho dúctil*).

caracteriza por las siguientes líneas distintivas: a) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; b) La garantía jurisdiccional de la Constitución; c) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino preceptivas); d) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); e) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares y f) La interpretación adecuada de las leyes⁽⁷⁾.

En la doctrina italiana, el **neoconstitucionalismo** viene siendo estudiado y examinado desde sus diversas variantes o tipos, como son: la teórica, la ideológica y la metodológica⁽⁸⁾. Así, vista como teoría, se presenta como una opción o alternativa respecto a la teoría del iuspositivismo tradicional⁽⁹⁾, la que se caracteriza por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y la aplicación de la ley⁽¹⁰⁾. Además, como una ideología ubica en segundo orden el objetivo del constitucionalismo tradicional, sobre la limitación del poder y pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Por último, apreciada como un método propone la tesis de la conexión necesaria identificativa y/o justificativa entre Derecho y moral⁽¹¹⁾.

En la doctrina italiana, véase POZZOLO, Susana. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Giapichelli, Turín, 2001; “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 21, 2, 1998, pp. 339-354.

En la doctrina española, véanse PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Filosofía jurídica y siglo XXI: Ocho panoramas temáticos*. Cristina Monereo Atienza, José Calvo González (coordinadores). Universidad de Málaga, 2005, pp. 81-112; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo: un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo”. En: *Racionalidad y Derecho*. Alfonso Jaime García Figueroa (coordinador). Centro de Estudios Políticos y Jurisdiccionales, España, 2006, pp. 265-290.

(7) Cfr. GUASTINI, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”. En: GUASTINI, R. *Estudios de teoría constitucional*. IIJ - UNAM, Fontamara, México, 2001.

(8) Comanducci distingue tres versiones del neoconstitucionalismo: teórico, ideológico y metodológico; ya que “la utilización de tal tripartición permite por otro lado evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo” (COMANDUCCI, Paolo. Ob. cit., p. 96).

(9) Cfr. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2ª ed. Comunità, Milano, 1988; *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid, 1993.

(10) COMANDUCCI, Paolo. Ob. cit., p. 97.

(11) *Ibidem*, p. 101.

Por lo demás, otro sector de la doctrina italiana ha sintetizado las principales características de este movimiento contraponiéndolas a las del constitucionalismo tradicional, en las siguientes: 1) Principios *versus* normas, que explica que el Derecho no se compone solo de normas, sino de normas y principios; 2) Ponderación *versus* subsunción, en virtud del cual se resalta el peculiar método interpretativo/aplicativo que requieren los principios; 3) Constitución *versus* independencia del legislador, por la que se sostiene que la Constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales; y 4) Jueces *versus* libertad del legislador, por la que se defiende una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia⁽¹²⁾.

2. Tutela constitucional del proceso

En el contexto esbozado, el neoconstitucionalismo desde su versión ideológica, influenció en la mayoría de sistemas constitucionales, sobre la prístina necesidad de tutelar eficazmente los derechos fundamentales; de modo que en la actualidad la impartición de justicia resulta una tarea esencial para los fines de todo Estado Democrático. Desde luego, esta importante función ha sido encomendada no solo a los tribunales constitucionales (en adelante TC), sino que además, le ha sido encargada conjuntamente a los jueces que integran la jurisdicción ordinaria, quienes, sin duda, son los primeros obligados a velar por su tutela⁽¹³⁾.

Siendo así, la forma más civilizada de tutelar estos derechos es haciendo uso de uno de los principales mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos denominado “proceso”. No obstante, la casi siempre trágica realidad determinó que el derecho (sustancial debatido) menguara frente al proceso. Así, este mecanismo creado ordinariamente

(12) POZZOLO, Susana. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, traducido por Joseph M. Villajosana. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 21, 2, 1998, pp. 339-354.

(13) En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional se viene pronunciado en reiterada doctrina jurisprudencial, por ejemplo en la STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC, f. j. 5; cuando sostiene que “en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución”.

para la tutela de derechos, se convirtió en un medio para causar mayor daño, por la falta de garantías procesales a las partes. Esta situación se presentó –precisaba el maestro Couture– por la desnaturalización práctica de los principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, privaba de la función tutelar⁽¹⁴⁾. Además, en esta línea de pensamiento podríamos agregar que el problema también radicaba en el supuesto de que el legislador establezca o modifique las normas procesales de manera ostensiblemente irrazonables. Sea expresa o implícitamente, estas situaciones conllevaban a frenar a las partes en la defensa de sus derechos, lo que naturalmente repercutió en la llamada crisis de la ley procesal⁽¹⁵⁾. Lamentablemente, muchos de estos males todavía se mantienen vigentes en la realidad peruana y en general a nivel de Latinoamérica.

Como respuesta o salida a esta problemática, la referida tendencia –constitucionalización de derechos– llevó también a la mayoría de Estados Democráticos de Europa de la posguerra⁽¹⁶⁾ a encumbrar a rango

(14) Cfr. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Reimpresión, BdeF, Montevideo– Buenos Aires, 2005, pp. 120-131.

(15) En la doctrina italiana, TAURFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, traducción de Mercedes Fernández López. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 22, 1999, pp. 311-320. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_14.pdf>; también en: Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. *Themis*, Bogotá, 2006, pp. 45-55. En este ensayo, el profesor de la Universidad de Pavía propone tres direcciones de estudio y reflexión para afrontar la crisis de la ley procesal: “Ante todo, es necesario una decidida mutación en la cultura procesalista, que debe superar una serie de actitudes obsoletas, formalistas, legadas por la dogmática tradicional (...) Una segunda dirección debería ser la de la recuperación y la reformulación de los valores fundamentales y de los principios generales que se considera válidos para el proceso civil y penal en los ordenamientos avanzados en este momento histórico y para un previsible futuro. (...) Una tercera dirección, es en alguna medida, más específica, y hace referencia a una necesaria redefinición sistemática de los instrumentos de tutela procesal” (pp. 319 y 320) Cfr. VILLA, Vittorio. “Constructivismo y Teoría del Derecho”, traducido por Josep Aguiló Regla. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 22, 1999, pp. 285-302.

En la doctrina española, véanse ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Racionalidad y crisis de la ley”, En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 22, 1999, pp. 303-309; LAPORTA, Francisco J. “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 22, 1999, pp. 321-330.

(16) Así, en experiencia constitucional italiana (art. 24 de la Constitución italiana), alemana (arts. 19.4, 101.1 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn) y española (art. 24 de la Constitución española). Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 17-23; FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos*. Civitas, Madrid, 1982, p. 51. En la Unión Europea, los derechos fundamentales de índole procesal, se encuentran reconocidos en los artículos 47 a 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. “Los

constitucional al proceso (tutela constitucional del proceso⁽¹⁷⁾) y algunos de sus principales institutos y principios; con lo cual se dio inicio al fenómeno de la constitucionalización de garantías que debe reunir todo proceso. Dicho de otra manera, la necesidad histórica conllevó forzosa e ineludiblemente a la configuración de una serie de derechos fundamentales de naturaleza procesal o simplemente “derechos procesales fundamentales”⁽¹⁸⁾. Nace así lo que algunos juristas han denominado “Derecho Constitucional Procesal”⁽¹⁹⁾, disciplina diferente al “Derecho Procesal Constitucional”⁽²⁰⁾; siendo que la primera analiza concretamente “las instituciones o categorías procesales establecidas por la Constitución”⁽²¹⁾ y la segunda se encarga del estudio del conjunto de procesos de tutela de la Constitución, que comprenden los procesos constitucionales.

Ahora bien, para un sector de la doctrina española, los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de ciudadanos frente a los jueces y tribunales, y tienen una dimensión objetiva que los hace diferentes al resto de derechos fundamentales, que aunque tienen por finalidad directa la reparación del daño en la esfera de los derechos de los individuos,

derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: protección y contenido”. En: *Revista de Derecho de la Unión Europea*. N° 11, 2006.

(17) COUTURE, Eduardo. Ob. cit, p. 120.

(18) ABEL LLUCH, Xavier. “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. En: Xavier Abel LLuch y Joan Pico I Junio (coordinadores). *Objeto y carga de la prueba civil*. Bosch, Barcelona, 2007, p. 32.

(19) A favor de la existencia del “Derecho Constitucional Procesal”, véanse: ALMAGRO NOSETTE, José. “Tres breves notas sobre el Derecho Procesal Constitucional”. En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. N° 3-4, 1979, pp. 683 y 684; COUTURE, Eduardo. “Las garantías constitucionales del proceso civil”. En: *Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina*. Ediar, 1946, p. 153; FIX ZAMUDIO, Héctor. “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”. En: *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*. Porrúa, México, D.F., 1988, pp. 10 y 11. En oposición a su autonomía, puede verse GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Temis, Bogotá, 2001, pp. 10 y 11; ABAD YUPANQUI, Samuel. *Derecho Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 36.

(20) Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*. Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., México, D.F., 2004; ALCALÁ, Humberto. “El Derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina”. En: *Estudios constitucionales*. Vol. 7, Núm. 1, Chile, 2009, pp. 13-58. Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011413003>>.le

(21) Fix-Zamudio, Héctor. “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el Derecho Constitucional”. En: *Libro homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*. Universidad Externado de Colombia. T. II., 1993, p. 536.

lo cierto es que redundante en un beneficio para toda la administración de justicia⁽²²⁾.

Empero, con la misma lógica utilizada en la Teoría General del Proceso, aplicada al derecho a la prueba, conviene que diferenciamos muy cuidadosamente los “derechos” y sus “garantías”⁽²³⁾; puesto que los derechos fundamentales que reconoce y norma la Constitución de un Estado son distintos a las garantías de esos derechos, las cuales son aquellos medios o instrumentos procesales constitucionalizados mediante los cuales es posible la realización o eficacia de los primeros⁽²⁴⁾.

En este contexto, el sistema constitucional peruano, como “fieles” receptores⁽²⁵⁾ de tendencias ideológicas y diseños normativos foráneos –*legal transplants*⁽²⁶⁾–, se vio influenciada también con este fenómeno de constitucionalización, consagrando en la Constitución Política de 1993 una serie de principios y derechos fundamentales de naturaleza procesal. Así, con el objetivo de hacer del proceso un instrumento ágil, eficaz y garantista para la defensa de los derechos de las personas, nuestra Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional como garantías procesales⁽²⁷⁾, entre las que destacan “los derechos

(22) NATAREN NANDAYAPA, Carlos. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. UNAM, México, D.F., 2006, pp. 10-12.

(23) Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 3ª ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 59-65.

(24) Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 18.

(25) Cfr. MERINO ACUÑA, Roger. “¿Recepción o resistencia? Americanización y análisis económico del Derecho en el Perú”. En: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*. Vol 14, 2008. Disponible en: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/home.html>>.

(26) La expresión legal *transplants* se debe a Alan Watson, véase: WATSON, Alan. “Legal Transplants and European Private Law”. En: *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)*. Vol. 4.4, december, 2000. Disponible en: <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>>, p. 4 y ss; Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, University of Georgia Press. Athens, 2ª ed., 1993. Cfr. MATTEI, Ugo. “Efficiency in legal transplants. An essay in Comparative Law and Economics”. En: *International Review of Law and Economics*. Elsevier, Vol 14 (1), Volume 14, Issue 1, March 1994. En contraste, véase: LEGRAND, Pierre. “The impossibility of legal transplants”, 4, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 111, 1997.

(27) La Constitución peruana de 1993 reconoce tanto el derecho al debido proceso como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; empero en puridad se tratan de instituciones de orígenes distintos, pues mientras el primero (*due process of law*) proviene del *common law*, la segunda surge en el *civil law*. Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Bosch, Barcelona, 1998, p. 180. En la doctrina nacional, se sostiene que son instituciones semejantes, véase: QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú en el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos*. Jurista, Lima, 2003, p. 53. En contraste, puede verse: PRIORI POSADA, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los

fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (art. 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (art. 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (art. 139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (art. 139.6), el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (art. 139.8), el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (art. 139.9), la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (art. 139.11), el principio de no ser condenado en ausencia (art. 139.12), la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (art. 139.13), (...) entre otras”⁽²⁸⁾.

De esta manera, el Tribunal Constitucional peruano, asimilando la referida tendencia, denominada por algunos como **neoprocesalismo**⁽²⁹⁾, viene reconociendo mediante la jurisprudencia constitucional⁽³⁰⁾ una serie de derechos fundamentales de naturaleza procesal, “por ejemplo, el derecho a un juez independiente e imparcial, el derecho al libre acceso a la jurisdicción, el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva, el derecho a la prueba, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el principio non bis in ídem, el principio de igualdad procesal de las partes, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, entre otras garantías”⁽³¹⁾.

fin del proceso”. En: *Ius Et veirtas*. N° 26, 2003, p. 289; MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*. Enmarce, UNMSM, Lima, 1999, pp. 155 y 156.

(28) STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC, f. j. 3.

(29) GOZAINI, Osvaldo. “El neoprocesalismo”. En: *Revista Iberomericana de Derecho Procesal*. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Año VI, N° 9, 2006, p. 227.

(30) Sobre la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional peruano en la STC Exp. N° 0047-2004-AI/TC ha señalado que “es inherente a la función jurisdiccional la creación de Derecho a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, para el caso de la jurisprudencia constitucional, este Colegiado ha establecido que: La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad” (f. j. 34). Cfr. MORENO MILLÁN, Franklin. *La jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho*. Leyer, Bogotá, 2002, p. 33.

(31) Sobre los derechos fundamentales de naturaleza procesal, en la jurisprudencia nacional, ver STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC, f. j. 4.

3. Tutela constitucional de la prueba

Con la redefinición del proceso en el marco del Estado Constitucional de Derecho, se pretende superar su concepción tradicional y dogmática, de modo tal que este pueda constituirse en un mecanismo idóneo y eficaz en la defensa de los derechos de las personas (naturales y jurídicas⁽³²⁾); por ello se sostiene que los derechos fundamentales poseen una dimensión procesal o, dicho de otro modo, la dimensión constitucional del proceso⁽³³⁾. Estos sucesos, han originado también una nueva configuración de determinadas instituciones procesales que fueron realzadas a la categoría de derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la prueba (derecho fundamental de naturaleza procesal).

Así, durante las últimas décadas, en muchos sistemas jurídicos los medios de prueba o, más preciso, el derecho a la prueba, ha sido materia de atención en el contexto de las garantías fundamentales de la justicia⁽³⁴⁾. En efecto, históricamente concebir a la prueba como un derecho no es un tema reciente; por el contrario –como afirma la doctora Ariano Deho– ha sido en gran parte la obra lenta, laboriosa, tenaz –aunque a veces vacilante– de la jurisprudencia constitucional europea, así como de aquella doctrina que abandonando los placeres de la visión dogmática del proceso, se adentró en la individualización de las garantías mínimas que cualquier

(32) El Tribunal Constitucional peruano, en forma reiterada se ha pronunciado admitiendo la posibilidad de reconocer a favor de una persona jurídica derechos fundamentales; por ejemplo en la STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC se ha puntualizado que “el reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias. Tal titularidad de los derechos por las personas jurídicas de derecho privado se desprende implícitamente del artículo 2, inciso 17, de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada, por lo que aquí interesa destacar” (f. j. 5). Cfr. STC Exp. N° 0311-2002-HC/TC, f. j. 2; STC Exp. N° 0150-2004-AA/TC; STC Exp. N° 2939-2004-AA/TC; STC Exp. N° 1567-2006-PA/TC, f. j. 5; STC Exp. N° 4972-2006-PA/TC, f. j. 12; STC Exp. N° 01407-2007-PA/TC, f. j. 5. En la doctrina española, véanse GÓMEZ MONTORO Ángel, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas, un intento de fundamentación”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, N° 65, 2002, p. 75; CRUZ VILLALÓN Pedro. “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12, N° 35, 2002, pp. 74 y 75.

(33) GUERRA FILHO, Willis Santiago. “La dimensión procesal de los derechos fundamentales y de la Constitución”. Disponible en: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Noticia_Detalhar&did=21414>, p. 4, versión pdf.

(34) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 56.

proceso debe reunir para ser considerado un auténtico proceso, cual instrumento de tutela de nuestros derechos y se empeñó laboriosamente en la configuración de un modelo universal de garantía constitucional del proceso, entre cuyos componentes sobresale justamente el derecho a la prueba⁽³⁵⁾.

De tal manera que, si bien es cierto el derecho a la prueba se originó en primer orden como el inexorable resultado o consecuencia de la influencia del fenómeno de la constitucionalización de los derechos fundamentales; y en segundo orden por el influjo del reconocimiento de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, no es menos cierto que la justificación de su constitucionalización, en el Derecho nacional y comparado, además se fundamenta por la especial importancia o relevancia que adquiere la actividad probatoria, en la medida que cumple la finalidad de fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, determinará el derecho⁽³⁶⁾.

II. LA PRUEBA COMO DERECHO IMPLÍCITO

1. ¿Derecho implícito o derecho autónomo?

Es conocido que la mayoría de las Constituciones que se consideran como modernas, se estructuran o diseñan uniformemente teniendo en cuenta dos segmentos o partes: la dogmática y la orgánica o formal. Justamente, es en la primera en donde encontramos a la descripción o enumeración de una serie de derechos fundamentales. Estos, a su vez, pueden ser propuestos de manera expresa o manifiesta, pero también, en algunas ocasiones, son implícitos o tácitos cuando nacen a partir de las primeras. Incluso, pueden existir otros derechos “no enumerados” o “no escritos” que surgen de la dignidad del ser humano y del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 3 de la Constitución Política)⁽³⁷⁾.

(35) ARIANO DEHO, Eugenia. “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. En: *Problemas del proceso civil*. Jurista, 2003, Lima, p. 170.

(36) PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: ABEL LLUCH Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (coordinadores). *Problemas actuales de la prueba civil*. Bosch, Barcelona, 2005, p. 28.

(37) Por ello, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC, ha sostenido que “la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden

En tal sentido, entre estos derechos localizamos al derecho a la prueba y su consideración como contenido implícito del derecho al debido proceso. Efectivamente, en el sistema peruano, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales⁽³⁸⁾, el derecho a la prueba no disfruta de una declaración expresa y menos independiente en la Norma Constitucional⁽³⁹⁾, empero tal situación no significa que se encuentre fuera de tutela constitucional⁽⁴⁰⁾. Por el contrario, goza de reconocimiento y protección básicamente porque forma parte del contenido esencial de otro derecho fundamental de naturaleza procesal, como es el debido proceso, regulado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución⁽⁴¹⁾.

Del mismo modo, el formante jurisprudencial constitucional peruano es uniforme al establecer que se trata esencialmente de un derecho implícito al debido proceso. Por ejemplo, en la STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, de fecha 3 de marzo de 2003, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado afirmando que el “derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución

constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. (...) Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente” (STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC, ff. jj. 4 y 5).

- (38) Por ejemplo, en el sistema español el derecho a la prueba se encuentra expresamente reconocido en el segundo apartado del artículo 24 de la Constitución: “Asimismo, todos tiene derecho ha (...) utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. En la doctrina española, véase PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 145-156. Versiones actualizadas del mismo autor: “El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal”. En: *Libro Homenaje al Profesor Dr. Eduardo Font Serra*. T. I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2003, pp. 886-890; “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (coordinadores). *Problemas actuales de la prueba civil*. Bosch, Barcelona, 2005. pp. 38-43.
- (39) Sin embargo, a nivel infraconstitucional, el derecho a la prueba ha sido expresamente reconocido en el nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), específicamente en el artículo IX del Título Preliminar, se señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes.
- (40) El Tribunal Constitucional en el caso del derecho fundamental a agua potable, ha señalado que “los derechos fundamentales no solo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea stricto sensu los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos” (STC Exp. N° 06534-2006-PA/TC, f. j. 16).
- (41) “**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 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”.

Política del Perú⁽⁴²⁾. Es decir, el derecho fundamental a la prueba (contenido) forma parte de una colección de derechos que constituyen el estándar o patrón mínimo del debido proceso (continente)⁽⁴³⁾. Entre los cuales se encuentra también el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, a la pluralidad de instancias, entre otros de naturaleza procesal. Así, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2456-2004-AA/TC, del 21 de junio de 2005, ha puntualizado que “el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural –jurisdiccional predeterminado por la ley–, el derecho de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones”⁽⁴⁴⁾.

Dicha relación, de contenido a continente, se aprecia también, refiriéndose a la tutela procesal efectiva (símil del debido proceso) en el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, que establece: “**Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan**, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, **a probar**, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, (...)” (las negritas son nuestras).

Por lo demás, consideramos que si bien es cierto conforme con la tendencia jurisprudencial y doctrinal expresada, es un hecho innegable que el derecho a la prueba sea *prima facie* un derecho implícito del

(42) En similar criterio, Cfr. STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 4.

En la experiencia colombiana, la Corte Constitucional en la Sentencia T-171 de 2006 –MP: Clara Inés Vargas Hernández, Cons. 4.2.6– considera que “(...) el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial”.

(43) En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, ‘continente’. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos” (STC Exp. N° 7289-2005-PA/TC, f. j. 5).

En la doctrina nacional, véase ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 310-312; SÁENZ DÁVALOS, Luis. “La tutela del derecho al debido proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista peruana de Derecho Constitucional*. N° 1. Tribunal Constitucional, Lima, 1999, p. 483 y ss.

(44) STC Exp. N° 2456-2004-AA/TC, f. j. 3.

derecho fundamental al debido proceso, no es menos cierto que la prueba, dada su relevancia en el nuevo contexto constitucional, viene adquiriendo una vitalidad autónoma, que posiblemente se vaya fortificando y emancipando en nuestro sistema constitucional en la medida en que pase el tiempo. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional peruano, en reiteradas oportunidades, ha manifestado que existen situaciones en que resulta factible identificar en el contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, puede ser configurado autónomamente⁽⁴⁵⁾, como es el caso del derecho a la prueba.

2. Derecho como resultado de la interpretación

Es necesario tener presente que en el sistema peruano se llega a tutelar constitucionalmente el derecho a la prueba, como consecuencia o resultado de una meticulosa y compleja labor de interpretación sistemática que el Tribunal Constitucional realiza sobre la proposición normativa que regula el derecho al debido proceso (art. 139, inciso 3 de la Constitución) con otras disposiciones constitucionales, a partir del cual va descubriendo o construyendo⁽⁴⁶⁾ su contenido esencial. Estos enunciados pueden comprender a bienes, principios o valores, clasificadas como subjetivos y objetivos. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC, ha precisado cuáles serían. Así ha dicho: “En relación con los bienes subjetivos, cabe mencionar el principio-derecho de dignidad de la persona (art. 1), el principio del Estado democrático y social de derecho (art. 43), la protección jurisdiccional de los derechos (art. 200), y la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (cuarta disposición final y transitoria), entre otros. En cuanto a los bienes objetivos, tenemos los deberes de todos los peruanos (art. 38), los deberes primordiales del Estado (art. 44), el principio político de soberanía popular (art. 45), el principio jurídico de supremacía constitucional (art. 51),

(45) Cfr. STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 5.

(46) Al respecto, el reconocido profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, atinadamente sostenía que: “Si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla” (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 1ª ed. ampliada. Palestra, Lima, 2007, p. 708).

los principios constitucionales del proceso de descentralización (artículo 188), por señalar los principales”⁽⁴⁷⁾.

De modo que, si se ejecuta tal cotejo o contraste con estos supuestos podremos extraer el derecho implícito (derecho a la prueba) de uno expresamente reconocido en la Constitución (derecho al debido proceso). Sin embargo, el mismo Colegiado considera que se debe de tener presente dos elementos más, como son: la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes constitucionales⁽⁴⁸⁾. Este parecer se aprecia, por ejemplo, en la citada STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC, que en su fundamento jurídico 45 señala que “la determinación de tal contenido debe tener en consideración, además, la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa ha sido aceptada por el Estado peruano”.

Pero ello no sería suficiente, pues conjuntamente se debe de considerar todos aquellos acontecimientos o circunstancias particulares que envuelven a cada caso concreto. Así, lo considera el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC, que en su fundamento jurídico 46 precisa que “la delimitación del contenido de los referidos derechos no puede prescindir de las circunstancias de hecho que rodean cada caso concreto. En efecto, si bien es cierto que el análisis armónico y sistemático de las disposiciones constitucionales, así como la revisión de la jurisprudencia nos van a proporcionar un concepto del derecho fundamental del que se trate, este análisis se encontrará incompleto si es que se prescinde de los hechos que caracterizan cada caso y lo distinguen de otros, pues el contenido de todo derecho fundamental no es posible determinarlo en forma general o abstracta –de modo que pueda tener validez para todos los casos, al igual que sucede con las fórmulas matemáticas–,

(47) STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC, f. j. 44.

(48) Sobre el concepto de precedente vinculante, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, ha señalado que “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. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efecto similar a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”.

sino que deberá fijarse a la luz de cada caso, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que rodean el mismo”⁽⁴⁹⁾.

3. Justificación de su vinculación al debido proceso

Veamos ahora cuáles serían los fundamentos constitucionales por los que la jurisprudencia constitucional añade al derecho fundamental a la prueba en el plexo de derechos que comprenden el debido proceso; pues la importancia de los problemas que atañen a los medios de prueba derivan de un análisis cuyo objetivo es esclarecer y desarrollar el significado y el campo de aplicación de las disposiciones sobre el debido proceso que se incluyen en casi todas las Constituciones modernas⁽⁵⁰⁾.

Una de las razones que se han esbozado, sería por qué en el Derecho Comparado la mayoría de ordenamientos jurídicos han incorporado una etapa probatoria en el esquema de sus procesos ordinarios o de conocimiento⁽⁵¹⁾. Precisamente, en la doctrina nacional⁽⁵²⁾ se ha manifestado sobre este extremo, precisando que “el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”. Como se aprecia, la razón de tal inclusión supuestamente queda justificada en la medida en que se trata de una fase cardinal y típica de todo proceso, identificada con términos procesales como “etapa probatoria”.

(49) STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC, f. j. 46.

(50) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 56.

(51) En Italia, por ejemplo, el proceso de conocimiento (di cognizione) se desarrolla en: fase introduttiva, fase di istruzione è fase di decisione. Siendo en la segunda donde ubicamos a la Instruzione probatoria (Instrucción probatoria). Cfr. FERRI, Corrado. *Codice di procedura civiles e leggi collegate*. Zanichelli, Bologna, 2003, pp. 43-53; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Tomo II: Il Processo di Cognizione, Seconda Edizione, Giapichelli, Torino, 2000, pp. 116-182.

En Perú, si bien el Código Procesal Civil vigente no describe taxativamente dichas etapas; no obstante, a nivel doctrinal desde hace tiempo que se propugna tal diseño. Por ejemplo, Alzamora Valdéz al referirse al proceso ordinario, manifestaba que “comprende cuatro etapas: postulatoria, probatoria, decisoria y ejecutiva” y puntualizaba que la etapa probatoria: los litigantes aportan los hechos en que se sustentan su derecho”. (ALZAMORA VALDÉZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario*. Tipografía Peruana, Lima, 1966. p. 11).

(52) LANDA ARROYO, César. “Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: DIKÉ. *Portal de Información y Opinión Legal de la PUCP*. Disponible en: <http://dike.pucp.edu.pe>. Versión pdf. p. 4.

Sin embargo, conviene precisar que tal planteamiento no sería del todo preciso, puesto que el hecho de prescindir o no considerar de manera expresa tal etapa probatoria en el diseño procedimental de un determinado proceso, no implica automática o necesariamente que no exista actividad probatoria y menos que no se reconozca el derecho a la prueba. Por ejemplo, en el diseño de los procesos constitucionales, si bien es cierto en la primera parte del artículo 9 del Código Procesal Constitucional se enuncia que no existe estación probatoria⁽⁵³⁾, ya que con estos lo que en puridad se pretende es la restitución de derechos constitucionales y no su declaración o constitución a favor de ninguna de las partes. No es menos cierto que se proscriba la actividad probatoria, y menos que se prescinda de la carga de la prueba⁽⁵⁴⁾, sino por el contrario se resalta su procedencia, pero con ciertas restricciones, sobre aquellos “medios probatorios que no requieren actuación”, como se desprende de la segunda parte de dicho enunciado legal. Y lo que es más, esta proposición normativa incluso abre la posibilidad de la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso (artículo 9 del Código Procesal Constitucional).

Pero, no debemos confundir las nociones o conceptos de etapa probatoria, con actividad probatoria, carga de la prueba, ni mucho menos con el derecho a la prueba; que si bien a la luz de la dogmática procesal son conceptos que se encuentran íntimamente relacionados con el instituto jurídico de la prueba, pero de ningún modo importa que sean sinónimos o que no puedan presentarse de modo independiente. Dicho en otras

(53) Su antecedente inmediato lo encontramos en el 13 de la Ley N° 25398 (Ley complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo) en donde se señalaba lo siguiente: “En las acciones de garantía no existe etapa probatoria, lo que no impide la presentación de prueba instrumental o las diligencias que el Juez considere necesario realizar sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias”. Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronunció en las STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC y N° 1797-2002-HD/TC, en las cuales sostuvo que la inexistencia de una estación de pruebas se debe a que en estos procesos no se dilucida la titularidad de un derecho, sino solo se restablece su ejercicio, y que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar, en esencia, sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional, agregando que si bien es correcto afirmar que en el amparo no existe estación probatoria, con ello, en realidad, no se está haciendo otra cosa que invocar el artículo 13 de la Ley N° 25398 (hoy, artículo 9 del Código Procesal Constitucional).

(54) En efecto, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 04762-2007-PA/TC, f. j. 7, ha puesto en evidencia que “en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable”.

palabras, en todo proceso (ordinario o constitucional) existirá actividad probatoria, carga de la prueba y derecho a la prueba, indistintamente que se establezca o no un momento procedimental determinado (etapa probatoria).

Por lo demás, el certero fundamento que justifica la tutela constitucional del derecho a la prueba, como derecho implícito al debido proceso, parte por entender la necesidad de que los actos procesales se desarrollen bajo los cauces de la formalidad y de la consistencia, propios de la administración de justicia; lo que implica el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justificable. En tal sentido, una de estas garantías es, llanamente, la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador, por consiguiente de no permitirse la aportación oportuna de pruebas a los justiciables, sería imposible considerar que se haya tutelado el debido proceso. De modo que, únicamente con los medios probatorios necesarios y pertinentes, el juzgador podrá decidir adecuadamente.

En este mismo sentido, en la doctrina italiana, Taruffo afirma que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio. Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes⁽⁵⁵⁾.

Con similar parecer, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, que “una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva

(55) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 56.

es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio”⁽⁵⁶⁾.

III. CONCEPTO DEL DERECHO A LA PRUEBA

1. Perspectivas del derecho a la prueba

Uno de los principales temas del Derecho Procesal General o de la Teoría General del Proceso es, sin duda, la figura jurídica de “la prueba” (judicial) y sus diversas particularidades; no solamente por una cuestión de dogmática procesal, sino porque tal instituto tiene utilidad práctica en el contexto del proceso, pues busca el esclarecimiento de los hechos expuestos por las partes (aportación de parte) que determinarán e influenciarán eventualmente en la decisión judicial final; por ello es que en la doctrina procesal encontramos una multitud de ensayos, libros e inclusive extensos tratados en donde se analizan y reanalizan los principales aspectos o problemas que conlleva la prueba.

De modo que en este apartado describiremos y analizaremos someramente el significado o “concepto de la prueba”, al ser este el tema al cual se hace referencia con el derecho fundamental a la prueba. Empero, lo haremos en primer término desde el enfoque o perspectiva de la disciplina jurídica que históricamente más lo ha analizado; es decir, a partir del Derecho Procesal, para posteriormente encontrar su significado o sentido constitucional, pues como lo evidenciaremos a posteriori, tales conceptos planteados por el Derecho Procesal Civil se transfiguran cuando se le reviste de una connotación constitucional, es decir, cuando se le otorga la calidad de derecho fundamental.

Además, dado que usualmente las normas constitucionales (y también las normas ordinarias) no ofrecen un concepto legislativo sobre el derecho a la prueba, entonces acudiremos a las diferentes nociones propuestas por la doctrina comparada (siempre en el sentido constitucional) e inmediatamente procederemos a cotejar su utilización por el Tribunal Constitucional peruano y su símil español; los cuales, estamos seguros,

(56) STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 14.

nos servirán para sustentar y argumentar la redefinición o reformulación del concepto del derecho a la prueba en el ámbito constitucional.

2. Sentidos desde el Derecho Procesal y del Derecho Constitucional

2.1. Sentido procesal de la prueba

En este punto, conviene tener en cuenta que en todo momento los juristas del Derecho Procesal se han visto tentados, directa o indirectamente, a estudiar el fenómeno de la prueba. Siendo la determinación de un concepto o noción sobre la prueba, uno de los principales temas analizados. Tal es la importancia de este aspecto, que en la doctrina procesal clásica, el maestro uruguayo Eduardo Couture sostenía que entre los principales problemas de la prueba se encontraba en primer orden la pregunta: ¿qué es la prueba?⁽⁵⁷⁾; cuestionamiento que plantaba el tema del “concepto de la prueba”. Lo que a consideración del jurista español Sentís Melendo, en una de sus principales obras (*La prueba*), lo identificaba como uno de los: Grandes temas del Derecho Probatorio⁽⁵⁸⁾.

El análisis y planteamiento de un determinado concepto doctrinal de la prueba ha sido, y seguramente seguirá siendo, una empresa que más de uno ha emprendido. Inclusive, nos atreveríamos a sostener que se han postulado tantos conceptos sobre la prueba como juristas han existido. Al respecto, se han propuesto diversas maneras de sistematizarlos⁽⁵⁹⁾; no obstante, para no salirnos desmedidamente del objeto de esta investigación, intentaremos conceptualizar procesales a la prueba, teniendo en cuenta las funciones que se le ha reconocido a la prueba, a saber: i) de fijación de los hechos, ii) de convencer al juez y iii) la certeza.

Así, entre quienes le atribuyen la primera función, se encuentra el reconocido jurista italiano Francesco Carnelutti, para quien “probar, en

(57) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª Ed. Reimpresión, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2005, p. 178.

(58) SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 30.

(59) Devis Echandía sintetizaba el concepto de prueba considerándola como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T. I., 5ª Ed., ABC, Bogotá, 1995, p. 28).

efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados”⁽⁶⁰⁾, y en otra parte agrega que **la prueba en sentido amplio comprende cualquier forma de fijación del hecho controvertido** (mediante los procesos determinados por la ley)⁽⁶¹⁾ (las negritas son nuestras).

Por otro lado, entre los que conceptúan a la prueba considerando la función de convencimiento del juez, podemos citar, por ejemplo, al jurista español Sentis Melendo, para quien “la prueba es verificación –de afirmaciones– utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios –aportadas aquellas por los litigantes y dispuestos estos por el juez– con las garantías jurídicas establecidas –ajustándose al procedimiento legal– adquiridas para el proceso y valoradas de acuerdo con normas de sana crítica **para llegar al juez a una convicción libre** (las negritas son nuestras)⁽⁶²⁾.

Igualmente, en el grupo de quienes afirman que la prueba pretende lograr la certeza sobre las afirmaciones de los hechos planteados por las partes, podemos mencionar al profesor y magistrado español Montero Aroca, quien sostiene que la prueba, es la “actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijan los hechos”⁽⁶³⁾.

En ese sentido, el Derecho peruano a nivel del proceso civil, guiado por la tendencia de recepción jurídica (doctrinal en este caso), recoge las tres perspectivas de las funciones que debe cumplir la prueba en el proceso. Por ejemplo, el artículo 188 del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos

(60) CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª Ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 43.

(61) CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 91.

(62) SENTIS MELENDO, Santiago. Ob. cit., p. 22. Cfr. MUÑOZ SABATE, Luis. *Fundamentos de la prueba judicial civil*. LEC 1/2000. Bosch, Barcelona, 2001. pp. 25-26; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires, 1988, p. 15.

(63) MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 2ª Ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 28.

por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Asimismo, se afirma también que la prueba no consiste propiamente en “averiguar”, sino en “verificar” los hechos afirmados por las partes intraproceso. Siendo del mismo parecer Montero Aroca cuando manifiesta que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hechos de las partes⁽⁶⁴⁾; es decir, en términos sencillos se trata de la verificación de una afirmación⁽⁶⁵⁾. Es del mismo criterio el maestro Couture cuando afirmaba que “en un sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”⁽⁶⁶⁾. De tal suerte, que averiguar los hechos y aportarlos al proceso sería una carga de las partes y verificar los hechos ya aportados es llanamente una tarea o labor del juez.

Con todo, el tema que más ha suscitado la atención en el estudio del fenómeno probatorio es, sin lugar a dudas, la concepción de la prueba como una carga procesal⁽⁶⁷⁾, más específicamente: “la carga de la prueba”⁽⁶⁸⁾. En efecto, en la doctrina procesal moderna –explica Ariano Deho– una vez asentado el concepto de carga procesal, cual “imperativo del propio interés”, según la clásica expresión de Goldschmidt, cuando se hace referencia a la prueba desde el punto de vista de las partes se suele decir que sobre ellas pesa justamente una carga: la carga de la prueba. Si las partes no logran probar sus afirmaciones, sino logran liberarse de la carga, la consecuencia negativa será que no obtendrán la tutela jurisdiccional pretendida⁽⁶⁹⁾.

(64) MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 3ª Ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 38.

(65) MUÑOZ SABATE, Luis. Ob. cit., p. 41.

(66) COUTURE, Eduardo. Ob. cit., p. 178.

(67) El concebir al proceso como cargas procesales, es mérito del jurista alemán Goldschmidt, quien la “conceptúa como un imperativo del propio interés” que tiene como fin evitar una desventaja procesal (GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. T. I, Teoría General del Proceso. EJEA, Buenos Aires, 1961, pp. 58 y 59).

(68) Para un análisis más amplio sobre la carga de la prueba, véanse: ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción de E. Krotoschin, Bdef, 2ª Ed., Montevideo - Buenos Aires, 2002, pp. 73-79; MICHELLE, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Traducción Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1961, pp. 63-75.

(69) ARIANO DEHO, Eugenia. “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. Ob. cit., pp. 167-168.

En resumidas cuentas, podemos afirmar que en la doctrina procesal descrita se aprecia una clara inclinación de enfocar a la prueba desde una posición del juzgador; es decir, la gran parte del análisis se ha efectuado en relación con el sujeto procesal a quien está dirigida la prueba: el juzgador. Al ser este quien verifica los hechos, a quien se busca convencer sobre las afirmaciones de los hechos expuestos por las partes, y quien finalmente tendrá la certeza del caso. De esta manera, se relega a un segundo plano la situación de las partes procesales respecto de la prueba. Orden de preferencia o predilección que ciertamente se verá medularmente invertido con ocasión de una perspectiva constitucional, que seguidamente pasaremos a examinar.

2.2. Sentido constitucional de la prueba

Desde una perspectiva del Derecho Constitucional, la noción o concepto del derecho a la prueba importa otros aspectos adicionales y trascendentes que los brindados por el Derecho Procesal, como el reconocimiento de los valores básicos en los que se sustenta la consistencia social del grupo y las garantías que brinda el Estado. En ese sentido, consideramos que el derecho a la prueba es entendido como fundamental en la medida en que es inmanente o inherente al ser humano y no correspondiente únicamente al juzgador, como se ha venido sosteniendo desde la doctrina procesal tradicional.

De esta manera, no se puede negar que la situación o calidad humana se encuentra intrínsecamente conexas al adecuado uso de los medios de prueba en el contexto procesal, lo que se observa, además, con el fenómeno consistente en que el objeto de la prueba se encuentra en todos los ámbitos de la vida de la persona: en el cuerpo, en la psiquis, en la conciencia y en las expresiones de la vida social; de tal suerte que el ejercicio del derecho a la prueba todo su *iter* procesal (obtención, admisión, actuación y valoración) incide en todos los ámbitos de existencia de la persona y de su dignidad.

Pero además, el sentido constitucional del derecho a la prueba importa el hecho de que posee un alto grado de trascendencia y protección, no solo por su reconocimiento implícito en la Constitución, sino además, por su tutela a nivel de los tratados internacionales de derechos

humanos⁽⁷⁰⁾. Así, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra en su artículo 14, inciso 3, literal “d”, el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito, de interrogar o hacer interrogar en el proceso, tanto a los testigos de cargo como a los de descargo y ello en las mismas condiciones; y la Convención Interamericana establece en su artículo 8, inciso 2, literal “f”, el derecho del inculpado a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan brindar luces sobre los hechos.

