



ESTUDIO DEL PROCESO DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

Memorias del V Coloquio
de centros y talleres
de investigación en
Derecho Procesal



GONZALO CRUZ SANDOVAL | LUIS ALFARO VALVERDE
(COORDINADORES)

ESTUDIOS DEL PROCESO DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

**V COLOQUIO DE CENTROS Y
TALLERES DE INVESTIGACIÓN EN
DERECHO PROCESAL**

Estudios del proceso desde la teoría del derecho.

V Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal

© Gonzalo Cruz Sandoval y Luis Alfaro Valverde (coordinadores), 2021

De esta edición:

© Universidad Privada del Norte S. A. C., 2021

Av. Tingo María 1122, Cercado de Lima

Teléfono: +51 (01) 614 3311

fondoeditorial@upn.edu.pe

<http://www.upn.edu.pe>

Cuidado de edición y corrección de estilo: Jorge Coaguila

Diagramación: Rodolfo Loyola

Primera edición electrónica

Lima, Perú. Junio de 2021

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo de la editorial.

ISBN digital: 978-612-4319-11-2

Digitalizado por:



www.crealibros.com

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Marco Carbajal Carbajal y Santos Urtecho Navarro

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO DEL CECFDDA

Miembros del Cefcdda

PRÓLOGO

Reynaldo Bustamante Alarcón

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD CAUTELAR DESDE EL PRISMA DE LA JUSTICIA PROCESAL

Carlos Mauricio Arévalo Nazario, Meredith Jhessamynne Luján Rosas, Francisco Manuel Salas Contreras, Óscar Antonio Uceda García y Luis Jesús Villanueva Villalobos, de la Universidad Privada del Norte, sede Trujillo

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO Y SU INTERPRETACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Jurisdictio, de la Universidad Nacional de Trujillo

LA BUENA FE PROCESAL Y SU INCIDENCIA EN EL ABUSO DE DERECHO: UN ENFOQUE DESDE LA CULTURA JURÍDICA PERUANA 35

Daphne Marmolejo Reyes, Janneth Mejia Briones y Libertad Quispialaya Cueva, de la Universidad Tecnológica del Perú

EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Sol Bustamante, Franco Mujica, Amaury Muñoz y David Rojas, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

EL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN EL MARCO DE LA COVID-19

Grupo de Investigación en Derecho Procesal Crítico y Constitución (Gideproc), de la Pontificia Universidad Católica del Perú

LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA PROCESAL: UNA MIRADA DESDE LA MEMÉTICA JURÍDICA Y EL NUEVO PARADIGMA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Mayra Daniela Allende Lovatón, Lillian Alexandra Avilés Arellano, Rosario Hilaes Huamán, Jean Franco Páucar Pacheco y Sofía Miriam Pino Castillo, de la Universidad Andina del Cusco

EL PRECEDENTE JUDICIAL: APROXIMACIONES DESDE LA REALIDAD JURÍDICA DE LAS FUENTES DE DERECHO

Grecia Espino, Ayrthon Chuquilin, Diego Mantilla, Williams Moreto y Sergio Torres, de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

EL CONSTITUCIONALISMO Y LA SUPERACIÓN DEL POSITIVISMO EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO COMO PRINCIPIO PROCESAL Y NO COMO EXCEPCIÓN

Asociación de Estudios e Investigación (Processus), de la Universidad Nacional de Cajamarca

UNA APROXIMACIÓN AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN LA AFECTACIÓN DE DERECHOS *NUMERUS APERTUS*

Luz Ximena Solano Cahuaya y Coreb Xiomara Salazar Mercado, de la Universidad Peruana Los Andes

PRESENTACIÓN

Recibir, en nuestra condición de exprofesor y profesor, respectivamente, del curso de Derecho Procesal de la Universidad Privada del Norte (UPN), sede Trujillo, la invitación para escribir las líneas de presentación para este libro de ponencias del V Coloquio de Centros y Talleres de Investigación de Derecho Procesal es un privilegio y un grato honor. Estimamos que ello obedece a la amistad y al acercamiento que tenemos con los jóvenes del Centro de Estudios Constitucionales, Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo (Cecfdda), adscrito a la UPN, que dirige nuestro común amigo el profesor Gonzalo Cruz Sandoval.

Quien diría que este proyecto —nos referimos al coloquio—, que nació en 2016 a iniciativa del profesor de la Universidad Católica del Perú doctor Luis Alfaro Valverde, para germinar el prurito en los estudiantes de Derecho de las diversas universidades del país a fin de iniciarse en el estudio e investigación del derecho procesal, a fin de mejorar su formación y contribuir con la doctrina nacional, y a la postre sentar las bases de unos «semilleros de Derecho Procesal», haya alcanzado este año su quinta edición. Sobre todo, de manera ininterrumpida, hecho por demás señero y hasta anecdótico en nuestro país.

Este quinto coloquio es una prueba de que cuando la pasión y el ímpetu propios de la juventud, fecundados con la responsabilidad de sus organizadores, se encuentra presentes en la concreción de un proyecto, no hay nada que lo detenga. Ni siquiera la crisis sanitaria decretada a nivel nacional y mundial por la Covid-19, con todo lo que ella trajo consigo, melló su realización.

En efecto, somos testigos de excepción que todas estas cualidades —pasión, ímpetu y responsabilidad— se han alineado para que el proyecto del quinto coloquio, pueda ver la luz. Parto fecundo que empezó con las exposiciones virtuales el 27 de noviembre y que ahora continúa con la publicación de este libro de ponencias, que presentamos a toda la comunidad jurídica nacional. Esto —repetimos— gracias al compromiso tanto de sus organizadores (los integrantes del Centro de Estudios Constitucionales, Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo (Cecfdda) de Trujillo) como del profesor Luis Alfaro Valverde, coordinador y artífice de los coloquios.

Este quinto coloquio ha estado destinado a abordar la temática referida al derecho procesal desde la teoría del derecho. Por ellos, los artículos se adscriben en esa línea.

Los grupos de estudio cuyos trabajos se publican son el Centro de Investigación Multidisciplinario de Derecho Civil y Derecho Administrativo, de la Universidad Tecnológica del Perú (UTP); Centro de Estudios Constitucionales, Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo (Cecfdda), de la Universidad Privada del Norte (UPN) sede Trujillo; Vox Iure, de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo; Cátedra Procesal de la Universidad Andina del Cusco (UAC); Taller de Derecho Procesal Mario Alzamora Valdez, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Iurisdictio, de la Universidad Nacional de Trujillo; Processus, de la Universidad Nacional de Cajamarca;

Gideproc, de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y Círculo de Estudios Procesales Los Andes, de la Universidad Peruana Los Andes.

No está demás señalar que este quinto coloquio y su producto más saltante, este libro de ponencias, ha tenido como actos previos ineludibles no solo la evaluación de los citados trabajos, sino también la evaluación de las respectivas ponencias orales. En tal sentido, el jurado evaluador de los trabajos ha estado compuesto por los abogados trujillanos, especialistas en materia procesal civil Mario Diez Canseco Carranza y Olger Luján Segura; y el jurado evaluador de las ponencias orales ha estado presidido por el profesor de la Universidad de Lima y Pontificia Católica del Perú doctor Christian Delgado Suárez y quienes escriben estas líneas.

Merece un reconocimiento especial Francisco Manuel Salas Contreras, quien —flanqueado de Meredith Luján Rosas, Marcos Sirlopú Velásquez, Mauricio Arévalo Nazario, Luis Villanueva Villalobos, Libertad Aguirre Castro, Milagros Gabriel Custodio y Óscar Uceda García, integrantes del Centro de Estudios Constitucionales, Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo (Cecfdda) de Trujillo— ha trabajado hombro a hombro en la organización de este quinto coloquio. Seguro que este libro, por su temática, será tomado como punto de partida para futuras investigaciones y, ¿por qué no?, como material de consulta.

Finalmente, deseamos felicitar a la UPN, sede Trujillo, por el compromiso asumido en la publicación de este libro de ponencias.

Trujillo, diciembre de 2020.

MARCO CARBAJAL CARBAJAL
Expofesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad Privada del Norte

SANTOS URTECHO NAVARRO
Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad Privada del Norte

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO DEL CECFDDA

«La universidad es un espacio demasiado valioso como para solo dedicarnos a estudiar».

FERNANDO LOAYZA JORDÁN

El encuentro anual de centros de investigación en derecho procesal materializa una iniciativa noble y a la vez fiera. Noble, por ofrecer un espacio de apoyo y creencia en la investigación de pregrado desde hace ya cinco años de forma ininterrumpida, y dispuesta a adecuarse ante cualquier fenómeno amenazador a su concretización. Fiera, por ser uno de los barracones donde se forjarán futuros soldados, quienes con toda seguridad no serán hombres y mujeres formados en leyes, sino hombres y mujeres formados en derecho.

A su vez, el coloquio de derecho procesal representa a uno de los enemigos más acérrimos con los que se encuentran las «universidades empresas», pues hoy el Perú tiene más universidades y no es algo digno de felicitar. Se abandonó la óptica cualitativa sobre el conocimiento impartido, por la cuantificación sobre quienes recae esta. Por ello, el coloquio nace para invitar a diversos alumnos de todo el Perú para que conozcan en carne propia los lares de una investigación seria y objetiva, pese a las circunstancias sui géneris que todo el mundo confronta, ahora más que nunca.

Cargando esas ideas, ha transcurrido un lustro desde el alumbramiento y ejecución de este magno evento estudiantil, pues ya en su quinta edición tocó a los miembros del Centro de Estudios Constitucionales, Filosofía del Derecho y Derecho Administrativo (Cecfdda) poner la casa y manos para el evento. Esta labor conlleva gran responsabilidad, compromiso y, sobre todo, alegría y satisfacción en la confianza depositada por amigos, con quienes compartimos una misma pasión: el derecho procesal. Al ser una edición que, como mencionamos, se desenvolverá en un contexto particular, el tópico a abordar tenía también que cumplir con esta característica, y qué mejor eje temático que unir a la teoría general del proceso con la teoría general del derecho.