3. Concepto doctrinal y jurisprudencial

Definitivamente, la determinación conceptual del derecho fundamental a la prueba resulta una tarea importante no solo a nivel doctrinal, sino por su utilidad práctica que se verá puesta de manifiesto al momento de su ejercicio por las partes. Sobre el particular, el profesor de la Universidad Rovira i Virgili, Pico I Junoy sostiene que la “delimitación conceptual del derecho a la prueba resulta de especial relevancia práctica tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional; para los primeros, en la medida en que determina cuándo y cómo pueden probar los hechos que configuran el *thema debetendi*; y, para el segundo, ya que le ofrece los criterios para admitir y/o denegar una prueba, permitiendo al ad quem contrastar la corrección de la denegación de pruebas efectuadas en la instancia”⁽⁷¹⁾. Además, refiriéndose al sistema constitucional de España, agrega que “la exacta configuración del derecho a la prueba es fundamental para diferenciar con precisión su verdadero alcance respecto de otros derechos del art. 24 CE, aspecto este no asumido por el Tribunal Constitucional que, (...) no le otorga sustantividad propia cuando debe proceder a su protección en amparo”⁽⁷²⁾.

Por ello, acudiremos al formante doctrinal comparado, que nos permitirá apreciar mejor y con claridad el concepto del derecho a la prueba, siempre en un sentido constitucional; y al mismo tiempo nos apoyaremos

(70) Ello importa –al menos teóricamente– que no es posible su alteración o modificación por medio de simples leyes, de lo contrario, no serían realmente derechos fundamentales, sino meros derechos legales. Sobre el particular Alexy define los derechos fundamentales como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3ª Ed. Frankfurt, A.M., 1996. p. 406).

(71) PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 1996. p. 29.

(72) Ídem.

en el formante jurisprudencial emitido por el Tribunal Constitucional peruano y el comparado, que coadyuvará al mejor entendimiento del tema en cuestión.

3.1. En la doctrina constitucional

Teniendo en cuenta los diversos aspectos de la técnica legislativa, no es común que una norma legal describa o esboce conceptos de las instituciones o principios jurídicos que regula⁽⁷³⁾; puesto que se sostiene que se pondría en riesgo de limitar o parametrar legislativamente al operador del Derecho en la aplicación de alguna figura jurídica, por lo que ordinariamente se deja esta labor al formante doctrinal y jurisprudencial, para que cubra estos “vacíos normativos”. Esta tendencia es seguida con mayor rigor en las Constituciones Políticas, pues los constituyentes únicamente suelen enunciar los derechos fundamentales de contenido sustancial y procesal. Sin embargo, el tema probatorio o la prueba simplemente, desde una perspectiva constitucional, se recubre o reviste de otra connotación, la que indefectiblemente se encuentra vinculada con los derechos fundamentales que son el objeto de tutela constitucional.

Así, en la doctrina española, que es donde más seriamente se ha estudiado y analizado el derecho a la prueba⁽⁷⁴⁾, el jurista español Picó I Junoy lo ha conceptualizado como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”⁽⁷⁵⁾.

(73) Al respecto, el recordado jurista español Sentís Melendo, afirmaba que el concepto de la prueba no hay que buscarlo en los códigos “ya que cuando figuran expresamente en ellos es porque su redacción responde a épocas superadas en materia de codificación o a una tradición o situaciones legislativa y científica especiales, en cambio los códigos deben partir de conceptos firmes de tal manera que las instituciones reguladas no ofrezcan dudas en cuanto a sus fundamentos, estructuras y perfiles. El código no debe decirnos lo que se entiende por prueba; pero ello debe resultar con claridad de sus normas, y también puede ayudar, en todo cuerpo legal, la exposición de motivos” (SENTÍS MELENDO, Santiago. Ob. cit., p. 32).

(74) En la doctrina española, véanse por ejemplo, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “El derecho a la prueba en el proceso civil español”. En: *Libro Homenaje a Jaime Guasp Delgado*. Comares, Granada, 1984, p. 561 y ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “La función de las garantías en la actividad probatoria”. En: *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid, 1993, p. 215 y ss.; ASECIO MELLADO, José María. *La prueba*. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2. Poder Judicial, N° 4, 1986, p. 33 y ss.

(75) PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba...* Ob. cit., pp. 18 y 19.

Por su parte el profesor de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán, Luigi Comoglio, señala en la doctrina italiana, que el derecho a probar es “la posibilidad de hacer admitir y recibir al juez todo medio de prueba consentido (o no excluido) por el sistema, el cual sea relevante para la demostración del hecho deducido como fundamento de las diversas pretensiones”⁽⁷⁶⁾.

En otro sector de la doctrina italiana, uno de los juristas que más ha estudiado a la prueba y sus diversas particularidades desde una visión comparativa, es el profesor Michele Taruffo, quien al referirse al derecho a la prueba ha señalado que: “[S]egún la opinión dominante, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías”⁽⁷⁷⁾.

Por otro lado, en la doctrina nacional, la jurista Ariano Deho ha manifestado que “el derecho a la prueba, cual derecho a defenderse probando, vale decir, cual derecho de poder aportar todo el material probatorio necesario para producir en el juez, ese estado de convicción que le permitirá resolver, presupone, por cierto, el derecho de alegar, de allí que el primer aspecto del derecho a la prueba es el de alegar y aportar los medios probatorios referidos a dichas alegaciones”⁽⁷⁸⁾.

De los conceptos que nos brinda la doctrina, se colige razonablemente que en la actualidad, para conceptuar este derecho fundamental, ya no es suficiente (como lo hacía la dogmática procesal tradicional) con hacer mención a la sencilla y mera **posibilidad** de alegar y probar, que la normatividad debe reconocer a los sujetos procesales que voluntaria (demandante) o forzosamente (demandado) participan en un proceso judicial. Por el contrario, un enfoque constitucional del derecho a la prueba, importa necesariamente reconocerle un contenido más concreto que, por

(76) COMOGLIO, Luigi. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”. En: *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/1994, p. 1075.

(77) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 56.

(78) ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 179.

un lado, restrinja la discrecionalidad del legislador, y por el otro, vincule al juzgador (ordinario o constitucional) al momento de estar frente a un caso concreto, vinculado con el derecho a la prueba⁽⁷⁹⁾.

Por los tanto, se verifica que la doctrina constitucional moderna ha reformulado o replanteado el tema en cuestión, de ser una llana posibilidad (poder) o una responsabilidad (carga) ha pasado a ser una necesidad (derecho); en otras palabras, se ha llegado a determinar el derecho fundamental a la prueba. Por ello, la doctrina y jurisprudencia española tienden, con toda corrección, a situarlo como aspecto elemental del derecho a una tutela judicial efectiva⁽⁸⁰⁾.

3.2. En la jurisprudencia constitucional

Si bien, como se ha manifestado, en el sistema constitucional peruano el derecho a la prueba es configurado como un derecho implícito (al debido proceso), es decir, que no tiene una enunciación independiente; sin embargo, la jurisprudencia constitucional (y judicial) al apreciar esta situación, se ha encargado, entre otras cosas, de identificar, reconocer y construir su concepto, el cual constantemente viene utilizando como puerta de ingreso, cada vez que analiza y sentencia un caso en donde se denuncie la afectación o vulneración del derecho fundamental a la prueba.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC (caso Rubén Silvio Curse Castro) ha señalado que “el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor (...). Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su

(79) En la doctrina argentina, véanse: BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*. T. II, Ediar, Bs. As., 1997, p. 327; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*. T. II, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 337 y 338. En la experiencia constitucional argentina, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, afirma que “la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que, en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar los hechos que considere conducentes a su defensa y demostrarlos de alguna manera” (Fallos 211:1056 y 212:447).

(80) PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba...* Ob. cit., pp. 37 y 38.

defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa”⁽⁸¹⁾.

Similar sentido se aprecia en la STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC (caso Magaly Medina) en el cual se sostiene que “[e]xiste un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa”⁽⁸²⁾.

Este concepto del derecho a la prueba es semejante al que continuamente viene utilizando la Corte Suprema del Poder Judicial peruano, por ejemplo en la CAS N° 1222-05-AREQUIPA, cuando lo conceptualiza como “el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa, posición asumida siguiendo los avances de la doctrina procesal de la época”⁽⁸³⁾.

Por otro lado, en la experiencia española, el Tribunal Constitucional español, en reiterado y uniforme criterio jurisprudencial, viene definiendo al derecho a la prueba como “el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia

(81) STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 6.

(82) STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 15; Cfr. STC Exp. N° 05291-2009-PA/TC, f. j. 4; STC Exp. N° 01536-2008-PA/TC, f. j. 4; STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 6.

(83) CAS. N° 1222-05-AREQUIPA, f. j. 2, publicada en el diario *El Peruano*, el 02/10/2006. Concepto que también es utilizado por ejemplo, en la CAS. N° 3514-2006-AYACUCHO, f. j. 3.

o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso”⁽⁸⁴⁾.

De la misma manera, en la experiencia colombiana, la Corte Constitucional en la Sentencia T-393 de 1994 (Caso Antonio Barrera Carbonell) se ha manifestado de la siguiente manera: “El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba”.

IV. ÁMBITO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Contenido esencial de los derechos fundamentales

Es un criterio meridianamente uniforme del formante doctrinal y jurisprudencial (constitucional), postular que todo derecho fundamental tiene su ámbito de aplicación o su contenido esencial constitucionalmente protegido⁽⁸⁵⁾. Este está constituido por la médula infranqueable que posee todo derecho reconocido constitucionalmente, la que resulta un parámetro para el legislador. En efecto, desde la jurisprudencia nacional se ha determinado que el “contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad⁽⁸⁶⁾”.

(84) En la jurisprudencia española, véanse: STC 88/2004, f. j. 4, del 10 de mayo de 2004; STC 03/2004, f. j. 5, del 14 de enero de 2004; STC 133/2003, f. j. 3, del 30 de junio de 2003.

(85) Cfr. En la doctrina alemana, por ejemplo, véase: HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, p. 117.

En la jurisprudencia española, se afirma que el contenido esencial de un derecho es determinado “a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”, comprendiendo “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito” (Sentencia 11/1981, del Tribunal Constitucional español, publicada en el BOE el 25 de abril de 1981. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm>>).

(86) Así, por ejemplo, en la STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC, f. j. 2.2.4.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en forma reiterada, sostiene que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse o establecerse a priori, es decir, al margen de los principios, valores y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan⁽⁸⁷⁾, por lo tanto, su plena determinación o configuración requiere un minucioso análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona⁽⁸⁸⁾.

Tal contenido intangible debe ser estrictamente respetado por el legislador que muy a menudo desarrolla el contenido de derechos fundamentales. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0014-2002-AI/TC, al sostener que “(...) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del Derecho, esto es, a la del poder constituyente”⁽⁸⁹⁾.

2. Contenido esencial del derecho a la prueba

2.1. Ámbito de aplicación

En este contexto, al igual que todo derecho fundamental reconocido por la Constitución (como se aprecia precedentemente), sea explícito o implícito, sea de naturaleza sustancial o procesal; el derecho a la prueba tiene un contenido esencial o ámbito constitucionalmente protegido comprendido o integrado –como afirma Ferrer Beltrán– por aquellos

(87) Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 41.

(88) Cfr. STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC, f. j. 21.

(89) STC Exp. N° 0014-2002-AI/TC, f. j. 94. Cfr. STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, f. j. 39.

elementos o derechos definitorios en que puede descomponerse el derecho a la prueba⁽⁹⁰⁾.

Asimismo, debemos señalar que se trata de un derecho de configuración o composición eminentemente legal; dicho de otra manera, es el legislador quien interviene de manera activa en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por este derecho; por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad⁽⁹¹⁾. Por ello, su constitucionalización demanda de una interpretación flexible y amplia de la legalidad en orden de favorecer su máxima vigencia⁽⁹²⁾.

En ese sentido se viene pronunciando en forma reiterada el Tribunal Constitucional español, por ejemplo en la STC 291/2006, de 9 de octubre, emitida por la Segunda Sala⁽⁹³⁾, en la que recuerda su doctrina sobre el derecho fundamental a la prueba consagrado en el artículo 24.2 Constitución española, específicamente cita la STC 71/2003, de 9 de abril, fundamento jurídico 3, en la que describe: “Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de setiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, f. j. 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, f. j. 2)”.

Por lo tanto, al momento en que el legislador desarrolle normativamente su alcance o contenido, de modo alguno debe ser motivo de afectación el hecho de que sea considerado como un derecho implícito o no expreso, ya que el mismo Tribunal Constitucional nacional en la STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC, ha evidenciado que “la exigencia del respeto del

(90) FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: *Revisita*. N° 47, Madrid, 2003, p. 28.

(91) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías...* Ob. cit., p. 144.

(92) Ídem.

(93) STC 291/2006, de 9 de octubre.

contenido esencial de los derechos fundamentales no se deriva de la existencia de una cláusula que, *ex profeso*, lo señale así, sino, básicamente, del diverso nivel en el que opera el poder constituyente (que los reconoce en normas constitucionales) y los poderes constituidos (que solo pueden limitarlos en virtud de leyes cuya validez depende de su conformidad con la Norma Suprema del Estado)⁽⁹⁴⁾.

2.2. Elementos que componen el contenido esencial

Conviene señalar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba –al menos en sede nacional– no fue primigeniamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, sino básicamente por la doctrina procesal, especialmente la comparada. No obstante, posteriormente su delimitación o alcance ha venido siendo perfilado y perfeccionado en la medida en que fue evolucionando la jurisprudencia de nuestro máximo intérprete de la Constitución⁽⁹⁵⁾.

Pero, veamos cuáles son los derechos que constituyen o configuran el derecho fundamental a la prueba. A estos efectos, acudiremos a la doctrina comparada, comenzando por los planteamientos reduccionistas de su contenido esencial, para posteriormente mencionar aquellas propuestas de mayor amplitud. Así, entre quienes se identifican con el primera tendencia, en la doctrina española, encontramos al magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el Dr. Sánchez Carrión, quien de manera sumaria sostiene que el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba, sería concretamente la posibilidad de aportación y práctica de medios de prueba de los litigantes en el curso del proceso, sin que se les ocasione indefensión constitucional o, dicho de otro modo, el derecho de defensa contradictoria de los litigantes en el curso del proceso mediante la aportación y práctica de medios de prueba⁽⁹⁶⁾.

En el segundo grupo, en la misma doctrina española ubicamos al Dr. Abel Lluch, quien amplía el campo de protección un poco más,

(94) STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC, f. j. 14. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2001-AI.html>>.

(95) Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p. 23.

(96) SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín L. “La vertiente jurídico constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español”. En: *Revista de Derecho Político*. N° 42, Madrid, 1996, p. 195.

desglosando al derecho a la prueba en cuatro facultades, las que serían: 1) derecho a la proposición de los medios de pruebas; 2) derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o en su caso una inadmisión motivada; 3) derecho a la práctica de la prueba admitida, y 4) derecho a la valoración de la prueba practicada⁽⁹⁷⁾.

Con el mismo criterio, encontramos al Dr. Ferrer Beltrán quien plantea una ampliación del espectro de protección constitucional del derecho en cuestión, indicando que los elementos definitorios del derecho a la prueba son los siguientes: 1) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y, 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales⁽⁹⁸⁾.

A su turno, la doctrina nacional viene asimilando esta última posición que desarrolla el derecho a la prueba de una manera más extensa o amplia, dejando de lado aquellas posiciones o planteamientos restrictivos. En este sentido, Bustamante Alarcón ha señalado que se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: 1) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; 2) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; 3) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; 4) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, 5) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento⁽⁹⁹⁾.

(97) ABEL LLUCH, Xavier. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". Ob cit., pp. 32-34.

(98) FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., pp. 27-34.

(99) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como un elemento esencial de un proceso justo*. ARA, Lima, 2001, pp. 102 y 103.

Es del mismo parecer la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la CAS. N° 2340-05-Camaná, del 17 de mayo de 2006, cuando detalla que “el derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y, e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica”⁽¹⁰⁰⁾.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano, teniendo en cuenta la mencionada doctrina, en forma reiterada se ha manifestado sobre el derecho en análisis, indicando que se trata de un derecho complejo, que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado⁽¹⁰¹⁾.

De esta manera, sintetizando los planteamientos de la jurisprudencia y la doctrina, se puede colegir razonablemente que el contenido esencial del derecho a probar está compuesto por una serie de derechos, que reformula lo que en doctrina procesal se conoce como el *iter* probatorio, iniciando por el derecho a la utilización u ofrecimiento de todos los medios de prueba que sean relevantes, su admisión por parte del juzgador,

(100) CAS. N° 2340-05-Camaná, f. j. 1. Esta composición del derecho a la prueba, se puede apreciar de manera reiterada en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú, véanse por ejemplo: CAS. N° 1548-06-LIMA, f. j. 1; CAS. N° 3490-06-LIMA, f. j. 1; CAS. N° 5342-06-LIMA; CAS. N° 3120-05-LIMA, f. j. 1; CAS. N° 2256-05-SAN MARTÍN, f. j. 1; CAS. N° 2646-04-ICA, f. j. 4.; CAS. N° 726-05-CUSCO, f. j. 4. CAS. N° 1058-06-LAMBAYEQUE, f. j. 1; CAS. N° 440-06-CUSCO, f. j. 1.

(101) STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 15. Cfr. STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 7; STC Exp. N° 1014-2007-PHC.

la respectiva práctica o actuación de la prueba admitida y, finalmente, su debida valoración.

A. Derecho a utilizar los medios de prueba

Entre las principales manifestaciones o elementos del derecho a la prueba, se encuentra en primer lugar el derecho a utilizar los medios de prueba necesarios, a efectos de generar convicción al juzgador sobre la veracidad de los hechos alegados por las partes. Caso contrario, al inobservarse este derecho podría significar o generar la vulneración del derecho a la prueba y, por ende, al debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, en la doctrina comparada y en la jurisprudencia se emplean diversas expresiones análogas para referirse a esta primera manifestación del derecho a la prueba, tales como: “presentar”, “utilizar”, “postular”, “proponer” y “ofrecer”; las que, sometidas al filtro de la técnica y la dogmática procesal, se tratarían naturalmente de conceptos con connotaciones y efectos disímiles; sin embargo nosotros hemos querido identificar a este derecho con la expresión “utilizar”, al ser más un término unicomprendivo y de mayor extensión que las demás expresiones indicadas. Esto en concordancia con la necesidad de efectuar una lectura e interpretación amplia y flexible de las normas probatorias⁽¹⁰²⁾.

De esta manera, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, empleando la expresión “presentar”, ha precisado que “el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; **ello en la medida que los justiciables se encuentran facultados para poder presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos**”⁽¹⁰³⁾ (las negritas son nuestras).

(102) PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., p. 31.

(103) STC Exp. N° 00862-2008-PHC/TC, f. j. 4. Este mismo parecer se aprecia, por ejemplo, en la STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 14; en la que el Tribunal Constitucional sostiene que “es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor”.

Por su parte, desde la doctrina española, Ferrer Beltrán afirma que el primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión⁽¹⁰⁴⁾. De igual modo, Abel Lluch manifiesta que en virtud de tal, “cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones”⁽¹⁰⁵⁾.

En la doctrina italiana, Michele Taruffo afirma que las “partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos”⁽¹⁰⁶⁾.

No obstante, conviene precisar que si bien es cierto los justiciables, en el ejercicio de ese derecho, pueden presentar los medios de prueba que estimen necesarios (**libertad probatoria**), no es menos cierto que lo puedan hacer en forma ilimitada sustentada en su simple arbitrio; por el contrario, para no generar complicaciones en el funcionamiento del proceso, estas deben estar sujetas a algunas restricciones⁽¹⁰⁷⁾. De esta manera, se pone en evidencia el problema suscitado en el sistema del *Common Law*,

(104) FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 28.

(105) ABEL LLUCH, Xavier. “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. Ob. cit., p. 32.

(106) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 56.

(107) En la doctrina italiana, Taruffo afirma que “las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieran, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, por que esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso”. (TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 37).

En la doctrina peruana, Talavera Elguera refiriéndose al derecho a la admisión de los medios de prueba afirma que: “Conforme a este derecho, por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para probar cualquier hecho objeto de prueba, siempre que no esté expresamente prohibido o no permitido por la ley” (TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 24). A nivel normativo, la figura de la libertad probatoria se aprecia en el artículo 191 del Código Procesal Civil, el establece lo siguiente: “Legalidad.- Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188 (...)”. También lo podemos apreciar en el artículo 157 del Decreto Legislativo N° 957-Nuevo Código Procesal Penal- que regula lo siguiente:

“**Artículo 157.-** Medios de prueba

1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible (...)”.

referido a la confrontación sobre el principio de *free proof*⁽¹⁰⁸⁾ y las reglas que integran el *law of evidence*.

En este contexto, la utilización de los medios de prueba se encuentra también sujeta a requisitos o reglas legales de tiempo y forma. Concretamente, los justiciables pueden utilizar los medios de prueba en la oportunidad o el momento en que las normas legales hayan razonablemente preestablecido para cada circunstancia. En el caso de nuestro sistema procesal, al igual en la mayoría de ordenamientos, tanto el formante doctrinal y el legislativo han determinado que la presentación de los medios de prueba, pueden efectuarse válidamente en la respectiva etapa postulatoria⁽¹⁰⁹⁾.

Del mismo modo, este derecho se encuentra también debidamente limitado por los principios de relevancia o pertinencia. Así, para el jurista español Abell Lluch, refiriéndose al derecho a la prueba en el sistema español, afirma que este derecho se encuentra sujeto a tres límites: a) el derivado del tenor literal del artículo 24.2 del CE, que solo admite los medios de prueba “pertinentes”, excluyendo por ende las pruebas que no tengan relación con el *thema decidendi*; b) un segundo límite es su carácter de derecho de configuración legal, que exige que la prueba se haya propuesto en tiempo y forma, y que esté autorizada por el ordenamiento

(108) Por *free proof* se entiende que “la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad para probar los hechos: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante, y al juez que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional. Se reconoce por otra parte, que el principio *free proof* no puede encontrar aplicación absoluta en los ordenamientos jurídicos concretos y opera, por tanto, únicamente de forma tendencial, dado que debe ser ponderado con otros principios y valores cuya ejecución se produce a través de las normas que integran la reglamentación jurídica de la prueba” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* (título original: *La prova dei fatti giuridice*). Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Trotta, Madrid, 2002, pp. 357 y 358).

(109) En semejante parecer, la Corte Suprema del Perú, en la CAS N° 2284-03-LIMA, f. j. 6, (Publicada: 30-09-2004) ha sostenido que “conforme al principio de eventualidad procesal en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal como lo establecen los artículos ciento ochenta y nueve, cuatrocientos veinticinco inciso quinto y cuatrocientos cuarentidós inciso quinto del Código Procesal Civil, salvo las excepciones contenidas en los artículos trescientos setenta y cuatro, cuatrocientos veintinueve y cuatrocientos cuarenta del mismo cuerpo normativo, referidos al ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos; con este principio se busca impedir que una de las partes, maliciosamente, omita ofrecer pruebas en la etapa procesal correspondiente, procurando una decisión judicial en su beneficio y en perjuicio de la otra parte”. No obstante, es relevante puntualizar que nuestro ordenamiento procesal establece excepciones a dicha regla, las cuales se encuentran contenidas en los artículos 374, 429 y 440 del mismo cuerpo normativo, referidos al ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos.

jurídico; y c) un tercer límite se anuda a su carácter de derecho procedimental, que exige que se produzca una indefensión constitucionalmente relevante, esto es, la parte perjudicada deberá demostrar que la prueba no admitida o practicada era decisiva en términos de fallo⁽¹¹⁰⁾.

Además, en la jurisprudencia española se sostiene que el justiciable que alegue la afectación del derecho a la utilización de los medios de prueba, debe convencer argumentativamente que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable. En este sentido, en la STC 116/1983 afirma que quien invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia⁽¹¹¹⁾, ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo⁽¹¹²⁾.

A manera de ejemplo, entre algunas de las manifestaciones concretas del derecho analizado, se puede considerar la posibilidad de ofrecer y/o presentar testigos. Este supuesto se aprecia claramente en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽¹¹³⁾, que entre las garantías judiciales señala que: “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”⁽¹¹⁴⁾.

(110) ABEL LLUCH, Xavier. “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. Ob cit., p. 33.

(111) En la jurisprudencia española, puede verse a manera de ejemplo: STC 147/1987, de 25 de setiembre, f. j. 2; STC 50/1988, de 2 de marzo, f. j. 3; STC 357/1993, de 29 de noviembre, f. j. 2.

(112) Sobre este criterio en particular, puede consultarse las siguientes jurisprudencia española: STC 30/1986, de 20 de febrero, f. j. 8; STC. 1/1996, de 15 de enero, f. j. 3; STC. 170/1998, de 21 de julio, f. j. 2; STC. 129/1998, de 16 de junio, f. j. 2; STC. 45/2000, f. j. 2; STC. 69/2001, de 17 de marzo, f. j. 28.

(113) Aprobada por Decreto Ley N° 22231, del 11 de julio de 1978. Ratificada por la décimo sexta disposición final y transitoria de la Constitución Política de 1979. El instrumento de ratificación por el Perú fue de 1978. Reiterado en 1980 y vigente para el Perú desde 1981.

(114) Ejemplo que se puede apreciar en la STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 21, en la que se indica: “Una de las manifestaciones del derecho a probar se encuentra en la presentación de testigos, figura que es totalmente aplicable al caso concreto. Tal como claramente lo ha expresado el artículo 14, inciso 3, acápite e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (posteriormente reproducido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la persona acusada tendrá derecho, en

B. Derecho de admisión de los medios de prueba

El segundo derecho que compone el contenido esencial del derecho a la prueba es, sin duda, el derecho a que los medios de prueba utilizados (presentados, postulados, propuestos u ofrecidos) por los justiciables, sean debidamente admitidos al proceso, con el fin de acreditar sus versiones de los hechos. En ese sentido, se viene sosteniendo que la debida protección del derecho a la utilización de los medios de prueba (analizado inicialmente), supone, al mismo tiempo, que se imponga a los jueces y tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes⁽¹¹⁵⁾. Esto significa que una vez propuestas las pruebas por las partes, debe recaer inmediatamente respecto de él, una resolución de admisión o, en su defecto, la inadmisión sobre cada una de ellas⁽¹¹⁶⁾. De lo contrario, la limitación (inadmisión) injustificada e irracional al derecho a aportar pruebas relevantes, se constituye en una vulneración al derecho a la prueba.

No obstante, debemos ser cautos al señalar que el derecho a que se admitan los medios probatorios, como un típico elemento o componente del derecho de prueba, no implica necesariamente la obligación del órgano jurisdiccional o constitucional de admitir ciegamente todos y cada uno de los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos o aportados por los justiciables al proceso⁽¹¹⁷⁾. En similar sentido, en la doctrina nacional la jurista Ariano Deho ha puesto en evidencia que “el derecho a la prueba no es un derecho a que se admitan todos los medios probatorios ofrecidos

plena igualdad, durante todo el proceso: A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Sin embargo, como todo derecho, este tampoco es ilimitado o irrestricto, sino que debe estar sujeto a las propias líneas divisorias que en la normatividad se desarrollan”.

(115) FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 28. En la doctrina italiana, Taruffo afirma que deberán ser admitidos todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados. (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. CEDAM, Padova, 1984, p. 54 y ss.) Cfr. en la doctrina italiana, véanse, por ejemplo, VIGORITI, V. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Giuffrè, Milano, 1970, p. 97.

(116) ABEL LLUCH, Xavier. “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. Ob. cit., p. 33.

(117) Similar criterio ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional, puede verse en STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 26, cuando señala lo siguiente: “Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido. El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

por las partes, sino solo los que resulten pertinentes con relación al *thema probandum* previamente establecido”⁽¹¹⁸⁾.

Por este motivo, vía jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano ha construido una serie de presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido, entre las que figura la pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad, licitud y preclusión o eventualidad⁽¹¹⁹⁾. Por ende, si los medios de prueba son presentados y/o ofrecidos en el momento procesal oportuno, y es pertinente, útil y lícita el juzgador deberá ciertamente admitirla⁽¹²⁰⁾.

Como se advierte, el tema de la admisión se constituye como uno de los principales problemas que se evidencia en el contexto probatorio. En este sentido, Taruffo afirma que “el primer problema probatorio importante es establecer que elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. En teoría, se podría usar cualquier medios de prueba en cualquier tipo de proceso y la determinación de qué medios serán los que apoyen la decisión sobre los hechos en disputa podría ser algo que se dejara al juzgador al momento en que emita la resolución final”⁽¹²¹⁾. Sin embargo, desde el enfoque de la admisión de pruebas establecida en la norma –puntualiza el jurista italiano–, el problema de la admisión o en defecto la inadmisión, se está resolviendo considerando al principio de **relevancia**; de modo tal que resultaría inconcebible que las partes puedan pretender que se admitan pruebas irrelevantes; no obstante lo que si pueden procurar cualquier medio de prueba que resulte altamente relevante, para la resolución del caso⁽¹²²⁾.

De la misma forma, se debe considerar un tema –que se ha hecho mención al analizar el primer derecho– referido al criterio legal de oportunidad, que tiene que ver con el momento adecuado para la postulación de los medios de prueba, y que genera en el juzgador su rechazo, en caso de presentarse fuera del plazo previsto en la norma legal (preclusión). Es

(118) ARIANO DEHO, Eugenia. “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. Ob.cit., pp. 182 y 183.

(119) Estos presupuestos de admisión se pueden apreciar detalladamente en la STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 29.

(120) Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit. p. 38.

(121) TARUFFO, Michele. La prueba. Ob. cit. p. 37.

(122) *Ibíd*em, p. 57.

del mismo criterio el Tribunal Constitucional peruano, cuando afirma que “para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad”⁽¹²³⁾.

Sin embargo, el problema no queda ahí, pues a nivel normativo se han creado lo que se denomina reglas de exclusión y privilegios, que impiden a las partes presentar un amplio abanico de medios de prueba, los que, en términos generales, se contraponen o están en colisión con el desarrollo integral del derecho a la prueba; puesto que su finalidad es impedir la presentación de algunos medios de prueba relevantes.⁽¹²⁴⁾ Al mismo tiempo, se debe considerar el mecanismo legislativo de imponer presunciones *iuris et de iuris*, que puede constituirse en una forma disimulada de impedir ilegítimamente la prueba de un hecho relevante para la pretensión de una de las partes⁽¹²⁵⁾; por lo que, en cada caso, el juzgador deberá evaluar y ponderar la justificación de dichas presunciones que no admiten prueba en contrario, en relación con la protección del derecho a la prueba.

Similar criterio se advierte en la jurisprudencia española, por ejemplo en la STC 316/2006, de 15 de noviembre, de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, actuando como ponente Vicente Conde Martín de Hijas; siguiendo su uniforme doctrina ha mencionado que “**en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa que se recoge en el artículo 24.2 CE** es reiterada doctrina constitucional que tal derecho, soporte esencial del derecho de defensa, exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado el mencionado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca

(123) STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 26. Este mismo criterio se ve reflejado en el artículo 189 del Código Procesal Civil, el cual prescribe lo siguiente:

“**Artículo 189.-** Oportunidad

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”.

(124) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 57.

(125) Cfr. GOUBEAUX, G. “Le droit a la preuve”. En: *La preuve en droit*. Chain Perelman y P. Forriers (eds), Emile Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 297.

pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable” (las negritas son nuestras)⁽¹²⁶⁾.

En este contexto del derecho analizado, se debe destacar la obligación que tiene el juez de pronunciarse en forma expresa y taxativa sobre la admisión o rechazo, parcial o total, de uno u otro medio de prueba utilizado por las partes, a efectos de garantizar su debida impugnación. De lo contrario, su omisión, voluntaria o involunta, devendría en la afectación del derecho a la prueba. Así, lo considera la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la CAS. N° 3490-06-LIMA, cuando detalla lo siguiente: “(...) la sentencia de vista ha sido expedida transgrediendo el debido proceso y, particularmente, los derechos de motivación suficiente y de prueba de los codemandados (...), pues no se resolvió formalmente los pedidos formulados en apelación ni tampoco se admitió o desestimó formalmente la prueba ofrecida, circunstancia que no permite alcanzar a plenitud la verdad jurídica objetiva; por lo tanto, la de la causal procesal debe ser amparada”⁽¹²⁷⁾.

En realidad este derecho no solo implica ello, si no que además importa que tal pronunciamiento jurisdiccional expreso se realice en el momento oportuno establecido legalmente; de la misma manera como se le demanda a las partes al momento de la presentación de los medios de prueba⁽¹²⁸⁾.

C. Derecho a la actuación probatoria

Una vez que se hayan tutelado los derechos de las personas a que utilicen los medios de pruebas pertinentes o relevantes y que estos posteriormente sean debidamente admitidos, existe otro derecho que

(126) STC 316/2006, f. j. 3.

(127) CAS. N° 3490-06-LIMA, f. j. 9.

(128) Cfr. CAS. N° 1885-2001-LIMA. En equivalente sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia española, particularmente en la STC 1/2004 del 14 de enero, en donde el Tribunal Constitucional señala que el “rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno, ya que la denegación tardía, aunque razonada, de la prueba, se ha considerado que, prima facie, podría afectar el derecho (a la prueba) en la medida en que existe el riesgo de perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto de proceso –con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia– o, incluso, de un perjuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad procesal. (f. j. 2) Análogo criterio se puede apreciar en las siguientes sentencias de España: STC 173/2000, de 26 de junio, f. j. 3; STC 96/2000, de 10 de abril, f. j. 2; STC 218/1997, de 4 de diciembre, f. j. 3.

comprende el derecho a la prueba, que es el resultado o consecuencia de los dos anteriores. Nos referimos al derecho a que las pruebas admitidas sean debidamente actuadas en el proceso. Al respecto, Pico I Junoy afirma que “no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido”⁽¹²⁹⁾.

En la doctrina, y especialmente en algunas legislaciones, se suele usar también las siguientes expresiones: “realización”, “practicar” o “ejecutar”; no obstante, lo cierto es que –desde un enfoque procesal– estos términos resultan ser semejantes al de “actuación”, que es el que utilizaremos para los fines del presente examen de este derecho fundamental. En semejante sentido, en la jurisprudencia española, por ejemplo en la STC 123/2004, de 13 de julio, se puntualiza que se vulnera el derecho a la prueba “cuando habiéndose admitido una prueba, la misma no se practica o se practica erróneamente por causas imputables al órgano judicial”⁽¹³⁰⁾.

De modo tal que importaría poco que los medios de prueba aportados por las partes sean debidamente admitidos por el juzgador, si es que estos a continuación no son adecuadamente actuados⁽¹³¹⁾. Dicho de otra manera, se afectaría el derecho a la prueba cuando los medios de pruebas previamente admitidos, en un caso concreto, resulten irrazonablemente y sin motivo justificable radicalmente inejecutados.

En este derecho no se trata de establecer si el medio de prueba propuesto es o no pertinente y/o relevante –como sucede en la admisión de pruebas–, sino si se ha practicado o no en la forma preestablecida y principalmente sin ocasionar o generar alguna indefensión constitucional. Por ende, para considerar a la actuación de medios de prueba admitidos constitucionalmente efectuada, es fundamental que mínimamente se adecuen a las normas que regulan las leyes procesales⁽¹³²⁾.

(129) PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., p. 40.

(130) STC 123/2004, de 13 de julio, F. J. 5.

(131) Cfr. TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. CEDAM, Padova, 1984, p. 92.

(132) Cfr. SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín L. “La vertiente jurídico constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español”. Ob. cit., p. 201.

Es innegable que la mayoría de casos sobre vulneración del derecho a la actuación probatoria, son originados por alguna actuación u omisión de parte de los órganos jurisdiccionales, por la posición que ocupa o labor que realiza en torno al tema en cuestión. En ese sentido, en la doctrina española, Sánchez Carrión ha manifestado que se pueden presentar los siguientes supuestos de afectación al derecho a la actuación probatoria, los que, a su consideración, serían: 1) cuando a pesar de establecer claramente la norma la solución a la práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial adopta una decisión contraria a la práctica de dicha prueba, ocasionando indefensión constitucional; 2) cuando admitida una prueba, no se practica a causa de una inactividad de exclusiva responsabilidad del órgano judicial; 3) cuando admitida inicialmente la práctica de una prueba, el órgano judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una nueva resolución, bien de oficio o a causa de algún recurso de parte que le haga modificar su inicial decisión; y 4) cuando la prueba admitida se practica fuera de la sede o del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se delimita luego su unión a los autos o no se tiene en cuenta en la sentencia o resolución definitiva⁽¹³³⁾.

Por consiguiente, un correcto y amplio sentido de este derecho importa que los medios de prueba no se actúen de cualquier manera, sino fundamentalmente se debe expeditar en estricto respeto del derecho de contradicción⁽¹³⁴⁾; de este modo, se propiciará la participación conjunta de las partes⁽¹³⁵⁾. Esto significa que el derecho a la prueba conlleva además la exigencia de asegurar o tutelar la intervención en la actuación de la prueba de la contraparte con el objeto de controvertir la validez y eficacia

(133) *Ibíd.*, pp. 201 y 202.

(134) En la doctrina nacional Monroy Gálvez conceptúa el derecho de contradicción de la siguiente manera: "El derecho de contradicción se expresa en la imperiosa necesidad de que el demandado sea informado oportunamente de las incidencias que ocurran dentro del proceso en el que se está discutiendo un derecho que le puede afectar. Es tal la trascendencia de esta manifestación del derecho de contradicción, que un proceso –a pesar de haber concluido formalmente– no tendrá efectos contra aquella persona que no fue avisada de su existencia y que, en consecuencia, no pudo discutir su posición al interior de aquel". MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Derecho Procesal Civil*. Temis, Bogotá, 1996, pp. 286 y 287. En la doctrina argentina se ha definido al derecho de contradicción como "el derecho de contradicción como un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que es titular todo demandado para ser oído en el proceso en donde ha sido emplazado, y para disfrutar de la oportunidad de proponer –en su caso– defensas." PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *El proceso atípico*. 2ª Parte, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 137.

(135) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Ob. cit.*, p. 28.

de los medios de prueba que las partes libremente consideren pertinente⁽¹³⁶⁾. Esto, independientemente de que el justiciable lo haya ofrecido y/o presentado al proceso. Sin embargo, el tema de la contradicción probatoria no solo se limita únicamente a la valoración, sino que lo encontramos presente también al momento de la admisión.

Por otro lado, en el contexto del derecho analizado, se debe considerar la práctica de las “pruebas de oficio” o iniciativa probatoria del juez (diligencias finales en España), las que un sector de la jurisprudencia nacional ha considerado que no forman parte del derecho a la prueba, al ser considerado llanamente como una facultad del juzgador y no un derecho de las partes.

D. Derecho a la valoración de los medios probatorios

Cerrando este conjunto de derechos que forman parte del contenido esencial del derecho a la prueba, encontramos el derecho a la valoración de los medios probatorios que hayan sido previamente admitidos y actuados. De este modo, la valoración de la prueba –a decir de Asencio Mellado– constituye un conjunto de operaciones que se desarrollan en el ámbito psicológico del órgano constitucional mediante las cuales se obtiene el convencimiento acerca de los hechos alegados⁽¹³⁷⁾. Además, agrega que tales operaciones se han desarrollado a lo largo de la historia de dos formas distintas, bien por medio del denominado sistema de valoración legal o tasada, o bien a través del sistema de la prueba libre⁽¹³⁸⁾.

Esta valoración es conocida también bajo la denominación de “apreciación de la prueba”⁽¹³⁹⁾, que es concebida –por Jaime Guasp– como el

(136) Empero, en ningún caso constituye contravención al debido proceso la falta de actuación de prueba por inercia de parte. Cfr. CAS N° 377-95. Diferente es el caso, en que se admitan determinados medios de probatorios de las partes, incluyendo la exhibición de un documento, y luego se deje constancia en la audiencia de pruebas que la parte responsable no cumplió con la exhibición, pero sin requerirla para que presente el documento, expidiendo sentencia sin tener todos los elementos probatorios para resolver el conflicto de intereses. En este caso, resulta vulnerado el debido proceso. CAS. N° 138-2003-CAJAMARCA. En: MESINAS MONTERO, Federico. *Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional*. Gaceta Constitucional, Lima, 2010, p. 151.

(137) ASECIO MELLADO, José María. “La prueba en el proceso civil”. En: *Actos del juez y la prueba civil*. Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá- Caracas- Panamá, 2001, p. 424.

(138) Ídem.

(139) En cuanto a las expresiones “valorar” o “apreciar”, Sentís Melendo, afirmaba que “cualquiera de las dos palabras es buena: determinar el valor o fijar precio de algo, no son expresiones distintas

acto por el cual el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, pero esta apreciación sale también fuera del procedimiento probatorio propiamente dicho, puesto que se verifica por el juez en el mismo momento en que decide finalmente el proceso, esto es, dentro de la sentencia que emite⁽¹⁴⁰⁾.

Por su parte, Michele Taruffo manifiesta que el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, no es una garantía ilusoria y meramente ritualista, sino se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión⁽¹⁴¹⁾. De la misma manera, también Pico I Junoy pone de manifiesto que el derecho a la prueba, al tener por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si este no valora o toma en consideración los resultados probatorios está frustrando el mencionado derecho⁽¹⁴²⁾.

La doctrina constitucional mayoritaria es uniforme en señalar que la tutela de este derecho no implica forzosamente el derecho a un determinado resultado probatorio, pero sí a una valoración racional de los medios de prueba previamente actuados⁽¹⁴³⁾. Esta exigencia —a decir de Ferrer Beltrán— puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; y, por el otro, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional⁽¹⁴⁴⁾.

Además, conviene precisar que para la apropiada tutela constitucional de este derecho, no es suficiente que el juzgador describa en sus decisiones judiciales, los medios de prueba admitidos y actuados en el

etimológicamente. Lo que importa es tener bien clara, conceptualmente, la gravedad del problema de la valoración dentro del proceso”. SENTÍS MELENDO, Santiago. Ob. cit. pp. 240 y 241.

(140) GUASP, Jaime. “De la prueba en general”. En: *Actos del juez y la prueba civil*. Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá- Caracas- Panamá, 2001, p. 558.

(141) TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza Della prova*. Ob. cit., p. 29.

(142) PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., p. 42.

(143) Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 28.

(144) *Ibidem*, p. 29.

proceso, menos aún bastaría con citar cada uno de los instrumentos aportados por las partes; sino que estos se valoren en forma racional; tal como se aprecia en la STC Exp. N° 9598-2005-PHC/TC, en la cual se verifica el siguiente caso: “De las copias certificadas expedidas por el Registrador Público de la Zona Registral N° II de la sede Chiclayo, que obran en autos, aparece el documento notarial (Notaría Caballero) que por su naturaleza da fe pública del acta de sesión de directorio de la empresa Agro Industria Pucalá S.A., en la que consta la renuncia de Jaime Mur al cargo de Gerente de la mencionada empresa el día 8 de marzo de 2000, habiendo sido ese mismo día reemplazado por el señor Miguel Montero Onetto; así como la copia del cargo de presentación del referido documento ante el Registro Público, de fecha 26 de julio de 2000. Frente a este documento notarial, que contiene una realidad concreta, la resolución judicial señala que “‘(...) el acusado en su defensa señala que a la fecha del requerimiento judicial ya no ejercía el cargo de Gerente General, sustentando su dicho en los informes de la Oficina Registral que obran del folio setenta y cinco (sic) a ochenta así como el folio trescientos setenta y seis (...)’, apreciándose de tal razonamiento meramente formal que los jueces demandados solo han mencionado el número de las páginas que se les asignó a las pruebas aportadas por el recurrente, omitiendo la valoración que imponía su contenido, vulnerándose con esa omisión el derecho a probar que asiste a todo encausado”⁽¹⁴⁵⁾.

En esta línea, conviene tener presente la estrecha vinculación del derecho a la prueba con el derecho constitucional a la motivación de las decisiones judiciales, o mejor dicho una “debida motivación”⁽¹⁴⁶⁾, pues se sostiene que una correcta valoración de los medios de prueba se debe ver

(145) STC Exp. N° 9598-2005-PHC/TC, f. j. 6.

(146) El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1480-2006-PA/TC, f. j. 2, ha precisado que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la

reflejado en la fundamentación o motivación que exponga la sentencia. De esta manera, se viene hablando de “valorar motivadamente la prueba”. Inclusive un sector de la doctrina y la jurisprudencia⁽¹⁴⁷⁾ lo consideran como otro derecho parte del contenido esencial del derecho a la prueba.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, indicando que de “los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables”⁽¹⁴⁸⁾.

Al respecto Pico I Junoy afirma que “acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica judicial puede soslayarse mediante el uso torticero del denominado expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por la que se limita a manifestar que el material probatorio ha sido valorado ‘en conjunto’ o ‘conjuntamente’, con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se ha concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin especificación de las fuentes y medios valorados positiva o negativamente por el legislador”⁽¹⁴⁹⁾.

solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

(147) Cfr. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú, al resolver la CAS. N° 210-03-LIMA, en la parte final del f. j. 5, ha sostenido que “el derecho de prueba no solo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte, y aún la actuada de oficio; asimismo comprende el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba actuada”.

(148) STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 8.

(149) PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., p. 43. En el sistema procesal civil peruano, se habla de una valoración conjunta de los medios de prueba, tal como lo describe el artículo 197 del Código Procesal Civil: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en

V. LIMITACIONES AL DERECHO A LA PRUEBA

Como sabemos, en nuestro sistema constitucional se ha acogido la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales, señalando que estos no son ilimitados, sino que, por el contrario, es posible establecer restricciones a su ejercicio, siempre y cuando estas no afecten su contenido esencial. Este criterio se aprecia en la STC Exp. N° 7944-2005-PHC/TC, en la cual se señala que “ningún derecho fundamental en efecto puede considerarse ilimitado en su ejercicio y los límites que puede imponérsele son de dos tipos; intrínsecos y extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales”⁽¹⁵⁰⁾.

Tal como lo hemos adelantado, al igual que todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho⁽¹⁵¹⁾.

En semejante sentido, el jurista español Pico I Junoy sistematiza los límites de esta garantía constitucional de la siguiente manera: i) los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria; y ii) los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición. Además, sostiene que

la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. Empero, en muchos casos este dispositivo legal, es utilizada para realizar incorrectamente motivación aparentes o genéricas, los cuales atenta directamente contra del derecho a la prueba.

En el modelo español, el artículo 218.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil al referirse a la motivación de la sentencia, señala que “se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas”.

(150) STC Exp. N° 7944-2005-PHC/TC, f. j. 7.

(151) Cfr. STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, f. j. 149.

dentro de los límites intrínsecos se encuentran previsto legalmente y son la pertinencia, la utilidad y la licitud⁽¹⁵²⁾.

De nuestra parte, consideramos que desde una perspectiva de interpretación restrictiva de los aspectos que limiten el derecho a la prueba⁽¹⁵³⁾, los más atinados, efectivos y únicos límites que deben parametrar al derecho fundamental de la prueba, son exclusivamente la pertinencia y la licitud⁽¹⁵⁴⁾; las que serán materia de un breve análisis a continuación.

1. Pertinencia

Como hemos expuesto al momento de analizar el contenido esencial del derecho a la prueba, una de las principales limitaciones que afronta este derecho fundamental es, sin duda, la denominada pertinencia (algunos prefieren usar la expresión: relevancia⁽¹⁵⁵⁾), la que se presenta en la medida en que el medio de prueba presentado u ofrecido tenga vinculación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el juzgador⁽¹⁵⁶⁾. De no suceder de esta manera, resulta completamente válido y constitucional que el medio de prueba pueda ser declarado impertinente y, como tal, sea rechazado por el juez y no incorporado al proceso⁽¹⁵⁷⁾.

(152) PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., p. 44.

(153) Al respecto, en la doctrina española se viene sosteniendo que unos de los aspectos de la configuración objetiva del derecho a la prueba comporta la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba. (PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., pp. 31-34).

(154) Es del mismo criterio, en la doctrina nacional la jurista Ariano Deho, quien manifiesta: “Pertinencia y Licitud. He aquí los únicos límites que se pueden poner a la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes como f. j. de sus afirmaciones fácticas” (ARIANO DEHO, Eugenia. “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. Ob. cit., p. 184).

(155) En la doctrina italiana TARUFFO, Michele. En: *La prueba de los hechos*, Trotta, Milano, 2002, pp. 364 y ss. De igual modo en la doctrina española, JORDI FERRER BELTRÁN. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: *Revista*. N° 47. Madrid, 2003, p. 28 y ss.

(156) Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Ob. cit., p. 146.

(157) Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 9598-2005-PHC/TC, f. j. 5, ha puesto en evidencia que “el juez deberá emitir resolución señalando que aquellos medios probatorios no son idóneos o que resultan impertinentes para los objetivos del proceso. Por el contrario, las pruebas que no son declaradas inidóneas o impertinentes serán valoradas en la sentencia. Desde luego, así el juzgador podrá obtener la conexión de la prueba no tachada con los hechos alegados por los sujetos del proceso penal, con la correspondiente consecuencia jurídica”.

En la doctrina nacional la profesora Ariano Deho ha interpretado a este límite con las siguientes expresiones: “La pertinencia de un medio probatorio está determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio, y aquello que se pretende acreditar es el denominado ‘tema de prueba’ (*thema probandum*), es decir, aquel conjunto de hechos concretos que constituyen en un concreto proceso ‘objeto de prueba’”⁽¹⁵⁸⁾.

Por su parte, en la doctrina española Picó I Junoy al estudiar el derecho a la prueba en el sistema constitucional español, ha señalado que “el límite de la pertinencia de la prueba se halla en la propia literalidad del artículo 24 CE, cuando reconoce el derecho fundamental a ‘utilizar los medios de prueba pertinentes’”⁽¹⁵⁹⁾. Asimismo, precisa que “legalmente la pertinencia de una prueba se define como la relación que guarda con los hechos objeto del proceso (art. 283.I LEC)”⁽¹⁶⁰⁾.

De igual manera, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en forma reiterada sobre la pertinencia como límite del derecho a la prueba, por ejemplo en la STC 71/2003, de 9 de abril, f. j. 3, señala lo siguiente: “Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, **no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes** (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, f. j. 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, f. j. 2)”⁽¹⁶¹⁾ (las negritas son nuestras).

(158) ARIANO DEHO, Eugenia. “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. Ob. cit., p. 182.

(159) PICÓ I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., pp. 44 y 45.

(160) Ídem.

(161) STC 71/2003, de 9 de abril, f. j. 3.

Similar criterio jurisprudencial se puede apreciar en la Sentencia 291/2006, de 9 de octubre, f. j. 4, en la que afirma lo siguiente: “Ciertamente, el **derecho fundamental a la prueba no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino el derecho a la admisión y práctica de la que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*** (SSTC 26/2000, de 31 de enero, f. j. 2; 71/2003, de 9 de abril, f. j. 3; y 121/2004, de 12 de julio, f. j. 4, entre otras). En términos similares el legislador procesal civil define la prueba pertinente como la que “guarda relación con lo que sea el objeto del proceso” (art. 283.1 LEC), el cual, por otro lado, caracteriza como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.2 LEC)”⁽¹⁶²⁾ (las negritas son nuestras).

Bajo este contexto resultaría constitucional que un medio de prueba sea rechazado o inadmitido por considerarse impertinente. Así, en la doctrina española, Muñoz Sabate manifiesta que será impertinente un medio de prueba en los siguientes supuestos: i) cuando pretenda probar un hecho imposible; ii) cuando pretenda valerse de instrumentos totalmente desproporcionados para la obtención del fin; iii) cuando sea superflua, puesto que recae sobre hechos notorios, intrascendentes, hechos ya comprobados o hechos no controvertidos; iv) cuando pretenda un objetivo totalmente extraño al proceso; y v) cuando carezca de base fáctica⁽¹⁶³⁾.

Los supuestos de pertinencia o en su defecto de impertinencia, según la redacción o técnica legislativa que se elija, son establecidos o determinados legalmente; dicho de otra manera, es el legislador quien tiene el deber de considerar racionalmente las diversas hipótesis o supuestos normativos de impertinencia de los medios de prueba. Por ejemplo, la aplicación de ello se ve reflejado en el artículo 190 del Código Procesal Civil, que establece: “Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez”.

(162) STC 291/2006, de 9 de octubre, f. j. 4.

(163) MUÑOZ SABATE, Luis. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1983, p. 75 y ss.

Además, la determinación de la pertinencia o impertinencia de la co-responde al juzgador de primera instancia (a quo), quien en el momento establecido por la norma procesal, tiene la oportunidad de determinar tal situación. Sin embargo, esta labor también se puede hacer e nivel de segunda instancia (ad quem) al momento de realizar la revisión de los casos.

2. Licitud

El segundo límite reconocido en forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia constitucional es la licitud, en virtud del cual se resalta el hecho de que los medios de prueba deben respetar o tutelar los derechos fundamentales, sea en la utilización, admisión o actuación; es decir, si mediante el ejercicio del derecho a la prueba se atenta, directa o indirectamente, contra otro derecho fundamental, la prueba utilizada puede ser considerada como prueba ilícita y, por lo tanto, también ser pasible de restricción y exclusión del proceso.

Así, el Tribunal Constitucional peruano, en la STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC-LIMA, al referirse a la licitud ha señalado que “[n]o pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida”⁽¹⁶⁴⁾.

En la doctrina española, Picó I Junoy manifiesta que “otro límite del derecho a la prueba lo constituye la licitud de la prueba” y lo describe indicando que “existe tal licitud cuando la prueba ha sido obtenida o practicada sin infracción de los derechos fundamentales”⁽¹⁶⁵⁾.

Conviene diferenciar aquella prueba que ha llegado a disposición de la parte que la utiliza en forma ilícita y aquella cuya admisión prohíbe la ley expresamente por considerarse ilícita. Al respecto, en la doctrina italiana Mauro Capelleti, al analizar el doble aspecto del problema planteado, explicaba lo siguiente: “El primer aspecto concierne a las pruebas en sí y por sí admisibles (relevantes y eficaces) en juicio, las cuales, sin

(164) STC Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, f. j. 26.

(165) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales*. Ob. cit., p. 147.

embargo, han sido creadas, o han llegado al sujeto que las introduce en juicio, a través de un acto ilegítimo. Cabe pensar en el acto del hurto de documento. En esta, como en hipótesis análogas –siempre a título de ejemplo– la confesión arrancada a personas públicas o privadas mediante tortura o chantaje (...). El segundo aspecto es en cambio, el de las pruebas respecto de las cuales la ley prohíbe directamente la admisión en juicio. Ejemplos: testimonio recibido en contra de las prohibiciones de los artículos 2721 y siguientes del Código Civil; inspecciones efectuadas o exhibiciones dispuestas en oposición de los artículos 351 y 352 del Código de Procedimientos Civiles (...)”⁽¹⁶⁶⁾.

Así, en el modelo constitucional peruano, el apartado “h” del inciso 24 del artículo 22 de la Constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como finalidad enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas⁽¹⁶⁷⁾.

Finalmente, es necesario considerar que la problemática de la prueba ilícita como límite al derecho a la prueba se puede presentar en diversos contextos, procesos jurisdiccionales ordinarios u constitucionales. En efecto, si bien la dogmática procesal penal ha sido la que más ha profundizado y explorado este tema, no es menos cierto que tal problemática se extiende también en forma objetiva a otras disciplinas procesales, incluso las de tipo procesal civil⁽¹⁶⁸⁾. Sobre el particular, Pico I Junoy ha señalado que “si bien es cierto que la doctrina ha centrado el estudio de la misma en los procesos penal y laboral, debido sin duda alguna a los peculiares intereses que en ellos se debaten, la incidencia de la prueba ilícita en el proceso civil (...) es indiscutible y plantea numerosos problemas a los que deben darse adecuadas respuestas”⁽¹⁶⁹⁾.

(166) CAPELETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. EJEA, Buenos Aires, 1972, p. 137.

(167) Cfr. STC Exp. N° 2333-2004-HC/TC, f. j. 2.5.

(168) Así, el modelo procesal civil peruano al referirse a los medios de prueba obtenidas con afectación de otros derechos, los sanciona con su ineficacia. Así, se puede apreciar en el artículo 199 del Código Procesal Civil, señala lo siguiente: “Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”.

(169) PICÓ I JUNOY, Joan. “La prueba ilícita en el proceso civil”. En: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Boch, Barcelona, 1996, p. 284.

REFLEXIONES FINALES

El derecho a la prueba puede ser entendido, en general, como el resultado de la influencia de la constitucionalización de los derechos fundamentales a nivel interno e internacional, y en particular por la incidencia de la tutela constitucional del proceso; es decir, de aquellos derechos fundamentales de naturaleza procesal que comprenderían una serie de garantías constitucionales.

En ese sentido, ha quedado sumamente claro que se trata de un derecho fundamental de configuración legal, que al limitar o restringir su contenido constitucionalmente protegido coadyuva o contribuye de manera activa al legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada específico ordenamiento jurisdiccional, concretamente sobre las normas de tipo procesal.

Por otra parte, el sentido que la dogmática procesal ha otorgado al derecho a la prueba por largo tiempo, ha sido reformulado o replanteado desde una perspectiva constitucional, que gira el foco de atención del juzgador a los justiciables. En ese sentido, el derecho a la prueba es un derecho subjetivo que importa una posición iusfundamental de las personas de cara al juzgador, para requerir de este su admisión, actuación y valoración de la prueba.

Este derecho no tiene carácter o naturaleza absoluta u omnímoda; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye el derecho a la admisión y actuación de aquellas que sean consideradas como pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas. Sin embargo, en caso de que el órgano judicial opte por la denegación de las pruebas propuestas, tendrá el deber impostergable de motivar razonablemente su decisión; esto con el fin de evitar que este derecho puede resultar vulnerado cuando se rechacen pruebas relevantes para la resolución final, sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

Para terminar, debemos sostener bien claramente que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su utilización,

admisión, actuación, valoración) generará forzosamente por sí misma una indefensión constitucional relevante, sino que dependerá del estudio o análisis racional que el juzgador y los justiciables realicen en cada caso concreto, lo que determinará finalmente la afectación o protección de la garantía constitucional de naturaleza procesal analizada.

Erick Veramendi Flores

**La impugnación
de la decisión
cautelar: A propósito
de la oposición**



La impugnación de la decisión cautelar: A propósito de la oposición

Erick Veramendi Flores^(*)

El autor analiza las diversas formas en que puede desenvolverse la oposición a propósito de la modificación operada en el artículo 637 del Código Procesal Civil, norma que a su criterio ha privilegiado un modelo de contradicción diferida por sobre el de contradicción previa, pero que finalmente resulta eficiente para que el afectado con la medida cautelar ejerza su derecho de defensa.

INTRODUCCIÓN

La utilización de las medidas cautelares como mecanismos de coerción para obtener ventajas indebidas ha generado la preocupación del legislador en estructurar mecanismos idóneos para el ejercicio de la defensa del afectado, toda vez que al afectado se le fijaba una contracautela que no respondía a la real naturaleza de la afectación; el afectado solo tenía una posibilidad para contradecir la decisión cautelar a través de la apelación. Ahora, la contracautela debe garantizar de una forma más eficaz y proporcional a los eventuales daños y perjuicios que podría sufrir el afectado. Asimismo, el afectado tiene dos posibilidades para impugnar la decisión cautelar, a través de la oposición y el recurso de apelación. En tal sentido, la oposición es un mecanismo a través del cual el afectado ejercerá su defensa ante el mismo juez que emitió la decisión cautelar. No obstante la vigencia de esta institución, los operadores jurídicos no vienen aplicando esta institución como una forma más eficiente

(*) Abogado con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (UNHEVAL). Cursando estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Egresado del Profa-AMAG.

–rápida– para la defensa del afectado con una medida cautelar. Por eso, en las siguientes líneas nos hemos propuestos desarrollar esta institución con la finalidad de informar su contenido y contribuir el desarrollo de esta institución.

En el desarrollo de este trabajo partiremos del sistema impugnatorio que regula nuestro ordenamiento procesal, buscando identificar la ubicación de la oposición: ¿recurso o remedio?, a partir del cual plantearemos cómo funciona la oposición en el proceso cautelar. Para ello, es importante tener en cuenta los distintos modelos de impugnación en el trámite de las medidas cautelares (contradicción previa, contradicción diferida, etc.). Finalmente, analizaremos la oposición dentro del trámite cautelar según el actual texto del artículo 637 del Código Procesal Civil.

I. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

Los medios de impugnación⁽¹⁾ son instrumentos procesales ofrecidos a las partes para provocar aquel control sobre la decisión de juez, y este control es, en general, encomendado a un juez no solo distinto de aquel que ha emitido el pronunciamiento impugnado o gravado, sino también de grado superior, aun cuando no esté en verdadera y propia relación jerárquica con el primero. No se excluye, sin embargo, que en ciertos casos, en consideración al tipo de control invocado, este último sea ejercitado por el mismo juez que ha pronunciado la sentencia objeto de control⁽²⁾. La finalidad general de los medios impugnatorios es el control general de la regularidad de los actos procesales, la finalidad específica es el control de la actividad de los jueces, fundamentalmente de sus resoluciones. Esta tiene por finalidad restablecer los derechos violados, conculcados, que causan agravio a alguna de las partes o a terceros legitimados. Se conciben también como mecanismos de saneamiento procesal, pues tienen como misión evitar los errores y arbitrariedades del juzgador en la sustanciación del proceso, propiciando con ello decisiones legales y

(1) “(...) 3. Sobre el derecho a la pluralidad de instancia el Tribunal ha sostenido que este tiene por objetivo garantizar que todo justiciable “tenga la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (...)” (Exp. N° 03261-2005-AA/TC).

(2) MICHELI, Gian Antonio citado por HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto en *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 647.

justas⁽³⁾. Contiene la posibilidad de denunciar la existencia de las irregularidades y analizar los mecanismos que el orden jurídico establece con miras a superarla. Se trata de excluir del orden jurídico las ilegalidades. El derecho de impugnación es abstracto y corresponde a toda persona, se materializa en el correspondiente acto de impugnación⁽⁴⁾. La doctrina viene afirmando que el derecho a utilizar los recursos comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte* más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte⁽⁵⁾.

1. Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil peruano

El Código Procesal Civil peruano (en adelante CPC) regula los medios impugnatorios en el Título XII, artículo 355 y siguientes. Establece que los medios impugnatorios tienen por finalidad anular o revocar, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado con vicio o error. Los medios impugnatorios se dividen entre remedios y recursos⁽⁶⁾. Los **remedios** se formulan contra actos procesales no contenidos en resoluciones judiciales⁽⁷⁾; son remedios: la tacha, oposición, nulidad. Los **recursos** pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución judicial, pudiendo ser parte en el proceso o tercero legitimado, para que luego de un nuevo examen de la decisión se subsane el vicio o el error alegado o denunciado; son recursos: reposición, apelación, casación, queja. Estas pueden ser recursos ordinarios o extraordinarios.

(3) CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen II, Grijley, Lima, 2007, pp. 343-350.

(4) QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Themis, Bogotá, 2000, pp. 545 y 548.

(5) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 81.

(6) Dentro de la doctrina y legislación comparada existen diversas clasificaciones de los medios impugnatorios. El Código Procesal Civil también regula otros medios impugnatorios como la nulidad de cosa juzgada fraudulenta (impugnación en vía de acción), las excepciones procesales (impugnación en vía incidental).

(7) Los remedios no tienen efectos. Cfr. RAMOS MENDES, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Bosch, Barcelona, 1997.

Según nuestro Código Adjetivo la oposición constituye un remedio y la apelación un recurso. Dado que sobre la decisión y ejecución de la medida cautelar se regulan por estos medios impugnatorios, en las siguientes líneas nos referiremos a ellas.

2. La oposición

Dentro de la doctrina no hemos encontrado una definición precisa de la oposición. No obstante ello, se hace una distinción entre oposición y oposición procesal.

Así, la **oposición** es definida como la manifestación de voluntad dirigida a impedir el cumplimiento de un acto jurídico, o a imponer ciertas condiciones a ese cumplimiento. Es todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto⁽⁸⁾.

La **oposición procesal** es entendida como la acción y efecto de impugnar un acto o conjunto de actos; mediante recurso, incidente, querrela, demandando su invalidación (Couture). Puede tener por objeto la invalidez por nulidad (defecto del acto: *error in procedendo*) o la reforma por improcedencia jurídica (defecto de aplicación del derecho: *error in iudicando*). Puede ser, también, la simple oposición a las pretensiones de la contraparte. En este sentido se habla de oposición a la demanda, de oposición a la reconvencción, de oposición al recurso, de oposición a la ejecución, etc.⁽⁹⁾. En esencia, es la declaración de voluntad del demandado pidiendo al tribunal la no actuación de la pretensión del actor. Si aquel se limita a negar los elementos de la pretensión estamos en la oposición denominada simplemente negación⁽¹⁰⁾. La **oposición procesal** se presenta en los **juicios contenciosos** como todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro se propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto: como la **oposición al matrimonio** cuando existe algún impedimento para la celebración o alguna causa que determina su nulidad; o cuando en juicio alguien alega un crédito preferente

(8) PAREDES INFANZÓN, Julio. *Diccionario de Derecho Procesal Civil peruano*. Editorial San Marcos, Lima, 1999, p. 218.

(9) DE SANTO, Víctor. *Diccionario de Derecho Procesal*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 252-253.

(10) REBO DURÁN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 620-621.

al del ejecutante; y, en general cuando no signifique allanamiento a lo pedido por otro. En tal aspecto, la contestación del demandado es la **oposición** a la demanda, como ejemplo tenemos: escrito de oposición del ejecutado, oposición en el concurso civil y en la quiebra, recurso de oposición de tercero⁽¹¹⁾. A decir, de Manuel Ortells Ramos no constituyen medios impugnatorios aquellos actos de parte destinados a **oponerse** o contradecir otros actos de parte, aunque la legislación las denomine impugnación con **impropiedad**, porque los actos de parte aún no han producido el efecto al que en definitiva tienden y que es la emisión de una resolución judicial con determinado contenido, contra la cual, en su caso, sí que cabrá dirigir impugnaciones⁽¹²⁾. Sin embargo, cierta doctrina reconoce como medio impugnatorio la denominada **oposición incidental**, consistente en la oposición a un acto determinado que origina un incidente, por ejemplo, la oposición a la entrega⁽¹³⁾. Dentro de la doctrina española se dice que los medios de impugnación consistentes en incidentes de oposición, serían el caso de oposición a la declaración de concurso o de quiebra, y de la oposición a las medidas cautelares decretadas sin previa audiencia del demandado. Con estos medios de impugnación se trata de compensar la falta de audiencia (o la audiencia insuficiente) de una de las partes, con carácter previo a la resolución que se impugna, pues el incidente de oposición permite una instrucción (alegaciones y pruebas) más amplia que los medios de impugnación, y después de esta instrucción, incluso la posibilidad de una apelación⁽¹⁴⁾.

Dentro de nuestro ordenamiento procesal, la doctrina y la legislación comparada, la oposición se manifiesta de diversas formas (como sinónimo de contradicción, como acción, como recurso, como remedio, etc.), poniendo en duda la ubicación de la oposición como remedio dentro de nuestro CPC. Así, el artículo 298 del CPC regula la oposición del emplazado a la solicitud de actuación de prueba anticipada; el artículo 343 del CPC regula la oposición formulado por el demandado sobre la solicitud de desistimiento del proceso; el artículo 528 del CPC regula la oposición contra el monto o forma de cálculo de la actualización justipreciada de

(11) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989.

(12) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Editora Aranzadi, Navarra, 2002, p. 513.

(13) QUINTERO, Beatriz y PRIERO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., p. 551.

(14) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., p. 514.

la propiedad expropiada, de la misma forma se formula antes de resolver la petición. También existen normas especiales que regulan la oposición, por ejemplo, la Ley N° 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, que regula la oposición del emplazado con la solicitud de declaración de paternidad. El artículo 10 del Código Civil regula la oposición a la disposición del cadáver; el artículo 253 del Código Sustantivo regula la oposición al matrimonio; el artículo 875 del mismo Código oposición del acreedor a la partición, etc. Por tanto, se desprende de las normas antes mencionadas que la oposición no solo funciona como remedio, sino la oposición como medio impugnatorio también se manifiesta como contradicción, recurso, acción. No obstante su variada manifestación, la oposición siempre presenta características que no varían, por ejemplo, que contradicen actos de parte.

A nuestro entender **la oposición procesal es un acto procesal de parte destinada a evitar que se realice la pretensión de la otra parte (contradecir), se formulan antes de resolverse la pretensión opuesta, por ende, no se formulan contra resoluciones y tienen efecto declarativo mas no revocatorio.** La oposición se ejerce como contradicción, remedio o recurso, sea como incidente o vía de acción.

3. La oposición en la medida cautelar: ¿se ejerce como contradicción, remedio o recurso?

El segundo párrafo del artículo 637 del CPC establece que una vez dictada la medida cautelar, es decir, la solicitud cautelar formulada por el demandante ya ha sido resuelta favorablemente, la parte afectada puede formular oposición, esta defensa no suspende la ejecución de la medida cautelar. De la norma en mención se desprende que la oposición se formula contra una decisión judicial contenida en una “resolución” que declara fundada la solicitud cautelar, esté ejecutada o no la decisión cautelar.

Siendo así, nuestra primera crítica sería que la oposición de acuerdo a la definición propuesta no podría formularse contra una resolución, sino contra una pretensión de parte, por eso, nos preguntamos: **¿se trata realmente de una oposición?** Nosotros consideramos que no. Nuestra posición se justifica en que verificamos que la oposición se dirige contra una decisión jurisdiccional contenida en una resolución, cuyos efectos

son ejecutivos. Si la decisión cautelar contenida en una resolución constituye un mandato, no entendemos cómo el afectado podría oponerse a esta decisión. Por eso, consideramos que técnicamente no debió instrumentalizarse la defensa del afectado por intermedio de la oposición, sino otro recurso específico que pueda atacar la resolución misma, por ejemplo, en la legislación argentina es el recurso de reposición que ataca la decisión cautelar (art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Claro que según nuestro régimen de impugnación la reposición no procedería por tratarse de un auto, sin embargo, ello se superaría regulando legalmente su admisibilidad. Nuestro cuestionamiento cobra fuerza si tenemos en cuenta que la oposición no tiene efectos revocatorios, pues conforme venimos sosteniendo la oposición como acto procesal de parte destinada a evitar que la pretensión de la otra parte se realice, se formula antes que el juez resuelva la petición formulada, pues tiene efectos declarativos. Decir que la oposición tiene efectos revocatorios es contrario a su propia naturaleza. Por ende, resulta más apropiado regular un recurso que tenga efectos revocatorios (reposición, reconsideración, etc.).

Examinado el texto del artículo 637 del CPC, nos hace presumir que el legislador ha incorporado la oposición, conforme se encuentra regulado en la legislación española. De allí que el profesor Manuel Ortells Ramos señale que la oposición no impugna las actuaciones ejecutivas de la medida concedida, sino la propia concesión de la tutela cautelar⁽¹⁵⁾. Parecería que la doctrina española equipara la **decisión cautelar al mandato ejecutivo** para establecer el régimen impugnatorio de oposición. Nosotros no compartimos esa opinión. El mandato ejecutivo se sustenta en un título ejecutivo que contiene una obligación cierta, expresa y exigible, donde el título ejecutivo no está en discusión; en tanto, en la decisión cautelar no existe título ejecutivo, sino la decisión cautelar se pronuncia sobre una cuestión controvertida que se encuentra en discusión en el proceso principal. En tal sentido, consideramos que la oposición funciona adecuadamente en un modelo de contradicción previa, es decir, una vez que se corre traslado al afectado con la solicitud cautelar, este ejercerá contradicción por intermedio de la oposición. En un modelo de contradicción diferida, el afectado ejercerá su defensa contra la

(15) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. La Ley, Madrid, 2000, p. 358.

decisión cautelar contenida en resolución por intermedio de un recurso impugnatorio (reposición, reconsideración, etc.).

Sin embargo, el legislador nacional ha sancionado que la oposición funciona como recurso y se tramita en vía incidental, esa conclusión se deduce del hecho que la norma autoriza la oposición contra una decisión jurisdiccional contenida en resolución. No cabe duda de que fuera de la crítica planteada, la regulación de la oposición resulta igual de eficiente para el ejercicio del derecho de defensa del afectado.

4. Apelación

La apelación es un recurso. Por el recurso de apelación el órgano jerárquicamente superior revisa los errores *in iudicando*, sean de hecho como de derecho, también los errores *in procedendo* relacionados con la formalidad de la resolución impugnada con la finalidad de anularlos, revocarlos o confirmarlos. Nuestro ordenamiento exige para su admisibilidad y procedencia la fundamentación, indicación de los errores de hecho y derecho y de los agravios que le causa al impugnante (arts. 364 y siguientes del CPC), estas reglas también serán aplicables a la apelación en el trámite de la medida cautelar.

Dentro del trámite de la medida cautelar, el artículo 637 del CPC autoriza el recurso de apelación a favor del **demandante** de la medida cautelar en caso su petición sea rechazada. Cabe precisar que este primer caso, entendemos que la apelación solo tendrá efectos confirmatorios o nulificantes, por las razones que más adelante explicaremos. Asimismo, esta norma autoriza formular recurso de apelación contra la resolución que resuelve la oposición, eventualmente, puede ser formulada por el **demandante o afectado**⁽¹⁶⁾, según a quien perjudique la decisión.

(16) Si bien es cierto, la norma no precisa si la apelación sobre la resolución que resuelve la oposición, es a favor del demandante o afectado, se entiende que puede ser solicitada por ambos, según le favorezca. Esa conclusión se desprende de una interpretación acorde a la Constitución, esto significa que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debe hacer efectiva el derecho a la doble instancia del solicitante de la medida cautelar, prevista en el numeral 6) del artículo 139 de la Constitución. En tal sentido, el profesor Luiz Guilherme Marinoni señala: "(...) Su deber [del juez] es interpretar la regla procesal o suplir cualquier eventual omisión legislativa para dar la máxima efectividad a la tutela jurisdiccional, comprendiendo las necesidades del caso concreto y considerando los valores constitucionales que dan protección al demandado, como el derecho de defensa" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 282).

Planteado así nuestro tema, ahora ingresaremos con más intensidad al trámite de las medidas cautelares, haciendo énfasis sobre la oposición.

II. IMPUGNACIÓN EN EL TRÁMITE DE LA MEDIDA CAUTELAR

Frente al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante para solicitar medidas cautelares, nace el derecho de contradicción del afectado, como manifestación del principio de igualdad procesal. El derecho de contradicción del afectado es la facultad procesal que corresponde al demandado, a pedir que los órganos jurisdiccionales declaren cierta la existencia de un hecho jurídico que produce efectos jurídicos relevantes, frente a la acción ejercida por el actor⁽¹⁷⁾.

1. La regla general: el principio de contradicción

El **principio de contradicción** no es otra cosa que igualdad entre las partes, cada una de las partes debe poder hacer aquello que hace la otra para hacerse dar razón⁽¹⁸⁾. Todos los actos procesales deben realizarse con conocimiento de las partes, específicamente con información previa y oportuna de la parte contraria, por lo que está estrictamente ligada a la **notificación procesal**; 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**; el derecho de contradicción se expresa también en la necesidad de que el demandado tenga el derecho de presentar alegatos y medios probatorios destinados a sustentar sus posiciones, una vez iniciado este, su desarrollo y presencia en el proceso genera otro derecho mucho más extenso y complejo, nos referimos al derecho de defensa –ser emplazado, oído, poder probar, poder presentar recursos–⁽¹⁹⁾. Si no se observa el contradictorio el proceso será inválido. Al respecto, el profesor Juan F. Monroy Gálvez refiere que el derecho a la contradicción es de naturaleza

(17) ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. Volumen I, Editorial Jurídica Universitaria, México, D.F., 2002, p. 171.

(18) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1971, p. 113.

(19) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Palestra, Lima, 2007, pp. 177-179 y 524.

constitucional, por eso señala: “[e]l derecho de contradicción suele expresarse a través de una de las especies del **derecho a un debido proceso legal**, específicamente el llamado **derecho de defensa**. (...) no es concebible que una ley lo desconozca, de ser así, a través del control difuso de la Constitución, el juez estaría plenamente facultado a inaplicarla”⁽²⁰⁾. El derecho de contradicción se encuentra regulado en el artículo 2, in fine, y 3 del CPC.

El principio de bilateralidad de la audiencia o del contradictorio, significa que el juez no podrá decidir una pretensión o reclamo del actor, si la persona en contra de quien ha sido propuesto no ha tenido la oportunidad de ser oída. Es el principio que se enuncia como el del *audiatur el altera pars*, o, nadie puede ser condenado sin habersele oído. La bilateralidad del proceso implica el tratamiento igualatorio de los litigantes, donde deben gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa. Este derecho garantiza al justiciable la posibilidad de ejercer la defensa, no la realidad de esta. De lo cual resulta que la contradicción es eventual. En algunas oportunidades se desplaza la oportunidad del contradictorio y que en otras, a pesar de que se brinda la oportunidad, la parte no la utiliza. Lo importante es la posibilidad de la contradicción, no el momento en que esa posibilidad se regimiente, ni tampoco se exige que efectivamente se contradiga. En el caso de las medidas cautelares se difiere la posibilidad de la controversia al momento inmediatamente posterior al perfeccionamiento de la medida cautelar⁽²¹⁾.

No obstante ello, no existe ningún derecho absoluto. Existen situaciones donde entran en conflicto dos derechos fundamentales, debiendo ceder uno frente al otro, pero siempre optimizando ambos derechos. Es el caso del derecho a la tutela cautelar que hace ceder, pero no lo elimina, al derecho de contradicción, conforme a continuación desarrollamos.

(20) QUINTERO, Beatriz y PRIERO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., pp. 93-94.

(21) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., pp. 133-134.

2. La excepción: el diferimiento del principio de contradicción en el trámite de la medida cautelar (principio *inaudita pars*)

Conforme venimos señalando, la medida cautelar es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que asiste al demandante, justifica la **postergación** del derecho de contradicción del afectado. Se trata de una restricción legal por el cual el demandante solicita la medida cautelar sin necesidad de que el juez tenga en consideración los motivos que pueda alegar la contraparte para un pronunciamiento contrario al pedido cautelar. No se trata de un desconocimiento del principio de contradicción sino su reformulación, acondicionamiento de su función a las particularidades que encierra la fase cautelar en la búsqueda por asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza inminente de que se disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor. Tal necesidad se concreta en una **postergación** de traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia. En los casos donde se concede una medida cautelar *inaudita altera parte*, el procedimiento no concluye, es decir, se concede la medida cautelar por razones de urgencia, pero inmediatamente después se inicia la discusión sobre la validez de la medida concedida⁽²²⁾.

El profesor Juan José Monroy Palacios refiere que el fundamento jurídico del principio *inaudita altera parte* es la **urgencia** en la protección de la relación material objeto del proceso y la **prevención** frente a los actos de mala fe⁽²³⁾. Martínez Botos, citando a Novellino, afirma que con ello se evita que el afectado, ante el conocimiento previo de su traba, pueda burlarlas o eludirlas ocultando, haciendo desaparecer bienes del peticionante⁽²⁴⁾. Frente al diferimiento del derecho de contradicción del afectado, se ha buscado preservar la igualdad de los litigantes al establecer una contracautela a favor del afectado, además de un régimen impugnatorio⁽²⁵⁾.

(22) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Ob. cit., pp. 133-134.

(23) *Ibidem*, p. 135.

(24) MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Editorial universidad, Buenos Aires, 1994, pp. 107-108.

(25) ARAZI, Roland. *Medidas Cautelares*. Aditorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 59.

De los planteamientos anteriores se desprende que en el procedimiento cautelar el derecho a la efectividad de la tutela cautelar del demandante debe primar sobre los derechos de defensa del afectado. También se desprende del modelo de contradicción diferida asumida por el artículo 637 del CPC, pues posterga de alguna manera el derecho de defensa del afectado hasta después de la decisión o ejecución cautelar. El problema está en identificar concretamente si debe diferirse el derecho de defensa del afectado en el trámite de la medida cautelar, y si se decide por su diferimiento, hasta qué momento debe ocurrir ello.

El diferimiento del derecho de contradicción del afectado, a favor del demandante, en su anterior texto ha sido cuestionado ante el Tribunal Constitucional, en este caso se ha cuestionado la concesión de una medida cautelar sin la notificación del ejecutado, señalando el máximo Tribunal: “(...) es claro que no se ha actuado de manera arbitraria al no notificársele al ahora amparista. De igual forma, tampoco se puede establecer que se le habría vulnerado su derecho de pluralidad de instancias, ya que tal como se aprecia en la citada disposición, una vez ejecutada la medida cautelar y notificada esta, el sujeto afectado podrá apersonarse al proceso y apelar tal medida. Por consiguiente el legislador ordinario ha reservado la apelación de la medida cautelar fuera del proceso una vez que esta haya sido ejecutada, con lo que se estaría garantizando el derecho a la doble instancia. Este Tribunal Constitucional entiende que solo si es que [I]a apelación del ahora demandante contra la ejecución de la medida cautelar hubiera sido rechazada arbitrariamente alegando la imposibilidad de cuestionar tal medida, se habría configurado una vulneración al derecho fundamental a la pluralidad de instancias”⁽²⁶⁾. No obstante ello, consideramos que el Supremo Tribunal ha perdido la oportunidad para pronunciarse sobre la constitucionalidad del trámite de la medida cautelar, fijando los límites de la aplicación de este principio *–in audita altera pars–* expresión de la tutela jurisdiccional efectiva, teniendo en cuenta que esta sigue postergando *–suspendiendo–* en alguna manera el principio de impugnación y defensa del ejecutado, para lo cual pudo aplicar el tan conocido principio de ponderación⁽²⁷⁾, de esta forma podría haber establecido cuándo es el momento idóneo para notificar al afectado

(26) Exp. N° 05415-2008-PA/TC-Lima. Mariano Ausberto Nacimiento Quispe. *El Peruano* 07/10/2010, pp. 32314-32316.