Finalmente, y sin ánimos de decir lo obvio, el Cecfdda agradece a ustedes por permitirnos formar parte de sus vidas en esta ocasión, en especial al profesor Luis Genaro Alfaro Valverde, por ser promotor de una idea tan trascendente, humanística, y por preocuparse por forjar una nueva generación de procesalistas en todo el Perú.

MIEMBROS DEL CECFDDA

PRÓLOGO

Tarde o temprano nos topamos, directa o indirectamente, con un proceso (sea judicial, administrativo, arbitral o de cualquier otro carácter). Se nos enseña que este es un mecanismo civilizado para que dos o más partes en disputa sometan sus conflictos o controversias a la decisión de un tercero, esperando que las resuelva. Así, agregan, además de la composición de los conflictos, se gana cohesión social, porque se evita que las partes en disputa tengan que acudir al uso de la propia fuerza para solucionar sus controversias (la acción directa). Pero ¿qué pasa cuando el proceso no cumple con esa finalidad? ¿Qué pasa cuando, por la forma en que ha sido diseñado o se ejecuta en la realidad, el proceso aparece como una sucesión ritualista —e incluso morosa— de actos procesales sin una conexión con la justicia y la realidad social? ¿Qué ocurre cuando las instituciones del llamado «sistema de justicia» se encuentran capturadas por la corrupción, o están sometidas a un poder fáctico en lugar de someterse a las leyes y la Constitución? La respuesta es evidente: el proceso, antes de servir a la composición de los conflictos y la paz social, se convierte en una farsa, un mecanismo deshumanizante, generalmente utilizado para conseguir propósitos espurios e implementar estrategias de dominio y sumisión. Bien se puede decir que el nivel de corrección y eficacia de un proceso expresa el nivel de civilización y desarrollo humano de un pueblo. ¿Esta descripción nos es conocida?

Urge, como nunca antes, repensarlo todo. Sin olvidar los aportes y experiencias del pasado, debemos incorporar nuevas reflexiones, nuevos materiales con los cuales requerimos perfeccionar el proceso y, sobre todo, transformar nuestra realidad, en aras de alcanzar un objetivo último que nos es común: la edificación de una sociedad justa donde todos podamos alcanzar nuestro desarrollo integral. La experiencia histórica nos demuestra que el proceso, y con él las instituciones procesales, cumple un papel preponderante en la consecución de este objetivo. En esa obra, debemos estar comprometidos todos. Desde la particular situación en que nos encontremos, sea cual fuere nuestra vocación, siempre tendremos algo que aportar, siempre tendremos un punto de vista desde el cual contribuir a la mejora del proceso y con él a la mejora de nuestra realidad social. Si queremos ser ciudadanos de verdad, es decir, si queremos ser los constructores de nuestro destino y del desarrollo de nuestra comunidad, esa obra no la podemos dejar a otros: no podemos dejar de participar en aquello que atañe a nuestra convivencia y bienestar. En esta tarea, el diálogo y la deliberación, con respeto y concordia cívica, son herramientas valiosas para lograr consensos en aras del bien común.

Los estudios sobre el proceso, desde diversas perspectivas y áreas del conocimiento, pueden —y deben— iluminar el camino y brindar razones para la acción. Una reflexión ética, por ejemplo, nos aproxima a los fundamentos del proceso, a los valores que lo sustentan, así como al fin último que persigue o debe perseguir. Esta reflexión permite que contemos con argumentos morales para razonar sobre cómo debe ser el proceso para ser justo, además de controlar y criticar a las diferentes manifestaciones del poder y del derecho positivo que inciden en él. La reflexión jurídica, por su parte, aborda toda la problemática vinculada a la juricidad del proceso. Es decir,

una vez que las reglas o principios que lo rigen han sido incorporados a un determinado derecho positivo. Se ocupa así de la posición que tienen en el ordenamiento jurídico, de sus funciones, de los derechos, de los deberes y de las cargas de las partes o terceros legitimados, además de las obligaciones que generan para el Estado, entre otros aspectos importantes. Y sin agotar las diversas perspectivas con las que puede ser estudiado, la reflexión sociológica pone el acento en la relación entre el proceso y la realidad social, lo que permite observar en ellos expresiones culturales de una sociedad en un contexto histórico determinado, así como los condicionamientos económicos, sociales y culturales que favorecen, dificultan o impiden la efectividad del proceso. Todo ello para que el proceso no solo exprese un conjunto de exigencias éticas, provistas de juricidad, sino también tenga una eficacia real en la sociedad.

Por ello, en el año del bicentenario patrio, resulta alentador que una constelación de «jóvenes valores» (expresión utilizada por el recordado y apreciado profesor Javier Neves Mujica) reflexione sobre el proceso y realice interesantísimos aportes a través de los ensayos reunidos en este libro, y que el profesor Gonzalo Cruz Sandoval ha tenido la gentileza de invitarme a dedicarle unas líneas. Ellos son fruto del V Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal, que el profesor Luis Alfaro Valverde, con otros docentes, viene impulsando en distintas universidades del país, como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad Continental, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Andina del Cusco y la Universidad Privada del Norte.

Reciban mis más sinceras felicitaciones y permítanme identificar, sucintamente y en orden de aparición, esos aportes y sus autores:

1) «Razonabilidad y proporcionalidad cautelar desde el prisma de la justicia procesal» (por Carlos Mauricio Arévalo Nazario, Meredith Jhessamynne Luján Rosas, Francisco Manuel Salas Contreras, Óscar Antonio Uceda García y Luis Jesús Villanueva Villalobos, de la Universidad Privada del Norte, sede Trujillo); 2) «Breves comentarios sobre la aplicación de la prueba de oficio y su interpretación en el ordenamiento jurídico peruano» (por Jurisdictho, de la Universidad Nacional de Trujillo); 3) «La buena fe procesal y su incidencia en el abuso de derecho: un enfoque desde la cultura jurídica peruana» (por Daphne Marmolejo Reyes, Janneth Mejia Briones y Libertad Quispialaya Cueva, de la Universidad Tecnológica del Perú); 4) «El debido proceso como derecho fundamental» (por Sol Bustamante, Franco Mujica, Amaury Muñoz y David Rojas, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos); 5) «El proceso en el Estado constitucional: el acceso a la jurisdicción en el marco de la Covid-19» (por Gideproc, de la Pontificia Universidad Católica del Perú); 6) «La evolución de la teoría procesal: una mirada desde la memética jurídica y el nuevo paradigma de la teoría del derecho» (por Mayra Daniela Allende Lovatón, Lillian Alexandra Avilés Arellano, Rosario Hilaes Huamán, Jean Franco Páucar Pacheco y Sofía Miriam Pino Castillo, de la Universidad Andina del Cusco); 7) «El precedente judicial: aproximaciones desde la realidad jurídica de las fuentes de derecho» (por Grecia Espino, Ayrthon Chuquilin, Diego Mantilla, Williams Moreto y Sergio Torres, de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo); 8) «El constitucionalismo y la superación del positivismo en la aplicación del control difuso como principio procesal y no como excepción» (por la Asociación de Estudios e Investigación

(Processus), de la Universidad Nacional de Cajamarca); 9) «Una aproximación al ejercicio de la acción en la afectación de derechos *numerus apertus*» (por Luz Ximena Solano Cahuaya y Coreb Xiomara Salazar Mercado, de la Universidad Peruana Los Andes).

En diálogo con esos aportes, esbozaré algunas ideas, a manera de apuntes, para continuar impulsando una reflexión colectiva sobre el proceso justo. Estas ideas responden a una determinada concepción de la justicia, por lo que otras perspectivas también son posibles (llegado el caso, la deliberación deberá incluir la cuestión sobre cuál de ellas utilizar). La concepción de la justicia de la cual parto responde a la cultura occidental y moderna (aunque sin agotarse en ella) que concibe a la dignidad del ser humano como el fundamento y fin último de la moral, la política y el derecho, por lo que organiza todas sus estructuras e instituciones hacia la consecución del desarrollo integral de la persona. Siendo la dignidad del ser humano su presupuesto axiológico, esta concepción de la justicia reconoce que la libertad es indispensable para que el ser humano sea tratado de una manera digna y tome sus propias decisiones encaminadas hacia su desarrollo integral. Como la dignidad es una condición que se le reconoce a cada ser humano, el siguiente valor que reconoce esta concepción es la igualdad, por lo que afirma: todos los seres humanos son igualmente dignos y no puede haber libertad sin igualdad, ni igualdad que no esté orientada hacia la libertad. Completa esta escala de valores la solidaridad y la seguridad. El primero para coadyuvar a que cada persona pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás, su desarrollo integral. El segundo para hacer frente a la inseguridad, a los excesos del poder y la adversidad. A estos valores se les identifica como valores superiores. A partir de ellos, esta concepción de la justicia construye una serie de derechos y otros principios con los cuales organiza las diferentes estructuras sociales, entre ellas la moral, la política y el derecho. Los primeros son derechos esenciales para el desarrollo de las personas, pues sin ellos el ser humano sería tratado como objeto y no contaría con los instrumentos adecuados para desarrollar todas las dimensiones de su dignidad. Los segundos son elementos normativos básicos con los que termina de estructurar las diferentes esferas de la vida social (por ejemplo, los deberes esenciales u otras exigencias para terminar de perfilar los elementos que conforman un Estado de derecho). A los primeros se les conoce como derechos fundamentales o derechos humanos; y a los segundos, como principios de organización, garantías institucionales, etcétera. Cuando todos ellos se encuentran incorporados a una Constitución, suelen ser identificárseles con el nombre genérico de bienes constitucionales. En resumen, la concepción de justicia de la cual parto se expresa, como mínimo, en la dignidad del ser humano, los valores superiores, los derechos fundamentales y los demás principios, que cumplen un papel importante para estructurar las diversas dimensiones sociales. En este caso, para lo que aquí nos ocupa, para organizar y regular el proceso.