(27) Ver Exp. N° 045-2004-PI/TC.

con la decisión cautelar. A nivel de Derecho Comparado, el español Manuel Ortells Ramos refiriéndose al cuestionamiento de la postergación de la oposición en el trámite cautelar regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, afirma que el Tribunal Constitucional español ha señalado que no es lesivo de los derechos fundamentales porque se pondera la necesidad de la tutela de la parte demandante, con la compatibilización de la tutela de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas, el equilibrio se presenta en la posibilidad de oposición a posteriori⁽²⁸⁾. En ese mismo sentido, el profesor Francisco Ramos Romeu ha precisado las razones por el cual este Tribunal ha establecido la preeminencia de la efectividad en la medida cautelar, indica: (i) las medidas cautelares requieren una respuesta rápida; (ii) las medidas cautelares contienen decisiones provisionales, modificables, revisables, que no producen cosa juzgada; (iii) en las medidas cautelares el juez asume el deber de controlar de oficio la concurrencia de varios presupuestos, requisitos, exigencias tanto materiales como procesales, que determinan que pueda adoptarse una medida cautelar; (iv) el demandante de la tutela cautelar está sometido a un régimen de incentivos específico que trata de paliar los problemas de información del juez, es decir, asume la responsabilidad por los daños mediante la caución⁽²⁹⁾. Agrega el citado autor que en el trámite de la medida cautelar no existe indefensión material al momento de adoptar una medida, el sujeto pasivo podrá oponerse, apelarla, o plantear su modificación, y en muchas ocasiones, cuando formule su oposición, su apelación o su solicitud de modificación, y cuando el juez conozca sobre estas estará ya dándose virtualidad a los derechos de defensa, existiendo siempre esa posibilidad de reconsiderar la decisión, por cauces que garantizan suficientemente los derechos de defensa, la indefensión no llegará nunca a revestir un carácter material. Refiriéndose al test de indefensión⁽³⁰⁾ sobre el derecho a ser oído refiere: si el no oír a la parte antes de resolver sobre la medida no produce indefensión, siempre que se la pueda

(28) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Ob. cit., pp. 283-284.

(29) RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas cautelares civiles: Análisis jurídico-económico*. Editorial Atelier, Barcelona, 2006, pp. 633-635.

(30) Según la jurisprudencia española el test de indefensión en materia de actos de comunicación requiere que se examinen tres extremos: primero, si ha habido la infracción de una norma procesal; segundo, si hay un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa del demandado; tercero, si hay una falta de diligencia de la parte que alega indefensión.

oír después, el no citarla antes de adoptarla, o el citarla mal, no produce indefensión, siempre que se la cite bien y se la oiga después⁽³¹⁾.

3. Modelos sobre la impugnación de la decisión cautelar

Consideramos importante referirnos a los modelos de impugnación de las decisiones cautelares porque ella determinará los medios impugnatorios a utilizar sea: reposición, oposición, apelación, etc. En tal sentido, la doctrina viene afirmando que el factor **sorpresa** va a contribuir a garantizar la función de las medidas cautelares, impidiéndose con ello que el sujeto pasivo de la medida cautelar pueda actuar de tal manera que la haga ineficaz. Frente a ello se han desarrollado diversos modelos sobre el momento del ejercicio del derecho de contradicción en el trámite de la medida cautelar. Ya el profesor Ramiro Podetti⁽³²⁾ afirmaba que existen diversos modelos para la sustanciación de las medidas cautelares, algunos toman **sin sustanciación** de ninguna naturaleza, de oficio o por petición de interesado; otras requieren **sustanciación unilateral**, es decir, con intervención solo de quien las solicita y otras que admiten o exigen una **sustanciación bilateral**. Pueden tener o no autonomía procesal, pueden sustanciarse por la vía incidental o en trámite independiente, sumario o sumarísimo. A saber⁽³³⁾:

3.1. Decisión sobre la medida cautelar con contradicción previa (bilateralidad plena). En este modelo el juez debe correr traslado obligatoriamente de la solicitud cautelar al afectado, a efectos de que ejerza su derecho de contradicción (**oposición**) previa a la decisión cautelar. El ejecutado tendrá la posibilidad previa a la decisión cautelar de desarrollar sus alegatos y ofrecer pruebas en audiencia.

(31) RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas cautelares...* Ob. cit., pp. 636-637 y 658.

(32) PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 67.

(33) BARONA VILAR, Silvia. "Las medidas cautelares: introducción". En: *Cuadernos de Derecho Judicial: Las medidas cautelares*. Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 40-43. En ese mismo sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel. *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*. Editorial Comares, Granada, 1996, pp. 28 y 29.

Este modelo es asumido por el tercer párrafo del artículo 15 del Código Procesal Constitucional⁽³⁴⁾, solo en caso de medidas cautelares solicitadas contra actos administrativos del ámbito municipal y regional, a la letra dice: “(...) Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad (...)”. Cabe precisar que la primera parte de esta norma admite la concesión de medida cautelar con contradicción diferida.

3.2. Decisión y ejecución de la medida cautelar con contradicción diferida (bilateralidad diferida). Se permite, respetando el principio de contradicción, diversas soluciones:

- i. Contradicción diferida, una vez se ha acordado la medida cautelar (habiéndose acordado y ejecutado esta sin contradicción previa), sin necesidad de que sea el demandado que sufre esta, el que lo solicite, sino de oficio por el propio que acordó la medida.
- ii. Contradicción diferida y a instancia del sujeto pasivo. Esta fue acordada y ejecutada sin oírle previamente, pero después se le

(34) **Artículo 15.-** Medidas cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

(...).

permite formular una **oposición** que posibilida que el órgano jurisdiccional que resolvió reconsidere, atendiendo también a las alegaciones y prueba o acreditamiento del demandado, si la medida es fundada. Este modelo parece haber sido adoptado por el artículo 637 del CPC.

- iii. Contradicción diferida a iniciativa del demandado pero instrumentada a través de los **recursos** admisibles contra la resolución (generalmente **reposición y apelación**). Este modelo restringe sin razón las posibilidades de alegación y prueba⁽³⁵⁾. Consideramos que este es el modelo asumido por la legislación argentina, cuyo artículo 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala:

“Artículo 198: Cumplimiento y recursos.- Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los TRES (3) días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora. La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo”.

Como se observa la legislación argentina regula el recurso de reposición y la apelación subsidiaria o directa. Al respecto, Ronald Arazi⁽³⁶⁾, afirma: “(...) el recurso de revocación [reposición] en materia cautelar –además de posibilitar que el juez de primera instancia modifique la decisión sin necesidad de aguardar la intervención de Camara– constituye el modo útil para asegurar al cautelado el proceso justo constitucional. Como dice Morello, ‘en la moderna estructuración del debido proceso adjetivo, puede

(35) ORTELLS RAMOS, Manuel. *La tutela judicial cautelar...* Ob. cit., p. 29.

(36) ARAZI, Roland. *Medidas cautelares*. Ob. cit., p. 62.

alterarse el orden usualmente lógico de sus fases, si por necesidades de eficacia y efectividad de los resultados útiles para la justicia a alcanzar en las sentencias se entrecruzan o altera el *iter* de sus desarrollos (...) Por ende en la acumulación final de los desarrollos la secuencia del expediente debe asegurar, en concreto, los principios de contradicción e igualdad””. Continúa señalando el autor que los ordenamientos que no prevén el recurso de reposición contra las medidas cautelares, presentan un severo déficit contra ellas. Los principios de bilateralidad e igualdad en tales ordenamientos sufren severa mengua cuando tal recurso, o posibilidad similar, no se encuentra legislado ni es incorporado por decisiones jurisprudenciales. El recurso de reposición contra las decisiones cautelares permite articulaciones, derechos y producción de pruebas, iguala en gran medida a las partes en cuanto a su posibilidad procesal, complementando debidamente los recaudos del proceso justo constitucional en la materia cautelar, posibilitando el debido equilibrio interno en la materia⁽³⁷⁾. Martínez refiere que la resolución que resuelve la solicitud cautelar *inaudita pars*, es decir, sin previa sustanciación constituyen providencias simples, por lo tanto, son recurribles por vía de reposición⁽³⁸⁾.

Afirma Novellino que el recurso que recaiga ante el recurso de reposición hará ejecutoria, a menos que dicho recurso hubiera sido acompañado del de apelación subsidiaria. Esta advertencia legal hace que prácticamente todos los recurrentes deduzcan la revocatoria acompañando con el recurso subsidiario de apelación ya que, de este modo, dejan abierta otra posibilidad máxima teniendo en cuenta que muy difícilmente el mismo juez modifique un criterio ya expuesto. El indicado autor refiere que no obstante las medidas cautelares en la legislación argentina se tramitan sin audiencia previa de la parte afectada, algunos tratadistas y fallos recientes han establecido con relación a la medida cautelar de guarda no es necesaria que se tome sin oír a la parte contraria y, antes bien, parece más conveniente que oír a ambas partes, dada

(37) *Ibidem*, pp. 63-64.

(38) MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*. Ob. cit., p. 109.

la naturaleza de la medida y al interés que en ella predomina que es extrapatrimonial⁽³⁹⁾.

Discrepando de las ideas antes mencionadas, Podetti, se refiere en sentido negativo sobre la procedencia de la reposición contra el auto que resuelve la medida cautelar, considera que esta decisión tiene el carácter de definitivo, decide un artículo o una instancia previa, y otorgar en su contra este recurso, no sirve más que para complicar y dilatar un procedimiento que debe ser simple y expeditivo⁽⁴⁰⁾.

3.3 Poder discrecional del órgano jurisdiccional. Este modelo plantea que la decisión cautelar es decidida previa contradicción (**oposición**) del afectado como **regla general**. Y, la contradicción diferida y a instancia del sujeto pasivo de la medida cautelar (**oposición y/o medios de impugnación**), como **excepción**, en este caso, habrá que verificar el peligro grave e inminente. Será pues el órgano jurisdiccional quien elija, a solicitud del demandante, entre ellos en atención a la concreta conveniencia de una actuación por sorpresa. Este es el modelo adoptado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española, artículo 733, cuyo texto es:

“Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones

1. Como regla general, el Tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida

(39) NOVELLINO, Nolberto J. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. La Ley, Argentina, 2005, pp. 71 y 73.

(40) PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Tomo VIII, Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 73.

cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título⁽⁴¹⁾. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas”.

A decir del profesor Vicente Gimeno Sendra, este modelo es completo porque es compatible con la variedad de medidas cautelares y con la perentoriedad que exige su adopción para el cumplimiento de sus fines. No obstante ello, precisa que por el principio dispositivo el procedimiento a seguir será una decisión del demandante, quien tiene la libertad de escoger la vía más pertinente para la tutela de sus derechos e intereses⁽⁴²⁾. La profesora Eugenia Ariano Deho refiere que este modelo se aplica en ordenamientos normales, donde la no audición de la contraparte a los efectos de conceder tutela cautelar o se justifica por la extremo urgencia de cautelar una determinada situación jurídica o en el

(41) **Artículo 739.** Oposición a la medida cautelar.

En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá este formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares.

Artículo 740. Causas de oposición. Ofrecimiento de caución sustitutoria.

El que formule oposición a la medida cautelar podrá esgrimir como causas de aquella cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.

También podrá ofrecer caución sustitutoria, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo y de este título.

Artículo 741. Traslado de la oposición al solicitante, comparecencia en vista y decisión.

1. Del escrito de oposición se dará traslado por el Secretario judicial al solicitante, procediéndose seguidamente conforme a lo previsto en el artículo 734.

2. Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá en forma de auto sobre la oposición.

Si mantuviere las medidas cautelares acordadas condenará al opositor a las costas de la oposición.

Si alzare las medidas cautelares, condenará al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios que estas hayan producido.

3. El auto en que se decida sobre la oposición será apelable sin efecto suspensivo.

Artículo 742. Exacción de daños y perjuicios.

Una vez firme el auto que estime la oposición, se procederá, a petición del demandado y por los trámites previstos en los artículos 712 y siguientes, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada; y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante de la medida, procediéndose de inmediato, si no los pagare, a su exacción forzosa.

(42) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Colex, Madrid, 2007, pp. 59 y 60.

que el conocimiento de la otra parte puede poner en riesgo la efectividad misma de la medida⁽⁴³⁾.

Dentro de nuestro ordenamiento, este modelo ha sido recepcionado en el proceso arbitral. Así, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje, señala:

“(…) 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión. (...)”.

Sin embargo, el artículo 49 de la Ley de Arbitraje establece el recurso de reconsideración para contradecir la decisión cautelar, sea a iniciativa de parte o del propio Tribunal Arbitral.

4. Actividad probatoria en el régimen de impugnación en el trámite de la medida cautelar

En realidad no puede hablarse efectivamente de procedimiento probatorio, por cuanto dada la tramitación preferente para adoptar las medidas cautelares, y la rapidez de estos, no estamos ante una fase probatoria en su sentido estricto. Se trata de una posibilidad de aportar documentos que acrediten la justificación de la medida, o la no justificación en los supuestos en que exista contradicción previa obligatoria⁽⁴⁴⁾.

El modelo que se adopte sobre el régimen de impugnación en el trámite de la medida cautelar influenciará en la actividad probatoria. Al respecto se presentan dos posibilidades:

(43) ARIANO DEHO, Eugenia. “¿Un cautelar ‘renovado’?: entre los ajustes y los temas pendientes”. En: *Manual de actualización civil y procesal civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 28.

(44) BARONA VILAR, Silvia. “Las medidas cautelares: Introducción”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial: Las medidas cautelares*. Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 43-44.

- i. Las alegaciones defensivas son limitadas, se limitan a las pruebas documentales capaces de fundar un juicio de probabilidad. Es posible en el modelo de contradicción diferida. No obstante, la legislación argentina admite la actuación de pruebas previo a la decisión y ejecución cautelar, por ejemplo, las declaraciones.
- ii. Las alegaciones defensivas son más amplias, se pueden admitir pruebas de actuación como las declaraciones testimoniales. Este supuesto se presenta en el modelo de contradicción previa. Este modelo se presenta en la legislación española.

Dentro del trámite de las medidas cautelares regulado por nuestro Código Procesal Civil, el derecho a la prueba se limita a su ofrecimiento y valoración. Por la sumariedad del procedimiento se obvia la admisión y actuación.

5. Impugnación de la medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano: artículo 637 del Código Procesal Civil

La legislación nacional también entiende que la urgencia del procedimiento hace que esta se formule con la sola solicitud del demandante, **suspendiéndose** el derecho de contradicción de la parte afectada, al devenir un peligro para la utilidad de la providencia. En un primer momento la comunicación es entre el solicitante de la medida cautelar y el juez, pues la idea es que la providencia debe llegar de improviso –criterio de la sorpresa– para evitar que la otra parte opere a fin de convertir inútil la medida⁽⁴⁵⁾. De modo que podemos afirmar que nuestro Código asumió el modelo de contradicción diferida y a instancia del afectado, sacrificando en alguna manera el derecho de defensa del demandado [artículo 637 del CPC⁽⁴⁶⁾]. De un lado, al demandante le asiste el derecho de apelación, en

(45) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Volumen I. Ob. cit., pp. 426-427.

(46) **Artículo 637.-** Trámite de la medida

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

caso no le convenga la decisión cautelar, y de otro lado, al afectado tiene derecho a **oponerse** contra la decisión cautelar y apelar si lo resuelto en ella, le sea perjudicial.

5.1. Antecedentes legislativos

Ya el artículo 237 del Código de Procedimientos Civiles, señalaba: “Siempre que el juez estime procedente la solicitud de embargo preventivo, lo decretará en el día, expresando la suma por la que se dicta y los bienes en los que ha de recaer; y se llevará a efectos sin previa citación, ni audiencia del deudor, y sin admitirle en el acto oposición alguna”. Como se observa el anterior código establecía un régimen de diferimiento de la contradicción, asimismo, regulaba la oposición posterior.

Desde la vigencia del Código Adjetivo de 1993, el artículo 637 del CPC vigente ha sido materia de diversas modificaciones desde su texto original⁽⁴⁷⁾, siendo modificado en dos oportunidades a través del Decreto Legislativo N° 1069⁽⁴⁸⁾ y Ley N° 29384⁽⁴⁹⁾. El trámite de la medida cautelar en su texto original fue materia de diversas interpretaciones por parte del órgano jurisdiccional y que ocasionaban perjuicio al afectado. Los jueces interpretaban en el sentido de que este solo podía impugnar la decisión cautelar cuando la providencia cautelar concedida **había sido**

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo

- (47) Texto original: “La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.

Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna”.

- (48) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28/06/2008. Cuyo texto es: “La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante [que] logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal.

Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna”.

- (49) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28/06/2009. Su texto es el que se encuentra vigente.

ejecutada en su integridad, lo que era peor, aún así el afectado haya tomado conocimiento del trámite cautelar no podía formular su defensa a través de los medios impugnatorios que el ordenamiento jurídico preveía (apelación). En otros términos, la posibilidad de impugnar del afectado se veía limitada por el órgano jurisdiccional, estando supeditada a la ejecución total de la providencia cautelar. No cabe duda de que se trataba de una interpretación errónea⁽⁵⁰⁾. Al respecto, el profesor Aníbal Quiroga León afirmaba que la interpretación correcta era en el sentido de que la interposición del recurso de apelación por parte del afectado no estaba supeditada a su ejecución sino a la notificación del afectado, este razonamiento se desprende de la interpretación sistemática del artículo 376 y 377 del CPC; el indicado autor señalaba que un razonamiento contrario era atentatorio al principio de pluralidad de instancias previsto en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y el derecho a la tutela judicial efectiva (denegación del recurso legalmente establecido)⁽⁵¹⁾. El profesor Giovanni F. Priori Posada también ha formulado duras críticas al texto original del artículo en comentario, ha manifestado que en el texto anterior el afectado con la medida cautelar solo podía formular apelación después de ejecutada la medida cautelar y sería el juez de primera instancia quien revise el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad para posteriormente elevar al superior, este procedimiento trasgredía el derecho a la doble instancia prevista en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución, toda vez que el ejecutado solo tenía acceso a una instancia para ejercer su defensa, es decir, la apelación servía de medio de introducción al proceso de sus argumentos de defensa; continúa señalando, ese procedimiento lesionaba el principio constitucional de igualdad, toda vez que por el procedimiento *inaudita pars* el ejecutante de la medida cautelar tiene acceso a dos instancias, en tanto, que el ejecutado solo tenía acceso a una instancia⁽⁵²⁾.

Frente a los problemas propuestos, el profesor Giovanni F. Priori Posada consideraba que no era necesaria la postergación del derecho de defensa del ejecutado a un momento posterior de la ejecución de la medida cautelar, proponía que una medida proporcional para postergar

(50) QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ideosa, Lima, 2008, pp. 148 y 149.

(51) *Ibídem*, p. 149.

(52) PRIORI POSADA, Giovanni F. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. ARA Editores, Lima, 2006, pp. 188 y 189.

el ejercicio de derecho de defensa del ejecutado sería: (i) solo en casos en que nos encontramos en una situación de urgencia tal, que haga imposible esperar el tiempo necesario para que la contraparte ejerza su derecho de defensa o, en todo caso, (ii) en aquellos supuestos en los que, de ejercerlos, se generaría una situación de irreparabilidad en el derecho material del demandante que generaría una afectación a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Esta fórmula estaría mejor regulada con una norma similar al que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su artículo 733⁽⁵³⁾. De otro lado, afirma que en aquellos casos en que el ordenamiento considere que sea necesario el dictado de una medida cautelar, sin conocimiento de la parte afectada, este pueda, después del dictado de la providencia jurisdiccional, esgrimir argumentos de defensa ante el propio juez que dictó la medida cautelar a fin de que sea él mismo el que, con base en los nuevos argumentos no tenidos en cuenta, anteriormente, resuelva si mantiene o no la medida, lo que es posible debido al carácter de variabilidad que tienen las medidas cautelares⁽⁵⁴⁾. En ese mismo sentido, la profesora Eugenia Ariano Deho formula serias críticas al actual trámite de las medidas cautelares donde rige el principio *inaudita altera pars*, pues considera injustificable que no se respete el contradictorio⁽⁵⁵⁾, conforme se hace a nivel del Derecho Comparado⁽⁵⁶⁾. No cabe duda de que algunas de estas ideas han sido tomadas en el texto actual. El Dictamen sobre el proyecto de Ley N° 3079/2008-CR, sobre el que se funda la modificación de la norma en comentario ha señalado que

(53) Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su artículo 733 (Audiencia al demandado. Excepciones), señala:

“1. Como regla general el tribunal proveerá la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título”.

(54) PRIORI POSADA, Giovanni F. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ob. cit., pp. 185-189.

(55) La indicada autora cita el artículo 47.3 de la Ley de Arbitraje, D. Leg. N.º 1071, señala: “(...) 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión”.

(56) ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo procedimiento cautelar”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 188, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2008, p. 16.

se busca que el trámite de la medida cautelar se convierta realmente en un recurso capaz de corregir los errores de juicio de la actividad cometidos por el juez, ya que con la regulación anterior, el recurso de apelación contra la resolución que admite la medida cautelar no cumplía en la mayoría de los casos una función revisora; por eso, el nuevo procedimiento cautelar disminuye las limitaciones existentes a ciertas garantías procesales básicas como el contradictorio y el derecho a impugnar que existen en la actual regulación, sin que ello determine que la medida cautelar deje de cumplir su finalidad de medida eficaz⁽⁵⁷⁾. La pregunta que aún queda pendiente de resolver es: **¿la oposición previa o la oposición diferida resulta idónea para la cautela del derecho de defensa del afectado?** La respuesta está en verificar cuál de ellas funciona mejor en la práctica. A continuación desarrollaremos algunos temas importantes sobre el cual se desarrolla la oposición.

5.2. El pedido cautelar como contenido de la tutela jurisdiccional efectiva

No podríamos referirnos a la oposición sin antes referirnos a la solicitud cautelar. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva autoriza al demandante solicitar una medida cautelar para garantizar la ejecutabilidad de la decisión final a recaer en el proceso principal (artículo 608 del CPC). Por eso, el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la medida cautelar, de ser así se violentaría el principio de la tutela jurisdiccional efectiva⁽⁵⁸⁾. Desde el punto de vista Constitucional es reconocido que el derecho a la medida cautelar es una manifestación del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a esta, porque el **ha de poder asegurar** el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela. La tutela judicial efectiva implica una previa tutela cautelar⁽⁵⁹⁾. Por eso la solicitud cautelar es una petición de tutela judicial⁽⁶⁰⁾. Conforme a las ideas antes desarrolladas, la contradicción diferida que desarrolla el

(57) <<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf.30/11/2010>>.

(58) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Ob. cit., p. 73.

(59) CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 286.

(60) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Ob. cit., p. 271.

artículo 637 del CPC, muestra que el legislador privilegia el derecho a la tutelar cautelar sobre el derecho de defensa del afectado.

5.3. La solicitud cautelar

El proceso cautelar se inicia a pedido de parte, en virtud del principio dispositivo (art. 608 del CPC). La solicitud cautelar deberá (artículo 610 del CPC): (1) exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; (2) señalar la forma de esta; (4) indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación; (5) ofrecer contra-cautela, precisando forma y cuantía; y, (6) designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. El demandante también deberá verificar las reglas de competencia de conformidad al artículo 608 del CPC, también la legitimidad del afectado, etc.

Además, deberá acreditar los presupuestos de la medida cautelar (art. 611 del CPC): verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y razonabilidad (adecuación). El acreditamiento de la verosimilitud del derecho importara la fundamentación de los hechos y del derecho. El peligro en la demora importa un juicio de necesidad para acreditar **concretamente** la expectativa de un daño inmediato o de difícil reparación, o la existencia de un riesgo de que la ejecución se vea comprometida⁽⁶¹⁾, aunque para algunos autores no es necesario acreditarla⁽⁶²⁾, no compartimos esa posición; la fundamentación de la razonabilidad importa justificar que la medida cautelar solicitada resulta adecuada para asegurar la eficacia de lo que se resolverá en el proceso principal, por ejemplo, ante una pretensión de obligación de dar suma de dinero, la medida cautelar idónea sería una medida cautelar de embargo en forma de inscripción y no una medida cautelar de anotación de demanda como se suele confundir en la práctica. La exigencia de los requisitos y presupuestos de las medidas cautelares son de mayor rigor cuando se formulan medidas cautelares anticipadas o fuera del proceso⁽⁶³⁾. En el caso de medidas cautelares específicas y concretas, habrá que justificar sus presupuestos específicos, por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares de innovar habrá que justiciar el perjuicio irreparable y la excepcionalidad.

(61) MORA ALARCÓN, José Antonio. *Proceso Civil*. Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 68.

(62) MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1994, p. 105.

(63) PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., p. 66.

El demandante debe acompañar a la solicitud cautelar, **las pruebas** que acreditan su pretensión cautelar, se entiende, deben ser de actuación inmediata (documentales), es decir, que no requieran actuación posterior. Nuestra legislación no admite el ofrecimiento de pruebas de actuación posterior como lo hace la legislación argentina y española. Ello es lógico debido a lo sumario del procedimiento y la no admisión de contradicción previa. Debido a que solo el solicitante presenta prueba, la exigencia de la prueba es atenuada.

De acuerdo a la estructura de las medidas cautelares dentro de nuestro ordenamiento procesal, existen dos **momentos** diferenciados para solicitar una medida cautelar: (i) medida cautelar fuera del proceso, si la solicitud cautelar se presenta antes de la interposición de la demanda se deberá formular en un escrito independiente (artículos 608, 618 y 636 del CPC); (ii) medida cautelar dentro del proceso: se puede solicitar medida cautelar junto con la demanda o con posteridad a ella, en estos casos, también se deberá solicitar la medida cautelar en incidente correspondiente.

5.4. La decisión cautelar

Para Francisco Chamorro Bernal la decisión de adoptar o no una medida cautelar no es un acto procesal sino un típico **acto jurisdiccional**⁽⁶⁴⁾, precisamente por el difícil equilibrio que debe encontrar entre los derechos de quien la solicita y los que también tiene derecho el demandado, equilibrio que es típico, característico y exclusivo de la actividad jurisdiccional⁽⁶⁵⁾. El indicado autor resalta que la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón.

El poder de decisión del órgano jurisdiccional sobre la solicitud cautelar debe encontrarse debidamente motivada y debe contener un mandato de obligatorio cumplimiento. Al ser un mandato, el afectado no podría

(64) Los actos jurídicos procesales del tribunal son aquellos emanados de agentes de la función jurisdiccional, concepto que no solo se agota en los jueces, sino en todos los funcionarios del Órgano Jurisdiccional, constituyen una expresión de la función pública jurisdiccional, sujetos a los principios que regulan la emisión de actos jurídicos de Derecho Público. Los actos de decisión o las resoluciones judiciales que determinan el proceso, sea en su tramitación, fondo, incidente o asegurando el decurso procesal. Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Idemsa, Lima, 2008, p. 90.

(65) CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Ob. cit., pp. 290 y 293.

oponerse a esta decisión, por eso, venimos sosteniendo que la vía idónea para la contradicción del afectado es un recurso que tiene efectos revocatorios, por eso, una adecuada técnica legislativa debe regular un recurso (reposición, súplica, reconsideración).

Con la incorporación del nuevo presupuesto cautelar de razonabilidad (adecuación), se incorpora amplios poderes de adecuación de la medida cautelar, por ende, el juez de oficio –a la sola petición cautelar– puede adecuar la medida cautelar a los fines del proceso principal (art. 611 del CPC), aun disponiendo una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte, siempre que no sea más gravosa para el afectado (congruencia), además de ampliar o reducir el monto de la contracautela, entre otros. Raúl Martínez Botos refiere que la jurisprudencia argentina se ha pronunciado en el sentido de que la decisión cautelar no debe ser restringida sino amplia a fin de evitar la posible frustración de los derechos de las partes y el pronunciamiento de las sentencias que en definitiva resulten inoficiosas o de imposible cumplimiento; tanto más que frente a la hipótesis de que el peticionario de la medida se haya excedido en el ejercicio del derecho de solicitarla, la parte afectada cuenta con la posibilidad de resarcirse con la contracautela ofrecida por aquel. Una situación particular es la regulación de la presunción de legitimidad de que gozan los actos de la Administración Pública correspondiendo juzgar con criterio restrictivo, las medidas cautelares requeridas contra ellos⁽⁶⁶⁾. Cabe precisar que la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, de conformidad a la última parte del artículo 611 del Código Adjetivo. Asimismo, de verificarse errores subsanables, acorde al principio de tutela jurisdiccional efectiva que profesa la subsanabilidad de los defectos procesales, el juez antes de rechazar una solicitud cautelar por defectos subsanables deberá procurar la subsanación o reparación del defecto.

Resulta trascendente precisar que el actual texto del artículo 637 del CPC, exige al juez que verifique de oficio su incompetencia territorial en caso de medidas cautelares fuera del proceso. De conformidad al artículo 451.6 del CPC, consideramos que en caso de la incompetencia relativa el

(66) MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*. Ob. cit., pp. 108 y 109. En ese mismo sentido, se ha pronunciado PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., pp. 70-71.

juez podría remitir los actuados al juez competente, acorde con el principio de tutela jurisdiccional efectiva.

5.5. Apelación del demandante ante la denegatoria

Ante la denegatoria de la solicitud cautelar, el demandante tiene expedito su derecho para apelar esta decisión (art. 637 del CPC). La apelación será con efecto suspensivo. El incidente de apelación también se tramita *inaudita altera pars*, es decir, el afectado no será notificado. Si en segunda instancia se confirma el rechazo de la medida cautelar, esta habrá precluido, por ende no existirá posibilidad de modificar esta decisión. En todo caso el demandante solo podrá solicitar una nueva medida cautelar por hechos nuevos.

La profesora Eugenia Ariano Deho afirma que esto ha dado muchos dolores de cabeza a los jueces de apelación que no saben si en caso que consideren que se dan los presupuestos de la cautela deben conceder o más bien anular disponiendo que el a quo “conceda”⁽⁶⁷⁾. Nosotros proponemos que en este supuesto el juez superior solo puede confirmar o declarar la nulidad de la resolución denegatoria de la medida cautelar, en aplicación sistemática de la última parte del artículo 611 del CPC⁽⁶⁸⁾, según el cual la resolución que ampara o rechaza la medida cautelar debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad; solo de esta forma se garantiza el derecho de doble instancia y defensa del afectado⁽⁶⁹⁾. En ese mismo sentido se ha pronunciado el profesor argentino Aldo Bacre: “(...) el conocimiento de la alzada se encuentra limitado por la demanda impugnativa o expresión de agravios; por lo tanto, esta carece de potestad para resolver sobre la medida cautelar que no ha sido decidido en 1ª Instancia (...) este criterio cede en tanto exista una situación excepcionalísima (...) no debe considerarse firme la sentencia de Cámara que otorga una medida precautoria revocando la resolución del juez que la negaba y sin que hubiere intervenido el afectado por esta. Consecuentemente, se ha entendido que solo debe considerarse firme aquella sentencia que haya

(67) ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo procedimiento cautelar”. Ob. cit., p. 18.

(68) Artículo 611 del Código Procesal Civil: “(...) La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad”.

(69) VERAMENDI FLORES, Erick. “El recurso de apelación del ejecutado con una medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano”. En: *RAE Jurisprudencia*. Tomo 9, Caballero Bustamante, marzo, 2009, pp. 151-166.

consentido el afectado, o que haya sido dictada luego de oír a este. Ello porque deben primar las normas constitucionales sobre el debido proceso y defensa en juicio⁽⁷⁰⁾. En ese mismo sentido se ha pronunciado el profesor Juan José Monroy⁽⁷¹⁾. En la práctica, se ha podido observar dos consecuencias negativas cuando luego de revocarse la resolución que deniega la medida cautelar, el superior concede una medida cautelar ordenando al juez de primera instancia que ejecute la medida cautelar. En la primera situación, luego de ejecutarse la medida, el afectado formulaba apelación y el juez de primera instancia declaraba improcedente la apelación, señalando que al ser una resolución del superior, la apelación se debía formular ante esa instancia. En el segundo supuesto, al formularse apelación ante el órgano de segunda instancia, este declaraba improcedente porque al ser pronunciamiento de segunda instancia resulta inapelable porque supuestamente adquirió firmeza. Consideramos que estas situaciones son irregulares porque el tribunal en alzada se ha pronunciado sobre la base de alegaciones exclusivamente aportadas por la parte actora, la solución contraria importaría quebrantar el derecho de defensa de la parte afectada por la medida y desconocer la facultad recursiva que le concede el ordenamiento procesal⁽⁷²⁾. Por ello, no obstante que a la fecha el ejecutado tiene la potestad de formular oposición a la medida cautelar, no sería novedad que un juez descuidado declare improcedente la oposición ante una medida cautelar otorgada en segunda instancia. Por ello, consideramos una propuesta saludable que en estos casos, el superior solo confirme o declare nula la decisión cautelar. Si pese a las advertencias realizadas se lesiona el derecho del ejecutado, este puede recurrir a la vía constitucional vía proceso de amparo⁽⁷³⁾, ya que no procede recurso extraordinario de casación.

5.6. Nueva solicitud cautelar

Una vez que la decisión cautelar que rechaza la medida cautelar esta queda firme. Sin embargo, el demandante ante nuevos hechos –hechos

(70) BACRE, Aldo. *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2005, pp. 133 y 134.

(71) MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad, Lima, 2002, p. 233.

(72) PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 77.

(73) Exp. N° 1209-2006-PA/TC. *El Peruano* 30/11/2006, pp. 9288-9299. Aquí el TC desarrolla la procedencia del proceso de amparo en proceso cautelar.

posteriores— que cambian las circunstancias existentes al momento de la petición cautelar, puede solicitar nuevamente una medida cautelar. No se trata de una modificación de la medida cautelar, sino de una nueva petición cautelar.

5.7. La ejecución de la medida cautelar

La forma de cumplir la decisión cautelar, dependerá del tipo de medida cautelar concedida. En algunos casos bastará con la notificación, en otros casos, además será necesario la realización de actos materiales. Por ejemplo, las medidas cautelares de innovar y no innovar de ordinario se ejecutan con la notificación. La medida cautelar en forma de inscripción, con su anotación en los Registros Públicos y su posterior notificación. La administración judicial, se ejecuta mediante actos jurisdiccionales realizados por el órgano jurisdiccional. El juez tiene el poder para solicitar el apoyo de la fuerza pública (art. 641 del CPC).

¿El problema de la notificación? El acto procesal de notificación está relacionado con el derecho de defensa del afectado. En principio, dependerá del tipo de medida cautelar a ejecutar, esta determinará la forma de notificación, esto es, mediante cedula de notificación, o, además mediante actos materiales.

¿En qué momento se notifica la resolución cautelar? La notificación al afectado del trámite de la medida cautelar es importante para que pueda defenderse formulando oposición, de ser el caso, o formulando recurso de apelación en caso se haya confirmado o revocado la decisión cautelar. El artículo vigente ha pretendido corregir las interpretaciones equivocadas que realizaban los magistrados con la anterior redacción de la norma en mención. No obstante ello, consideramos que el artículo 637 del CPC no precisa en qué momento debe notificarse al ejecutado la resolución que resuelve la medida cautelar, exigencia que se desprende del artículo 155 del CPC. Ahora bien, considerando que la norma indica que una vez dictada la medida cautelar el afectado puede formular oposición dentro del plazo de cinco días desde que toma conocimiento, debe entenderse que la notificación de la medida cautelar se puede realizar extraproceso por “convalidación”, es decir, cuando el afectado tome conocimiento del trámite de la medida cautelar por hechos ajenos a la formal notificación, se entiende que la exteriorización de los actos de ejecución de la medida, por ejemplo, una entidad bancaria le comunica que se ha

dispuesto la retención del dinero depositado de su cuenta bancaria, sin que ello implique la afección del monto total. Realizar un razonamiento incentiva a utilizar irrazonablemente las medidas cautelares como un medio de coacción en contra de los intereses del afectado. En tal sentido, consideramos que existen dos momentos por el cual se producirá la notificación del trámite de la medida cautelar; la primera, se produce formalmente dentro del proceso mediante la notificación y demás recaudos, una vez que se haya ejecutado la medida cautelar –regla general–; y la segunda, cuando el afectado toma conocimiento extraproceso del trámite de la medida cautelar –se entiende por actos de ejecución de la medida–, situación en la cual se habría producido la convalidación de la notificación del trámite de la medida cautelar –excepción–. No cabe duda de que la notificación del trámite de la medida cautelar es dinámica y, corresponderá determinar al juez en cada caso concreto en qué momento se ha realizado, a efectos de computar los plazos para que pueda formular oposición. Al respecto, el profesor Rolando Martel Chang señala que: “(...) La falta de precisión sobre el momento en que debe notificarse la resolución cautelar puede complicar la ejecución de la medida, porque si la notificación se hace una vez dictada la medida, se pone en riesgo su ejecución, al abrir la posibilidad de que el ejecutado ponga a buen recaudo los bienes objeto de la medida. Más allá de ello, la opción de notificar la resolución antes de ejecutarse ha quedado albergada dentro de la norma actual, lo que incluso podría ser solicitado por el afectado que ya se informó de la existencia de la medida”⁽⁷⁴⁾.

5.8. La contradicción del afectado

Conforme venimos señalando, el artículo 637 del CPC mantiene el principio *in audita pars* aunque en menor intensidad que los textos modificados. Pues si inicialmente el afectado podía cuestionar la decisión cautelar vía recurso de apelación, luego de la ejecución total de la medida, o cuando alguna de las medidas ejecutadas razonablemente aseguraba el cumplimiento de la sentencia. En el texto actual, el afectado puede intervenir en el trámite desde que se dicta o decide la medida cautelar –concesorio– formulando oposición, en tanto tome conocimiento de la medida cautelar, en caso contrario, tomará conocimiento formalmente desde

(74) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Ob cit., p. 355.

la notificación una vez que la medida cautelar se haya ejecutado. Como puede verse, el ejercicio de la contradicción del afectado dependerá del momento en que tome conocimiento de esta –concesorio o ejecución–. Por lo tanto, su presencia será dinámica y dependerá de cada caso concreto. Lo importante es que la relajación de este principio permite que el afectado ejerza su derecho de contradicción con mayor amplitud y rapidez, esto es, desde que la medida es concedida. De esta forma también se está restringiendo en menos intensidad el derecho de defensa del afectado y el principio de igualdad de las partes.

5.9. La oposición del afectado en el trámite de la medida cautelar

La formulación de la oposición por el afectado contra el concesorio, resulta una novedad dentro del procedimiento cautelar (artículo 637 del CPC). El escrito de oposición debidamente fundamentado y prueba anexa está dirigida a obtener el alzamiento (o modificación) de esta por no concurrir los requisitos de admisibilidad, presupuestos de la medida cautelar, o los requisitos especiales de la medida. Esto implica que quien se opone a la medida no introduce un objeto procesal nuevo, distinto a la pretensión inicial de la medida, sino se limita a pedir la declaración negativa de lo pretendido por el demandante⁽⁷⁵⁾. Debe recordarse que la oposición es potestativa, es decir, el ejecutado tiene la libertad de hacer uso o no de esta impugnación, en tal caso, la decisión cautelar quedará firme. En tal sentido, el afectado podrá formular oposición contra la resolución que concede la medida cautelar dentro del plazo de cinco días que toma conocimiento de esta.

Con la incorporación de la oposición en el trámite restituye el derecho a la doble instancia del afectado, la primera, formulando oposición ante el mismo juez, y la segunda, por intermedio de la apelación contra la resolución que resuelve la oposición, cabe recordar que el texto anterior solo tenía acceso a una instancia por intermedio del recurso de apelación⁽⁷⁶⁾. La doctora Eugenia Ariano Deho señala que la sustitución de la apelación por la oposición del afectado, es una vieja idea que se

(75) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Ob cit., p. 355.

(76) Algunas ideas al respecto hemos desarrollado en el artículo “El recurso de apelación del ejecutado con una medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano”. En: *Revista RAE Jurisprudencia*. Tomo 9, Caballero Bustamante, marzo de 2009, pp. 151-166.

desarrollaba en el artículo 241 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 y que a nivel legislación comparada, es el modo tradicional de promover el contradictorio cuando las resoluciones concesorias de tutela cautelar se emitan *inaudita altera pars*; agrega que así se pretende que el afectado pueda, pese a la no ejecución aún de la resolución oponerse, evitándose el efecto perverso a que daba lugar el texto original del Código Procesal Civil, en el que se condicionaba el apersonamiento del afectado al procedimiento cautelar a la previa (formal) notificación de la medida, lo que solo podía ocurrir tras la ejecución; pues en caso contrario, todas aquellas medidas cautelares que para perfeccionarse requieran de actos materiales de ejecución (fundamentalmente, embargos, secuestros judiciales y anotaciones de demanda), estarían seriamente comprometidas en su efectividad, si es que antes de su ejecución se procediera a dar “formal” conocimiento a la contraparte⁽⁷⁷⁾. El profesor Rolando Martel Chang señala que aun cuando la norma no lo señale, es claro que por aplicación del principio de igualdad procesal la oposición debe ser puesta de conocimiento del beneficiario de la medida cautelar, para cuyo fin se le deberá correr traslado respectivo, luego de lo cual con su absolución o sin ella el juez deberá resolver la oposición⁽⁷⁸⁾. Compartimos esta posición teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 del CPC⁽⁷⁹⁾.

La oposición se formula desde la decisión cautelar, hasta la ejecución total de la medida, lo que implica que se pueda formular frente a actos materiales de ejecución de la medida sin que se haya ejecutado en su totalidad. Es resuelta por el mismo juez que decidió la medida cautelar. La formulación de la oposición no suspende la decisión cautelar.

El profesor Juan Montero Aroca refiere que: “(...) cualquier impugnación que se realice por las partes contra las resoluciones que acuerden o que deniegan una medida cautelar, habrá de encontrar su fundamentación en la alegación de una infracción de norma procesal. Incluso en el caso de que se formule oposición a la medida cautelar, obviamente después de haber sido adoptado esta, esa oposición se registrará exclusivamente por las normas procesales, y lo mismo cabe decir de la impugnación relativa a la

(77) ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., pp. 17 y 18.

(78) MARTEL CHANG, Rolando. Ob. cit., p. 41.

(79) Artículo 3 del Código Procesal Civil: “Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código”.

resolución que en la oposición se adopte (...)”⁽⁸⁰⁾. Esto implica que se podría formular oposición por infracción de las normas que regula el Título IV del el CPC, referido a las medidas cautelares.

5.10. Causales de revisión mediante la oposición

Dado que el artículo 637 del CPC, no restringe la actividad defensiva, consideramos que las causales de defensa deben ser amplias, podría cuestionarse:

- Incumplimiento de los requisitos legales para la concesión de la medida cautelar: forma de la medida cautelar, los bienes sobre el cual recaerá la medida, el monto de la afectación, contracautela, órgano de auxilio judicial, etc. (art. 610 del CPC).
- Incumplimiento de la fundamentación y pruebas presentadas por el solicitante deben acreditar concretamente los presupuestos de las medidas cautelares: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, razonabilidad o adecuación (art. 611 del CPC). Al cuestionar la razonabilidad puede cuestionarse la adecuación de la medida cautelar, pudiendo solicitarse otro tipo de medida cautelar menos gravosa, pero igual de eficaz, por ejemplo, ante una medida cautelar de embargo en forma de retención podría solicitar la variación por una fianza bancaria. El juicio de razonabilidad también implica un juicio de proporcionalidad, necesidad, idoneidad.
- Plantear que la pretensión principal se encuentra suficientemente garantizada, por lo tanto, la medida cautelar es innecesaria de conformidad con el artículo 627 del CPC.
- Solicitar la sustitución o variación de la medida cautelar por una menos gravosa (arts. 617 y 628 del CPC).

(80) MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (Civil y Penal) y Garantía*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 264.

- Cuestionar la forma, naturaleza, alcances de la contracautela (art. 611 del CPC) no son suficientes para garantizar los posibles daños y perjuicios del afectado.

5.11. Legitimidad: intervención de sujetos

La legitimidad para obtener tutela cautelar corresponde a quien está legitimado para la tutela judicial pretendida en el proceso principal, según la legitimación que otorgue el sistema jurídico. Ocurre lo mismo con la legitimidad del afectado.

5.12. Efectos de la oposición

Al respecto, la última parte del artículo 611 del CPC, sanciona con nulidad la decisión que ampara o rechaza la medida cautelar no se encuentre debidamente fundamentado, por lo tanto, una interpretación sistemática de estas normas nos hace concluir que planteada la oposición el juez podrá sancionar con nulidad la resolución por falta de motivación. De no existir causal de nulidad, el juez deberá revisar la discrecionalidad al momento de decidir la solicitud cautelar, a efectos de revocarla o confirmarla, esta facultad se desprende del texto del artículo 637 del CPC que dispone que de ampararse la oposición el juez dejará sin efecto la medida cautelar. La oposición también podría ampararse parcialmente, por ejemplo, en caso de reducirse el monto de la afectación.

5.13. Juez competente

Corresponde conocer la oposición al mismo juez que decidió la medida cautelar.

5.14. Apelación sobre lo resuelto en la oposición

Aquí cabe distinguir dos supuestos: (i) apelación contra el auto estimatorio de la oposición, y (ii) apelación contra el auto desestimatorio de la oposición. En ambos casos la apelación es sin efecto suspensivo, pues de lo contrario se desvirtuaría la finalidad y posiblemente se haría inútil por imposibilidad de su ejecución posterior⁽⁸¹⁾. El artículo 637 del CPC únicamente refiere que la resolución que resuelve la oposición es

(81) PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. Ob. cit., p. 68.

apelable sin efecto suspensivo, del cual se entiende que la apelación asiste al demandante y afectado. A decir del profesor Rolando Martel Chang una vez apelada la resolución que ampara la oposición, si el superior revoca o declara nula la resolución existe el riesgo de que el ejecutado ponga a buen recaudo los bienes materia de embargo, por lo que hubiera sido más saludable que en este caso la apelación sea concedida con efecto suspensivo. De otro lado, no resultaría razonable conceder la apelación con efecto suspensivo en caso la oposición sea declarada infundada⁽⁸²⁾. En este caso, son aplicables los requisitos exigidos a todo recurso de apelación.

5.15. Improcedencia de la casación

La regla general es que no procede recurso de casación contra la resolución final que decide una medida cautelar, debido a su característica de provisionalidad. Así, se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema: “(...) se trata de un proceso cautelar, significando que la resolución final emitida en dicho proceso y las emitidas en forma posterior, no ponen fin a la instancia; toda vez que el mismo requiere de un proceso principal –en el que se resuelva el conflicto de intereses o se elimine la incertidumbre jurídica planteada por las partes en litigio– en donde puede aplicarse tal medida cautelar; por esta razón, se afirma que aquella es instrumental (solo un medio para asegurar la decisión final), provisional (no definitiva) y variable (que puede ser modificada en cualquier momento) (...)”⁽⁸³⁾. Dentro de la doctrina argentina se sostiene que si procede recurso extraordinario en caso de que la ejecución de la medida cautelar se pueda tornar irreparable⁽⁸⁴⁾.

No obstante ello, su procede contra la resolución que decide en segunda instancia la indemnización por daños y perjuicios por ejecución de medidas cautelares innecesarias y maliciosas (art. 621 del CPC). Compartimos lo afirmado por Manuel Sánchez-Palacios Paiva, para quien procede recurso de casación contra la resolución expedida en aplicación del artículo 621 del CPC, pues fija o desestima una indemnización

(82) MARTEL CHANG, Rolando. Ob. cit., pp. 41-42.

(83) Cas. N° 2718-2009-Piura. *El Peruano* 01/02/2010, p. 27301.

(84) MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Ob. cit., p. 115.

definitiva y final⁽⁸⁵⁾. Así, se han pronunciado en las Cas. N° 1724-2009-Lima⁽⁸⁶⁾ y Cas. N° 882-2008-Callao⁽⁸⁷⁾.

5.16. Proceso de amparo contra resolución emitida en medida cautelar

La procedencia del proceso de amparo en el proceso cautelar ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1209-2006-PA/TC. *El Peruano* 30/11/2006, pp. 9288-9299, fundamento 12) donde ha afirmado: “(...) En el caso de las medidas cautelares, dicha firmeza se alcanza con la apelación y su confirmatoria por la Sala, con lo cual, una vez emitida la resolución de segunda instancia queda habilitada la vía del amparo si es que la violación o amenaza continúa vigente. De lo contrario, se estaría creando zonas de intangibilidad, que no pueden ser controladas hasta que concluya el proceso judicial principal. Se dejaría de este modo al arbitrio judicial sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales. En este sentido, debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez. En consecuencia, el pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta en este sentido manifiestamente incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre estos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra propia jurisprudencia (...)”.

5.17. Impugnación de tercero: desafectación

El tercero cuya propiedad ha sido afectado con una medida cautelar tiene dos posibilidades para solicitar su desafectación del bien. Primero, solicitando su desafectación en el mismo incidente cautelar de confor-

(85) SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El recurso de casación civil*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 2002, p. 37.

(86) *El Peruano* 30/11/2010, pp. 28802-28805.

(87) *El Peruano* 30/11/2010, pp. 23793-23794.

midad del artículo 624 del CPC. También, formulando tercera en vía de acción de conformidad con el artículo 533 y siguientes del CPC.

6. Otras formas de defensa

Al inicio del presente trabajo se ha puesto de manifiesto que si bien es cierto el afectado es restringido, de alguna manera en su derecho de defensa, también es cierto que nuestro ordenamiento procesal le otorga diversos instrumentos para ejercitar su derecho de defensa, en las siguientes líneas plantearemos algunas de ellas.

6.1. Modificación o variación

La decisión sobre la medida cautelar no constituye cosa juzgada. La característica de la mutabilidad de las medidas cautelares, informa que cuando las circunstancias particulares, debidamente valoradas por el juez, puestas de manifiesto por cualquiera de las partes y aún de oficio, demuestren que la medida cautelar dispuesta no satisface la función de garantía que le ha sido asignada o la hace deficientemente o produce perjuicios innecesarios a quien la soporta, es susceptible de modificarse, tanto en su **objeto** como en los **alcances y modalidades** de la medida⁽⁸⁸⁾. De allí que nuestro ordenamiento otorgue poderes de adecuación al juez (arts. 611 y 613 del CPC).

También procede cuando varíe las circunstancias que lo determinaron. Esto es el cambio en las circunstancias de hecho o de derecho que se tuvieron en cuenta al decretar la medida cautelar. La modificación solicitada por el demandante puede consistir en: variación de la forma de la medida cautelar, variación de bienes, monto, sustitución de órgano de auxilio judicial. El juez deberá tener en cuenta el presupuesto de adecuación o razonabilidad. La modificación se debe solicitar dentro del mismo proceso cautelar y previo traslado a la otra parte (art. 617 del CPC).

(88) QUEVEDO MENDOZA, Efraín I. "Medidas cautelares". En: *Acceso al Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Platense, Buenos Aires, 2007, p. 1105.

6.2. Levantamiento, alzamiento o cancelación

También procede cuando varíe las circunstancias que lo determinaron. Esto es el cambio en las circunstancias de hecho y de derecho que se tuvieron en cuenta al decretar la medida cautelar. La conclusión del proceso principal, y otras formas especiales de conclusión del proceso, determinan la cancelación de la medida cautelar (art. 630 del CPC).

6.3. sustitución

Procederá contra una medida que resulte menos gravosa. La modificación se debe solicitar dentro del mismo proceso cautelar y previo traslado a la otra parte. Podría darse en el caso de la afectación de bienes que son perecibles, en cuyo caso, podría sustituirse por otros bienes (art. 628 del CPC).

CONCLUSIONES

1. La oposición procesal es un acto procesal de parte destinada a evitar que se realice la pretensión de la otra parte (contradecir), se formulan **antes** de resolverse la pretensión opuesta, por ende, no se formulan contra resoluciones y tienen efecto declarativo mas no revocatorio. La oposición se ejerce como contradicción, remedio o recurso, sea como incidente o vía de acción.
2. La regulación de la oposición se debe dar en un modelo de contradicción previa, sin embargo, al artículo 637 del Código Procesal Civil adopta un modelo de contradicción diferida, por lo tanto, debió regularse un recurso con efectos revocatorios (reposición, reconsideración, etc.). No obstante ello, la oposición resulta igualmente **eficiente** para que el afectado ejerza su defensa.
3. El afectado tiene el derecho a la doble instancia al haberse regulado la oposición, además de poder apelar la decisión que recaiga sobre esta. La defensa a ejercer el afectado a través de la oposición resulta más amplia, ya que el legislador no ha impuesto una defensa reglada.
4. Un tema pendiente de resolver es si nuestro sistema debe adoptar un sistema de contradicción previa o, a solicitud del demandante, una contradicción diferida.

Arnaldo Ramos Lozada

**Los tipos de
pretensiones para
la defensa de
intereses difusos**



Los tipos de pretensiones para la defensa de intereses difusos

Arnaldo Ramos Lozada^(*)

Los derechos colectivos en sentido lato –que según alguna clasificación doctrinaria integran los derechos difusos, colectivos en sentido estricto e individuales homogéneos– son una reacción del Derecho frente a nuevas situaciones jurídicas dotadas de una pluralidad de titulares (indivisibilidad) y que, por lo general, requieren una tutela jurisdiccional tempestiva por ser infungibles. El tema es muy amplio y tiene varias aristas, y el autor del presente artículo aborda una de ellas: los tipos de pretensiones que se pueden plantear para tutelar los derechos o intereses difusos.

ADVERTENCIA

A través de estas líneas, bosquejamos una clasificación de las pretensiones que pueden solicitarse judicialmente en defensa de intereses difusos. Ante la ausencia de material específico en la bibliografía nacional, hemos tomado como punto de partida las anotaciones de Morello y Stiglitz⁽¹⁾, sumándole las citas aisladas que de esta clase de pedidos dan cuenta otras fuentes (sobre todo de las pretensiones destinadas a imponer una condena de hacer o no hacer, de reparación ambiental o económica), redondeando el esquema con los ejemplos y notas jurisprudenciales a las que hemos podido acceder.

El resultado final es solo un boceto de clasificación que está sujeto a posterior revisión y mejora. No forma parte del objeto de este trabajo

(*) Fiscal Adjunto Provincial Civil de Lima.

(1) MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A. “Intereses difusos y acceso a la justicia”. En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. Primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1993, p. 333.

realizar un listado de pretensiones concretas que pudieran solicitarse ante el Tribunal para neutralizar la amenaza o lesión a los diversos intereses difusos, ni siquiera de los más conocidos. Los distintos procesos que se citan, constituyen ejemplos de cómo pudieran viabilizarse los distintos tipos de pretensiones, pero no importan un catálogo único de mecanismos destinados para ello.

I. LOS INTERESES DIFUSOS

Se denominan intereses difusos a aquellos que no pueden concebirse respecto a titulares exclusivos, en todo o en parte, sino únicamente con relación a una comunidad, grupo, clase o categoría de personas, indeterminadas o de difícil determinación, las cuales no se encuentran unidas entre sí por vínculos jurídicos, sino por meras situaciones de hecho, que pueden ser de muy variada índole, tales como vivir en un mismo lugar o determinadas circunstancias socioeconómicas. Por esta razón, Cappelletti sostenía que “nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un grupo, clase o categoría son sus titulares. ¿A quién pertenece el aire que respiro?”⁽²⁾.

De lo anteriormente señalado, se desprende que, para que un interés sea considerado difuso, debe reunir las siguientes características:

1. Es supraindividual o transindividual

Que el interés sea supraindividual o transindividual, “solo significa que el derecho no es individual, sino que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. Trasciende al individuo y sin embargo no es una mera colección de derechos individuales (...) [pues] pertenece a la comunidad como un todo, no a individuos específicos o asociaciones, ni al gobierno”⁽³⁾.

(2) CAPPELLETTI, Mauro. “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, Año XI, N°s 31-32, Sección de Artículos, México, D.F., enero-agosto 1978, p. 12.

(3) GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho Civil*. 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2004, p. 53.

Esta característica enfatiza que el interés no recae en un sujeto individual concreto⁽⁴⁾, sino necesariamente en una pluralidad colectiva; para lo cual, aprovecha el lenguaje, dando a entender a través del prefijo “supra”⁽⁵⁾, que se trata de una categoría que va más allá de la esfera meramente individual, que trasciende a “toda motivación estrictamente privada”⁽⁶⁾. En tal sentido, la preservación del patrimonio histórico, como, por ejemplo, de los manuscritos coloniales que se custodian en la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, importan un interés difuso, porque dicha documentación no solamente es de valía para los investigadores que la analizan o para los sucesores de quienes son citados en ella, sino que son un testimonio de una etapa de nuestra nación, y su pérdida física es, a la par, la pérdida de nuestra memoria colectiva.

Consecuencia de la supraindividualidad, la titularidad del interés difuso no corresponde a las personas que integran la comunidad, grupo, clase o categoría que comparte el interés, ni tampoco en las agrupaciones, públicas o privadas, encargadas de su defensa; pues ello supondría la existencia de derechos subjetivos exclusivos, respecto de una parte ideal del interés común, con lo cual se desnaturalizaría la esencia transindividual del interés difuso. Justamente, por esta característica, la titularidad substantiva correspondería a una colectividad cualificada, recubierta bajo un manto de impersonalidad⁽⁷⁾, como un ente sin personalidad⁽⁸⁾, distinto de sus partes, un centro de referencia o ente exponencial de una pluralidad de personas⁽⁹⁾.

-
- (4) BACHMAIER WINTER, Lorena. “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”. En: José Ovalle Favela (coord.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2004, p. 3.
- (5) De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (21ª edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1992, p. 1363, primera columna), el prefijo “supra”, significa lo que está “arriba” o “encima de algo”.
- (6) PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. “Patrocinio de intereses difusos”. En: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*. Edición Bicentenario 1804-2004, Año 1, N° 7, Lima, octubre de 2004, p. 288 (primera columna).
- (7) AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maité. “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, N° 1, Santiago, 2006, p. 74.
- (8) GUASP, Jaime y ARAGONESE, Pedro. Derecho Procesal Civil. “Introducción y Parte General”. T. I, 7ª edición revisada y puesta al día, Navarra, Aranzadi S.A., 2004, p. 224.
- (9) PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico. *Los derechos de tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección (acción popular)*. Serie Tesis de Grado 8, 1ª edición, Bogotá, Cordillera, 2001, pp. 56-57.

En esta categoría, no tiene lugar la sumatoria de derechos subjetivos similares⁽¹⁰⁾ (como la existencia de múltiples de acreencias frente a un deudor común, nacidas por relaciones homogéneas), porque esto supone la existencia de una pluralidad de intereses individuales que, finalmente, permanecen en la esfera privada de cada cotitular, correspondiendo a cada uno de ellos ejercerlos o no.⁽¹¹⁾ No tienen carácter transindividual, y por ende no importan un interés difuso, los derechos que tienen los consumidores a ser indemnizados por la adquisición de un mismo producto que no responde a las cualidades anunciadas o contratadas⁽¹²⁾.

2. Es indivisible entre los interesados

Que el interés sea indivisible entre los miembros de la comunidad, grupo, clase o categoría de personas de la cual se predica, significa “que no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes (...) que es imposible que el derecho se divida en partes atribuidas a cada uno de los miembros del grupo”⁽¹³⁾.

Esta característica se enfoca en el objeto del interés común, pues “parte de la calificación del bien como idóneo para ser objeto del interés supraindividual. La existencia de un interés de este tipo viene dada por la aptitud de este bien para ser disfrutado por un grupo de sujetos”⁽¹⁴⁾ y no de modo individual. Bajo estos lineamientos, la protección del medio ambiente importa un ejemplo típico de interés difuso, porque se trata de un bien que no le pertenece a nadie en particular, sino, en todo caso, a toda la comunidad, con prescindencia de que algunos de sus miembros

(10) A estos se les denomina intereses individuales homogéneos, los cuales son “una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más (sic) determinables, cuyo origen está en las alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”. Cfr. GIDI, Antonio. “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. En: Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Porrúa, México, 2003, p. 35, citado por Aguirrezabal. Ob. cit., pp. 87-88.
Mayores explicaciones en: Gidi. *Las acciones colectivas...* Ob. cit., pp. 60-64..

(11) MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. 1ª edición, Bosch, Barcelona, España, Enero de 2007, p. 408.

(12) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional en los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra, Arazandi, 1999, p. 441, citado por Aguirrezabal. Ob. cit., p. 88.

(13) GIDI, Antonio. Ob. cit., p. 54.

(14) AGUIRREZABAL, Maité. Ob. cit., p. 76.

no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensa alguna⁽¹⁵⁾, siendo una cuestión distinta el derecho individual subjetivo que tuviera cada uno de los que hubieran resultado lesionados en su salud, por el daño ambiental⁽¹⁶⁾.

Vale añadir que, como resultado de la indivisibilidad del interés difuso, “los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todo, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, la lesión de la entera comunidad”⁽¹⁷⁾. Por tal motivo, principalmente⁽¹⁸⁾, es que el sexto párrafo del artículo 82 del Código Procesal Civil, dispone que “[l]a sentencia definitiva que declare fundada la demanda [colectiva], será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso”. Por esta razón, la remoción de la publicidad engañosa de los medios de comunicación, no solo beneficia a los miembros de la comunidad afectada que se hayan incorporado voluntariamente al proceso colectivo, sino también a quienes ni siquiera se hubieran enterado del mismo, pues al no haber anuncio engañoso al aire, este no puede tentar a ningún consumidor, en general.

-
- (15) DROMI, Roberto. “Legitimación procesal y medio ambiente”. En: Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas. III. *Derecho Procesal*. 1ª edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1988, p. 1910.
- (16) LANDONI, Angel. “La tutela jurisdiccional del consumidor”. En: *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 17, Segunda Serie: Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor, Montevideo, 1991, p. 93, señala que “cuando se piensa en el perjuicio causado al bien colectivo, resulta claramente que la lesión a ese bien puede significar, simultáneamente, una ofensa al bien colectivamente considerado (derecho al ambiente, a la salud colectiva, a la información correcta) y lesión a los diversos bienes de que son personalmente titulares los componentes del grupo”.
- (17) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”. En: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. N° 2, Montevideo, 1992, p. 235, citado por OVALLE FAVELA, Juan. “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXVI, N° 107, mayo-agosto 2003, p. 590.
- (18) En un trabajo anterior, hemos anotado que existen otros motivos (como de utilidad o economía procesal) para que todos los interesados compartan la victoria del proceso colectivo, pero esta característica ultra partes de la sentencia, no termina siendo, sino, una regla lógica que se desprende de la propia indivisibilidad del interés difuso. Cfr. RAMOS LOZADA, Arnaldo. “La extensión subjetiva de la cosa juzgada en los procesos colectivos en materia de consumo”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 16, N° 147, Lima, diciembre de 2010, pp. 188 (primera columna)-190 (segunda columna).

3. Recae sobre sujetos indeterminados

Debido a su carácter supraindividual, no puede determinarse concretamente a quiénes atañen los intereses difusos, ya que, en realidad, “pertenecen a muchos en común, integrando todos ellos un conjunto difuso, con lo que ‘lo difuso’ es el grupo humano que coparticipa en el interés, y no tanto en el interés mismo, que se puede percibir como concreto”⁽¹⁹⁾. Recogiendo ello de alguna forma, el artículo 82 del Código Procesal Civil señala que “interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas”, de tal manera que el citado interés recae sobre una comunidad, grupo, clase o categoría de personas indeterminadas, con “contornos fluidos, móviles e imprecisos constituyendo (...) una comunidad abierta y cambiante”⁽²⁰⁾.

Sobre el particular, es preciso hacer una atinencia: la indeterminación de los miembros de la comunidad, grupo, clase o categoría de la cual se predica el interés difuso, no necesariamente debe ser absoluta, sino que sea difícil o irrazonable de alcanzar⁽²¹⁾, desde un punto de vista práctico⁽²²⁾. En tal sentido, no es correcto identificar al interés difuso con el interés general de la sociedad, ya que si bien el segundo reúne todas las condiciones para ser considerado difuso, no se requiere que el mismo se predique de la mayoría de pobladores, pudiendo existir intereses difusos regionales o, inclusive, de protección de minorías lingüísticas, raciales o religiosas⁽²³⁾, en cuyo caso igualmente se trata de un interés difundido entre un grupo de personas difícilmente determinable.

(19) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el estado social”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, Año XXVIII, N° 83, Sección Artículos, México, mayo-agosto, 1995, p. 582.

(20) VÉSCOVI, Enrique. “Sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Publicación bimestral, N°s 133-134-135, México, D.F., enero-junio, 1984, p. 572.

(21) GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Aluisio. “Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal”. En: José Ovalle Favela (coord.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2004, p. 80.
En igual sentido, Cfr. LANDONI. “La tutela...”, cit., pp. 90-91.

(22) LANDONI SOSA, Ángel. “Los sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Publicación bimestral, N°s 133-134-135, México, D.F., Enero-Junio, 1984, p. 516.

(23) CAPPELLETTI, Mauro. “La protección de los intereses colectivos o difusos”. En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1993, p. 247.

4. No supone la existencia de vínculos jurídicos entre los interesados

Los autores coinciden en que los miembros de la comunidad, grupo, clase o categoría que comparte el mismo interés difuso, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos, sino que “reposan en circunstancias puramente fácticas, frecuentemente genéricas, contingentes y mutables: piénsese, por ejemplo, en el consumo de un mismo producto, en el goce de un mismo espacio natural... etcétera”⁽²⁴⁾.

La afirmación anterior ha llevado a pensar, en forma generalizada, que es una nota característica del interés difuso, el que carezcan de organización jurídica⁽²⁵⁾, como sí lo tienen los intereses colectivos que a través de asociaciones ejercen sus derechos⁽²⁶⁾; sin embargo, el hecho de que, ante una amenaza o lesión concreta, los afectados constituyan una persona jurídica para la defensa del interés común, tal como lo permite el artículo 82 del citado Código Procesal Civil, no significa que se haya trastocado la naturaleza del interés, volviendo en privativo de la corporación constituida lo que atañe a la comunidad difusa; pues el interés difuso no se agota en los miembros de la organización, sino que se extiende a

(24) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. cit., p. 565.

Sobre lo mismo, Cf. LANDONI, Angel. “La tutela...”, cit., p. 91; OVALLE FAVELA, Juan. *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. 1ª edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2004, pp. 589-590; BACHMAIER. Ob. cit., p. 5; PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Ob. cit., pp. 287 (segunda columna)-288 (primera columna); AGUIRREZABAL, Maité, p. 75; y MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., pp. 409 y 413.

(25) Cfr. BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Bosch, Barcelona, España, 1995, p. 99; y ACOSTA ESTÉVEZ José. *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona, España, 1995, p. 45, citado por AGUIRREZABAL, Maité. Ob. cit., p. 83 (nota 49).

(26) En cuanto a esta diferencia entre los intereses difusos y los colectivos, cfr. BUJOSA, Lorenzo-Mateo. Ob. cit., p. 99; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. cit., p. 582; GUASP, Jaime y ARAGONESE, Pedro. Ob. cit., p. 224; OVALLE, Juan. “Acciones populares...”. Ob. cit., p. 589; BACHMAIER, Lorena. Ob. cit., p. 5; y AGUIRREZABAL, Maité. Ob. cit., p. 87.

Sin embargo, Pablo Gutiérrez de Cabiedes afirma que entre los intereses difusos y colectivos no es ontológica, sino tan solo en el “aspecto extrínseco del grado de agregación y delimitación de la comunidad a la que se refieren”. En: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. (La tutela de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos, Pamplona, 1999, p. 99 y ss., citado por BACHMAIER, Lorena. Ob. cit., p. 6).

Sobre lo mismo, J. B. Acosta Estévez, sostiene que los intereses colectivos están vinculados a un modo social de vida y son, en realidad, una concretización de un interés difuso. En: ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. (Tutela procesal de los consumidores, España, Barcelona, 1995, pp. 41-46; citado por BACHMAIER, Lorena. Ob. cit., p. 5).

una gran mayoría anónima⁽²⁷⁾; por ello, mejor sería apuntar que si alguna vinculación jurídica pueden tener los interesados, sería muy lata⁽²⁸⁾.

5. Es de inestimable valor patrimonial

Finalmente, el primer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Civil, añada como característica del interés difuso, que sea de inestimable valor patrimonial, esto es, que no pueda ser cuantificado, con lo cual no se hace sino enfatizar, indirectamente, la naturaleza indivisible del interés, ya que si este se redujera a la indemnización de una suma de dinero por el daño causado, sería objeto de prorrateo entre los interesados, con lo cual estaríamos frente a intereses particulares y derechos obligacionales, y no a intereses supraindividuales e indivisibles.

II. TIPOS DE PRETENSIONES QUE PUEDEN PROMOVERSE PARA LA DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS

A continuación, nos avocamos a esquematizar los tipos de pretensiones que podrían plantearse ante un Tribunal, para salvaguardar intereses difusos. Tal como indicamos anteriormente, no es objeto de este pequeño trabajo hacer un listado de las pretensiones concretas que sean útiles para ese fin⁽²⁹⁾, pues resulta evidente que no existen fórmulas únicas para ello, sino que lo solicitado al Juzgador dependerá de lo que se persiga en el caso particular.

Tomando en cuenta la evolución del daño al interés difuso (que empieza como un riesgo, pasa a ser amenaza, continúa como lesión consolidada⁽³⁰⁾ y, a veces, se torna irreparable), consideramos que las pretensiones que pueden plantearse, quedan agrupadas en dos rubros: las de protección (que engloban a las de prevención o cese de lesión colectiva) y las de reparación (sea en especie o pecuniaria)⁽³¹⁾.

(27) BUJOSA, Lorenzo-Mateo. Ob. cit., p. 100.

(28) LANDONI, Angel. "Los sistemas...". Ob. cit., p. 516.

(29) Sin embargo, un esfuerzo por listar algunas posibles pretensiones para defender el interés difuso medioambiental, se encuentra en: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho ambiental*. 2ª edición, Justitia S.A.C., Lima, 2009, pp. 656-661.

(30) HENAO PÉREZ, Juan Carlos. "El derecho a un ambiente sano desde la perspectiva constitucional colombiana". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVI, Montevideo, 2010, p. 592.

(31) PELLEGRINI. ("Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores. (A lei brasileira N° 7,347 de 24 de julho de 1985)". En: Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta

1. Pretensiones de protección

El propio nombre de este tipo de pretensiones nos da una idea clara de su finalidad. El verbo “proteger” es sinónimo de “defender”, y, más concretamente, significa “resguardar a (...) una cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándolo, etc.”⁽³²⁾; por su parte, “resguardar” es “cautelar, precaverse o prevenirse contra un daño”⁽³³⁾; por lo tanto, las pretensiones de protección tienen por objeto hacer cesar la amenaza que pende sobre ellas o la lesión que vienen sufriendo y que aún no ha finalizado.

A su vez, estas pretensiones pueden subdividirse en:

a) Pretensiones de cese de amenaza a intereses difusos

Esta clase de pretensiones permite conjurar el peligro de que determinado interés difuso sufra un daño; por lo que nos encontramos en un escenario anterior a la aparición de la lesión colectiva, en el cual, sin embargo, es potencialmente razonable que se materialice.

años como investigador de las ciencias jurídicas. *Derecho Procesal*. III. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 1988, pp. 2335). El autor señala que el objeto de las pretensiones colectivas pueden ser: la reparación económica, las condenas de obligación de hacer y de no hacer, así como las medidas cautelares.

Morello y Stiglitz (Ob. cit., p. 333) dan cuenta de un proyecto de ley argentino, en el que se distinguen tres tipos de pretensiones para defender intereses difusos: de protección (que comprenden a las de prevención y de cese), de reparación en especie y de reparación pecuniaria (indemnización por daño colectivo).

Gidí (Ob. cit., pp. 57-58) señala que “para la protección de intereses difusos, el tribunal puede emitir varios tipos de órdenes. Los ejemplos pueden incluir una orden para evitar daños futuros, una orden para restaurar el statu quo ante, o el pago de una cantidad por daños que compensen el daño global causado a la comunidad, o todos estos remedios, de acuerdo con las necesidades de cada caso específico”; de lo cual podemos extraer que, a cada clase de mandato judicial, puede solicitarse igual naturaleza de pedido. Por su parte, circunscribiéndose a la tutela del medioambiental, Dromi (Ob. cit., p. 1911) sostiene que es posible solicitar la reparación de los daños ocasionados, para lo cual son aplicables las reglas de la responsabilidad civil objetiva, por riesgo o vicio de la cosa.

Carlos Alberto, ALVARO DE OLIVEIRA. “A ação coletiva de responsabilidade civil no direito brasileiro”. En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1993, pp. 277-282, indica que, en la experiencia brasileña, coexisten la tutela inhibitoria (pretensiones de prevención o cese del daño colectivo) y la de responsabilidad (reparación dineraria para reponer el interés difuso lesionado).

Henaó (Ob. cit., pp. 591-592) nos informa que para la defensa del medioambiente, en la legislación colombiana, coexisten al lado de las acciones ordinarias (penal, civil y contencioso-administrativo), las constitucionales (acción popular, de tutela y de cumplimiento), destinadas a la reparación civil del daño, la cual no siempre debe ser pecuniario, de tal forma que pueden solicitarse pretensiones de reparación *in natura*, cesación o supresión de daño o reparación simbólica.

Nosotros hemos extraído los elementos comunes de estas propuestas para realizar una clasificación, en tipos y subtipos, de las pretensiones para la defensa de intereses difusos.

(32) Diccionario..., p. 1192 (segunda columna).

(33) Diccionario..., p. 1262 (tercera columna).

En vía principal, estas pretensiones pueden encausarse a través del proceso de amparo colectivo (art. 40 del CPC)⁽³⁴⁾, cuando la amenaza de lesión sea cierta e inminente, a fin de que judicialmente se constituya una obligación de no hacer a cargo del demandado, cesando el peligro de violación de los intereses difusos (arts. 1 y 2 del Código Procesal Constitucional). Esto ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional, en el proceso de amparo que bajo el Exp. N° 04878-2008-PA/TC, ha seguido la Empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) y el Tribunal Fiscal⁽³⁵⁾.

Y es que razones para proceder de tal manera no faltan, porque los intereses difusos tienen expreso reconocimiento constitucional⁽³⁶⁾. Para comprobarlo, basta remitirnos a los ejemplos que proporciona el artículo 82 del Código Procesal Civil (medioambiente, patrimonio cultural, patrimonio histórico o derecho del consumidor), y encontraremos que todos tienen un fundamento constitucional directo⁽³⁷⁾. Así, la Constitución

(34) Se denomina “amparo colectivo”, al proceso constitucional en el cual se amplía la legitimación activa hacia figuras de representación colectiva (ombudsman, Ministerio Público o asociaciones legalmente constituidas), para la defensa de intereses supraindividuales. Cfr. FERRER MC GREGOR, Eduardo. “Breves notas sobre el amparo iberoamericano. Desde el Derecho procesal constitucional comparado”. En: *Dikaion. Revista de Actualidad Jurídica*. Año 20, N° 15, Chía (Colombia), noviembre de 2006, pp. 192-193.

Sobre la idoneidad del “amparo colectivo” para tutelar intereses difusos, cfr. VARELA WOLFF, Alberto Osvaldo. “La tutela de los intereses colectivos (difusos)”. En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1993, pp. 368-369.

En cuanto a la posibilidad de plantear procesos de amparo en Latinoamérica, para la tutela de intereses difusos, cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica”. En: Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coordinadores). *Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. T. III, 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 12.

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de marzo de 2009, emitida al interior del Expediente N° 04878-2008-PA/TC, fundamento jurídico 31.

(36) Sobre la identificación de los derechos constitucionales de tercera generación con los intereses supraindividuales, cfr. BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1989, pp. 349-350; CABRERA ACEVEDO, Lucio. “La tutela de los intereses colectivos o difusos”. En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1993, pp. 212, 214 y 218; KUNICKA-MILCHASKA, Bárbara. “Derecho al medio ambiente como el derecho humano a la tercera generación”. En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N° 22, México D.F., 1933, p. 470; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. cit., pp. 563 y 565; PÉREZ RÍOS. Ob. cit., pp. 285 (primera columna)-286 (segunda columna); y, AGUIRREZABAL, Maité. Ob. cit., p. 70.

(37) PRIORI POSADA, Giovanni. “La tutela de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional”. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VIII, N° 14, junio de 1997, p. 101.

asigna al Estado la obligación de promover “el uso sostenible de sus recursos naturales” (art. 67) y “*la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas*” (art. 68); establece que “[l]os yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública”; también “[f]omenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional” (art. 21); y, “defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población” (art. 65).

Como ejemplo de lo anterior, podemos citar el proceso de amparo, seguido por el Comité de Defensa Ecológica del Parque “Ramón Castilla”, representado por Pedro Mackee Pirrale, contra la Municipalidad Distrital de Lince, con el objeto de que esta última se abstenga y proceda al cese de todos los actos tendientes a la ejecución de obras civiles del denominado “Proyecto de Remodelación del Parque Mariscal Ramón Castilla o Bosque de Lince”, debido a que con ello se vulnera su derecho difuso al medioambiente. El Tribunal Constitucional, que conoció la causa en última instancia bajo el Exp. N° 1757-2007-PA/TC, declaró fundada la demanda por violación al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo a la vida, considerando, fundamentalmente, que el proyecto de remodelación del parque aumentaba en 2% el déficit de áreas verdes del distrito de Lince con relación a la densidad de pobladores, déficit que de por sí era equivalente a 29 hectáreas. Lamentablemente, en este caso la justicia llegó tarde, porque aunque la demanda planteó la amenaza de las obras, a la fecha del fallo, estas ya se habían ejecutado⁽³⁸⁾.

(38) Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de noviembre de 2009, recaída en el Exp. N° 1757-2007-PA/TC.

A través de los procesos ordinarios, también se pueden viabilizar pretensiones de cese de amenaza a intereses difusos, tanto para obtener un mandato que imponga al demandado una obligación de abstención como para exigir la adopción de medidas preventivas para evitar una futura lesión.

Incluso, los procesos no contenciosos pueden encerrar pretensiones de este tipo. Es el caso, por ejemplo, de la prueba anticipada (art. 284 del Código Procesal Civil), “para dejar establecido que en tal lugar o en tal predio existe algo que pueda comprometer un interés difuso (este es monumento histórico; este es un bien cultural o artístico; este pantano puede no contaminar el ambiente; este porque se encuentra en precarias condiciones). Todo lo cual puede ser llamado de atención para las autoridades u otros sujetos interesados”⁽³⁹⁾. También puede recurrirse a la facción de inventario judicial (art. 763 del Código citado) –aunque quizá, por razones de tiempo, sea menos efectivo que el inventario notarial– para realizar un catálogo de los bienes históricos o culturales con que se cuenta, evitando así que sean sustraídos sin poder conocer siquiera que ello ha ocurrido, tal como ha sucedido, hace poco, con algunos documentos coloniales y republicanos del Archivo General de la Nación, por lo cual ha cerrado la atención por noventa días desde el 4 de marzo de este año.

Escortando al proceso principal de cese de amenaza de lesión al interés difuso, también puede solicitarse la adopción de medidas de no innovar, ante la inminencia de un perjuicio irreparable (artículo 687 del Código Procesal Civil). Estas medidas tienen por finalidad mantener la situación de hecho que se presenta al tiempo de la interposición de la demanda principal, de tal manera que el emplazado se abstenga, temporalmente, de realizar las acciones que se reputan lesivas al interés difuso defendido⁽⁴⁰⁾. “Cabe señalar la importancia que en materia puede tener el proceso cautelar en sentido estricto (v. gr. tomar medidas para que no se destruya un monumento histórico, en tanto se dilucida si realmente ha de

(39) GELSI BIDART, Adolfo. “Intereses difusos y derecho procesal”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. XXXV, N° 142-143-144, México D.F., julio-setiembre, 1985, p. 548.

(40) BACHMAIER, Lorena. Ob. cit., p. 40.

considerarse tal) o en sentido lato, es decir en el plano sustantivo (imponer la conservación o recuperación del suelo de un predio, etc.)”⁽⁴¹⁾.

De acuerdo a las reglas generales (arts. 610 y 611 del Código Procesal Civil), el juez solo realiza un examen de la apariencia del derecho invocado y la existencia de una necesidad de tutela urgente, por lo que no debe tomar mucho tiempo para que se decida entre concederla o denegarla, ya que de lo contrario no sería efectiva para conjurar el daño que el interés difuso podría sufrir entre tanto⁽⁴²⁾. Para alcanzar ello es necesario que a las medidas cautelares de no innovar, planteadas para asegurar la decisión final a recaer en los procesos colectivos, no les sea exigible las condiciones de excepcionalidad y subsidiariedad que prevé la ley procesal vigente⁽⁴³⁾. Esta propuesta tiene especial importancia porque Reggiardo y Cooper nos informan que “muchos jueces consideran que solo debe otorgarse (la prohibición cautelar de no innovar) una vez que sea admitida la demanda a trámite, cuando no exista justificación alguna para que se impida la medida cautelar fuera del proceso como en el resto de situaciones cautelares”⁽⁴⁴⁾.