Debo advertir que las ideas que esbozaré forman parte de un planteamiento marcadamente prescriptivo, ya que no se corresponden necesariamente con lo que ocurre en un proceso en la realidad, sino que pretenden señalar cuáles son algunas de las exigencias que debe cumplir todo proceso para acercarse a la concepción de justicia de la que se parte. Por ello, son al mismo tiempo una invitación para la acción, la crítica de la realidad y, sobre todo, su transformación. Si

bien tienen vocación de abstracción y generalidad, estas ideas están referidas a una sociedad, lugar y tiempo determinados. No son, ni pretenden serlo, ideas cerradas o definitivas: son ideas perfectibles que están abiertas a otras reflexiones, sobre todo de quienes tengan mejores razones y otras perspectivas que aportar.

Pues bien, a partir de lo expuesto, si queremos que el proceso responda a esta concepción de justicia, donde la persona sea tratada con respeto a su dignidad, donde los valores superiores, los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos tengan una vigencia real y efectiva, entonces resulta necesario que el proceso cumpla, entre otras, con las siguientes características:

1. El proceso debe humanizarse, debe rescatarse su sentido humano y social. Esto significa que sus procedimientos, sus trámites y sus estructuras deben considerar, antes que una figura jurídica, que el proceso es un drama humano donde muchas veces se decide sobre la libertad, la dignidad, la familia, el patrimonio y hasta la propia vida del ser humano. Como consecuencia de ello, debe dejarse de lado toda rigurosidad científica que se aleje o abstraiga de la realidad, o que prescinda de una escala de valores que lo comprometa con el bienestar de la persona, con la realidad donde se desarrolla y sobre todo con su transformación.
2. El acceso, inicio, desarrollo, resultado y ejecución de un proceso tienen que ser respetuosos de los valores superiores, los derechos fundamentales, los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, así como de la dignidad de la persona a la que se encuentran orientados. El proceso será una farsa si no respeta ni asegura la vigencia real y efectiva de todos y cada uno de ellos. A modo de ejemplo, no será justo el proceso en que se intente sancionar a una persona por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no hubiere estado previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, o cuando se le intente sancionar con una pena no prevista en la ley. Tampoco lo será aquel donde se obligue a una persona a responder preguntas lesivas a su honor o a su buena reputación, o cuando se intenten obtener declaraciones mediante violencia física o psicológica.
3. Se debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma, condición social, política o económica, o de cualquier otro carácter, afecte el acceso, inicio, desarrollo, resultado y ejecución del proceso. El juez debe impedir que la desigualdad con que concurren las partes sea determinante para que los actos procesales o las decisiones que se emitan tengan una orientación que repugne a la justicia. No debe olvidarse que una cosa es la diferenciación y otra la desigualdad o la discriminación: el juez puede brindar un trato diferente, sin actuar en contra de la justicia, cuando concurren las siguientes condiciones: 1) los sujetos se encuentran en distintas situaciones objetivas o la situación fáctica es distinta, 2) el fin perseguido con el trato diferente es compatible con la justicia, y 3) el trato desigual es razonable y existe proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Si no se cumple alguno de estos requisitos, estaremos ante una situación injusta.

4. Se deben flexibilizar las formalidades procesales atendiendo más a los fines que con ellas se persigue, aunque sean alcanzados de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas. Debe eliminarse todo ritualismo o formulismo (es decir, toda formalidad desproporcionada o irrazonable) para evitar que el proceso se convierta en una estructura carente de vitalidad. Si bien las formalidades apuntan al orden, a la seguridad y a la buena marcha de los procesos (por lo que son también un medio al servicio de la justicia), cuando tales formalidades resultan desproporcionadas o irrazonables, o cuando el juzgador se apega rigurosamente a ellas quitándoles su verdadero sentido, se produce un ritualismo o abuso de las formas que se traduce en una inutilidad del proceso para alcanzar la justicia. Dicho de otra manera, el proceso, para ser justo, no puede ser conducido en términos estrictamente formales, mecánicos, o conforme a un ritualismo caprichoso que deje de lado las particulares cuestiones del caso concreto o privilegie las formas por encima de los temas de sustancia; a no ser, en este último caso, que las formas sean razonables y que con su cumplimiento se busque cautelar un derecho o evitar que se produzca un agravio. En este sentido, debe privilegiarse el cumplimiento de la finalidad de las formas sobre el cumplimiento de las formas propiamente dichas, aunque haya sido lograda de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas. Y si tal finalidad no se logró, debe privilegiarse —y buscarse— la subsanación del incumplimiento de la formalidad sobre la declaración de nulidad del acto procesal donde se debió realizar, a no ser que la subsanación no logre eliminar o, lo que es peor, empeore el agravio que se pueda haber producido (por ejemplo, que afecte severamente el derecho de defensa de alguna de las partes).
5. Se debe superar la vieja distinción entre verdad formal y verdad material que tanto daño ha causado al servicio de justicia. Corrientemente se ha señalado que el proceso penal persigue la obtención de la verdad histórica, material o real, mientras que el proceso civil —mejor, el no penal— persigue la llamada verdad ficticia o formal, a la que se llega mediante especiales reglas probatorias, ficciones y presunciones. Sin embargo, esta distinción no solo dista de lo que verdaderamente ocurre en el proceso: el establecimiento de la convicción judicial, a secas, sino que muchas veces ha «justificado», si no tolerado, que en el proceso civil —o, mejor, en el no penal— se declare como verdad una simple apariencia formal, produciéndose un grosero alejamiento con la realidad y, por ende, un divorcio entre la justicia y la sentencia. Para evitarlo, el proceso debe estar encaminado a encontrar la verdad del caso concreto, o, mejor, a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la justa solución de la causa (la *quaestio facti*). Pero como los hechos, en cuanto tienen trascendencia jurídica, son mentalmente concebidos en su significación jurídica, esa búsqueda requiere, además, que la realidad de los hechos se entienda desde la óptica de lo jurídico (la *quaestio iuris*). La verdad así obtenida debe ser objetiva, no basarse en hechos o datos aparentes o inexistentes, sino en datos o hechos verificables, que se ajuste al contenido o naturaleza real de los mismos, y que no sea una derivación de la mera subjetividad del juzgador, sino una derivación del derecho

vigente, así como de las circunstancias comprobadas de la causa (por la exigencia de estos elementos, suele hacerse uso de la locución «verdad jurídica objetiva» para identificar esta noción). Adviértase que no estamos diciendo que siempre se tiene que llegar a la verdad histórica o real, pues quizá ella nunca llegue a alcanzarse — recordemos que el ser humano es falible por naturaleza—, pero sí defendemos que jamás se debe renunciar a alcanzarla.

6. El proceso debe estructurarse de tal forma que se asegure que su acceso, inicio, desarrollo, resultado y ejecución sean justos. Esto implica que los actos procesales y las normas que los regulan, así como las normas materiales que concurren a la solución del caso concreto, tengan que ser razonables y respetuosos de la dignidad del ser humano, de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En esta línea, las personas deben tener la oportunidad real de formular sus pretensiones, de probar, alegar, impugnar y, en general, ejercer su defensa. El juez debe ser independiente e imparcial, no tener intereses pecuniarios, o de cualquier otro carácter, en el caso concreto a decidir. Sus decisiones deben encontrarse debidamente motivadas, entre otros imperativos importantes. Además, las decisiones del juzgador no deben ser el producto de su simple subjetividad (no ser arbitrarias), sino deben ser una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas de la causa. Tampoco deben ser el producto de un razonamiento viciado o de una mala apreciación de los hechos o del material probatorio (no ser absurdas), de tal suerte que lleven a conclusiones desacertadas, intolerables o contradictorias, al no encajar dentro del campo de lo opinable, sino dentro de lo ilógico, lo irreal o lo irracional. Pero, además, las decisiones del juzgador deben ser materialmente justas, pues para responder a la idea de justicia que aquí se postula, no basta con que hayan sido emitidas en proceso regular, sino que es necesario que su contenido sea conforme con la dignidad del ser humano, los valores superiores, los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.
7. Para asegurar la justicia del caso concreto, las decisiones que se emitan en el proceso no pueden dejar de lado las particulares cuestiones de la causa (tanto de los sujetos procesales como del conflicto de intereses o de la incertidumbre jurídica que sea su objeto), ni la realidad social donde se desarrolla, sino, por el contrario, deben ser tratadas y apreciadas adecuadamente por el juzgador a fin de asegurar a los justiciables un resultado justo. Para ello, las normas procesales y sustanciales que concurren a la solución de la causa, así como los principios y estándares a que ellas responden, no pueden ser aplicados o interpretados literalmente, ni considerados como enclaves de valor absoluto o de aplicación rígida, sino deben ser interpretados y aplicados de conformidad con la dignidad del ser humano, los valores superiores, los derechos fundamentales y los otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, teniendo en cuenta las particulares cuestiones de la causa y la realidad social donde se desarrolla.

Estas son solo algunas ideas. No son nuevas o novedosas. Es posible que algunos ya las hayan leído en alguno de mis trabajos anteriores. No obstante, me ha parecido importante traerlas aquí, a título de recordatorio, para quienes comparten el gusto por hacer del derecho, y del proceso en especial, un instrumento al servicio del ser humano, de la verdad y de la justicia.

Finalizo agradeciendo y felicitando, una vez más, a todos quienes vienen contribuyendo, desde la particular situación en la que se encuentran, a hacer de este mundo, y del proceso en especial, uno mejor. Ustedes son los verdaderos forjadores del cambio. Los «jóvenes valores», cuyos ensayos integran este libro colectivo, son buen ejemplo de ello.

La Molina, 25 de febrero de 2021

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

LA TEORÍA DEL PROCESO DESDE LA TEORÍA DEL PROCESO

RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD CAUTELAR DESDE EL PRISMA DE LA JUSTICIA PROCESAL

Carlos Mauricio Arévalo Nazario, Meredith Jhessamynne Luján Rosas, Francisco Manuel Salas Contreras, Óscar Antonio Uceda García y Luis Jesús Villanueva Villalobos, miembros activos del Cefcdda, de la Universidad Privada del Norte, sede Trujillo

«Para encontrar la justicia, es necesario serle fiel: como todas las divinidades, se manifiesta solamente a quien cree en ella».