La necesidad de recurrir a la medida cautelar de no innovar, se pone de manifiesto en lo ocurrido al interior del proceso de amparo que, bajo el Exp. N° 0440-2005-PA/TC, ha seguido Flor Marlene Peña Saravia y otros contra el Alcalde de la Municipalidad de Nuevo Imperial, con el objeto de que este último se abstenga de demoler la pileta ornamental de la plaza de armas que contenía plásticamente la memoria de la fundación del poblado. En este caso, cuando el Tribunal Constitucional sentenció, la amenaza de violación del patrimonio histórico regional se había convertido en daño irreparable porque ya la plaza había sido demolida hace más de un año; por ende, se declaró improcedente la demanda⁽⁴⁵⁾.

(41) GELSI, Adolfo. Ob. cit., p. 548.

(42) PRIORI POSADA, Giovanni F. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: AA.VV. *Derecho Procesal Civil*. Estudios, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, setiembre de 2009, p. 509.

(43) PRIORI, Giovanni. “La tutela...”, cit., p. 108.

(44) REGGIARDO SAAVEDRA, Mario y COOPER DÍAZ-UFANO, Romina. “La tutela procesal del ambiente”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Año 3, N° 6, Lima, agosto de 2008, p. 194 (primera columna).

(45) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de diciembre de 2007, emitida al interior del Exp. N° 0440-2005-PA/TC.

b) Pretensiones de cese de lesión a intereses difusos

Este tipo de pretensiones tiene por objeto detener o impedir la continuación del daño, todavía no consumado, que viene sufriendo un determinado interés difuso; por lo tanto, el mandato judicial que se persigue obtener contiene, o bien una obligación de no hacer por parte del demandado, consistente en no continuar con los actos que se consideran lesivos, o bien una obligación de hacer algo tendiente a empezar a realizar algo que no se viene ejecutando y que es justamente por lo cual se produce la lesión.

En vía incidental se puede solicitar al juez que dicte medidas cautelares para evitar que el daño colectivo, se convierta en irreparable; para tal fin, la tutela procesal más idónea es la de innovar (artículo 682 del Código Procesal Civil), porque tiene la virtud de hacer cesar todas las actividades contrarias a derecho que lesionan al interés difuso que se pretende proteger en el proceso principal⁽⁴⁶⁾. Ciertamente, esta medida cautelar “tiende a alterar el estado de hecho y de derecho existente antes de su petición y ejecución. Esta modificación o variación se produce sea ordenándose que alguien deje de hacer algo o que se empiece a hacer algo que no se viene ejecutando. En cualquier de ambos casos, como es obvio, se entiende que el juzgador considera que la actividad que debe dejar de realizarse o que la omisión en que se realice la otra, es una situación contraria a derecho”⁽⁴⁷⁾.

En vía principal el proceso constitucional resulta idóneo sobre el papel, para hacer cesar el daño que se viene ocasionando al interés difuso (art. 1 del CPC), siempre y cuando la actividad probatoria a desplegarse sea meramente documental (art. 9 del Código citado)⁽⁴⁸⁾. Ejemplo de ello, es el proceso de amparo seguido bajo el Exp. N° 1581-93-165, por

(46) Cfr. VARELA WOLFF, Alberto. Ob. cit., p. 368; y, BACHMAIER, Lorena. Ob. cit., p. 40.

(47) MONROY GÁLVEZ, Juan P. “La medida cautelar en el proceso de amparo peruano”. En: *La formación del proceso civil peruano (Escritos reunidos)*. 3ª edición corregida y aumentada, Communitas, Lima, 2010, p. 99. Este artículo fue republicado en: *Lecturas sobre temas constitucionales*. N° 3, Lima, 1989, pp. 107-119.

(48) ABAD YUPANQUI, Samuel B. “Límites de la tutela constitucional del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado”. En: Asociación Peruana de Derecho Administrativo (coordinador). *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. 1ª edición, Palestra Editores S.A.C., Lima, abril de 2010, pp. 262-264.

Edmundo Cerna Gregorio y otros contra “La Casa del Tío César” y la “Peña del Tío Tiburcio” de la ciudad de Huaraz, para la defensa del derecho a la tranquilidad del vecindario, previsto en el inciso 22) del artículo 2 de la Carta Política. En este caso, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundada la demanda, porque los ruidos molestos que salían de los citados locales comerciales, atentaban contra el descanso, la salud y el sosiego de los moradores del lugar con el agravante de que no contaban con licencia municipal para funcionar con posterioridad a las veintitrés horas; por ello, el fallo dispuso la suspensión de la atención nocturna hasta que acondicionen sus negocios a las normas reglamentarias respectivas y obtengan la licencia de funcionamiento requerida⁽⁴⁹⁾.

El Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la interdicción de contaminación sonora que perturba la tranquilidad, en el proceso de amparo seguido bajo el Exp. N° 0260-2001-AA/TC, por José Aniceto Vásquez Pérez contra Oswaldo Alberto Kauffman Medina, para que cesen los ruidos molestos producidos por los espectáculos musicales y/o bailables que realizaba el “Restaurante Huerto el Limonero” de la ciudad de Trujillo, sin contar con autorización municipal⁽⁵⁰⁾.

Otro caso en el cual el proceso de amparo sirvió de vehículo a la pretensión de cese de lesión al interés difuso, es el seguido bajo el Exp. N° 0964-2002-AA/TC, por Alida Cortez Gómez contra la empresa Nextel del Perú S.A., a fin de que retire una antena y equipos de un lote colindante al suyo, que afectaba su derecho a vivir de un ambiente equilibrado y adecuado⁽⁵¹⁾. A pesar de que en aquella ocasión el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, posteriormente, en el caso similar seguido bajo el Exp. N° 4223-2006-AA, cambió de parecer, al indicar que de acuerdo a los informes técnicos no había riesgo de exposición

Básicamente, el mismo texto de este artículo fue publicado con anterioridad, bajo el nombre “El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: Las dificultades del proceso de amparo para su tutela”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Año 3, N° 6, Lima, agosto de 2008, pp. 201-206.

(49) ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. cit., pp. 258-259.

(50) *Ibidem*, p. 259.

(51) *Ídem*.

radioeléctrica y, por ende, resultaría irrazonable y desproporcionado retirar la antena de la empresa Nextel del Perú S.A.⁽⁵²⁾

La suspensión del daño al interés difuso también puede alcanzarse a través de procesos ordinarios. Por ejemplo, puede recurrirse al conocido proceso sumarísimo de desalojo, tal como está documentado en el Exp. N° 269-2004, seguido por el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena) contra la Asociación Agropecuaria Santa Clara “A” La Palería, el Asentamiento Rural Ganadero Agrícola “La Palería” y otros invasores no identificados, a fin de que estos últimos desocupen el área natural protegida, conocida como “Bosque de Pómac”, que alberga recursos naturales de algarrobos y otras varias especies silvestres, así como restos arqueológicos de las culturas de Chimú y Moche; y si bien dicha causa judicial fue calificada por el autor de la nota como un “proceso de desalojo ambiental”, cual si fuera una nueva categoría, no se trata sino de un proceso de desalojo como cualquier otro, pero con la finalidad de tutelar los intereses difusos del medioambiente y del patrimonio histórico nacional⁽⁵³⁾.

Además, es posible acudir al proceso de lesividad (numeral 202.4 de la Ley N° 27444)⁽⁵⁴⁾, para anular los actos administrativos que habilitan a un particular a realizar una determinada actividad que dañe intereses difusos⁽⁵⁵⁾, siempre que hayan transcurrido más de dos años de emitida dicha autorización (porque durante este plazo puede declararse la nulidad de oficio por el mismo ente administrativo que emitió el acto) y

(52) ABAD YUPANQUI, Samuel. Ob. cit., p. 260.

(53) CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. “El proceso de desalojo del Santuario Histórico Bosque de Pómac. A propósito de la legitimación para obrar en los desalojos ambientales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 14, N° 126, Lima, marzo de 2009, pp. 195-200. Este artículo también se encuentra publicado en el libro del mismo autor, *Guía de Derecho Ambiental. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia*. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, junio de 2009, pp. 1031-1040.

(54) Morón Urbina, señala que el proceso de lesividad “es precisamente el proceso judicial contencioso-administrativo que inicia una autoridad administrativa para buscar promover la anulación en sede judicial de un acto administrativo que ha causado estado, y que ha otorgado o reconocido derechos e intereses a administrados”. Vide, MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 8ª revisada y actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2009, p. 584.

(55) Varela Wolff (Ob. cit., p.368) dice al respecto que se “puede requerir del órgano jurisdiccional ante el supuesto de haber otorgado licencias habilitantes para la explotación industrial, altamente contaminante del medio ambiente, la anulación del acto administrativo permisivo a través de la acción de lesividad, regulada por nuestra ley de procedimiento administrativo”.

que, además, no hayan pasado, desde ese entonces, dos años más en que opera la caducidad. En el Derecho comparado encontramos que este tipo de pretensiones ha solucionado varios problemas en Brasil: la impugnación del acto que aprobó el proyecto de construcción del aeropuerto de Brasilia, bajo el fundamento de que este no armonizaba con el concepto estético de la ciudad; la impugnación de actos administrativos relacionados con el aterramiento parcial del Lago Rodrigo de Freitas, en Río de Janeiro, para la edificación de predios comerciales, bajo la alegación de que ello desfiguraba la particular belleza paisajística local; la nulidad de la resolución de la Cámara Municipal, en Minas Gerais, que autorizaba a extraer, sin límites, madera que protegía las nacientes de las aguas, indispensables para el abastecimiento de la ciudad⁽⁵⁶⁾.

2. Pretensiones de reparación

Dentro de los varios sentidos que se le puede dar al verbo “reparar”, se encuentran: “arreglar algo que está roto o estropeado”, “enmendar, corregir o remediar”, y más concretamente, “remediar (...) un daño o perjuicio”⁽⁵⁷⁾. En tal sentido, cuando se ha materializado la lesión al interés difuso, corresponde solicitar al juez, pretensiones destinadas a que se repare el daño, sea restituyendo las cosas al estado anterior, cuando sea materialmente posible, o a que se pague una indemnización a cargo del agresor, cuando el daño es irreversible.

En consecuencia, estas pretensiones pueden subdividirse en:

a) Pretensiones de reparación en especie

Este tipo de pretensiones, también llamado de reparación *in natura*, busca que el estado de las cosas sea repuesto al momento anterior en que se infringió el daño colectivo, de modo tal que la situación de hecho posterior a la ejecución de la sentencia, haga parecer, lo mejor posible, que nunca se hubiera lesionado el bien sobre el cual recae el interés difuso.

(56) Humberto Theodoro Jr., nos informa que Barbosa Moreira extrajo estos casos de la jurisprudencia, como ejemplos de medidas típicas para la tutela de intereses difusos de comunidades, casos que fueron tramitados en vía de acción popular por así permitirlo su ley. Vide THEODORO Jr., Humberto. (“A tutela dos interesses coletivos (difusos) no direito brasileiro”. En: *XIII Jornadas de Derecho Iberoamericano procesal*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1993, p.314),

(57) Diccionario..., p. 1256 (segunda columna).

Ciertamente es inviable que por virtud de la sentencia, desaparezcan todos los efectos del daño colectivo, entre los cuales está el nacimiento de los derechos subjetivos individuales de cada sujeto lesionado; por lo que cuando hablamos de reparación en especie, nos referimos exclusivamente a la sanación del bien colectivo. Por estas razones, el mandato judicial que se espera obtener, a raíz de la interposición de esta clase de pretensiones, es uno de hacer; consiste en que el demandado cumpla con reparar el bien sobre el cual recae el interés difuso. “La orden de hacer (...) definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o interés colectivo (...) vulnerado y prevenir que vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante”⁽⁵⁸⁾.

Tratándose de lesiones al interés difuso del medio ambiente, la reparación comprende la remediación del daño colectivo y la restauración del ecosistema⁽⁵⁹⁾.

Pese a que el proceso de amparo tiene por objeto reponer las cosas al estado anterior a la violación constitucional (art. 1 del CPC), pensamos que no es la mejor herramienta para solicitar pretensiones de reparación en especie por la lesión a intereses difusos; pues, tal como se anotó anteriormente, dependerá de la complejidad de la prueba que se requiera actuar, para que el juez decida si es posible obtener tutela en el proceso constitucional (art. 9 del CPC).

La idoneidad del proceso de amparo, también se encuentra en función a la medida de reparación concreta que se pretende alcanzar; pues es

(58) PARRA QUIJANO, Jairo. “Acciones populares y acciones para la tutela de intereses colectivos”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año I, N° 2, Buenos Aires, 2002, p. 118.

(59) Saval Bohórquez, sostiene que en un daño ambiental no basta únicamente restaurar (por ejemplo, la flora del sitio sin haber removido previamente a los contaminantes del suelo) ni únicamente remediar (remover los contaminantes sin volver a plantar), sino que la reparación integral comprende que se cumplan con ambos verbos. Vide SAVAL BOHÓRQUEZ, Susana. “La reparación del daño. Aspectos técnicos: Remediación y restauración”. En: AA.VV., *La responsabilidad jurídica en el daño ambiente*. 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México y Petróleos Mexicanos, México, D.F., 1998, pp. 211-212. En igual sentido, Williams García, sostiene que la fórmula de Derecho Civil “el que daña paga”, no es suficiente cuando el bien lesionado es el medioambiente; pues es obvio e importa un mínimo de responsabilidad, que el contaminador indemnice por el daño colectivo, pero también es necesario que repare lo dañado, de tal manera que el Derecho Ambiental debe apuntar a la fórmula: “el que contamina paga y repara”. Vide GARCÍA, Williams. (“Hacia la construcción de un concepto de daño ambiental”. En: *Elementos de Juicio*. Revista de Temas Constitucionales, Año III, N° 9, mayo-setiembre, Bogotá, 2008, pp. 231-234).

sabido que para la ejecución de la sentencia, tampoco puede desplegarse mayor actividad. Y es que el proceso constitucional permite obligar al agresor al cumplimiento de una obligación de hacer que sea de sencilla ejecución, por ejemplo, que un medio de comunicación repare el derecho de los consumidores, publicando una rectificación de la propaganda engañosa que venía difundiendo, pues la ejecución de la sentencia se agota con la impresión escrita o transmisión por radio o televisión, de la nota rectificatoria. Empero, cuando la ejecución de la medida de reparación es difícil, también lo son los medios de prueba para acreditar el cumplimiento; de tal forma que el mismo juez constitucional que suele rechazar pericias contables para determinar el correcto cálculo de pensiones de jubilación, acepte la actuación de pericias, con oposiciones de las partes, para determinar si la empresa minera ha cumplido con purificar las aguas del río local, y que los residuos tóxicos que se presentan están por debajo del límite permitido.

Por estos motivos, los procesos ordinarios serían la mejor alternativa para promover pretensiones de reparación en especie; y aunque para los casos en los que el petitorio contenga una pretensión atípica, será el propio demandante quien propondrá la vía procesal⁽⁶⁰⁾; asimismo, consideramos, dentro del plano civil, que la mejor elección sería optar por el proceso de conocimiento⁽⁶¹⁾, porque en él se pueden actuar todo tipo de pruebas, en especial las periciales, que se actúan siempre en Audiencia de Pruebas, en la cual los peritos absuelven las preguntas de las partes y del juez, así como exponen claramente y se ratifican o no de su dictamen pericial (art. 265 del CPC).

b) Pretensiones de reparación pecuniaria

Este tipo de pretensiones está dirigido a que el juez imponga al demandado una obligación de dar, consistente en pagar una cantidad de

(60) PÉREZ RÍOS, Carlos Antonio. Ob. cit., p. 289 (primera columna).

(61) Vázquez Sotelo, no considera idóneas para la defensa de los intereses difusos en España, las causas judiciales de “procedimiento abreviado”, inclinándose por el “juicio ordinario” de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que sería el más cercano a nuestro proceso de conocimiento), a falta de un proceso especial para intereses supraindividuales. Vide, VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. “La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”. En: José Ovalle Favela (coord.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2004, pp. 180-181.

dinero, en monto suficiente para reparar el daño colectivo causado y adoptar las demás acciones necesarias para evitar nuevas lesiones de igual naturaleza. Por ello, lo que es objeto de indemnización es el aspecto supraindividual e indivisible del bien que es objeto de interés difuso⁽⁶²⁾, pero no el derecho individual subjetivo, que tienen los miembros de la comunidad, grupo, clase o categoría de los cuales se predica dicho interés, y que han sido afectados por el daño colectivo.

Ahondando en ello, Morello y Stiglitz son de la opinión de que las sumas recaudadas podrían contribuir a un fondo de garantía para los intereses difusos, destinado a realizar las obras requeridas para la reposición de las cosas al estado anterior del menoscabo del interés supraindividual, la adaptación de medidas idóneas para la prevención de nuevas lesiones, la promoción y realización de planes de educación e información de tipo preventivo para la protección de estos intereses y el fomento de agrupaciones privadas para una defensa idónea⁽⁶³⁾. Este fondo de garantía a los que estos autores aluden, es el previsto por el artículo 82 del Código Procesal Civil, cuando indica que las indemnizaciones a que den lugar estas acciones integrarán un fondo a cargo del gobierno local, destinado a la prevención o reparación de los intereses lesionados.

Como pretensión principal, esta clase de pedidos solamente es procedente ante la imposibilidad material de que el bien colectivo dañado sea reparado en especie⁽⁶⁴⁾; pues resulta obvio que por el exterminio del objeto sobre el cual recae el interés difuso, el agresor no puede quedar librado de cumplir con la natural prestación sanadora de dicho interés, y tal como ocurre con las obligaciones con prestación que ha devenido

(62) Cfr. REGGIARDO y COOPER. Ob. cit., p. 193 (primera columna).

Morello y Stiglitz (Ob. cit., p. 333) dan cuenta de un proyecto de ley argentino, en el que la pretensión de reparación pecuniaria “comprende el resarcimiento del daño globalmente producido al grupo o categoría de interesados”.

Refiriéndose a los procesos promovidos en tutela de los intereses difusos o colectivos, Alvaro de Oliveira (Ob. cit., p. 282) señala que: “no se cuida de reparar el daño sufrido, pero sí el daño producido. En otras palabras, no se limita a la condena de los daños soportados por las partes, pero necesariamente incluye –desde una dimensión colectiva de la demanda– el daño producido en su globalidad”.

(63) Cfr. STIGLITZ, Gabriel A. “Bases para legislar sobre protección de intereses colectivos en la provincia de Buenos Aires”. En: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. N° 31, La Plata, 1988, pp. 31-32; y, MORELLO y STIGLITZ. Ob. cit., p. 334.

(64) Cfr. STIGLITZ, Gabriel. Ob. cit., pp. 31-32; y, THEODORO Jr., Humberto. “Relatório Geral Luso-Americano”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año I, N° 2, Buenos Aires, 2002, p. 113.

en imposible cumplimiento, no queda sino consolarse con el cobro de la indemnización. En efecto, si por ejemplo pensamos en el daño a una zona ecológica, las pretensiones más idóneas a plantear, en vía principal, serían las de cese o reparación en especie, dependiendo del momento en que se plantea la demanda con relación a la evolución de lesión, porque “[h]ay que también tomar en cuenta la realidad económica y lo que en varios casos pagar la reparación es más barato para los contaminadores que cesar la actividad industrial que provoca la contaminación”⁽⁶⁵⁾.

Finalmente, siempre es posible plantear la pretensión de reparación pecuniaria, como accesoria a cualquiera de las anteriores clases descritas, porque el artículo 82 del Código Procesal Civil dispone que los gobiernos locales intervengan necesariamente en el proceso colectivo para que, en caso de que se ampare la demanda, administren la reparación fijada en la sentencia, la cual será destinada a la reparación efectiva del daño causado al interés difuso o a la conservación del medio ambiente dentro de su circunscripción.

CONCLUSIONES

1. Los intereses difusos son aquellos que atañen por igual a una comunidad, grupo, clase o categoría de personas, relativamente indeterminadas. Sus características más saltantes están referidas a que se tratan de intereses supraindividuales, indivisibles entre la comunidad de la cual se predicen, y de inestimable valor patrimonial; recaen sobre sujetos indeterminados o de difícil determinación práctica, los cuales únicamente se encuentran unidos por circunstancias de hecho, pero no por vínculos jurídicos que permitan su perfecta individualización.
2. Tomando en cuenta el grado de evolución de la lesión al interés difuso (riesgo, aparición de la amenaza, daño colectivo e irreparabilidad de este último), las pretensiones para su tutela judicial pueden clasificarse en dos grupos: de protección (que comprenden a las de cese de amenaza o de lesión) y de reparación (en especie o pecuniaria).

(65) KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara. Ob. cit., p. 476.

3. Las pretensiones de protección de intereses difusos persiguen resguardar a dichos intereses, de la amenaza a la que se encuentran expuestos o la lesión reparable de la cual vienen padeciendo. En tal sentido, entendemos que esta finalidad se cumple cuando se solicitan los siguientes subtipos de pretensiones: las de cese de amenaza y cese de lesión a intereses difusos.

Las primeras (pretensiones de cese de amenaza), tienen por objeto detener el peligro de daño colectivo al que está expuesto el interés difuso, para lo cual, la mayoría de las veces, se requerirá que el mandato judicial ordene al emplazado cumplir con una obligación de no hacer, pero también cabe la posibilidad de que el mandato esté dirigido a cumplir una prestación de hacer, conducente a resguardar el interés difuso del riesgo específico al que está expuesto. Pueden tramitarse con éxito a través de procesos de amparo, debido a que los intereses difusos que son objeto de protección tienen expreso reconocimiento constitucional. No puede descartarse que las pretensiones de cese de amenaza se sigan en procesos ordinarios ni que sirvan a sus fines la justicia voluntaria, principalmente, a través de la prueba anticipada o el inventario judicial. Finalmente, cabe resaltar que es connatural al pedido de cese de amenaza, la interposición de medidas cautelares de no innovar, a fin de mantener el estado de los hechos, para lo cual es necesario que tratándose de la defensa colectiva, se modifique el artículo 687 del Código Procesal Civil para que no exija las condiciones de excepcionalidad ni subsidiariedad de la medida.

Las segundas (pretensiones de cese de lesión a intereses difusos), buscan detener el daño colectivo que se viene presentando, cuando este último aún no ha terminado de materializarse; por consiguiente, se pretende con ello que el demandado cumpla, o bien con una obligación de no hacer, consistente en abstenerse de continuar con los actos lesivos, o bien con una obligación de hacer, consistente en que el demandado deje su inercia y empiece a hacer algo para detener el daño colectivo. Pueden tramitarse, principalmente, como medidas cautelares de innovar, destinadas a la suspensión del acto lesivo, en tanto que en el proceso principal se determina la ilegalidad de aquel. Como pretensión de la

demanda principal, puede interponerse a través del proceso de amparo, cuando la prueba de los hechos no requiera de actuaciones probatorias complejas, porque en ese otro caso, el proceso constitucional es ineficiente en mérito del numeral 9° del Código Procesal Constitucional que señala que se trata de una causa sin actuación probatoria. Nada obsta para que estas pretensiones se tramiten a través de procesos ordinarios típicos, como la causa sumarísima de desalojo de los invasores de una reserva ecológica o de una zona arqueológica. Finalmente, el cese de la lesión a intereses difusos puede ser pedido en vía contencioso-administrativa, a través del llamado proceso de lesividad.

4. Las pretensiones de reparación del daño al objeto sobre el cual recae el interés difuso, persiguen enmendar el daño colectivo causado, por lo que nos encontramos en un escenario en que la lesión al interés difuso ya se ha consumado. Para alcanzar esta finalidad, pueden solicitarse los siguientes subtipos de pretensiones, dependiendo de la reversibilidad del daño: pretensiones de reparación en especie (*o in natura*) y pecuniaria.

Las primeras (pretensiones de reparación en especie), buscan reponer la situación de hecho a la etapa anterior al daño colectivo, y aunque es imposible materialmente que desaparezcan todas las lesiones causadas (entre las que están, a los derechos subjetivos individuales de los miembros de la comunidad difusa), de lo que se trata es de reponer el bien colectivo dañado lo mejor posible; por consiguiente, el mandato judicial que se espera obtener en este caso, contiene una obligación de hacer, lo más posiblemente detallada, acerca de la forma cómo debe procederse a la reparación del daño colectivo. Tratándose del medioambiente, dicha reparación comprende no solo la remediación del daño, sino también la restauración del ecosistema. Para conseguir este objetivo, el proceso de amparo se muestra insuficiente, o lo será en la mayoría de los casos, dependiendo del grado de complejidad de la prueba a actuar y de la reparación en concreto que se requiere para el caso; pues, en el primer caso, el artículo 9 del Código Procesal Constitucional permite al juez inhibirse si se requiere de prueba compleja para llegar a una convicción, y, en el segundo caso, si la remediación fuera compleja, la prueba de la misma

también lo será, con lo cual el juez del amparo tendría que realizar actividad probatoria que escapa a la tutela constitucional. Por tales motivos, quizá la mejor solución sea optar por encauzar estas pretensiones a través de procesos ordinarios, y dentro del ámbito civil, los de conocimiento para los pedidos atípicos.

Con las segundas (pretensiones de reparación pecuniaria), el demandante solo busca una reparación económica del daño colectivo, esto es, el cumplimiento de una obligación de dar una cantidad de dinero, por lo que se trata de una indemnización colectiva. El monto recaudado sirve para la reparación del bien colectivo lesionado, y no para satisfacer los derechos subjetivos individuales de los miembros de la comunidad de la cual se predica el interés difuso lesionado. Consideramos que solo puede ser exigida como pretensión principal cuando la reparación en especie sea imposible, por haberse tornado en un daño irreparable; pero como pretensión accesorio, siempre es posible a tenor del artículo 82 del Código Procesal Civil que indica que los gobiernos locales son los que administran este dinero para la reparación efectiva del daño, pudiendo extenderse ello a la adopción de los medios adicionales que sean necesarios para evitar futuras lesiones al mismo interés difuso o para su mejor preservación.

Renzo I. Cavani Brain

**Los “presupuestos
procesales” vistos
desde la ineficacia
procesal**

Críticas a una clásica lección

Los “presupuestos procesales” vistos desde la ineficacia procesal

Críticas a una clásica lección

Renzo I. Cavani Brain^(*)()**

Los llamados “presupuestos procesales” representan una de las construcciones teóricas más importantes de la ciencia del Derecho procesal, siendo, inclusive, tributaria del logro de la autonomía de esta disciplina frente al Derecho Privado. Sobre este tema la doctrina más autorizada ha escrito muchas páginas; sin embargo, el autor adopta un punto de vista distinto al que se suele enseñar en nuestro país, a través de un análisis desde el fenómeno de la ineficacia procesal –que, a su vez, contiene a la nulidad procesal– de gran incidencia cuando se constata un defecto en los presupuestos procesales.

PREMISA

Las páginas que han tratado sobre el tema de los “presupuestos procesales” y las “condiciones de la acción” tranquilamente pueden ser contabilizadas en centenas de millares. Y es que se trata de un tema cuya importancia no pasó desapercibida por los más reconocidos cultores de la ciencia del proceso, dado que vieron allí uno de los campos más fecundos para sembrar los cimientos de la nueva disciplina jurídica. No obstante, a pesar de que las posiciones doctrinarias –sobre todo en cuestiones terminológicas– abundan, siendo tópicos ineludibles en toda obra sobre lecciones básicas de teoría general del proceso, creemos que estos temas aún se mantienen fructíferos para estudios que no se limiten a repetir las teorías clásicas.

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Candidato a la Maestría en Teoría de la Jurisdicción y del Proceso por la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul (PUCRS). Editor jurídico del periódico *La Ley*.

(**) A Mercé Boluarte, por su inconmensurable amor.

Aunque el título del presente ensayo sugiera lo contrario, no tenemos el más mínimo interés en revolucionar la teoría de los “presupuestos procesales” ni mucho menos de realizar una exposición completa y exhaustiva sobre el tema. Por el contrario, atendiendo a que el objeto de nuestro análisis es el fenómeno de la ineficacia procesal –con particular relevancia en la nulidad procesal–, nuestras inquietudes se dirigen a engarzar una sistematización de este fenómeno con aquellos tópicos. Una premisa innegable es que la omisión o el defecto de las figuras que componen estas instituciones macro tienen una directa influencia en el devenir del procedimiento. Así por ejemplo, si existe incompetencia absoluta (un clásico “presupuesto procesal”), el juez deberá declarar nulo todo lo actuado e improcedente la demanda (art. 36 del CPC). De igual manera, a decir del CPC, si hay manifiesta falta de legitimidad para obrar del demandante, la demanda deberá ser rechazada y, consecuentemente, el proceso será invalidado (arts. 427 inc. 2 y 451 inc. 5). Se trata de apenas dos ejemplos que demuestran la imposibilidad de negar la vinculación inextricable entre ambos elementos de la teoría general del proceso.

Sin embargo, la justificación del presente trabajo va más allá de este hecho evidente. Hasta donde nos han llevado nuestras reflexiones, podemos afirmar con bastante seguridad que la teoría de los “presupuestos procesales” que comúnmente se enseña en las universidades de nuestro país –y que tiene eco en la jurisprudencia patria– no es del todo satisfactoria desde un punto de vista de la ineficacia procesal. Esta situación, sin lugar a dudas, tiene su reflejo en nuestra legislación, la cual ofrece un sólido punto de partida; sin embargo, existen ciertos aspectos que no son siquiera considerados cuando se abordan los tópicos en cuestión, y otros cuya funcionalidad no permite una adecuada formulación de una teoría de la nulidad medianamente aceptable.

Es así que en las líneas siguientes expondremos algunas consideraciones sobre este tema, tomando para ello un esquema más adecuado para nuestros propósitos. Pero el objetivo final es sacar a la luz la relación entre los “presupuestos procesales”, y la ineficacia procesal, para así evidenciar los problemas que existen en la construcción teórica de ambos ámbitos.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: NULIDAD E INEFICACIA PROCESAL. INEFICACIA ESTRUCTURAL E INEFICACIA FUNCIONAL. EXISTENCIA, VALIDEZ E INEFICACIA EN EL PROCESO CIVIL

Creemos firmemente que en vez de una teoría de las nulidades procesales, debe hablarse de una *teoría de la ineficacia procesal*. La razón subyacente a ello no solo es un mero cambio de denominación, sino la propuesta de incorporar la nulidad procesal dentro de un espectro más genérico, que es precisamente la ineficacia procesal. Esta conclusión se extrae del hecho 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. En este sentido, podría decirse que en los términos manejados por los procesalistas existe una primacía de la invalidez y la nulidad, en desmedro de la eficacia e ineficacia (estas últimas entendidas en sentido estricto, por supuesto)⁽¹⁾.

La ineficacia procesal hace alusión a aquellas circunstancias en donde los efectos generados⁽²⁾ 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⁽³⁾, 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.

(1) No nos referimos, naturalmente, a la acepción política o sociológica de la eficacia. La primera alude a la satisfacción o realización de las finalidades u objetivos sociales o políticos para los que se dio una norma, mientras que la segunda consiste en el grado efectivo de cumplimiento por parte de sus destinatarios, que viene a ser la efectividad. Cfr. la interesante exposición de PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Trotta, Madrid, 2005, pp. 83-93.

(2) Es conveniente, como lo hace José Carlos Barbosa Moreira, distinguir *eficacia* de *efectos*. Así, la eficacia es la aptitud de producir efectos, y estos son las manifestaciones fácticas del acto. Por tanto, un acto *ineficaz* es uno que no es apto para producirlos, o los que ha producido han sido eliminados (cfr. "Citação da pessoa já falecida", citado por TESHEINER, José María. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 18).

(3) De la misma opinión son Carlos Antonio Araújo de CINTRA; Cândido Rangel DINAMARCO; y Ada PELLEGRINI GRINOVER. *Teoria geral do processo*. 22ª ed. revisada y actualizada, Malheiros, São Paulo, 2006, pp. 364 y 365: "En Derecho procesal, inclusive las sentencias contaminadas con los vicios más graves, una vez que adquieren autoridad de cosa juzgada, son eficaces: solo pierden eficacia si son regularmente rescindidas (...). En el proceso civil, además, la posibilidad de la rescisión no dura más que dos años a partir de la adquisición de cosa juzgada".

En nuestro esquema dogmático-conceptual, la ineficacia procesal es una categoría macro, que comprende a la ineficacia estructural y la ineficacia funcional⁽⁴⁾. 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. Por su parte, la ineficacia funcional, como resulta claro, nada tiene que ver con la estructura o configuración del acto; este 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.

La ineficacia funcional hace referencia a un impedimento sobrevenido para la continuación de los efectos de un acto. En algunos casos, esta ineficacia se produce porque las partes han dejado de tener interés en los efectos del acto (v. gr., desistimiento de un recurso); en otros cuando un acto es realizado fuera del tiempo o en lugar distinto a los que la ley prevé; y finalmente, en casos en los que es preciso suprimir la eficacia y los efectos de un acto por ser lo más acorde a derecho. Pero la nota distintiva es que **la ineficacia funcional jamás se produce por un defecto intrínseco del acto**.

Ahora bien, podría objetarse nuestra propuesta de concebir el fenómeno de la ineficacia procesal solo en dos planos y no en tres, como lo ha reconocido parte de la más autorizada doctrina. En efecto, para concebir el fenómeno jurídico se alude a tres planos bien distintos entre sí: existencia (relevancia), invalidez e ineficacia.

(4) Por su parte, debemos confesar que nos sedujo adoptar un esquema –arraigado en Derecho Privado– que distingue la relevancia (juicio de existencia), la validez y la eficacia como elementos separados entre sí. Al respecto, como ya se ha apuntado, nos queda claro que en Derecho Privado la inexistencia y la validez no deben ser confundidas (y por ello compartimos el esquema anterior); sin embargo, como sostendremos en el texto, en ámbito del proceso civil creemos que ambas categorías sí pueden formar parte de la ineficacia estructural. Entre los civilistas que hablan de ineficacia estructural y funcional podemos mencionar los siguientes: BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943 y ZANNONI, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 123 y ss., esp. pp. 125-128.

Al analizar la *vida* de un acto (antes bien, de un hecho) en el mundo jurídico, se transita necesariamente por aquellas tres dimensiones, en ese orden. Primero, se determina si el acto es jurídicamente relevante o irrelevante, es decir, si existe o no jurídicamente (si *es* o *no es*). Así, el análisis “queda circunscrito a saberse si el soporte fáctico suficiente se compone, dando oportunidad a la incidencia. Naturalmente, si hay falta, en el soporte fáctico, de un elemento nuclear, o inclusive uno complementario del núcleo, el hecho no tiene entrada en el plano de la existencia, donde no hay hecho jurídico”⁽⁵⁾.

Luego se transita al siguiente plano: la validez. Nótese que esta categoría solo tiene sentido cuando el acto ya existe jurídicamente, pues es imposible atribuir un juicio sobre la validez a un *no-acto*. Así, la validez del acto se verifica al contrastar la forma cómo fue producido con el soporte fáctico diseñado legalmente para dicho acto. Si es que hay divergencia entre una y otro, entonces estamos ante un **defecto**, que proviene del término *deficio (facio)*, esto es, **mal hecho**⁽⁶⁾. Por esta razón es que toda consideración sobre la validez se ubica en la estructura del acto, por lo que “debe ser examinada contemporáneamente a su formación”⁽⁷⁾. 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 es que 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**⁽⁸⁾.

(5) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988, p. 94.

(6) Como bien lo apunta DIDIER Jr. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. 1ª ed., 3º tiraje, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 13, siguiendo de cerca las lecciones de Pontes de Miranda.

(7) DIDIER Jr. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Ob. cit., p. 13.

(8) En un ensayo reciente (“La declaración jurisdiccional de nulidad en el proceso civil. Cinco tópicos fundamentales”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Normas Legales, Lima, enero de 2011, p. 309), procuramos diferenciar ambas categorías: “El acto viciado y acto nulo no pueden ser confundidos: ambos tienen diferente origen y forma de producción. El acto viciado surge en el mismo instante en que la forma del acto es inobservada. Por el contrario, el acto nulo se da solo con un pronunciamiento de invalidez. Es esta última idea la que desarrollaremos en el presente ítem.

Un acto nulo es un acto que ya ha sido anulado, y la única forma que se dé tal situación es a través de un proveimiento del juez. Las partes son incapaces de determinar la nulidad de un acto; podrán hacer cesar los efectos de ciertos actos, pero jamás por causa de algún defecto estructural. En efecto, la nulidad inserta en el marco de un proceso (y más precisamente en la rama del Derecho Público) *siempre* debe ser declarada, no existe nulidad *ipso iure* o *de pleno derecho* –es decir, una situación de ineficacia estructural– sin que medie pronunciamiento alguno. Las razones que motivan este aserto son principalmente dos:

Finalmente, si el acto existe y es válido, se examina si es eficaz o no, o sea, si es que efectivamente produce los efectos que le fueron asignados por ley o, de ser el caso, por las partes (por ejemplo, cuando se trata de negocios jurídicos). Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones: el acto válido produce efectos per se, con prescindencia de que exista alguna vicisitud posterior que perjudique su producción, puesto que el solo hecho de cumplir con el soporte fáctico que habilita a la producción de las consecuencias previstas, ya es posible percibir la incidencia del acto en la realidad. Pero el acto defectuoso también produce efectos dado que un acto no es inválido hasta que se declara, por lo que es posible concluir que la eficacia no depende exclusivamente de un juicio positivo de validez, sino en realidad de la existencia⁽⁹⁾. Con estas dos consideraciones creemos que se distinguen perfectamente la validez de la eficacia.

Sin embargo, el hecho de aceptar esta percepción triádica del ordenamiento jurídico no invalida en absoluto nuestra propuesta de diferenciar la ineficacia procesal en estructural y funcional, insertando el fenómeno de la inexistencia procesal en el ámbito de la ineficacia estructural. La razón de ello es que se parte de que la inexistencia está vinculada al mismísimo origen del acto, a su propio génesis y, si bien es inadmisibles hablar de un “defecto” de la estructura –porque la inexistencia no genera acto ni estructura alguna– es innegable que aquella es un fenómeno (o, mejor dicho, un *no* fenómeno) que se presenta en el momento en que dicho acto está en proceso de creación. En todo caso, se trata de una opción que hemos tomado para hacer más didáctica nuestra exposición, tal como será visto en las siguientes páginas.

i) por consistir en normas de interés público, las partes no pueden dilucidar si un acto ha sido anulado o no, siendo preciso que la autoridad señale los efectos de la declaración de ineficacia estructural; ii) el acto viciado produce plenos efectos y es preciso que estos sean suprimidos (destituidos) por una decisión judicial del juez competente para ello.

Aquí nos encontramos frente a la *situación de ineficacia*. Esta figura describe perfectamente lo que produce la nulidad: un fenómeno en donde los actos procesales eficaces –y que, inclusive, ya produjeron efectos– devienen en ineficaces, en tanto que estos últimos son suprimidos. Esta situación de ineficacia tiene su particularidad en que se produce por la trascendencia de un defecto estructural en uno o más actos procesales (vicio)”.

(9) En Derecho Privado se acostumbra referir al llamado matrimonio putativo (art. 284 CC) como un acto eficaz pero “inválido” (cfr. ESPINOZA ESPINOZA Juan. *Acto jurídico negocial*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 484). Sin embargo, en dicho ámbito no se acostumbra a distinguir los actos defectuosos de los inválidos, dando a entender que no interesa el pronunciamiento de invalidez del juez para recién considerar a un acto o negocio jurídico como inválido.

II. PRESUPUESTOS, REQUISITOS Y CONDICIONES

Merece atención un interesante desarrollo dogmático de los elementos de los actos que se distinguen en presupuestos, requisitos y condiciones⁽¹⁰⁾. Por cierto, no solo se refiere a los actos jurídicos ni tampoco se restringe a los actos procesales, sino a cualquier **acto** en general, entendido como un **hecho** causado por el hombre, que a su vez se entiende como todo aquello que implica un cambio ocurrido entre dos momentos delimitadores de la vida, es decir, entre lo que se considere como el momento inicial y el momento final de la segmentación de lo continuo de nuestra actividad⁽¹¹⁾. Así, el **acto** es el fragmento de esa continuidad que es la vida del hombre⁽¹²⁾.

Identificados los momentos a quo y ad quem, se hace posible distinguir aquello que posibilitó la ocurrencia del acto, aquello que es generado por este y, además, aquello que hubo entre uno y otro momento (**estructura ejecutiva**). Ya en el ámbito de los **actos** reconocidos por el Derecho se destaca la importancia de la **adecuación** o **tipicidad**, que es la correspondencia entre el supuesto materialmente verificado y el supuesto normativamente exigido, a fin de que se produzcan las consecuencias previstas. Si no hubiere tal correspondencia, habría **inadecuación** o **atipicidad**; sin embargo, ello dependerá de qué tipo de acto se trate. Por ejemplo, en los negocios jurídicos prima la autonomía de la voluntad al punto tal que habría inadecuación si es que las consecuencias del negocio no se corresponden a las queridas por las partes. Ello no ocurre así en los llamados actos jurídicos en sentido estricto, donde el ordenamiento jurídico es el que determina sus consecuencias a alcanzar y, por lo tanto, si es que hay o no adecuación, siendo irrelevante la voluntad manifestada⁽¹³⁾.