PIERO CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado.*

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre los presupuestos más controversiales de las medidas cautelares: razonabilidad y proporcionalidad. Esto se origina en una hecatombe de diversas decisiones complejas que debe tomar el director del proceso para salvaguardar no solo la pretensión del demandante, sino también para no vulnerar de forma irreversible los derechos del sujeto pasivo de la relación procesal. Este presupuesto sometido a análisis es también una manifestación del mandato de optimización de igualdad procesal que, si bien es cierto, no nos emitirá una única respuesta correcta, al menos será contigua a un ejercicio o procedimiento de raciocinio subyacente.

Por ello, se examinarán los alcances de la tutela cautelar en los procesos civiles, los presupuestos que hay que demostrar al juez, incidiendo en el presupuesto de la razonabilidad y proporcionalidad irradiado por influencia del principio de igualdad procesal y finalmente ponernos los monóculos de la justicia para analizar las medidas cautelares como una herramienta jurídica para ambas partes.

Palabras clave: tutela cautelar, medidas cautelares, presupuestos cautelares, razonabilidad, proporcionalidad.

ABSTRACT

This paper deals with the most controversial assumptions of precautionary measures: reasonableness and proportionality. This originates from a hecatomb of various complex decisions that the director of the process must make to safeguard not only the claim of the plaintiff, but also not to irreversibly violate the rights of the passive subject in the procedural relationship. This budget subject to analysis is also a manifestation of the procedural equality optimization mandate that, thought, will not give us a single correct answer, at least it will be contiguous to an underlying reasoning exercise or procedure.

That is why the scope of precautionary protection in civil proceedings, the assumptions that must be demonstrated to the judge, will be examined, focusing on the assumption of reasonableness and proportionality irradiated by the influence of the principle of procedural equality and finally putting on the monocles of justice to analyze precautionary measures as a legal tool for both parties.

Keywords: precautionary protection, precautionary measures, precautionary assumptions, reasonableness, proportionality.

1. TUTELA CAUTELA PARA DEMANDANTE Y DEMANDADO

Pretender hablar de tutela cautelar en pleno siglo XXI, es desprenderse de ciertas tesis reduccionistas que rondaban en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, pues ahora la revelación del poder cautelar se encuentra conexas a un fuerte basamento *ius fundamental* denominado: tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú de 1993 sostiene que el Estado Peruano debe velar por la materialización del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Esto se debe a que la tutela jurisdiccional efectiva no se confina tan solo con garantizar el acceso a la justicia, sino también está concertada por otros fenómenos procesales, como el derecho a la emisión de una sentencia debidamente motivada jurídica y fácticamente, el derecho a probar a un juez natural y, para efectos del presente estudio, la tutela cautelar.

La naturaleza instrumental de la ciencia procesal tendrá como función principal materializar el derecho sustantivo que una de las partes puede alegar a su favor en teoría, pero en la praxis de la actividad judicial la labor del juez y demás servidores judiciales se encontrará limitada con detrimentos como la sobrecarga procesal, bajo presupuesto anual dirigido al Poder Judicial, etcétera. Es decir, estos infortunios representarán el incremento de un factor independiente al desarrollo del proceso: el tiempo.

Este último es de carácter draconiano y siempre se verá como un factor ineludible en las vidas de los sujetos, sobre todo cuando estos se embarullan en un proceso. Aquel será una variable operativa que condicionará su trámite en un lapso idóneo para que el accionante no ponga en riesgo o termine lesionando el derecho sustantivo invocado en la postulación de la demanda o en la presentación de la medida cautelar fuera del proceso. Giovanni Priori^[1] expone esta cuestión lujosamente:

«El problema se agrava si somos conscientes que el tiempo que dura el proceso es algo que no depende exclusivamente del demandante, sino también del juez y del demandado; pues cada uno de estos sujetos procesales requieren 'sus propios' tiempos para la actuación procesal» (2005: 174).

Hasta este punto ya puede percibirse una característica primordial de la tutela cautelar, lo que, en palabras de la profesora Ariano Deho ^[2], «no constituye un fin en sí misma, pues su función se

agota en servir de instrumento para asegurar la efectividad de la tutela de fondo» (2001: 79). Esto hace referencia a que, al momento de emitirse una medida cautelar, se concibe su génesis y apocalipsis dentro del éxodo procesal.

Para situaciones como estas, germinan las medidas cautelares, en aras de hacer realmente eficaz la sentencia. Ante ello, el maestro Monroy Gálvez sostiene una definición operativa sobre este fenómeno: «Es una institución a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo, ordenando se adelanten algunos efectos del fallo o asegurado que las condiciones materiales existentes durante la interposición de la demanda, no sean modificadas» (1990: 43).

No obstante, siempre se ha guardado la creencia de que esta institución perpetuamente ha de decantarse en favor del sujeto activo de la relación procesal. Esto parte de un entendimiento parcial de la concepción cautela, ya que creer solo en la contracautela como una institución que protegerá al demandado sería muy descuidado, pues a esta debe precederle una argumentación en la que confluya un ejercicio de raciocinio en vez de una *doxa*, que busca camuflar una opinión apresurada y sin ejercicio de razonamiento judicial alguno ^[3].

Por ende, es sumamente necesario recordar y someter a análisis los presupuestos que componen a la medida cautelar.

2. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Es necesario hacer un sucinto recuento sobre los conocidos requisitos que pesan en torno las medidas cautelares para convergir los puntos en discusión de una forma más clara. Estas medidas podrán solicitarse a través del proceso cautelar^[4], que gozará de una autonomía e instrumentalidad al proceso principal, ya que, si este llega a cesar por genuina consecuencia, la medida cautelar se extinguirá también. Por ello, es válido afirmar que el proceso cautelar tiene un carácter satelital, pues gira en torno a lo principal «por fuerza centrípeta».

2.1. Verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*)

Este primer presupuesto hace una referencia de antelación probabilística del derecho materia de *litis*, que a partir de uno o varios hechos puede colegirse. Esta valoración de probabilidad es una operación lógica adherida a parámetros objetivos, como las «escalas» o «grados», mediante los cuales se intenta enmarcar el razonamiento del operador de justicia^[5]. Lo importante es que el derecho discutido tenga una apariencia favorecedora respecto de quien lo solicita, para así legitimar la intromisión judicial prematura. Cabe recalcar que de ninguna forma se podrá entender como verosimilitud a la certeza, aunque si bien puede darse el caso en que esta última se alcance materialmente, en la mayoría de situaciones no se obtendrá tal grado y se tendrá que conformar con lo probable, pues lo usual es que se consiga en la etapa final del proceso con la emisión de la sentencia.

2.2. Peligro en la demora (*periculum in mora*)

El segundo presupuesto comprende a la amenaza de no resguardar el derecho en términos temporales. Es decir, es bajo un razonamiento de tendencia íntimamente consecuencialista sobre el que deberá determinarse la peligrosidad que devenga del tiempo. Análogamente a que la verosimilitud no puede ser comprendida como certeza, el resultado perjudicial no debe ser entendido como un suceso inexorable, sino simplemente como un riesgo en la circunstancia litigiosa en concreto, una amenaza que objetivamente sea advertida si se prospecta una secuencia lógica de la realidad. Siendo así, se requiere que lo ineludible sea el peligro *per se* al someter la decisión a un trance que pudiera afectar al derecho del solicitante de la medida, pero no el resultado lesivo.

2.3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión

En relación con el último presupuesto de la razonabilidad, el Tribunal Constitucional, a través del Expediente 0050-2004-AI/TC (acumulados), ha brindado una idea de lo que puede asimilarse como tal, estableciendo que consiste en un test por el cual se analizará la proporcionalidad de la medida, que estará necesariamente vinculada con el valor superior de justicia^[6]. En este sentido, este presupuesto será un instrumento imprescindible de constitucionalidad para determinar los actos que ejercen los poderes estatales cuando se afectan derechos de cualquier jerarquía normativa, pero sobre todo cuando concierne al ejercicio de los derechos fundamentales. Para que su aplicación sea correcta, corresponderá subsumir en orden prelatorio los tres principios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: 1) el primero implica que la injerencia en los derechos fundamentales —esto es, toda medida cautelar— debe orientarse teleológicamente al objetivo legitimado, 2) el segundo supone la inexistencia de algún otro medio alternativo que sea de igual forma satisfactorio y más benigno para alcanzar el objetivo propuesto (idoneidad equivalente y menor grado de lesividad del derecho fundamental) y 3) el grado de realización del objetivo debe ser, en términos ponderativos, correspondiente al grado de afectación del derecho fundamental^[7], analizándose dos tipos de intensidades: la ejecución del fin de la medida examinada y el desmedro del derecho fundamental^[8].

2.4. La contracautela

Este vendría a ser un presupuesto que propiamente no forma parte del cúmulo de los anteriores, debido a que es, fundamentalmente, una garantía que se extraerá del solicitante para compensarlo en el supuesto que el resultado del fallo definitivo le sea favorable y la medida cautelar le haya perjudicado indebidamente^[9]. Entendido su corte de tramitación, no se enfoca como un elemento estructural de la medida cautelar como lo son los presupuestos antes señalados, sino más bien como una protección subsidiaria que puede ser de carácter real o personal. La contracautela real es una obligación del solicitante de dar en disposición un derecho real principal o un derecho real de garantía, mientras que la contracautela personal es la obligación —de una promesa— de pago del solicitante por la medida cautelar.

2.5. El «problema» con la contracautela

Teniendo clara la acepción de esta figura, es necesario advertir que en este punto se evidencia por primera vez la peligrosidad intrínseca de las medidas cautelares^[10]. Para ello, se debe entender el alto grado de peligrosidad que una tutela cautelar puede generar, esto en el sentido de que una estas no se dictaminan bajo una certeza plena, sino que, más bien, sobre una probabilidad. De esto deviene que su ejecución, en muchos casos, sean fuente de un daño injusto al sujeto pasivo de la cautelar. Este conocimiento de la intrínseca y no eliminable^[11] peligrosidad de las decisiones cautelares es la justificación principal de la existencia de la contracautela como mecanismo para evitar un perjuicio mayor al demandado en caso este resulte victorioso al término del proceso.