Por consiguiente, dependerá de cada acto para determinar si es adecuado o no, es decir, si se corresponde con el **tipo** previsto en la norma. Asimismo, los elementos de cada acto serán distintos, pero no solo ello:

(10) Tesis propuesta por José Joaquim, Calmon de Passos que se encuentra en su magnífico trabajo. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Río de Janeiro: Forense, 4º tiraje, 2009, p. 35 y ss.

(11) CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades*. Ob. cit., p. 20.

(12) *Ibidem*, p. 35.

(13) Las ideas expuestas son de José Joaquim, Calmon de Passos. *Esboço de uma teoria das nulidades*. Ob. cit., p. 26 y ss.

el **nivel de adecuación** del acto dependerá si sus elementos han sido bien configurados o, en todo caso, cuál o cuáles fueron omitidos o realizados defectuosamente, lo cual implicaría su inadecuación.

Así, los **presupuestos** se relacionan con la existencia o inexistencia del acto porque su presencia determina el propio nacimiento de aquel. Si es que no concurren todos los presupuestos del acto entonces este no cumple con el mínimo exigido por el soporte fáctico para ingresar al mundo jurídico, quedando a lo sumo como un acto material⁽¹⁴⁾. Por su parte, los **requisitos** forman parte de la estructura del acto y su presencia es simultánea a este, en el sentido de que se verifican en el mismo momento en que el acto es creado. Finalmente, las **condiciones** tienen que ver con la eficacia, y son elementos que afectan el impacto del propio acto existente y válido en la realidad y, por lo tanto, se presentan en forma sobrevenida a su creación⁽¹⁵⁾.

Como puede verse, la identificación plena entre estas categorías y los planos del fenómeno jurídico antes referidos resulta de gran relevancia para determinar el grado de ineficacia a que un acto puede llegar según exista la omisión de un presupuesto, o la omisión o defecto de un requisito o condición. Y cuando se trata de un acto procesal, cualquiera de

(14) De ahí la diferencia entre inexistencia material e inexistencia jurídica, sostenida por parte de la doctrina y suscrita por nosotros. Así, la inexistencia consiste en una ausencia plena de algún requisito (*rectius*: presupuesto) para que exista un acto procesal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta no existencia es jurídica y no fáctica; es decir, el Derecho no le otorga consecuencias jurídicas a un acto inexistente, sin perjuicio de reconocer que pueden darse consecuencias en el plano real que, inclusive, podrían aparentar ser jurídicas pero están desprovistas de tal calificación. En otras palabras, según Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed. revisada, actualizada y ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157, “se trata de una realidad fáctica que no logró transformarse en jurídica, en función de su disconformidad integral con la hipótesis legal que la regula”.

(15) MITIDIERO, Daniel. “El problema de la invalidez de los actos procesales en el Derecho Procesal Civil brasileño contemporáneo”, trad. de Renzo Cavani Brain. En: Renzo Cavani Brain (coord.). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Normas Legales, Lima, 2010, p. 417, se muestra plenamente de acuerdo con esta propuesta, y afirma lo siguiente: “(...) nos parece conveniente dividir los elementos del acto procesal en presupuestos, supuestos (Calmon de Passos alude a ‘requisitos’) y condiciones. Los primeros determinarían la existencia del acto; los segundos, la validez y los terceros la eficacia. Los presupuestos preceden al acto, mostrándose jurídicamente relevantes en la composición del soporte fáctico (en su suficiencia), al paso que los supuestos participarían de la estructura íntima del acto (Calmon de Passos diría ‘estructura ejecutiva’), convocados para alejar de cualquier deficiencia el soporte fáctico respectivo, quedando a las condiciones, por fin, el papel de otorgar eficacia al acto, integrando el soporte fáctico, dándole eficiencia, identificándose con todo aquello que es posterior al mismo, condicionándole los efectos. De esta forma, tenemos que los presupuestos son precedentes y posibilitan la existencia; los supuestos son concomitantes y proporcionan la validez y las condiciones son posteriores y determinan la eficacia (...)”.

dichas circunstancias es capaz de producir una **situación de ineficacia procesal**⁽¹⁶⁾.

Teniendo en mente estas consideraciones, pasemos a desarrollar el tema anunciado en el título.

III. “PRESUPUESTOS PROCESALES” Y “CONDICIONES DE LA ACCIÓN” EN EL MARCO DE LA VALIDEZ DE LA RELACIÓN PROCESAL

Una de las principales críticas a estas dos instituciones es la terminología. Por un lado, ya hemos visto que hablar de **presupuesto** alude a un hecho que debe darse para que otro **exista**; si aquel no acontece o nunca aconteció, entonces este jamás se dio. Al referirse a presupuestos se habla de lo que “es” o lo que “no es”. Entonces, si se entiende que la competencia, la capacidad procesal y los requisitos de la demanda componen lo que se conoce como “presupuestos procesales”⁽¹⁷⁾, queda claro que esta categoría no refleja auténticos **presupuestos** del proceso o de la relación procesal, sino tan solo **requisitos** para la validez de esta⁽¹⁸⁾.

Por su parte, hablar de “condiciones de la acción” también es impropio si se considera que la **acción** viene a ser el derecho fundamental a obtener una tutela jurisdiccional efectiva y adecuada por parte del Estado, pues semejante derecho no puede ser “condicionado” bajo ningún punto de vista. Según la concepción que impera en nuestro país, las “condiciones de la acción” son la legitimidad para obrar y el interés para obrar, siendo en realidad requisitos para la expedición de un pronunciamiento

(16) En realidad, no es riguroso hablar de una **situación de ineficacia** para el caso de la inexistencia (jurídica), puesto que este **no** hecho no crea nada que al ordenamiento jurídico le interese –de ahí que no le otorga calidad jurídica–. Al ordenamiento jurídico sí le interesa, por el contrario, la situación de ineficacia producida por una declaración de nulidad o por un pronunciamiento de ineficacia funcional. La razón de ello es que esta situación de ineficacia parte de una situación preexistente en donde sí se generaron efectos, gracias a una serie de actos que tenían aptitud para producirlos, es decir, de actos eficaces.

(17) MONROY GÁLVEZ, Juan. “Conceptos elementales de proceso civil”. En: *La formación del proceso civil peruano*. 2ª ed. aumentada, Palestra, Lima, 2004, p. 228 y ss.

(18) No son verdaderos presupuestos porque su eventual omisión se descubre en el mismo proceso, con lo cual se genera una insalvable contradicción lógica. Este razonamiento es por de más conocido en doctrina.

válido sobre el mérito de la cuestión principal del proceso⁽¹⁹⁾ y no “condicionamientos” del derecho fundamental de acción⁽²⁰⁾. Sobre ello no parece haber mayores problemas, aunque, vale decirlo, los propios elementos que componen las “condiciones de la acción” sí ofrecen diversas complejidades.

(19) Esta idea es expuesta por MONROY GÁLVEZ, Juan. “Conceptos elementales...”. Ob. cit., pp. 230 y 231, quien también admite deficiencias en la terminología “presupuestos procesales” y “condiciones de la acción”. Cfr., del mismo autor, “La reforma del proceso civil peruano - Quince años después”. En: *Código Procesal Civil*. Communitas, Lima, 2009, pp. 32 y 33).

(20) Es interesante apreciar por qué en otras latitudes –como Brasil– hablar de “condiciones de la acción” adopta un sentido diverso. En efecto, el *Código de Processo Civil* de 1973 –cuyo autor fue Alfredo Buzaid– identifica el **derecho de acción** como aquel “derecho subjetivo público dirigido contra el Estado, correspondiente al derecho reconocido a todo ciudadano de obtener una sentencia de mérito capaz de componer el conflicto de intereses representado por la litis” (Ovídio Baptista da SILVA. *Curso de processo civil*. Vol. I, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 100; v. también José Maria TESHEINER, *Elementos para uma teoria geral do processo*, São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 100 y ss.). La identificación del derecho de acción como el **derecho a una sentencia de mérito** es una adopción plena de la teoría propuesta por Enrico Tullio Liebman, conocida como la **teoría ecléctica de la acción**, por pretender ser un intermedio entre las teorías concreta y abstracta. De acuerdo con esta teoría, se diferencia la **acción** del derecho de acción en el plano constitucional (derecho de petición), pero también de su relación con un pronunciamiento favorable. Según la doctrina de este autor, el derecho de acción solo existe siempre que se produce un pronunciamiento sobre el mérito –que puede tener cualquier contenido, es decir, ser favorable al actor o al demandado–, y para ello es necesario verificar la concurrencia de ciertos elementos cuya presencia demuestra la existencia de la acción (mérito de la causa), elementos llamados **condiciones de la acción** que son la legitimidad para obrar, el legítimo interés y la posibilidad jurídica del pedido. Vale decir, que si no es posible expedir una sentencia sobre el mérito porque no se cumple con alguna condición de la acción, no hay actividad jurisdiccional, sino tan solo una fase preliminar. En ese sentido, nótese que en la teoría de Liebman las condiciones de la acción sí son verdaderas **condiciones**, cuya confluencia permite un pronunciamiento sobre el mérito (al respecto, es curiosa la similitud con el esquema que impera en el Perú, a pesar que se desconoce casi totalmente la propuesta del maestro italiano). Asimismo, vale decir que la acción es concebida como un derecho abstracto –pues pertenecía a todos los ciudadanos y se dirigía al Estado–, pero no genérico, sino que se encuentra individualizada según la situación que se busca tutelar. Por ello, hablar de **acción condenatoria** refleja exactamente lo que expresa: un pedido para que se condene al demandado lo cual se dará solo a través de una sentencia de mérito. Para una crítica fulminante de la teoría de LIEBMAN, v. Ovídio Baptista da SILVA. *Curso de processo civil*. Vol. I. Ob. cit., pp. 101-110 y DIDIER Jr. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. Ob. cit., p. 208 y ss. con la doctrina allí citada.

El hecho de que esta teoría haya sido acogida en el CPC brasileño y que aún sea aceptada y defendida por destacados estudiosos, no quiere decir que cierto sector de la doctrina brasileña no haya ido más adelante en el afán por delimitar y justificar el uso del vocablo “acción”. Así por ejemplo, es interesante la posición de Fredie DIDIER Jr. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1, 12ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 194; al distinguir una acepción distinta de la *acción*, “como ejercicio de aquel derecho abstracto de accionar (se refiere al derecho fundamental de acción). ‘Acción ejercida’, ‘Acción procesal’, ‘Demanda’, ‘pleito’, ‘causa’, todas esas son palabras sinónimas y poseen el sentido de identificar el ejercicio del derecho abstracto de acción, que en el caso es siempre concreta, porque está relacionada a determinada situación jurídico-substancial. Por la acción procesal, se ejerce el derecho constitucional de acción llevándose a juicio la afirmación de existencia del derecho material (acción en sentido material), hecho que ya revela cómo el estudio de ese instituto se encuentra en el punto de contacto del derecho procesal con el derecho material”. Según este autor, es esta acepción de **acción** la que es utilizada cuando se habla de “acumulación de acciones”, “clasificación de acciones”, “inadmisibilidad de la acción”, etc.

Tal como ha sido estructurado el proceso civil peruano⁽²¹⁾, la indagación sobre la presencia, defecto u omisión de los “presupuestos procesales” y las “condiciones de la acción” se realiza en una fase procedimental que abarca desde el inicio del proceso –con la presentación de la demanda– hasta el auto de saneamiento procesal, fase denominada **postulación del proceso**⁽²²⁾. Así, la actuación del juez y de las partes se dirige con exclusividad a dejar limpio el camino para que, ulteriormente, pueda obtenerse un pronunciamiento sobre el mérito, es decir, que el juez decida sobre el pedido formulado por el actor en su demanda. Si se encontraran defectos en la relación procesal, dependiendo de la gravedad de estos, se invalidará el proceso o se deberá subsanar aquello que pueda ser subsanado. Como ha apreciado el lector, a partir de esta idea ya podemos intuir lo importante que significan todos los elementos de validez de la relación procesal respecto de una teoría que verse sobre la nulidad procesal.

Según la formulación tradicional, los “presupuestos procesales” son aquellos elementos cuya presencia configura una relación procesal válida, mientras que las “condiciones de la acción” están orientadas a obtener un pronunciamiento válido sobre el mérito. Si se aprecia con cierto detenimiento –siempre teniendo en cuenta el diseño del proceso civil patrio– ambos tópicos tienen una función estelar en la postulación del proceso y apuntan exactamente a lo mismo: permitir una decisión sobre el mérito una vez que la relación procesal se encuentre bien hecha, libre de impurezas. Distinguir una y otra según lo que se acostumbra a decir es una teorización absolutamente innecesaria⁽²³⁾.

Entonces, la postulación del proceso persigue dos objetivos: “a) Constatar la validez y sanear la relación procesal para que el juez y las partes se avoquen de allí en más y con exclusividad al examen del mérito del proceso y, b) Si la relación procesal adoleciera de vicios insubsanables, eliminar prematuramente demandas cuyo trámite sería inútil en tanto es imposible la expedición de una decisión válida sobre lo

(21) Queda claro que esta opción legislativa también se aplica a aquellos procesos cuya base es el proceso civil, como el laboral, el contencioso-administrativo, el tutelar, etc.

(22) MONROY GÁLVEZ, Juan. “La reforma del proceso civil peruano”. Ob. cit., p. 28.

(23) *Ibidem*, p. 35.

pretendido en ellas”⁽²⁴⁾. Sobre el particular, estamos de acuerdo con esta estructuración en la que el análisis de la relación procesal precede al examen sobre el mérito del proceso pues, efectivamente, facilita el orden del juzgamiento en el proceso y, sobre todo, busca resolver los aspectos que son requisitos para la decisión de fondo antes que esta –y no conjuntamente–, lo cual significa un significativo paso adelante hacia una tutela efectiva de las situaciones jurídicas materiales.

Asimismo, hay una precisión muy importante que no debe ser dejada de lado: la adopción de la teoría de la relación procesal por el CPC peruano no explica todo el proceso, “pues en un nivel estrictamente operativo, la interposición de la demanda marca el inicio de la relación procesal cuyo propósito esencial es crear las condiciones necesarias para que el juez resuelva el conflicto llevado al proceso”⁽²⁵⁾. La importancia de la discusión sobre la **validez** de la relación procesal –con todos los elementos que la componen: “presupuestos procesales”, “condiciones de la acción”, defensas previas, excepciones, saneamiento procesal, etc.– se orienta a conseguir un juicio sobre lo que se fijó como objeto del proceso. Ello, a nuestro criterio, no quiere decir que luego de haberse dilucidado positivamente la existencia de una relación procesal válida (en el auto de saneamiento), el concepto “relación procesal” ya no tenga utilidad o que sea ajeno a lo que resta del procedimiento; por el contrario, entendiendo que esta relación explica el vínculo entre juez, actor y demandado, su finalización se corresponde con la del propio proceso (al fin y al cabo, **relación procesal** y **proceso**, aquí, son sinónimos). Precisamente como lo señaló la doctrina que venimos siguiendo, se trata del uso de la categoría “relación procesal” en un nivel operativo.

Las dificultades que hemos podido hallar no se encuentran en el esquema propuesto por el CPC. Son dos los inconvenientes que

(24) *Ibidem*, p. 29. Por su parte, según José Carlos, BARBOSA MOREIRA. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 27ª ed. revisada y actualizada, Río de Janeiro: Forense, 2009, p. 52, “en la decisión de saneamiento se contiene: a) un *juicio positivo de admisibilidad* relativa a la acción, en el sentido que el órgano judicial, sea examinando preliminares argüidas por el demandado, sea conociendo *ex officio* de la materia –lo que no solo le es lícito hacer en cuanto a la existencia de compromiso arbitral (...), admite la concurrencia de las condiciones que vuelven legítimo el respectivo ejercicio; b) un *juicio positivo de validez del proceso*, sea por haberse constituido y desarrollado sin vicios, sea por haber sido oportunamente saneados (...) los que existían, sea también porque los por ventura existentes sean irrelevantes a la luz de las reglas esculpidas en los arts. 243 y sgtes”.

(25) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Ob. cit.*, p. 32.

detectamos: *i*) que los defectos u omisiones de los “presupuestos procesales” solo se circunscriben a la invalidez (sin tomar en cuenta el fenómeno de la ineficacia en su conjunto) y *ii*) los “presupuestos procesales” no abarcan todo lo que deberían abarcar. El primer inconveniente genera que, tal como está conceptuada, los pronunciamientos negativos sobre la relación procesal solo tengan como salida a la nulidad procesal, a pesar de presentar vicisitudes que corresponden a otro tipo de ineficacia, desbordando a la categoría de la invalidez. El segundo problema es que la teoría de los “presupuestos procesales” –la que impera en nuestro país– no parece integrar a todos los **verdaderos** presupuestos para la formación del proceso. A partir del siguiente ítem desarrollaremos estas inquietudes y buscaremos alguna solución al respecto.

IV. “PRESUPUESTOS PROCESALES” Y VALIDEZ DEL PROCESO

Los “presupuestos procesales” tradicionalmente considerados son, en realidad, **requisitos de validez**. En efecto, la competencia, la capacidad procesal y los requisitos de la demanda –siempre entendidos según la posición doctrinal imperante– no son auténticos **presupuestos** del proceso por la simple razón que estos se verifican al interior de este. ¿Ello quiere decir que tan solo basta con sobreentender el cambio de terminología? La respuesta es negativa, pues no solo interesa determinar los requisitos de validez de la relación procesal, sino previamente los elementos que determinan su **existencia**⁽²⁶⁾.

Creemos que por “presupuestos procesales” deben entenderse todos aquellos “elementos de existencia, los requisitos de validez y las condiciones de eficacia del procedimiento, aspecto formal del proceso, que es un acto-complejo de formación sucesiva”⁽²⁷⁾. Evidentemente, al hablar de “presupuestos procesales” se hace alusión a una categoría macro, que comprende auténticos **presupuestos** (los de existencia), pero también otros elementos que están referidos a la validez y a la eficacia, que como vimos, que los primeros son **requisitos**; y los segundos, **condiciones**.

(26) Para ello tomamos la sistematización expuesta por Fredie DIDIER Jr. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 229 y ss. Adviértase que no pretendemos “importar” otra teoría –más aún teniendo en cuenta que se formuló en otra latitud– sino ajustar la clásica lección de los “presupuestos procesales” a los requerimientos de nuestra propuesta.

(27) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I, Ob. cit., p. 230.

Asimismo, los “presupuestos procesales” no se limitarían tan solo a explicar la validez de la relación procesal (entendida en su sentido operativo, es decir, como la fase preliminar a la que hicimos referencia), sino, realmente, vendrían a informar todo el procedimiento. He aquí un punto de partida distinto al que se acostumbra a enseñar.

Cabe advertir que en el presente trabajo serán sometidos a análisis los presupuestos de existencia y los requisitos de validez, dejando las condiciones para una próxima investigación.

V. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

En primer lugar, es preciso distinguir los **presupuestos de existencia**⁽²⁸⁾ de los **requisitos de validez**, los cuales serán desarrollados en el siguiente ítem⁽²⁹⁾.

Los presupuestos de existencia son aquellos elementos sin los cuales la relación jurídica no puede **existir**. Aquí no cabe hablar de validez, pues esta solo tiene lugar cuando algo “es”, tratándose pues, de un estadio posterior al del “ser”. Entonces, ¿cuáles son aquellos elementos que son determinantes en el “ser” de la relación jurídica procesal?

En primer lugar, sin actor no hay proceso. Este no puede ser concebido sin un sujeto que exija una conducta al Estado. Esta conducta no es otra que el otorgamiento de una prestación jurisdiccional, y el mecanismo mediante el cual aquella es pedida no es otro que el ejercicio del derecho fundamental de acción, inherente a todo sujeto de derecho por el hecho de serlo. En segundo lugar, tal como se desprende de la afirmación anterior, este sujeto debe dirigir el ejercicio de su **acción** no a cualquier órgano o sujeto: el destinatario es el Estado, personificado en la figura del juez. En tercer lugar, no es suficiente que confluyan actor y juez, pues la

(28) Es precisa una consideración terminológica: **presupuesto de existencia** es una tautología porque, tal como fue destacado en el texto, un **presupuesto** refiere exclusivamente a la **existencia de algo**. Sin embargo, usamos la expresión porque es útil para denotar una diferencia lingüística con los “presupuestos procesales” tradicionales, conforme venimos exponiendo.

(29) Las reflexiones que siguen en el texto están pensadas en la relación procesal; sin embargo, los actos que componen el procedimiento también cuentan con presupuestos de existencia, requisitos de validez y condiciones de eficacia, tal como fue expuesto anteriormente.

materialización de la acción del sujeto se da a través de una demanda. Así pues, si hay actor, juez y demanda, hay proceso.

Podría preguntarse, en este momento, qué ocurre con el demandado, a quien no se dirige la acción sino la demanda propiamente dicha. Al fin y al cabo, podría decirse que la relación jurídica se conforma únicamente a partir de tres polos, ocupados por el actor, el juez y el demandado. No obstante, el hecho jurídico (o, más concretamente, el acto jurídico) que da inicio a la relación procesal es la demanda formulada por el actor, quien ejercita su derecho de acción frente al Estado pidiendo tutela jurisdiccional (más adelante veremos que ello es independiente a lo que efectivamente solicitó en la demanda), sin que el demandado intervenga.

Un ejemplo muy sencillo puede comprobar lo dicho. Un actor interpone demanda de obligación con prestación de dar suma de dinero, la cual es declarada inadmisibles por no indicar el monto del petitorio (arts. 424 inc. 8 y 426 inc. 1 del CPC). Al otorgarse un plazo para subsanar la omisión, la demanda ha sido calificada negativamente y, por lo tanto, no es puesta en conocimiento del demandado (art. 430). No obstante, transcurre el plazo otorgado por el juez sin que se produzca la subsanación, por lo cual la demanda es rechazada (art. 426 *in fine*), y contra este auto de improcedencia, el actor no formula recurso de apelación.

Tenemos aquí que el demandado jamás supo de la demanda del actor. ¿Cabe afirmar, por tanto, que no hubo proceso porque el demandado no intervino? La respuesta es negativa, aunque podría replicarse que el actor, en su demanda, sí configuró la relación procesal pues indicó quién era el demandado, lo cual demostraría que aquella sí existe solo a partir de la fijación de los tres elementos (actor, juez y demandado). A su vez, nosotros duplicamos: ¿puede afirmarse que la sola mención de la persona del demandado por parte del actor es suficiente para que este ya integre **efectivamente** la relación procesal? Nuevamente la respuesta es negativa. ¿Qué sucede si la persona señalada por el actor como demandada no existe? ¿Acaso la "fijación" del polo pasivo de la relación procesal basta para que realmente el sujeto que supuestamente la integra ya forme parte del proceso? Esto, nos parece, es ficción pura.

Si bien el proceso es un conjunto dialéctico de actos, no es razonable sostener que la figura del demandado es imprescindible para la existencia

de la relación procesal. Nótese bien que no queremos decir que esta surta todos sus efectos a espaldas del demandado. Siendo el proceso un procedimiento en contradictorio, es inconcebible que este se mantenga unilateralmente; pero si observamos su génesis misma, puede concluirse que surge a partir de la demanda del actor, ejercitando su acción frente al juez⁽³⁰⁾. Una razón más alimenta nuestra posición: aquel demandado a quien se le siguió un proceso sin tener conocimiento de este, cualquier decisión que se adopte –incluida la sentencia, con prescindencia si llega a adquirir cosa juzgada o no–, no surtirá efectos respecto de él. Así, el proceso **existe**, pero no es **eficaz** respecto del demandado⁽³¹⁾.

Entonces, tenemos que actor, juez y demanda son los elementos sine qua non que dan origen al proceso. Los dos primeros vendrían a ser elementos subjetivos, mientras que el segundo sería el elemento objetivo. No obstante, los tres elementos deben cumplir con ciertas características.

En primer lugar, el actor debe contar con capacidad para ser parte, cual es la “aptitud para (...) ser sujeto de la relación jurídica procesal (proceso) o asumir una situación jurídica procesal. De ella están dotados todos aquellos que tengan personalidad material o sea, aquellos que pueden ser sujetos de una relación jurídica material (...) Se trata de una noción absoluta: no se concibe en alguien que tenga media capacidad de ser parte; o se tiene o no se tiene personalidad judicial”⁽³²⁾. Así, es preciso que el actor sea una persona natural, concebido, persona jurídica, patrimonio autónomo, sociedad de hecho, órganos del Estado, etc., pero no podría ser, por ejemplo, un animal o un muerto. En efecto, no se puede concebir la existencia de una relación procesal si el actor “no es”. Resulta

(30) De la misma opinión es Fredie DIDIER Jr. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 230: “La relación jurídica procesal existe sin demandado; para él, sin embargo, solo tendrá eficacia, solamente podrá producir alguna consecuencia jurídica, si fuera válidamente citado”. En sentido radicalmente distinto piensa Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*. Ob. cit., pp. 52 y 53, para quien la existencia de la citación (emplazamiento) es un “presupuesto procesal de existencia”; y la validez de la citación, un “presupuesto procesal de validez”. Según la autora, “el proceso es relación jurídica que se forma gradualmente y, aunque puede haberse formado entre el actor y el juez, no habrá proceso en relación al demandado mientras este no sea citado”. Y contra la objeción de la existencia de actos practicados por el juez antes de la citación, la autora dice que “el hecho de **practicarse actos** no significa que el **contexto** en que se hayan practicado sea **jurídicamente calificable** como un proceso” (las cursivas son del original). Esto significa, en otras palabras, que la existencia *jurídica* (y no simplemente material) de los actos realizados antes de la citación está **condicionada** a que esta exista.

(31) En el mismo sentido, José María TESHEINER. *Pressupostos processuais*, cit., p. 24.

(32) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 233.

indispensable que este cuente con capacidad para ser parte; lo contrario sería que el actor descalifique como sujeto para conformar la relación procesal y, por lo tanto, esta no podría siquiera existir.

Al respecto, véase cómo la formulación tradicional de los "presupuestos procesales", como elementos para la **validez** de la relación procesal, comprende a la capacidad procesal (que, en efecto, es un requisito de validez como veremos más adelante), dentro de la cual se acostumbra a distinguir la capacidad para ser parte que, por cierto, es reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico⁽³³⁾. Pero la distinción de ambas categorías en el plano de la validez es, a nuestro criterio, equivocada. Esto será aclarado al hablar sobre la capacidad procesal.

En cuanto al juez, este debe detentar la función jurisdiccional. Así, "son no jueces: aquel que no fue investido de jurisdicción por la posesión del cargo, en virtud de nombramiento o concurso; aquel que, a pesar que haya realizado concurso o haya sido nombrado, aún no tomó posesión; el magistrado jubilado o en disponibilidad"⁽³⁴⁾. En efecto, no se puede concebir la existencia de la relación jurídica en la que el Estado no interviene; no hay presencia estatal cuando un juez no puede ejercer jurisdicción, por cualquier razón que fuere. Así, un supuesto muy común de inexistencia, reconocida por buena parte de la doctrina (aun no adoptando el esquema que venimos desarrollando) es la interposición de una demanda ante un sujeto particular. Como resulta claro, no puede haber proceso sin órgano jurisdiccional⁽³⁵⁾, el ordenamiento descalifica completamente esta situación.

Finalmente, nos encontramos con la existencia de una demanda o, en términos más específicos, el acto inicial del procedimiento que introduzca el objeto de la decisión. En este caso, la demanda "debe ser comprendida como continente (el acto de pedir) y no como contenido (aquello que se pide). El acto de pedir es necesario para la instauración de la relación

(33) Dice el artículo 57 CPC: "Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionalmente autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material de un proceso".

(34) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 234.

(35) Como ya lo advertimos, los actos que integran el procedimiento también cuentan con presupuestos para su existencia. Uno de ellos, común a todos, es la existencia de un juez con jurisdicción. Así por ejemplo, si un juez es destituido y, luego que la resolución que lo destituye es eficaz, emite un acto, este es jurídicamente inexistente.

jurídica procesal –es su hecho jurídico”⁽³⁶⁾. Así, la **demanda** debe ser entendida aquí como el ejercicio del derecho de acción y no como **pedido** ni tampoco como el instrumento en donde consta la demanda (**escrito de demanda o petición inicial**)⁽³⁷⁾. La importancia de la demanda es notoria: si el actor no pide tutela jurisdiccional, no puede haber ningún vínculo entre aquel y el Estado.

En síntesis, para que exista la relación jurídica-procesal es preciso que un sujeto con capacidad para ser parte solicite tutela jurisdiccional al Estado, personificado por el juez, quien deberá estar investido de jurisdicción. Estos son los **presupuestos de existencia**, los cuales se pueden clasificar en **subjetivos y objetivos**; los primeros conciernen al actor y al juez, mientras que la demanda integra al segundo.

1. Ineficacia procesal y presupuestos de existencia

¿Cuál es la importancia de los presupuestos de existencia en el fenómeno de la ineficacia procesal? Ya hemos visto que se distinguen los planos de existencia, invalidez y eficacia, pero cuando alguno de estos hechos tiene su manifestación en el proceso, los dos primeros forman parte de la ineficacia estructural, mientras que el ámbito de la eficacia se identifica con la ineficacia funcional. Ahora, si bien inexistencia e invalidez comparten una misma categoría, sus elementos, configuración y consecuencias no pueden ser confundidos.

Al conceptualizar los presupuestos de existencia de la relación jurídica-procesal, hemos querido reflejar los supuestos en que esta no puede ser concebida. Si se diera alguna omisión de estos elementos nos encontramos frente al fenómeno de la inexistencia jurídica en el ámbito del

(36) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 234.

(37) “Se llama demanda al acto por el cual alguien pide al Estado la prestación de la actividad jurisdiccional. Por la demanda comienza a ejercerse el derecho de acción y se da causa a la formación del proceso (...). A través de la demanda, la parte formula un *pedido*, cuyo tenor determina el objeto del litigio y, consecuentemente, el ámbito dentro del cual toca al órgano judicial decidir la lid (...). Al proferir la sentencia de mérito, el juez acogerá o rechazará, en todo o en parte, el pedido del autor (...). Instrumento de la demanda, en el sistema del Código, es la *petición inicial*, en que el autor formula por escrito el pedido (...) Al interponer la demanda, el autor *pide* al órgano judicial que tome determinada providencia: declare la existencia o la inexistencia de una relación jurídica, anule este o aquel acto jurídico, condene al demandado a pagar tal o cual importe, a practicar o dejar de practicar cierto acto, etc.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*, 27ª ed. revisada e atualizada. Forense, Río de Janeiro, 2009, pp. 11 y 12).

Derecho procesal. El tratamiento de esta categoría y de la invalidez es muy distinto, por lo cual deben darse respuestas distintas que se adecuen a las vicisitudes propias de cada manifestación de la ineficacia.

En este punto, queda claro que la teoría de los "presupuestos procesales" imperante en el Perú no ha prestado la debida atención a los **presupuestos** de la relación procesal, no permitiendo que los elementos de existencia del proceso sean debidamente identificados.

VI. REQUISITOS DE VALIDEZ

Una vez definidos los presupuestos de existencia de la relación procesal, corresponde ahora hablar de sus requisitos de validez, los cuales pueden ser **subjetivos** u **objetivos**. Dentro de los primeros tenemos aquellos referidos a los polos activo y pasivo de la relación jurídica (partes, representantes, abogados, que son la **capacidad procesal** y la **capacidad postulatoria**. Asimismo, son requisitos de validez objetivos la **competencia** y la **imparcialidad**, los cuales atingen al órgano jurisdiccional.

Por su parte, también tenemos los requisitos intrínsecos y todos aquellos elementos que componen los **requisitos extrínsecos** o también (mal) llamados **presupuestos procesales negativos**.

Vayamos en orden.

1. Requisitos de validez subjetivos

En primer lugar tenemos la **capacidad procesal**, exigencia atribuible no solo a las partes, sino también a sus representantes, e inclusive a sus abogados. Se trata de aquella aptitud para realizar actos procesales válidos y eficaces por uno mismo, es decir, sin depender de ningún otro sujeto. Las diferencias entre la capacidad procesal y la capacidad para ser parte en el proceso surgen a la vista, más allá que una sea un requisito de validez y la otra presupuesto de existencia: el actor siempre debe contar con capacidad para ser parte, pero puede no tener capacidad procesal⁽³⁸⁾.

(38) "La capacidad procesal presupone la capacidad de ser parte. Es posible tener capacidad de ser parte y no tener capacidad procesal; la recíproca, sin embargo, no es verdadera" (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 234).

En este caso particular, requerirá necesariamente que otro sujeto realice los actos procesales en su nombre, como por ejemplo uno de los padres o el tutor como representante legal de un niño incapaz; el curador respecto de la persona incapaz; etc⁽³⁹⁾. Queda claro que quien actúe en nombre del incapaz procesal debe contar con capacidad procesal⁽⁴⁰⁾.

El segundo requisito de validez de la relación procesal es la **capacidad postulatoria (ius postulandi)**. Para comparecer correctamente al proceso no basta que las partes cuenten con capacidad para ser parte ni tampoco con capacidad procesal. Es preciso que la práctica válida de los actos procesales sea a través de una capacidad técnica⁽⁴¹⁾, que habilita al sujeto que cuenta con ella a actuar válidamente. ¿Quiénes cuentan con capacidad postulatoria? En nuestro país la tienen los abogados, los fiscales, los procuradores públicos y todas aquellas personas a quienes la ley le faculta actuar directamente, esto es, en los casos en los que la defensa cautiva no es exigida⁽⁴²⁾. Respecto a los abogados, vale decir que no todos ellos cuentan con capacidad postulatoria, pues es preciso cumplir con los

(39) Citando un caso de un niño incapaz en donde su madre actúa por él, Juan MONROY GÁLVEZ, “Conceptos elementales de proceso civil”. Ob. cit., p. 229, señala lo siguiente: “En un proceso quien es parte material es parte procesal, normalmente. Sin embargo, bien puede ser que por razones de imposibilidad (como en el caso antes descrito), por razones de economía procesal (varias personas en calidad de demandante o demandada) o por razones de conveniencia, quien es parte material no desee participar en un proceso. En cualquier de estos casos, es imprescindible el uso de otro instituto que se conoce con el nombre de representación procesal”.

(40) A esto se refiere el artículo 446 inciso 2 CPC, cuando permite al demandado denunciar la incapacidad del demandante o de su representante a través de una excepción y, si esta fuera declarada fundada, que se suspenda el proceso hasta que el actor incapaz comparezca al proceso legalmente asistido o representado (artículo 451 inciso 1).

(41) “Algunos actos procesales, sin embargo, además de la capacidad procesal, exigen del sujeto una capacidad técnica, sin la cual no es posible su realización válida. Es como si la capacidad, requisito indispensable para la práctica de los actos jurídicos, fuese bipartida: a) capacidad procesal; b) capacidad técnica. A esa capacidad técnica se da el nombre de capacidad postulatoria. Resáltese: hay actos procesales que no exigen la capacidad técnica (por ejemplo, el acto de testificar y el acto de indicar bienes para el embargo); la capacidad postulatoria solamente es exigida para la práctica de algunos actos procesales, los postulatorios (por los cuales se solicita del Estado-juez alguna providencia)” (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 237). Al respecto, Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 50, señala que en vez de capacidad postulatoria, debería aludirse a *legitimidad postulatoria*, no solo para superar posibles confusiones entre capacidad y legitimidad, sino también “porque no basta haber un abogado, *genéricamente* habilitado para el ejercicio de la abogacía, actuando en el proceso. Es necesario que sea procurador del *actor*, por tanto, *legitimado* frente a la *situación concreta*”. Sea uno u otro término, la idea es que, en la gran mayoría de casos, no basta con la capacidad para ser parte ni tampoco con la capacidad procesal para actuar válidamente en el proceso.

(42) Es el caso del proceso de alimentos (artículo 424 inciso 11 CPC, y el artículo 164 del Código de los Niños y Adolescentes), del proceso de hábeas corpus (artículo 26 del Código Procesal Constitucional), de los procesos laborales conforme al artículo 16 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497), entre otros.

requisitos previstos en el artículo 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual habla de los requisitos del patrocinio: *i*) que hayan obtenido el título de abogado; *ii*) que ejerzan sus derechos civiles; *iii*) tener inscrito el título profesional en la Corte Superior correspondiente; y *iv*) estar colegiado. Asimismo, de acuerdo al artículo 286, no puede ejercer patrocinio el abogado quien *i*) ha sido suspendido en el ejercicio de la abogacía por sentencia firme; *ii*) ha sido suspendido por el Colegio donde encuentra inscrito o se halle inhábil por alguna otra razón; *iii*) ha sido inhabilitado para ejercer la abogacía por sentencia firme; *iv*) dentro de los cinco años siguientes a la aplicación de la sanción de destitución de un cargo público; y *v*) se encuentre cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por sentencia condenatoria firme. Puede verse claramente que el ordenamiento jurídico ha establecido requisitos muy severos en cuanto a la capacidad postulatoria de los abogados⁽⁴³⁾.

(43) Gran parte de la doctrina brasileña —así como una importante tendencia jurisprudencial de dicho país— no ha formulado mayor reparo al concluir que la capacidad postulatoria es un auténtico presupuesto de existencia. La razón de ello radica en el artículo 37 del CPC brasileño: “Sin instrumento de mandato, el abogado no será admitido a procurar en el juicio. Podrá, sin embargo, en nombre de la parte, intentar acción, a fin de evitar la caducidad o prescripción, así como intervenir, en el proceso, para practicar actos reputados urgentes. En estos casos, el abogado se obligará, independientemente de la caución, a exhibir el instrumento de mandato en el plazo de 15 (quince) días, prorrogable por otros 15 (quince), por despacho del juez. Párrafo único. Los actos no ratificados en el plazo, serán tenidos por inexistentes, respondiendo el abogado por costas y pérdidas y daños”. Así, según el texto literal de la ley, los actos realizados por el abogado sin poder y que no fueron ratificados en el plazo establecido, serán tenidos por inexistentes. La interpretación es estrictamente legalista y no colisionaría con el artículo 4 del Estatuto de Abogados de Brasil (Ley N° 8906 del 4 de julio de 1994), el cual señala: “Son nulos los actos privativos de abogado practicados por persona no inscrita en la OAB, sin perjuicio de sanciones civiles, penales y administrativas. Párrafo único. Son también nulos los actos practicados por abogado impedido —en el ámbito del impedimento—, suspendido, licenciado o que pasara a ejercer actividad incompatible con la abogacía”. La razón de esta no colisión sería porque esta norma habla de nulidad, mientras que la otra, de inexistencia (esta es la posición de Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., pp. 50-51). No obstante, esta tesis no puede ser aceptada. Vale la pena dar a conocer las objeciones de Fredie DIDIER Jr. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., pp. 239-240, que sintetizamos a continuación: *i*) Existe capacidad postulatoria porque es el abogado quien actúa; lo que falta es el medio probatorio que acredite la representación, es allí donde está el vicio, el cual es subsanable; *ii*) es ilógico hablar de “ratificación” de un acto inexistente; *iii*) es ilógico colocar al proceso inexistente como soporte fáctico del deber de indemnizar; *iv*) esta interpretación da como resultado una situación similar a la instauración del proceso por una parte ilegítima, tal como si el abogado estuviera discutiendo un derecho ajeno al de su cliente; y *v*) todo aquello que acontece después de la producción del acto (como la exigencia para que surta efectos jurídicos) opera en el plano de la eficacia; en este caso, el acto surte efectos estaría sujeto a condición resolutoria.

Por nuestro lado, creemos que la norma del CPC brasileño en cuestión es claramente deficiente pues genera zozobras en la doctrina, al punto tal de equiparar la exigencia de jurisdicción o la existencia del pedido con la exigencia de ratificación de los actos realizados por abogado sin poder. Nosotros no tenemos un dolor de cabeza similar, pues el artículo 425 inciso 2 del CPC establece que es un anexo de la demanda el documento que contiene el poder para iniciar el proceso cuando se actúe por apoderado; y el artículo 426 inciso 2 dispone que, si no se acompañaran los anexos exigidos por ley, la demanda será declarada inadmisibile (con posibilidad de ser subsanado el vicio).

Por su parte, es evidente aquí que nos desviamos de la clásica lección de los “presupuestos procesales”. Aunque alguien podría decir que los **requisitos de la demanda** integran esto que venimos diciendo, ello se desmiente al apreciar que el requisito al cual se hace referencia es la **firma de la parte, su apoderado o del abogado**, pero no se hace alusión a la capacidad postulatoria misma.