La peligrosidad ya mencionada se ha visto afectada en los últimos años por la propia ampliación de los derechos sometidos a medidas cautelares. En una primera extensión, se ha visto direccionada a la satisfacción de derechos sin función exclusiva o prevalentemente patrimonial, intereses no patrimoniales que, por la necesidad cautelar, serían presupuestos al pago de una contracautela. En una segunda extensión, protege a su vez a los sujetos desposeídos en el sentido de que un derecho con contenido patrimonial cumplirá una función de satisfacción de intereses no patrimoniales.

Esta situación ha ocasionado^[12] que la peligrosidad se vea exaltada de forma cuantitativa. Hoy hay una irreversibilidad de los efectos de las medidas cautelares en el caso de los derechos no patrimoniales. Es más, en el caso de ser reversibles, no llega a materializarse, pues la condición económica del sujeto activo de esta medida usualmente es un impedimento para el acceso a la contracautela^[13]. Por otro lado, la peligrosidad aumenta mientras más se dilate la duración del proceso. Es decir, un proceso con letargo ocasiona en igual medida daño al sujeto pasivo. Así, se entiende que la peligrosidad se funda en la eventual irreversibilidad de los efectos producidos por la medida cautelar.

En este sentido, el maestro Andrea Proto Pisani (2018) establece dos percepciones correctas de la peligrosidad como directrices para el juez al momento de analizar una medida cautelar:

- a. Realizar una actuación procesal que estimule al juez a reducir la sumariedad de la cognición del proceso en aplicación del *fumus bonis iuris*. Ello para limitar la posibilidad de «volcar» el juicio cuando se de la cognición plena^[14].
- b. En el caso de las medidas cautelares atípicas o una medida cautelar en que se prescindiera del análisis del requisito *periculum in mora*, el juez deberá evaluar de manera comparativa «el daño que sufriría al momento de la concesión de la providencia cautelar y el daño que sufrirá la contraparte por su concesión» (Proto, 2018). En tal sentido, se concedería la medida cautelar solo cuando el perjuicio sea cualitativamente y cuantitativamente superior al daño que sufrirá la contraparte.

Las evaluaciones mencionadas deben ser realizadas bajo el amparo de las garantías procesales constitucionales. En aras de ello, la efectividad del derecho de acción y del derecho de defensa

se convierten en protagonistas, tanto de la parte accionante como de la parte pasiva de la medida cautelar. Es evidente la complejidad de la evaluación comparativa de los daños contrapuestos mencionados. Por ello, en el siguiente apartado se intentará dar lineamientos en aras del cumplimiento del principio de igualdad procesal.

3. PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL

Para hablar de razonabilidad, debemos definir un concepto que no encuentra consenso a nivel doctrinario en la academia, sin embargo, resulta indispensable tocar dos vertientes en torno a la razonabilidad en la filosofía jurídica. Por un lado, está la razonabilidad ética de Kant, la cual se decanta por orientarse en función de determinados principios que representarán una especie de «ley fundamental de la razón práctica» de cada sujeto^[15]. Por otro lado, en su ética discursiva, Habermas sostiene que un proceso de diálogo o conversación entre participantes en una disertación debe estar bajo la observancia de determinadas reglas, que tendrán como fin un resultado universalmente válido no solo ante sus enunciados normativos, sino que guardarán sintonía en juicios de moralidad. Esta última es la que más se relaciona para nuestros fines, pues, durante el proceso, existe un intercambio de argumentos a favor o en contra sobre si una medida resulta pertinente o no.

Por ello, es importante aludir que se tratará a la razonabilidad desde su arista procesal, ya que la validez de sus resultados debe ser irradiada por la racionalidad del procedimiento empleado para alcanzar estos, arribando así a conclusiones válidas y, sobre todo, eficaces que vincularán al proceso con la pretensión de veracidad. Un prolijo alcance de esta postura la emite Jorge Portocarrero, al manifestar que la racionalidad estructural ayuda a formar armazones y definir los límites hasta donde se debería optar por una decisión en el proceso. No obstante, esta no es suficiente para explicar cómo se constituyen los juicios que han de ser el pedestal de tales decisiones (2017)^[16].

Por ello, se necesita a la proporcionalidad como presupuesto de una medida cautelar, por lo que se deberá cumplir a cabalidad con los criterios del tribunal alemán respecto de las exigencias del principio de proporcionalidad: 1) que la medida sea idónea para alcanzar el fin perseguido con ella, 2) que sea necesaria o exista una alternativa menos gravosa y 3) que cumpla con el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Esta última característica es la que importa analizar, pues una medida cautelar será proporcional cuando se toman en cuenta factores además de la gravedad del hecho y convicción respecto al elemento fáctico, sino también en cómo esta decisión afectaría al sujeto que soporta la medida cautelar en el ínterin de perseguir la solución al conflicto suscitado. Es pertinente mencionar que el profesor Robert Alexy (2016) considera que, además de los conceptos mencionados, hay una proporcionalidad en sentido estricto, a que se refiere como «la optimización relativa a las posibilidades jurídicas»^[17] (p. 460).

Teniendo claro estos conceptos, es evidente su relación frente al principio de igualdad procesal, pues este implica que ambas partes tengan las mismas oportunidades y no se ocasione una situación de inferioridad de uno respecto del otro. Entonces se dice que, si una medida resulta no proporcional, significa que esta no ha contado con los criterios mencionados o no ha estado alineada a una racionalidad procedimental, impidiendo el diálogo interno en búsqueda de la verdad —es decir, fin de todo proceso—. Se estaría afectando el principio de igualdad procesal al favorecer al sujeto sobre el que recae la medida cautelar, poniéndosele en una situación de inferioridad.

Criterios objetivos para la búsqueda de la verdad son el motor de aplicación de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Durante el proceso, estos deben ser considerados por el juez cuando tome la decisión del caso, considerando a ambas partes por igual, analizando la racionalidad para quien soporte la medida.

4. ¿JUSTICIA A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES?

Hasta este punto, la pregunta de la justicia podría, a decir de Ross, ser como «dar un golpe sobre la mesa». Sin embargo, es inevitable su mención dado el carácter instrumental de los conceptos aquí tratados. La filosofía del derecho tiene por lo menos dos temas centrales a grandes rasgos: ¿qué es el derecho? y ¿qué es la justicia?^[18]. Aunque aparentemente se trate de temas distintos, son todo lo contrario: la determinación del contenido de justicia dependerá de la teoría del derecho adoptada por el intérprete^[19], incluso puede presumirse una teoría del concepto de justicia que se adopte. No concierne desarrollar cuál es esa teoría del derecho y el concepto adecuado de justicia^[20]. No obstante, en este apartado se describirán cuatro aspectos esenciales que relacionan el derecho como instrumento de lo justo y la tutela cautelar como la necesidad para lograrlo:

1. Bobbio (2017)^[21] sostiene que el mejor modo para acercarse al derecho es considerándolo como un sistema normativo. Es decir, como un conjunto de normas jurídicas interrelacionadas y vinculadas a la conducta de las personas en una sociedad determinada. Asimismo, Alexy (2019) enseña que en este sistema se puede encontrar normas-principio y normas-regla^[22], y, según la teoría tridimensional del derecho, este también se compone de valores supremos que —a su tiempo— actúan como un fin para el derecho^[23]. La justicia es uno de estos que constituirá ideales a los que el derecho debe aspirar. Es decir, una finalidad del derecho. Por el trasfondo filosófico de esta cuestión, abordar el desarrollo de la justicia es un debate interminable que puede llevarnos a conclusiones feroces como las arribadas por Kelsen (2002) en su lección jubilar^[24]. Empero, no puede desconocerse que la justicia —como fin o ideal— tiene un lugar en este sistema normativo y, por ello, no debe perdersela de vista cuando se busca un acercamiento a la experiencia jurídica en cualquiera de sus aspectos. Bajo esta óptica, las normas jurídicas (reglas o principios) actuarán en el derecho como una

herramienta para acercarse lo más posible a aquellos valores-fin que inspiran un ordenamiento jurídico centrándonos en la justicia.

2. Visto que las normas jurídicas se inspiran y trazan su cauce hacia determinados valores-fin como la justicia, es necesario agregar que estas no dejan de ser conceptos abstractos, simples clavos en un depósito. Por lo tanto, hace falta el martillo que aplique estas normas jurídicas. Es decir, que las manifieste de forma práctica en un caso en concreto. Esta suerte de martillo aplicador de normas es el proceso, el cual direcciona también su camino hacia dichos valores-fin, entre ellos la justicia. Atendiendo a la teoría general del proceso, por un lado, y a la teoría general del derecho, por otro, el proceso debe ser instrumental, por lo menos, en un doble sentido^[25]: 1) como instrumento para la resolución de un conflicto o una incertidumbre jurídica y 2) como instrumento del derecho para la búsqueda de estos valores-fin.
3. Sin embargo, el proceso necesita también de otros instrumentos que ayuden al cumplimiento de sus fines. En este sentido, el proceso se vale de mecanismos para resolver el conflicto con una sentencia (en el mejor de los casos) y dotar de plena eficacia dicha decisión, en aras a una completa tutela jurisdiccional efectiva desde el inicio del proceso hasta la ejecución de aquella. Uno de esos instrumentos son las medidas cautelares. La mayoría de la doctrina suele reconocerlas como un proceso o procedimiento^[26] instrumental al proceso de fondo ^[27], para usar la terminología de Monroy (2009), tanto a sus fines privados como a sus fines públicos. En este sentido, las medidas cautelares tienen también como finalidad la búsqueda de la justicia como valor y fin público del proceso. Lo que se quiere expresar es que el proceso cautelar debe también dibujar su cauce hacia la justicia estableciendo la medida cautelar que satisfaga de forma suficiente los intereses de las partes sin afectar derechos o imponer cargas innecesarias. Esto puede lograrse mediante una correcta evaluación de los presupuestos de la medida cautelar, prestando especial atención a la razonabilidad. Sobre el particular, el profesor Juan Monroy Gálvez (citada por Simons, 2002) señala la doble finalidad de las medidas cautelares: una concreta y otra abstracta. «La finalidad concreta está referida a impedir que el fallo definitivo devenga en inejecutable o ilusorio», que se asemeja a la finalidad privada antes señalada. Es decir, orientada a resolver el conflicto específico. Y la finalidad abstracta, la cual «está referida a la consagración del valor justicia, del prestigio de la labor judicial» (p. 158)^[28], se asemeja a la búsqueda de los valores-fin del derecho, entre ellos la justicia.
4. Tanto en la calificación del *fumus bonis iuris* como en la del *periculum in mora*, el centro de atención es quien solicita la medida cautelar. En este sentido, se examina la verosimilitud del derecho alegado y la afectación de su eficacia por el solo paso del tiempo. Por otro lado, cuando el juez ejercita la razonabilidad de la medida debe tener en consideración a ambas partes. En esta etapa, se preocupa por la eficacia de la sentencia futura para el demandante y la intervención mínima en los derechos del demandado^[29]. Esta visión completa que abarca a ambos sujetos resulta de suma importancia por lo siguiente: si se otorgase una medida cautelar desproporcional, aunque se asegure de la

mejor forma la eficacia de la sentencia, esta medida no sería considerada válida ni justa. Por lo tanto, contraria a uno de los fines antes descritos. La preocupación de este escenario se intensifica si la medida es tramitada *inaudita altera pars* ^[30]. Que la medida cautelar se adopte sin oír a la otra parte no quiere decir que el juez se desentenderá de sus intereses.

En suma, lo que se busca es cambiar el paradigma de la tutela cautelar como beneficio para quien la solicita y detrimento para quien la soporta. Lo idóneo es una visión holística del asunto. ¿Por qué resulta necesario que este análisis se preste en las medidas cautelares? Porque la medida cautelar es el arma que nos permite resistir el largo desarrollo de un proceso, en el Perú como común denominador se caracteriza por un letargo excesivo debido a la carga procesal y suelen rebasar por mucho el plazo que la ley establece (Gutiérrez, 2015) ^[31]. El razonamiento en este extremo es simple, quizá nunca se pueda llegar a un acuerdo sobre una sola teoría de la justicia, pero, como enseñaba Perelman (1964) ^[32], se pueden establecer zonas sin conflicto (o acuerdos comunes) al respecto de ella. Por ejemplo, según el referido autor, la justicia siempre tiene que ver con la igualdad (p. 27)^[33].

Así, se considera también que otra zona sin conflicto es «la justicia que tarda no es justicia». Es decir, la justicia siempre tiene que ver con la celeridad o el plazo razonable. Lamentablemente, la administración de justicia peruana tiene el gran flagelo de ser tardía y, por si fuera poco, ineficaz^[34]. Entonces, ¿qué papel juegan las medidas cautelares en este problema? ¿Superhéroes? ¿Antihéroes? En realidad, les corresponde un papel de resistencia. Es decir, si bien no pueden solucionar el problema de la justicia en el país, sí pueden servir como instrumento para reducir, al menos, los índices de ineficacia de los procesos judiciales, anticipando un ápice de lo que será la «justicia» cuando el proceso termine. El quid del asunto es que para ello debe ejercerse una correcta práctica judicial al otorgar medidas cautelares, intentando asegurar lo más posible la eficacia de la sentencia mientras dure el proceso y evitando dañar innecesariamente a quien soporte la medida cautelar. He aquí el importante papel que recae sobre la razonabilidad de la medida.

5. CONCLUSIONES

- La manifestación que el juez realice del poder cautelar debe llevar de la mano un procedimiento racional mediante el cual asegure una respuesta no arbitraria, evitando crear medidas desproporcionadas o situaciones de abuso de derecho.
- Para confrontar los dos grandes problemas que aquejan la justicia del país (la demora y la ineficacia), el papel de las medidas cautelares debe ser palpable en la práctica. Con base en lo expuesto en este trabajo, se propone el ejercicio de un análisis bidireccional en la razonabilidad de la medida. Es decir, el pronunciamiento del juez debe evidenciar la evaluación de la razonabilidad de los efectos anticipados (en favor del solicitante) y la razonabilidad del peso impuesto (en favor de quien soporta la medida). Con esto podríamos estar seguros de que el juez ha colmado con razonabilidad para ambas

partes y cubrimos el sinsabor que suele dejar la aplicación de una medida cautelar tramitada inaudita *altera pars*.

6. REFERENCIAS

- ALEXY, R. (2009). «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 11, pp. 3-14.
- _____ (2016). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- _____ (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra.
- ALFARO VALVERDE, L. Y CAVANI BRAIN, R. (compilador) (2010). «Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar. Propuesta para un modelo equilibrado». En: *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 91-133.
- ALVARADO VELLOSO, A. (2009). *Lecciones de derecho procesal civil*. Lima: Juris.
- ARIANO DEHO, E. (2001). «Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar». *Thémis, Revista de Derecho*, número 43, pp. 79-91. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11591>
- BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS (2009). *Tutela cautelar y tutela anticipada: tutelas sumarias o de urgencia (una tentativa de sistematización)*. São Paulo: Editorial Malheiros.
- BOBBIO, N. (2017). *Teoría general del derecho*. Lima: Temis.
- CASTILLO-CÓRDOVA, L. (2005). «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano». *Revista Peruana de Derecho Público*, 6 (11), pp. 127-151. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1
- CHOMSKY, N.; FOUCAULT, M. y ELDERS. F. (2007). *La naturaleza humana: justicia versus poder. Un debate*. Buenos Aires: Katz.
- ELÓSEGUI ITXASO, M. (2016). «El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del Tedh Eweida y otros c. Reino Unido». Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5600122.pdf>
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006). *Teoría general del derecho procesal*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, W. (director) (2015). *Informe: La justicia en el Perú. Cinco grandes problemas. Documento preliminar 2014-2015*. Lima: Gaceta Jurídica.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R. (2011). «Apuntes sobre medidas cautelares». *Justicia y Derecho*, 6 (4), p. 2. www.justiciayderecho.org.pe/revista6/index2.html.
- KANT, I. (1989). *Crítica de la razón pura* (traducción: Pedro Rivas). Madrid: Taurus.
- MONROY GÁLVEZ, J. (1990). «El juez nacional y la medida cautelar». *Derecho & Sociedad*, (2), pp. 42-48. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196>
- _____ (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- _____ (2009). *Teoría general del proceso*. Lima: Librería Comunitas.
- PECES-BARBA, G. (2009). «Reflexiones sobre la justicia y el derecho». *Derecho y Libertades* (20), segunda época, pp. 23-38.
- PERELMAN, C. (1964). *De la justicia*. Universidad Autónoma de México.

- PORTOCARRERO QUISPE, J. (2017). *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.
- PRIORI POSADA, G. (2005). «El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites». *Ius et Veritas*, 15(30), pp. 171-200. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11799>
- PROTO PISANI, A. (2018). *Lecciones de derecho procesal civil*. Lima: Palestra.
- QUINTERO, B. y PRIETO, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*. Bogotá: Editorial Temis.
- RUIZ RODRÍGUEZ, V. (2009). *Filosofía del derecho*. Ciudad de México: Instituto Electoral del Estado de México.
- SIMONS PINO, A. (2002). «Medidas cautelares especiales y poder general de cautela». *Advocatus*, número 7, pp. 154-171. <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2385/2318>.
- SUMARIA BENAVENTE, O. (2017). *La tutela cautelar. Análisis y revisión crítica de sus presupuestos*. Lima: Instituto Pacífico.
- TORRES VÁSQUEZ, A. (2019). *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Lima: Instituto Pacífico.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL (2002). *Lecturas de filosofía del derecho. Vol. II*. Ciudad de México: Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5684/13.pdf>.

BREVES COMENTARIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO Y SU INTERPRETACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Jurisdictio, de la Universidad Nacional de Trujillo

RESUMEN

La prueba de oficio pese a los esfuerzos realizados por la doctrina, la legislación y el tratamiento adoptado por el Décimo Pleno Casatorio Civil sigue teniendo serias deficiencias respecto a su regulación en el ordenamiento jurídico vigente. Estas deficiencias son puntuales: la imprecisión del legislador para detallar el momento oportuno de su actuación, la impugnabilidad condicionada, la subjetividad para resolver cuestionamientos a su actuación por parte del juzgador, la vaguedad respecto al ejercicio del contradictorio contra la resolución que ordena la prueba de oficio. Finalmente, la regulación de la prueba de oficio no es proporcional a su importancia en el ordenamiento jurídico nacional.

Palabras clave: prueba de oficio, oportunidad, contradictorio, inimpugnabilidad, valoración racional.

ABSTRACT

Despite the efforts made by the doctrine, legislation and the treatment adopted by the X Plenary Civil Cassation, the ex officio test still has serious deficiencies with respect to its regulation in the legal system in force. These deficiencies are: the lack of precision on the part of the legislator in detailing the opportune moment for its action; the conditional challengeability; the subjectivity in resolving questions about its action on the part of the judge; the vagueness with respect to the exercise of the adversary against the resolution that orders the ex officio evidence. Finally, the regulation of ex officio evidence is not proportional to its importance in the domestic legal system.

Keywords: proof of office, opportunity, contradictory, impugnability, rational assessment.

1. INTRODUCCIÓN

Son innegables las diversas posturas y comentarios que se han dado respecto a la prueba de oficio en el panorama jurídico nacional. Resulta prudente advertir que el presente artículo busca —a través de la interpretación conjunta de los sistemas procesales adoptado por el ordenamiento jurídico vigente— esbozar un análisis crítico a la institución jurídica de la prueba de oficio. En este sentido, al ser diverso el pronunciamiento de la doctrina y legislación, hemos recogido aquellas posturas que refuerzan nuestro análisis mediante el estudio a la evolución de esta institución, el catálogo diverso de regulación en los distintos sistemas procesales, para, finalmente, estudiar su regulación en el sistema procesal civil.