Sobre el tema, más bien, es relevante el artículo 132 del CPC: “El escrito debe estar autorizado por Abogado colegiado con indicación clara de su nombre y número de registro. De lo contrario no se le concederá trámite”. Aquí el supuesto es claro: aquellos escritos que deban estar autorizados por abogado no podrán ser ingresados al sistema si no cuentan con estas exigencias. De igual manera, si el juez lo recibe deberá rechazarlo y no proveerlo, pues la parte que lo suscribe no tiene capacidad postulatoria. Pero el tema pasa por advertir qué sucede si el escrito genera efectivamente un acto procesal, debido a que el juez así lo permitió. Entonces, aquí se produce un vicio del acto, el cual podría producir una nulidad; no obstante, su efectiva producción dependerá del caso concreto.

La mejor manera de explicar la forma en que confluyen las tres capacidades es el proceso de alimentos. Imaginemos que una madre de 14 años demanda el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor de su hijo extramatrimonial. Observamos que el niño (que es el demandante) cuenta con capacidad para ser parte en el proceso, pero es procesalmente incapaz, por lo cual su madre viene a ser su representante legal. Ella, por su parte, cuenta con capacidad procesal dado que puede actuar en el proceso sin necesidad de ser asistida o representada⁽⁴⁴⁾ y, también, con capacidad postulatoria pues no requiere de abogado para participar válidamente.

(44) No es correcto identificar la capacidad procesal con la capacidad de ejercicio del Derecho Civil, aunque en muchos casos aquella está condicionada por la existencia de esta. Así, un incapaz judicialmente declarado (incapaz relativo) es procesalmente incapaz, ocurriendo lo mismo con un menor de edad; sin embargo, sería un error establecer una similitud entre ambas categorías. El caso de los alimentos es un ejemplo de ello, pues los padres sí tienen capacidad procesal aunque no capacidad de ejercicio (que puede ser adquirida por las causas establecidas en el artículo 46 del CC). Asimismo, existen reglas particulares de capacidad procesal respecto de la curaduría procesal, lo cual se limita estrictamente al proceso (artículo 61 del CPC y a los que se remite). Puede concluirse entonces, como bien lo hacen Juan MONROY GÁLVEZ. “Conceptos elementales de proceso civil”, *cit.*, p. 228 y Fredie DIDIER Jr. *Curso de derecho processual civil*. Vol. I, Ob. cit., p. 237, que la capacidad procesal la determina la propia norma procesal, siendo un concepto autónomo e inconfundible con la capacidad de derecho material.

Para concluir este tema, es preciso indicar que quien posee efectivamente capacidad postulatoria, siempre cuenta también con capacidad procesal.

2. Requisitos de validez objetivos

Los requisitos de validez objetivos son la competencia y la imparcialidad, ambos como exigencias legislativas del derecho fundamental a un proceso justo, más concretamente del derecho a un juez natural. A continuación expondremos ambos requisitos, con un énfasis especial en el segundo de ellos puesto que, como dijimos al inicio de este capítulo, no es nuestra intención desarrollar a profundidad los conceptos pertenecientes a la teoría general del proceso, sino solo para lo que fuera de utilidad en el tema materia de investigación. Por consiguiente, procuraremos no detenernos en demasía al hablar de la competencia, el primer requisito de validez objetivo.

Se acostumbra definir la competencia como la aptitud para el ejercicio válido de la jurisdicción; sin embargo, se trata más bien del ejercicio de la jurisdicción según los límites diseñados por el ordenamiento jurídico. Los criterios para establecer la competencia varían, y la justificación de ello responde casi con exclusividad a un orden deseable respecto a la forma cómo los órganos detentan la función jurisdiccional, lo cual dependerá de cada ordenamiento.

La distribución de la competencia se da desde la Norma Fundamental hasta las normas infralegales. En el Perú, por ejemplo, la Constitución reconoce que el fuero militar y arbitral como competencias distintas de lo que se conoce como "jurisdicción ordinaria" (artículo 139 inciso 1)⁽⁴⁵⁾, y

(45) La impropiedad terminológica contenida en esta norma constitucional es clamorosa, puesto que jurisdicción, como manifestación del poder estatal, es una sola, porque este es uno solo. Esta constatación se desprende de conceptos elementales que pueden encontrarse en cualquier manual de ciencia política. De esta manera, es equivocado hablar de "jurisdicciones" cuando se refiere a **competencias**. No es que haya una **jurisdicción ordinaria** al lado de una **jurisdicción arbitral**; sencillamente se trata de jueces pertenecientes a distintos ámbitos con competencias distintas. Por otro lado, aunque no es momento para profundizar, es inadmisibles hablar de "jurisdicción arbitral" puesto que el arbitraje no puede ostentar dicha calidad. En efecto, tal como señala Juan José MONROY PALACIOS, "Arbitraje, jurisdicción y proceso". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. X, Lima: Communitas, 2008, pp. 143 y 144, el principio de **unidad de la jurisdicción**, "lejos de aplicarse solo a los jueces que conforman la estructura del Poder Judicial, admite además la existencia de otros jueces estatales, siempre y cuando la referida unidad se expresa en alguna de sus dos especies: a) que haya *unidad orgánica*, como el caso de la 'justicia militar',

además confiere al Tribunal Constitucional diversas competencias, como conocer en grado único los procesos de inconstitucionalidad y el conflicto de competencias o atribuciones, o juzgar en último grado las resoluciones denegatorias en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento (art. 202). Por su parte, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Civil pueden encontrarse innumerables normas que diseñan criterios de atribución de competencia. Finalmente, las resoluciones expedidas por los órganos administrativos del Poder Judicial son muy importantes en determinar competencias, como fue el caso de la creación de la subespecialidad comercial dentro de los juzgados civiles de Lima en el año 2005.

Se acostumbra diferenciar la competencia en absoluta y relativa según el **interés** predominante⁽⁴⁶⁾. Así, sin perjuicio de los criterios adoptados en cada ordenamiento jurídico, las normas que consagran una competencia absoluta se corresponden con el interés público; por el contrario, las que se refieren a la competencia relativa contienen un interés privado. En efecto, en las primeras no hay ningún tipo de disponibilidad por el juez ni por las partes, consistiendo en cualidades con que debe estar necesariamente premunido el juez que dirige el proceso. Por su parte, la competencia relativa permite que el juez adolezca de ella, y otorga a las partes la posibilidad de modificarla o, inclusive, aceptar a un juez relativamente incompetente, precluyendo así la oportunidad de cuestionarla en el futuro. La incompetencia relativa no puede ser invocada de oficio.

En nuestro país, la competencia absoluta está compuesta por la materia, el grado, la cuantía y el territorio, cuando este fuera improrrogable (art. 35 del CPC); mientras que la competencia relativa se identifica

sobre la cual es imperativo que se creen fórmulas de control efectivo por parte de la jurisdicción ordinaria; o *b) unidad sustancial*, representada por una necesaria homogeneidad entre jueces ordinarios y especiales, como los que conforman el Tribunal Constitucional. En efecto, unos y otros no solo resuelven controversias, sino que ejercen funciones públicas y poseen el imperio necesario para que sus decisiones adquieran la autoridad de cosa juzgada y sean susceptibles de ejecución. A estas alturas se habrá advertido que el arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a esta y además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio de unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo de postula ello”.

(46) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de derecho procesal civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 127 y ss.

únicamente con el territorio⁽⁴⁷⁾. Si un juez es absolutamente incompetente el proceso debe ser declarado inválido, concluido sin declaración sobre el mérito e improcedente la demanda (arts. 36 y 451, inc. 5, del CPC)⁽⁴⁸⁾. Esta incompetencia puede ser atacada por excepción pero la gravedad del vicio exige que el juez la declare de oficio.

Si el juez a quien el actor dirige su pedido de tutela jurisdiccional es relativamente incompetente el demandado podrá cuestionar la incompetencia, excluyentemente, por excepción o a través de una contienda de competencia. En cualquier caso, si prospera alguno de los remedios señalados la solución no será la invalidez sino la remisión de los actuados al juez competente, esto se conoce como **traslación**. Por su parte, si el interesado no recurre a ninguno de los mecanismos señalados habrá prórroga tácita de la competencia y no podrá ser cuestionada más adelante⁽⁴⁹⁾.

Para finalizar sobre este tema, es correcto afirmar que la competencia es al juez como la capacidad procesal a la parte, no necesariamente solo por el hecho de ser ambos requisitos de validez sino porque constituyen elementos consustanciales a cada uno de dichos sujetos. La importancia de ambos requisitos es tal que su correcta presencia es un factor condicionante de la idoneidad de los actos del procedimiento.

Al lado de la competencia, la imparcialidad es un requisito de validez, más que de la relación procesal, de los actos practicados que estén afectados de parcialidad. Aunque no está expresamente contemplada

(47) En efecto, hay casos en donde la competencia territorial es improrrogable y, por tanto, se vuelve absoluta. En nuestro CPC hay varios ejemplos de ello, como el caso del juez del domicilio en materia sucesoria (art. 19).

(48) Como cuestión adicional, esta solución normativa no es la misma en el derecho brasileño. Así, el artículo 113 § 2 del CPC dispone que "declarada la incompetencia absoluta, solamente los actos decisivos serán nulos, remitiéndose los autos al juez competente". A nuestro criterio, esta norma (que debería estar consagrada en nuestro CPC) refleja la preocupación del legislador brasileño por hacer pervivir al máximo posible los actos procesales, limitando la irradiación de los efectos de la declaración de nulidad. Véase cómo a pesar de un vicio tan grave como la incompetencia absoluta, aun es posible hacer prevalecer el principio de instrumentalidad de las formas.

(49) Según los artículos 25 y 26 del CPC, hay prórroga convencional cuando las partes se someten a un juez distinto al que corresponde, siempre que sea un caso de competencia relativa. Por su parte, hay prórroga tácita para el demandante cuando este plantea su demanda ante el juez relativamente incompetente; y para el demandado, cuando no formula excepción o contienda de competencia.

en nuestra Constitución (pero sí en el Pacto de San José⁽⁵⁰⁾) el principio de imparcialidad está contenido en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y viene a ser una de las máximas garantías con que cuentan los justiciables para ver solucionado su conflicto de intereses. Asimismo, constituye uno de los deberes que debe cumplir el Estado (personificado en el juez) para lograr con los objetivos del sistema de impartición de justicia. De la misma manera, la parcialidad en el juez bien puede ser la mayor traición a su propia función dado que de la propia definición de jurisdicción se tiene que quien resuelve el conflicto es un tercero imparcial.

Según una autorizada doctrina, “la imparcialidad debe ser entendida en el sentido: a) que existan partes, un actor y un demandado; b) que el juez no sea una de ella, pues nadie es juez en causa propia (*nemo iudex in rem suam*); c) que el juez sea ‘independiente’, esto es, no subordinado ni al actor ni al demandado; lo que implicaría, en último análisis, la transformación de una de las partes en juez. Jurisdicción implica, pues, heterorregulación: regulación de relaciones extrañas al juzgador; no de relaciones en que sea parte”⁽⁵¹⁾.

Entonces, ¿en qué casos habría parcialidad? Entendiendo que la idoneidad del juez reside en no encontrarse envuelto en el conflicto de las partes ni que pueda existir algún factor o conducta que haga dudar de su imparcialidad ni que lo haga obrar en forma parcial puede haber muchísimos casos en donde se verifique que el juez ve afectado su juicio y, efectivamente, actúa con parcialidad. Ciertamente, todo dependerá del caso concreto, más aún cuando la imparcialidad proviene, por lo general, de conductas ilícitas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en este ítem no estamos hablando de aquellas circunstancias que hagan sospechar que la imparcialidad del juez podría verse afectada, aquí se trata de actos concretos en donde el juez habría incurrido en parcialidad y que determinarían la invalidez de dichos actos. Las hipótesis son distintas pues, tal como se

(50) Artículo 8. Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...).

(51) TESHEINER, José María. *Elementos para una teoría general do processo*. Ob. cit., p. 37.

encuentra diseñado nuestro sistema procesal, mientras que para combatir las circunstancias que podrían hacer dudar de la imparcialidad del juzgador hay mecanismos como la recusación y la abstención; en los casos en que existen actos realizados por un juez parcial se busca eliminarlos y, posteriormente, renovarlos. Esto último es a lo que nos referimos cuando ubicamos a la imparcialidad como requisito de validez del procedimiento.

Se trata de dos remedios procesales muy distintos. En efecto, el artículo 305 del CPC establece causales taxativas de impedimento que constituyen un auténtico deber para aquel juez que incurre en alguna de ellas, deber que consiste en apartarse del proceso y remitirlo al juez que deba reemplazarlo (art. 306 del CPC). Asimismo, el artículo 307 del CPC establece diversas causales las cuales, en caso el juez se encuentre inmerso en alguna de ellas, la parte puede recusarlo y apartarlo del proceso⁽⁵²⁾. Si el juez acepta la recusación, al igual que el impedimento, debe excusarse de seguir interviniendo en el proceso y remitir el expediente a quien deba reemplazarlo (art. 310 del CPC).

Como puede verse aquí la invalidez no interviene. Lo que es más, el CPC no establece expresamente que los actos afectados de imparcialidad constituyan un vicio ni mucho menos sean pasibles de ser declarados nulos y, de tal manera, eliminar sus efectos. A pesar de este claro vacío legal creemos que ello no sea un óbice en el planteamiento de salida de la invalidez.

No obstante, alguien aun podrá decir que la solución del CPC sobre la imparcialidad judicial se restringe a la sola remisión del expediente en caso que el juez se aparte del proceso vía impedimento o abstención, o que la recusación prospere. Pongamos el siguiente ejemplo: Un juez es plenamente conciente que se encuentra impedido porque mantiene vínculo consanguíneo con el actor, y obra con plena parcialidad hasta que saneó el proceso, momento donde "advierte" su impedimento. ¿Qué sucede con todos los actos emitidos por este juez? ¿Basta con una simple remisión del proceso a otro juez y problema resuelto?⁽⁵³⁾ Queda claro que esta

(52) Cabe resaltar que el artículo 312 del CPC autoriza a las partes a formular recusación contra un juez que no ha cumplido con el deber de apartarse del proceso si incurre en alguna causal de impedimento.

(53) Compartimos plenamente lo dicho por Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*. Ob. cit., p. 210, cuando critica su legislación y propone algunas soluciones al respecto: "La

solución carece del mínimo de ética exigida por el ordenamiento jurídico en la impartición de justicia.

Es así que, partiendo desde un punto de vista a nivel legislativo creemos que no basta con remitir el proceso a otro juez, que el original incurre en impedimento o es recusado. Los remedios del impedimento, la recusación y la abstención responden a una perspectiva de parcialidad **in abstracto**, independientemente de lo que haya acontecido con determinados actos. Son mecanismos por los cuales un juez puede apartarse del proceso, remitirlo para que otro juez lo tramite y así garantizar el principio constitucional de imparcialidad de ese momento en adelante. Pero al lado de aquellos remedios se encuentra la solución que el Derecho (no necesariamente la legislación) ofrece para los actos emitidos por un juez parcial, la cual no es otra que la posibilidad de invalidarlos. Todos los actos jurisdiccionales deben encontrarse premunidos de imparcialidad y, como se comprenderá mejor cuando tratemos sobre el vicio, cuando esta se encuentre ausente, el acto padecerá un defecto en su estructura que permitirá su invalidez.

3. Requisitos de validez intrínsecos y extrínsecos

Ya hemos visto con relativa profundidad lo que significa **formalismo** en el proceso civil. En forma idéntica a la manera como fue conceptualizado, Fredie Didier Jr., lo adopta para definir a los requisitos intrínsecos de validez: respeto al formalismo procesal⁽⁵⁴⁾. Así, si este es vulnerado entra a tallar la nulidad procesal. No obstante, tal como hemos señalado esta categoría se limita a la contravención de la forma en sentido estricto, la

solución de la ley debería ser por lo menos igual a la dada para la incompetencia absoluta: nulos los actos decisorios. Pero, textual y literalmente, no es. El único acto decisorio que el juez impedido no puede practicar, por la letra de la ley, es proferir sentencia, que será nula, cabiendo, inclusive, contra ella, acción rescisoria. A otra conclusión se llega, sin embargo, por interpretación sistemática y teleológica, a la luz de lo que dispone el artículo 134 del CPC. Según este dispositivo legal, en el caso del impedimento 'está prohibido al juez ejercer sus funciones', lo que abarca, según nuestro entendimiento, no solo la sentencia, sino todos los actos decisorios proferidos a lo largo del proceso. Es la conclusión a que se llega, también, cuando se piensa que, en verdad, el impedimento es vicio intrínsecamente más grave que la competencia absoluta, a pesar de que el legislador haya previsto expresamente la consecuencia de la nulidad de los actos decisorios de este juez (absolutamente incompetente) y no de aquel (impedido). Teniendo en cuenta esta circunstancia, parece realmente inconcebible dar un tratamiento más blando a un vicio más serio" (las cursivas son del original).

(54) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. I, 12ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010, pp. 241 y 242; y del mismo autor, *Pressupostos processuais e condições da ação*. Ob. cit., p. 165 y ss.

cual, a su vez, es un fragmento del formalismo. De esta manera, según nuestro esquema resultaría inadecuado identificar el cumplimiento del formalismo con un requisito de validez cuando, desde el espectro de la ineficacia procesal, son muy disímiles las consecuencias que pueden provenir dicha violación.

Sin embargo, es posible verificar la existencia de diversas **exigencias previstas legalmente** que sirven para adecuar el procedimiento. Dichas exigencias están a lo largo de todo el cauce procedimental –sea principal o incidental–, y son muy diversas entre sí, al punto tal que la violación de algunas puede producir una nulidad y otras una declaración de ineficacia. Dentro de esta amplia gama de exigencias tenemos, por ejemplo, las reglas de acumulación de pretensiones, la posibilidad física y jurídica del petitorio, los requisitos y anexos de la demanda, la conexión lógica entre los hechos y el petitorio, etc. En este punto, alguien podría preguntarse en qué se diferenciaría con los “requisitos de la demanda” (uno de los “presupuestos procesales” tradicionales). La respuesta no es difícil de hallar: dado que hemos optado por apartarnos de la teoría de los “presupuestos procesales” que impera en nuestro país, y habiendo asumido que estos deben ser entendidos como aquellos presupuestos de existencia, requisitos de validez y condiciones de eficacia que informan **todo** el procedimiento, no basta con hablar de “requisitos de la demanda”. La demanda es tan solo un acto del procedimiento (uno de los más importantes, es verdad) que posee requisitos propios, pero estas **exigencias** a las que nos venimos refiriendo no se restringen a aquella; más bien, sus requisitos integran esta inmensa variedad de **exigencias**. En efecto, al lado de los requisitos de la demanda que hemos enumerado al azar, encontramos los siguientes: respeto al contradictorio, requisitos de admisibilidad de los actos procesales en general (v. gr. tasas judiciales), formalidades de la subasta, actividad de una parte cuando ha perdido la titularidad del derecho discutido, actuación conjunta de apoderados, etc.

En suma, se trata de todas las reglas contenidas en el procedimiento tal como ha sido configurado por ley lo cual de por sí alude a un número enorme. Ciertamente, es posible encuadrarlas dentro de la figura “respeto al formalismo procesal” puesto que, siendo el procedimiento la **espinas dorsal** de este, al fin y al cabo se trasluce con claridad lo que se pretende decir. Inclusive, hablar de **requisitos intrínsecos** tampoco resulta inadecuado, pero lo que no podemos aceptar es que ellos se diluyan en la

categoría de la validez; por tanto, de ninguna manera pueden encontrarse en el mismo plano que los requisitos objetivos de validez. En todo caso, podrían ser denominados **requisitos intrínsecos del procedimiento** con la finalidad de diferenciarlos de aquellos⁽⁵⁵⁾.

Y así como se habla de requisitos **intrínsecos**, se tiene asimismo a los requisitos **extrínsecos** también llamados **presupuestos procesales negativos**, “conocidos como requisitos negativos, pues son hechos que no pueden ocurrir para que el procedimiento se instaure válidamente. Son hechos extraños a la relación jurídica procesal (de ahí el adjetivo ‘extrínseco’), que, una vez existentes, impiden la formación válida del proceso (procedimiento)”⁽⁵⁶⁾. Los ejemplos que encuadrarían en esta categoría son la litispendencia, la cosa juzgada, la caducidad, la prescripción extintiva, la existencia de convenio arbitral e, inclusive, la existencia de una resolución que concluyó un proceso idéntico por conciliación, transacción o desistimiento de la pretensión, entre otros⁽⁵⁷⁾. La explicación por la cual estos requisitos negativos –esto es, hechos que no deberían presentarse para que el proceso discurra con normalidad– están agrupados en torno a una categoría común es que, efectivamente, son **extrínsecos**, ajenos al propio procedimiento; inclusive son hechos anteriores al inicio del proceso, y no contemporáneos ni posteriores.

Véase que estos requisitos están identificados con la validez del procedimiento, si ellos acontecieran el procedimiento estaría viciado y debería ser declarado inválido pues, en principio, se trata de vicios muy graves. Aunque se trata de una solución discutible que la comprobación de todos ellos produzca un auténtico vicio –y, por consiguiente, una

(55) Lo que hemos convenido en denominar requisitos intrínsecos del procedimiento es, ciertamente, una categoría excesivamente difusa, mas no por ello inadecuada. Lo que se quiere resaltar es todo un espectro diferente de los presupuestos de existencia y de los requisitos de validez subjetivos y objetivos tal como fueron considerados, puesto que los requisitos intrínsecos contienen, también, otros requisitos de validez, además de condiciones de eficacia. Lo que se quiere poner en evidencia es que el procedimiento, en su estructuración legal, está plagado de estas exigencias. Por otro lado, creemos que su tratamiento tampoco resulta inapropiado desde una perspectiva científica puesto que la teoría de la ineficacia procesal es el complemento perfecto para determinar su actuación en el proceso.

(56) DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Ob. cit., p. 242.

(57) Los ejemplos mencionados son, por decirlo de algún modo, típicos porque son argumentos que pueden ser materia de excepciones según nuestra legislación.

declaración de nulidad⁽⁵⁸⁾—, nuestro CPC establece que esa es la consecuencia que debe ser adoptada (v. arts. 427 y 451, inc. 5). Sin embargo, por el momento lo importante es distinguir los requisitos extrínsecos de los intrínsecos, y estos de los requisitos de validez objetivos y subjetivos.

Asimismo, no debe perderse de vista que todos estos elementos constituyen la categoría macro que hemos denominado “presupuestos procesales”.

4. Ineficacia procesal y requisitos de validez

Es evidente la importancia de los requisitos de validez y de los requisitos intrínsecos e extrínsecos con la ineficacia procesal. Si no se realizan o se realizan defectuosamente, pueden determinar la conformación de un vicio y dar origen a un pronunciamiento de nulidad o, en todo caso, sin incidir en la estructura del acto, una circunstancia en donde este se vea privado de sus efectos. No obstante, la manifestación de la ineficacia procesal es distinta dependiendo de la propia funcionalidad de los requisitos en el acto o en el procedimiento, y también del tratamiento legislativo que se le ha dado a cada uno de ellos.

La capacidad procesal y la capacidad postulatoria son requisitos de validez de cada uno de los actos del procedimiento, cuyo defecto u omisión genera un vicio, el cual inclusive puede no existir al momento del

(58) Las razones son amplias y bien podrían merecer un exhaustivo ensayo, pero es posible enunciar nuestras preocupaciones: las decisiones en donde se constata la prescripción, la caducidad o la falta de legitimidad para obrar —por decir tres ejemplos— no consisten en pronunciamientos sobre la validez sino, por el contrario, sobre el mérito. En los dos primeros casos, porque se trata de dos instituciones de derecho material mediante las cuales se extinguen situaciones jurídicas por el transcurso del tiempo, importando solo en el caso de la prescripción y la voluntad del beneficiado. Así, si se demanda el pago de una deuda, tan decisión sobre el fondo es que el juez diga “el derecho existe, y debe ser satisfecho”, que “el derecho no existe porque operó la prescripción/caducidad”. En el caso de la legitimidad para obrar el tema es más complicado, pues muchas veces se llega a determinar la correlación indebida entre las partes de la relación material con las de la relación procesal después de la fase probatoria. Sin embargo, nótese que cuando el juez le dice al actor que no está legitimado para demandar en el proceso de reivindicación iniciado en realidad le está diciendo que no es propietario, pues no detenta la parte activa en la relación sustancial.

Más allá de estas apreciaciones es preciso dejar en claro que no nos parece incorrecto que las situaciones que la prescripción, la caducidad y la falta de legitimidad para obrar producen sean determinadas con anterioridad a través de excepciones. Lo que no podemos admitir, desde una perspectiva dogmática, es que se vincule el vicio y la nulidad con estos elementos que auténticamente son de mérito. En otras palabras, el diseño del CPC y el agrupamiento de los elementos en el saco de la “validez de la relación procesal” es equivocado e imposible de sustentar desde una rigurosa perspectiva de la teoría de la ineficacia procesal, tal como buscamos desarrollar.

inicio de aquel (piénsese en el actor que en transcurso del proceso es interdictado por sentencia firme, o en aquel abogado que es suspendido en su ejercicio profesional)⁽⁵⁹⁾. Entonces, junto a estos requisitos de validez actúa la ineficacia estructural (nulidad), pero esta no siempre acontece. Es más, por definición la capacidad procesal configura un vicio subsanable (v. art. 451, inc. 1 del CPC). Por su parte, los vicios producidos por la capacidad postulatoria pueden llegar a ser más graves –como el caso de la realización de actos procesales por quien no es abogado, situación que conlleva casi irremediamente a una declaración de nulidad–, pero todo dependerá del caso concreto.

La competencia también es un requisito de validez y si no está adecuadamente configurada, produce un vicio en todos los actos del procedimiento. Pero dependiendo de qué competencia se trate el vicio tendrá otro desenvolvimiento. Así, si estamos ante la competencia absoluta es muy probable que el vicio degenera en nulidad de acuerdo a los estrictos parámetros de la legislación patria, mas en el caso de la competencia relativa (competencia territorial prorrogable según el CPC), existe el vicio pero su constatación no produce nulidad bajo ninguna circunstancia sino la remisión de los actuados al juez competente.

Por su parte, cuando relacionamos imparcialidad con ineficacia procesal hablamos de aquellos actos practicados por un juez obrando con parcialidad, lo cual desde una perspectiva dogmática produce un vicio que puede decantar en nulidad, y desde un punto de vista axiológico su invalidación se justifica plenamente por violar las garantías mínimas de impartición de justicia. Lo que sí es importante advertir es que la distinción de la parcialidad es ardua aun se haya comprobado que la parcialidad del juzgador puede haber afectado a los actos practicados hasta el momento de su apartamiento del proceso. Imagínese un juez que calificó positivamente la demanda de su ex cliente y luego se declaró impedido. ¿Todos los actos deben ser invalidados? Creemos que aquí jugarían un papel muy importante los llamados “principios de la nulidad” (que en realidad son, en su mayoría, reglas), pues bajo la aplicación de alguno

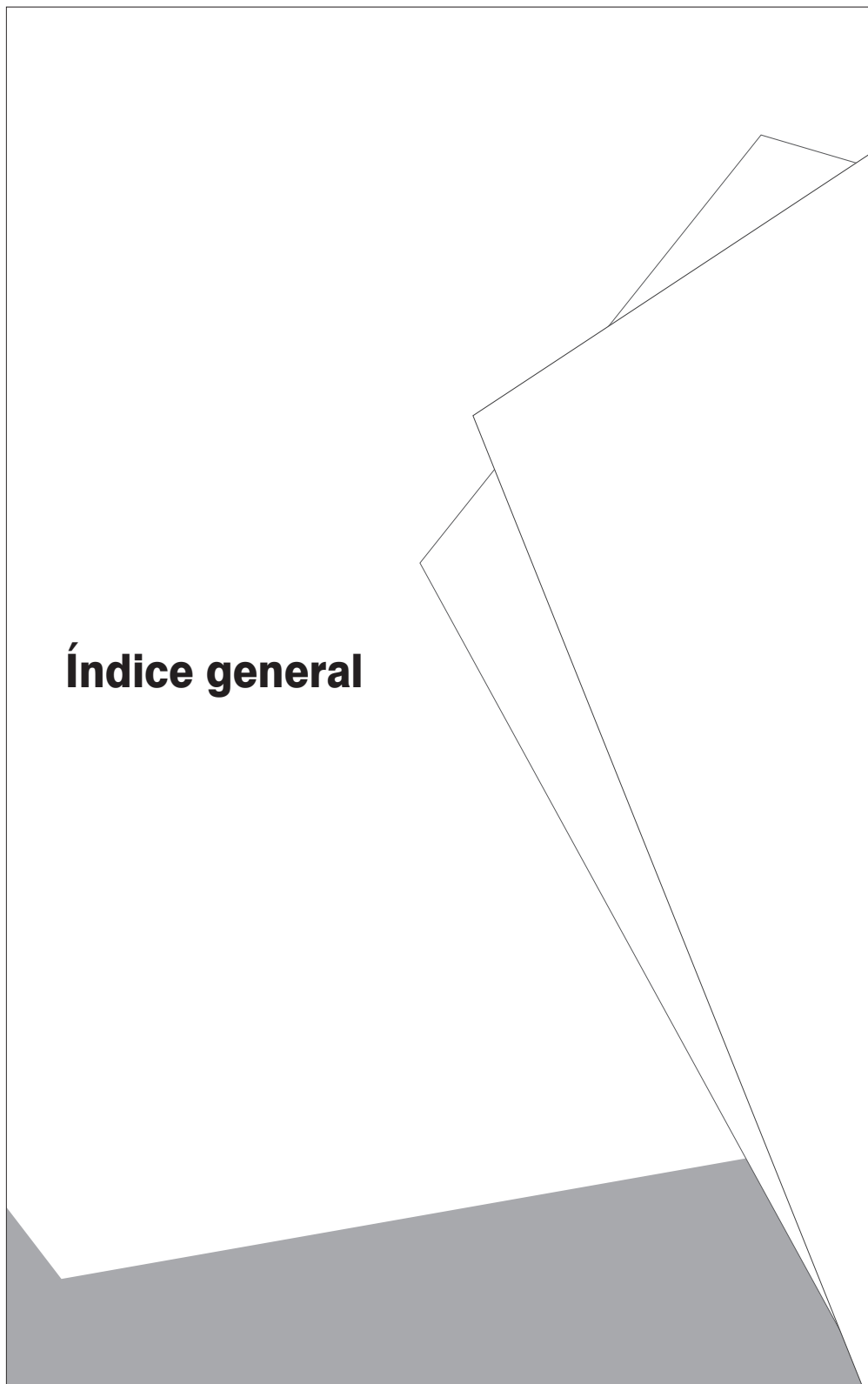
(59) Ello en lo absoluto implica afirmar que se trata de un vicio “sobvenido”, pues todo vicio es contemporáneo al acto afectado. Tomando el ejemplo de un abogado suspendido tenía plena capacidad postulatoria en un inicio pero luego la perdió, determinando que los actos defectuosos sean aquellos que emitió cuando ya no los podía emitir.

de ellos –el de proporcionalidad o razonabilidad, por poner un ejemplo– se podría permitir la supervivencia de los actos afectados, siempre que se determine que la decisión es correcta desde un punto de vista objetivo (que no es otra cosa que decidir si hubo perjuicio o no). Pero no es conveniente seguir profundizando más sobre esto, tan solo debe tenerse en cuenta que la nulidad no es una irremediable consecuencia de la parcialidad.

En cuanto a los requisitos intrínsecos, el vicio –y también su eventual subsanación– acontecerá dependiendo de la violación de la forma tal como está prevista legalmente para aquellos requisitos que contemplen a la nulidad como una consecuencia. De otro lado, los requisitos cuyo incumplimiento no afecte la estructura del acto sino su eficacia y sus efectos producidos (como los actos realizados violando las normas concernientes al tiempo y lugar), se tendrá una declaración de ineficacia. Al ser tan vasta la categoría de “requisitos intrínsecos”, la solución dependerá de cada uno de los requisitos previstos –típicos o no– en cada uno de los actos procesales.

Finalmente, la existencia de los requisitos extrínsecos o negativos –tal como han sido planteados– genera un vicio que, por su gravedad, bien puede provocar una declaración de nulidad pero esta solución generalizada es tan discutible a nivel dogmático que se opone drásticamente a la forma cómo se ha estructurado la legislación. Es decir, desde un punto de visto estrictamente teórico la presencia de cualquier requisito extrínseco produciría nulidad aunque la inflexible consecuencia prevista por la legislación es una barrera muy difícil de superar. Pongamos un ejemplo: si un sujeto demanda reivindicación a pesar de haber perdido un proceso con idéntico objeto, ¿por qué la existencia de cosa juzgada ya formada sobre una misma relación debe acarrear la nulidad del nuevo proceso? Aquí es donde, a nuestro criterio, se pierde de vista que el pronunciamiento que pondrá fin al segundo proceso, en estricto, constituye un auténtico pronunciamiento de mérito que se limita a constatar la existencia de otra decisión que ha recibido la autoridad de cosa juzgada, y lo mismo ocurre con la transacción, conciliación o desistimiento de la pretensión. Sinceramente creemos que nuestra legislación atribuye la consecuencia de nulidad para estos pronunciamientos cuando no hay ninguna necesidad de anular. Pero este tema será motivo de una investigación aparte con la profundidad que se merece.

Índice general



Índice general

Presentación.....	5
-------------------	---

J. María Elena Guerra Cerrón

Proceso único de ejecución: una vía “privilegiada”

Introducción	9
I. Principio de buena fe y el crédito.....	11
II. “Vía privilegiada”	13
III. Proceso único de ejecución.....	15
1. Diferencia con el proceso de conocimiento	16
2. Título ejecutivo.....	18
3. El mandato al ejecutado	19
4. Garantía del contradictorio.....	19
5. Actividad probatoria en el proceso único de ejecución.....	22
5.1. Fundamentos del recurso	23

5.2. Fundamentos de la decisión casatoria	24
5.3. Voto en discordia de los jueces supremos Miranda Molina y Aranda Rodríguez.....	25
IV. Una vía más privilegiada	26
Conclusiones	27

Martín Alejandro Hurtado Reyes

El recurso de casación civil español y su relación con el modelo peruano

Introducción	33
I. Sistema judicial español	34
II. Antecedentes.....	37
III. El recurso de casación conforme a la Ley N° 01/2000.....	40
IV. El recurso extraordinario por infracción procesal (Repip).....	42
1. Causales o motivos.....	42
2. Exigencia adicional	44
3. Preparación del Repip	45
4. Presentación del Repip.....	46
5. Elevación de los actuados e inadmisión del Repip.....	47
6. Vista de la causa.....	47
7. Sentencia.....	48

V.	El recurso de casación	49
1.	Competencia.....	49
2.	Motivo de casación	50
3.	Requisitos de procedencia.....	51
a.	Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales , excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución	51
b.	Cuando recaiga en asuntos cuya cuantía exceda de 150.000 euros	52
c.	Cuando la resolución del recurso presente <i>interés casacional</i>	53
4.	Simultaneidad del recurso	56
5.	Preparación del recurso.....	56
6.	Presentación del recurso	57
7.	Remisión de actuados	58
8.	Admisión del recurso	58
9.	Traslado de la admisión del recurso y vista.....	59
10.	Sentencia.....	60
VI.	El régimen provisional	60
VII.	Semejanzas y diferencias entre el recurso de casación español y el peruano.....	63

Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal

Introducción	69
I. De la tutela constitucional de derechos a la tutela de la prueba .	71
1. Tutela constitucional de derechos	71
2. Tutela constitucional del proceso.....	73
3. Tutela constitucional de la prueba	78
II. La prueba como derecho implícito.....	79
1. ¿Derecho implícito o derecho autónomo?.....	79
2. Derecho como resultado de la interpretación	82
3. Justificación de su vinculación al debido proceso	84
III. Concepto del derecho a la prueba.....	87
1. Perspectivas del derecho a la prueba.....	87
2. Sentidos desde el Derecho Procesal y del Derecho Constitucional.....	88
2.1. Sentido procesal de la prueba	88
2.2. Sentido constitucional de la prueba.....	91
3. Concepto doctrinal y jurisprudencial.....	92
3.1. En la doctrina constitucional	93
3.2. En la jurisprudencia constitucional.....	95

IV.	Ámbito de protección constitucional	97
1.	Contenido esencial de los derechos fundamentales	97
2.	Contenido esencial del derecho a la prueba.....	98
2.1.	Ámbito de aplicación.....	98
2.2.	Elementos que componen el contenido esencial.....	100
A.	Derecho a utilizar los medios de prueba	103
B.	Derecho de admisión de los medios de prueba	107
C.	Derecho a la actuación probatoria	110
D.	Derecho a la valoración de los medios probatorios	113
V.	Limitaciones al derecho a la prueba	117
1.	Pertinencia	118
2.	Licitud.....	121
	Reflexiones finales.....	123

Erick Veramendi Flores

**La impugnación de decisión cautelar:
A propósito de la oposición**

	Introducción	127
I.	Los medios impugnatorios.....	128
1.	Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil peruano.....	129

2.	La oposición	130
3.	La oposición en la medida cautelar: ¿se ejerce como contradicción, remedio o recurso?	132
4.	Apelación.....	134
II.	Impugnación en el trámite de la medida cautelar	135
1.	La regla general: el principio de contradicción	135
2.	La excepción: el diferimiento del principio de contradicción en el trámite de la medida cautelar (principio <i>inaudita pars</i>)	137
3.	Modelos sobre la impugnación de la decisión cautelar	140
3.1.	Decisión sobre la medida cautelar con contradicción previa (bilateralidad plena)	140
3.2.	Decisión y ejecución de la medida cautelar con contradicción diferida (bilateralidad diferida)	141
3.3.	Poder discrecional del órgano jurisdiccional	144
4.	Actividad probatoria en el régimen de impugnación en el trámite de la medida cautelar	146
5.	Impugnación de la medida cautelar según el Código Procesal Civil peruano: artículo 637 del Código Procesal Civil.....	147
5.1.	Antecedentes legislativos.....	148
5.2.	El pedido cautelar como contenido de la tutela jurisdiccional efectiva	151
5.3.	La solicitud cautelar.....	152
5.4.	La decisión cautelar.....	153
5.5.	Apelación del demandante ante la denegatoria	155
5.6.	Nueva solicitud cautelar	156

5.7. La ejecución de la medida cautelar	157
5.8. La contradicción del afectado.....	158
5.9. La oposición del afectado en el trámite de la medida cautelar	159
5.10. Causales de revisión mediante la oposición	161
5.11. Legitimidad: intervención de sujetos	162
5.12. Efectos de la oposición.....	162
5.13. Juez competente	162
5.14. Apelación sobre lo resuelto en la oposición	162
5.15. Improcedencia de la casación	163
5.16. Proceso de amparo contra resolución emitida en medida cautelar	164
5.17. Impugnación de tercero: desafectación.....	164
6. Otras formas de defensa.....	165
6.1. Modificación o variación	165
6.2. Levantamiento, alzamiento o cancelación.....	166
6.3. Sustitución	166
Conclusiones	166

**Los tipos de pretensiones para la
defensa de intereses difusos**

Advertencia	169
I. Los intereses difusos	170
1. Es supraindividual o transindividual.....	170
2. Es indivisible entre los interesados.....	172
3. Recae sobre sujetos indeterminados.....	174
4. No supone la existencia de vínculos jurídicos entre los inter- resados	175
5. Es de inestimable valor patrimonial	176
II. Tipos de pretensiones que pueden promoverse para la defensa de intereses difusos	176
1. Pretensiones de protección	177
a) Pretensiones de cese de amenaza a intereses difusos	177
b) Pretensiones de cese de lesión a intereses difusos	182
2. Pretensiones de reparación	185
a) Pretensiones de reparación en especie	185
b) Pretensiones de reparación pecuniaria.....	187
Conclusiones	189

Renzo I. Cavani Brain

Los “presupuestos procesales” vistos desde la ineficacia procesal

Premisa.....	195
I. Consideraciones introductorias: nulidad e ineficacia procesal. Ineficacia estructural e ineficacia funcional. Existencia, validez e ineficacia en el proceso civil	197
II. Presupuestos, requisitos y condiciones.....	201
III. “Presupuestos procesales” y “condiciones de la acción” en el marco de la validez de la relación procesal.....	203
IV. “Presupuestos procesales” y validez del proceso	207
V. Presupuestos subjetivos y objetivos	208
1. Ineficacia procesal y presupuestos de existencia.....	212
VI. Requisitos de validez	213
1. Requisitos de validez subjetivos	213
2. Requisitos de validez objetivos	217
3. Requisitos de validez intrínsecos y extrínsecos	222
4. Ineficacia procesal y requisitos de validez.....	225
Índice general.....	231