Adviértase que el trasfondo central del presente estudio es la regulación de la prueba de oficio en el proceso civil, debido a los lineamientos que han adoptado juristas reconocidos en el área. Ello a propósito de las reglas vinculantes abarcadas recientemente en el Décimo Pleno Casatorio Civil.

2. CONTENIDO

2.1. Notas preliminares

2.1.1. Concepto

Antes de realizar un desglosamiento a la problemática existente en torno a la prueba de oficio en el ordenamiento jurídico peruano, resulta importante mencionar la definición de esta figura.

Así, podemos afirmar que la prueba de oficio es la facultad probatoria que se le otorga al juez, potestad con que el juez puede actuar las pruebas que estime convenientes para tener certeza sobre el fallo que va a emitir. En efecto, esta prueba está en la esfera de discrecionalidad.

2.2. Fundamentos de la prueba de oficio en la teoría procesal

La prueba de oficio es una figura que desde siempre ha generado constantes debates académicos sobre su uso y el cuestionamiento que este generaría a la imparcialidad del juez y, por ende, a las garantías mínimas que debe existir para la resolución de una controversia jurídica. Así, el constante devenir histórico ha permitido conceptualizar la prueba de oficio bajo la óptica de distintos sistemas orientados al esclarecimiento de los debates antes mencionados, logrando establecer un marco de actuación del operador jurídico, como ente director del proceso.

En el derecho procesal existen tres sistemas procesales, de los cuales dos de ellos están clásicamente instituidos: el sistema dispositivo o garantista y el sistema inquisitivo o publicista. Tradicionalmente el primero tiene su uso predominante en el ámbito civil mientras el segundo encuentra su campo de acción en lo penal; y, como tercer sistema, está la mezcla de algunas ideas de ambos, el sistema mixto.

2.2.1. Sistema acusatorio o dispositivo

Se orienta desde la óptica de derecho privatista, en virtud del cual son las partes quienes ostentan el impulso procesal, reduciendo la capacidad de ordenar pruebas de oficio del juzgador. Al respecto, Devis Echandía (2002) sostiene que existen aspectos primordiales rescatables de este sistema: la necesidad de una demanda para iniciar un proceso y el poder de las partes sobre los elementos probatorios del proceso, eliminando del juez la tarea de exigir la realización de la prueba de oficio, de modo que el juez falla solo en función de lo aportado al juicio sin poder hacer uso de sus conocimientos personales sobre el proceso (pp. 77-78).

En cuanto al rol del juez en este sistema, Donaire Sánchez (2007) señala: «Este desempeña un papel esencialmente pasivo que solo espera el momento de sentencia para atribuir la victoria a quien hubiera acreditado mejor los fundamentos de su pretensión» (p. 55). Este sistema permite el nacimiento del llamado derecho garantista de las partes, el cual establece que debe existir garantías mínimas para las partes sin importar el modelo procesal adoptado. Así, para Gascón Abellán (2000), esto significará la creación de elementos adecuados para la defensa de derechos individuales para el establecimiento de límites que maximicen la defensa de estos derechos y la reducción de las posibles amenazas (p. 21).

2.2.2. Sistema inquisitivo o publicista

En este sistema, por el contrario, el juez toma un papel protagónico en el desarrollo del proceso, de modo que este debe ponderar los fines sociales del proceso sobre los intereses particulares de las partes, asimismo Cabrera Costa (1996: 58) decide caracterizarlo por: la falta de necesidad de una acusación o demanda para iniciar el proceso, el juez será quien realice la actividad probatoria sin perjuicio de que las partes puedan aportar medios de prueba. Surge en paralelo al neoconstitucionalismo, estableciendo así lo que se conoce como eficientismo procesal, el cual surge para lograr la inclusión de derechos fundamentales a la Constitución, lo cual derivó a parecer de González Alvares (2015: 158) en la entrega de la confianza a los jueces y la entrega de poderes discrecionales, la búsqueda de la justicia del caso concreto a toda costa, el prevalecimiento de la realidad sobre la urgencia en las decisiones de los jueces dejando atrás lo imperativo de las normas y, por último, se privilegia las consecuencias sociales de las decisiones jurisdiccionales. Por tanto, siendo el buscador de la verdad y ente director del proceso, el juez puede ordenar la prueba de oficio en tanto sirva para esclarecer la verdad de los hechos, sin necesitar del impulso de las partes para arribar a la resolución del conflicto.

2.2.3. Sistema mixto: tendencia actual

La antagónica entre los sistemas antes descritos resulta evidente. Por un lado, tenemos la prohibición de que el juez pueda aportar medios probatorios al proceso y, por el otro, un sistema que consagra al juez como eje supremo del proceso, capaz incluso de realizar la actividad probatoria en su totalidad con el fin de alcanzar la verdad. Sin embargo, hoy se han reunido elementos de ambos sistemas para crear uno mixto, que rige el ordenamiento jurídico de nuestro país. En esta línea, Devis Echandía (1994: 29-30) señala que ninguno de los dos sistemas puede aplicarse con carácter exclusivo, por lo que en todos los sistemas legales se ha otorgado al juez ciertos poderes (sistema inquisitivo) y al mismo ciertas iniciativas solo a las partes, de manera que el juez no pueda tomarlas en su lugar (sistema dispositivo). Esto asegura la implementación del uso de la prueba de oficio como instrumento de búsqueda de la verdad que debe ser debidamente motivado para su uso y, por tanto, responde solo a criterios de excepcionalidad. En cualquier otro caso, el juez debe sentenciar en función a las pruebas aportadas solo por las partes.

2.3. Límites de la prueba de oficio

Si bien la actuación de la prueba de oficio está bajo la discrecionalidad del juez, esto no significa que esta sea ilimitada. Así, como bien menciona el procesalista español Juan Pico i Junoy (2008), esta facultad probatoria del juez debe proteger:

- El proceso y los hechos discutidos en el mismo: Así, la prueba practicada por el juez debe estar necesariamente limitada a los puntos controvertidos propuestos por las partes. Así, el órgano jurisdiccional no puede realizar ninguna prueba que pretenda aportar hechos no mencionados por las partes.
- La debida imparcialidad del juez: Para garantizar esta imparcialidad, se limita a que las fuentes de prueba deben ser ofrecidas por las partes. Es decir, la fuente de prueba (hecho preexistente al proceso) debe haberse mencionado por alguna de las partes (demandante o demandado), en algún acto postulatorio. Sin embargo, esta no ha sido verificada con la presentación de un medio de prueba. Así, en el supuesto de ausencia o escasez probatoria de una fuente de prueba, a su criterio, el juez actuará una prueba de manera oficiosa.
- El derecho de defensa de las partes tiene como base el derecho fundamental a la defensa (derecho constitucional) y este debe estar presente frente a cualquier actividad jurisdiccional. Así, Hurtado Reyes (2009) nos menciona que en la prueba de oficio debería admitirse: «i) que se brinde a las partes la oportunidad de efectuar los actos procesales necesarios para cuestionar los medios de prueba incorporados oficiosamente; y ii) que se le permita ofrecer medios de prueba para desvirtuar los incorporados por el juez» (p. 431).

3. FUNCIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con fines didácticos, en este apartado realizaremos una pequeña introducción de cómo es el tratamiento de la prueba de oficio en las distintas ramas del derecho. Para ello, para obtener una visión más completa del tema, usaremos algunos tipos de interpretaciones.

3.1. Proceso laboral

En el proceso laboral peruano se le atribuye más facultades al juez. Entre estas potestades, se encuentra también la prueba de oficio.

3.1.1. Interpretación legislativa

De manera positiva, la encontramos regulada en el artículo 22 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), Ley 29497. En esencia, es la misma fórmula legislativa que la concentrada en el artículo 194 del Código Procesal Civil (CPC).

3.1.2. Interpretación exegética

La NLPT no impone límites claros al ejercicio de esta facultad, lo que debe entenderse que se sujeta a los límites derivados de las disposiciones constitucionales (motivación e imparcialidad judicial). Asimismo, debe convivir en armonía con los principios rectores en materia probatoria laboral, que son el principio de verdad real y el principio de *in dubio pro operario*.

3.1.3. Interpretación doctrinaria

Para el profesor Pasco (2010), «en efecto, si el juez, examinando demanda y contestación, con sus respectivas pruebas, y en la etapa de elaboración del Plan del Caso, entiende que tendrá que haber pruebas necesarias que no han sido contempladas por las partes, puede disponer su actuación inmediata, en el intervalo que media entre ambas audiencias» (p. 36).

Paralelamente, proscriben su uso desenfrenado debido a su carácter subsidiario y supletorio, solo puesto en marcha cuando la actividad probatoria de las partes sea insuficiente (Huamán, 2012). A ello agregaríamos, su carácter complementario, por lo que la resolución que la contenga debe estar correctamente motivada.

Al incorporar una prueba de oficio al proceso, el juez debe conceder a las partes el derecho a conocer su requerimiento, a participar en su actuación y a presentar prueba complementaria, si así lo consideren necesario (Romero, 2011).

Los jueces no pueden emitir un fallo *non Tiquet*. En todo caso, consideramos que no debería cuestionarse la institución de la prueba de oficio, sino su uso y abuso (Fajardo, 2012).

3.2. Proceso penal

Para muchos estudiosos del derecho, y por la misma evolución histórica del sistema penal, se considera que el proceso penal peruano tiene rasgos del sistema garantista. Por ello, trataremos de esquematizar si lo dicho antes es un «mito» o un acierto.

3.2.1. Interpretación teleológica

La finalidad de la prueba de oficio en el proceso penal es la búsqueda de la verdad para el esclarecimiento de los hechos. En este sentido, la actuación oficiosa del juez se encuentra justificada en la finalidad del proceso, la cual es la búsqueda de la verdad para adoptar razonable y justificadamente una resolución.

3.2.2. Interpretación exegetica

La prueba de oficio en el proceso penal está regulada en el artículo 385 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), en que se establecen ciertos límites a su actuación, como la excepcionalidad (solo cuando exista insuficiencia probatoria) y la oportunidad (luego de la recepción de las pruebas).

3.2.3. Interpretación doctrinaria

A nivel doctrinal, autores como San Martín (2015) señalan que la prueba de oficio está sujeta a tres límites. El primero de ellos involucra la vinculación de esta prueba para el proceso bajo el principio acusatorio. El segundo pasa por el encuentro de fuentes de medio de prueba al solicitarse la prueba de oficio, delimitado por la imparcialidad judicial. Finalmente el tercero radica en la concordancia de la prueba de oficio con los principios del proceso penal. Es decir, la disposición de la prueba alegada no impide el pronunciamiento de las partes. Ello debido al derecho de defensa y al principio de contradicción.

En este sentido, Talavera (2009) plantea que la prueba de oficio en el proceso penal debe responder a ciertos parámetros delimitadores, entre ellos el que el juez deba ordenar una prueba de oficio como medio adicional a lo formulado por las partes durante la etapa de investigación preparatoria o durante la etapa intermedia, de tal forma que este no subrogue a cualquiera de las partes (fiscalía o defensa). Asimismo, señala que la prueba de oficio debe ser pertinente, lícita y útil para el esclarecimiento de los hechos.

3.2.4. Interpretación sistemática

Teniendo en cuenta que el sistema procesal penal se rige por un sistema acusatorio con tendencia adversarial en que se sobrepone el debate de las partes por sobre cualquier ritualismo escrito (rasgo inquisitivo), la prueba de oficio en nuestro sistema penal atiende a un proceso garantista. Es decir, debe estudiarse la compatibilidad de cada proceso con la Constitución Política del Perú de 1993 (CPP), en la medida que se aplique la prueba de oficio. Así, la prueba de oficio debe adecuarse al principio de igualdad procesal, en específico a la igualdad de armas, de tal forma que a *contrario sensu* tendremos que, si el juez dispone de una prueba de oficio, vulneraría la presunción de inocencia del procesado o decaería en parcial con una de las partes. Así, a nivel normativo, el artículo 385 numeral 2 del NCPP advierte que esta diligencia debe darse cuando resultase indispensable y útil para el esclarecimiento de la verdad.

Por otro lado, la prueba de oficio no debe suponer un reemplazo de actuación del juez por el Ministerio Público, pues se estaría infringiendo su autonomía.

3.3. Procedimiento administrativo

De la misma manera, en cómo se ha interpretado la actividad probatoria oficiosa en los diferentes procesos jurisdiccionales, es oportuno hacer una breve mención a cómo se concibe la actividad probatoria de la administración pública como parte de un procedimiento administrativo.

3.3.1. Interpretación teleológica

Una de las manifestaciones que resalta de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) es el deber que adquiere la administración pública de poder actuar lo necesario para arribar a la verdad de los hechos que son materia del procedimiento a desarrollar. Así, se garantiza que el actuar del órgano administrativo esté acorde a los hechos que verdaderamente

se manifestaron en la realidad del caso en concreto, salvaguardando tanto el interés del administrado como el interés público que forma parte de todo procedimiento administrativo.

3.3.2. Interpretación doctrinaria

Es menester recordar que el procedimiento administrativo es un conjunto ordenado de trámites en los que se procesa la información de la que se sirve la administración para resolver. En este orden de ideas, entre sus funciones, se puede destacar tres fundamentales: la función garantista, la función racionalizadora y la función legitimadora (Esteve, 2019).

En esta línea, se precisa que el procedimiento administrativo tiene como finalidad acceder al conocimiento más amplio y más cierto que sea posible de la realidad. Es decir, lo que se pretende en definitiva es conocer la verdad. Así, toda actuación por parte de la administración pública debe ejecutarse en este marco funcional que caracteriza su sistema.

En efecto, aquel funcionario encargado de resolver deberá ejecutar toda actuación probatoria necesaria para arribar a la verdad de los hechos, garantizando así el interés del administrado, pero, sobre todo, el interés público.

El cumplimiento de tal objetivo se ve reflejado en la potestad de actuación probatoria que es facultad de la administración, en virtud del principio de impulso de oficio, concordante con el principio de verdad material, ambos precisados en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

3.3.3. Interpretación sistemática

Respecto de la regulación de la prueba de oficio, en la LPAG, no encontramos un artículo específico que refiera a la actividad probatoria por parte de la administración pública. Sin embargo, este se infiere como un deber que desarrolla el cumplimiento de dos principios fundamentales contenidos en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG: el principio de impulso de oficio y el de verdad material.

Tal como lo precisa Jiménez (2011), lo que menos se puede admitir en sede administrativa es la inacción. Al estar involucrado el interés público, la administración deberá realizar todas las actuaciones necesarias para verificar los hechos del caso en desarrollo. Así también, respecto del principio de verdad material, el referido autor sustenta que tal concepción implica que aun cuando una prueba no haya sido propuesta por las partes del procedimiento (procedimiento ordinario bilateral) o cuando hayan acordado eximirse de ellas (procedimiento trilateral), la autoridad administrativa puede realizar todas las actuaciones necesarias para acreditar la verdad material.

4. EL PROCESO CIVIL Y EL ARTÍCULO 194 DEL CPC

4.1. Evolución histórica de la prueba de oficio en el proceso civil

Al referirnos a la evolución normativa de la actividad probatoria oficiosa, nos resulta pertinente mencionar que esta, como lo precisa Castañeda (2019), ya se encontraba en el artículo 670 del

Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, en que ya se verificaba antecedentes de este poder probatorio del juez, en el cual se resaltaba la finalidad del mismo: esclarecer la verdad. Asimismo, por su parte, Caxi (2017) advierte que esta regulación fue también recogida por el Código de Procedimientos Civiles de 1912 en su artículo 340. Así, podemos visualizar que la prueba de oficio se mantuvo concebida como una facultad del juzgador, ya no se contemplaba la finalidad descrita en su antecedente normativo. Posteriormente, la regulación de la prueba de oficio fue también considerada en el artículo 194 del CPC de 1993. Y, finalmente, la última norma mencionada fue modificada a través de la Ley 30293 y es mediante este precepto normativo que se regula la prueba de oficio en nuestro CPC.

4.2. Supuesto normativo de aplicación

La prueba de oficio en el proceso civil se encontraba regulada primigeniamente en el artículo 194 del CPC y, con posterioridad (estándares actuales), el legislador optó por reformar este dispositivo con la modificatoria contenida en la Ley 30293.

Sin embargo, la regulación precedente, al mostrarse insuficiente en la práctica judicial, ocasionó que los magistrados de la Corte Suprema se reúnan y tomen decisiones para unificar los criterios jurisprudenciales, dando como resultado la expedición del X Pleno Casatorio Civil, de reciente nacimiento, cuyos lineamientos podrán ser observados en los anexos del presente comentario.

4.3. Críticas

4.3.1. Respeto del derecho al contradictorio

Tal y como se encuentra establecido en la CPP, en su artículo 2 inciso 23, toda persona tiene derecho a la legítima defensa. Como bien se sabe, el derecho al contradictorio es una de las más grandes manifestaciones del mismo, pues —en síntesis— consiste en la libertad y facultad que le otorga el legislador a la otra parte de poder manifestarse sobre los hechos que se le acusan o imputan. Sin embargo, el derecho a una adecuada defensa no culmina ahí, sino que a su vez permitirá al interesado poder agenciarse de todos los mecanismos procesales otorgados por el legislador para un adecuado ejercicio del mismo.

Habiendo otorgado algunos pequeños alcances acerca del concepto o de qué es lo que debemos entender cuando se menciona o se hace referencia al derecho al contradictorio, pues tanto la doctrina como nuestro propio ordenamiento han esclarecido válidamente este concepto, resulta pertinente cuestionarnos si lo mencionado se encuentra debidamente garantizado en la modificatoria a la redacción del artículo 194 del CPC. O, en su defecto, y a propósito del X Pleno Casatorio Civil, ¿podemos asegurar su cumplimiento a través dentro de las 12 reglas fijadas por los magistrados para el desarrollo o aplicación de la prueba de oficio?

Recordemos que el propio texto normativo, en su modificatoria, expresa que aquel magistrado que considere relevante incorporar una prueba de oficio no deberá olvidar garantizar a la parte afectada su derecho al contradictorio. No obstante, ¿es posible afirmar que la parte *in fine* del

segundo párrafo de la modificatoria del 194 otorgue en su totalidad esa seguridad jurídica que la parte afectada necesita? ¿Puede encontrar garantizado o protegido, en esa breve lectura, su derecho a una legítima defensa? ¿Es suficiente la redacción del legislador? Lamentablemente, el legislador no ha otorgado la respuesta capaz de garantizar al individuo que su derecho se encuentra debidamente protegido, pues no resulta suficiente mencionar en el texto normativo que tal o cual derecho está respaldado por ley, sí es uno de los pilares para el fundamento del mismo, pero no es el único. ¿Por qué? Pues, al no otorgar parámetros sobre los cuales se establezca de manera clara y precisa la forma en la que dicho derecho será garantizado en el desarrollo del proceso —de manera más específica cuando el magistrado decida incorporar una prueba de oficio—, el juez encontrará un abanico de posibilidades que le permitirán alegar a sus superiores en grado que, efectivamente, se ejerció el derecho al contradictorio.

Por otro lado, en el X Pleno Casatorio Civil, los magistrados trataron acerca del derecho al contradictorio. Así, a través de su cuarta regla, precisaron que el contradictorio podrá ser ejercido de manera previa o diferida, y que brinda la posibilidad de que este pueda ser ejercido de forma oral o escrita. Si bien es cierto, en el presente caso los magistrados ofrecieron más detalles sobre el ejercicio del derecho al contradictorio plasmado en la modificatoria del 194 del CPC. Sin embargo, es relevante volver a cuestionarnos si efectivamente nuestro derecho a la defensa se encuentra salvaguardado a través de la referida regla. Siendo así, y tal y como menciona el profesor Cavani (2018), la oportunidad o el momento para que el juez utilice su facultad probatoria será solo luego de la actuación probatoria, incluso se habla que será antes de la emisión de la sentencia. Similar afirmación encontramos en una de las 12 reglas del famoso X Pleno Casatorio Civil. No obstante, ¿esta protección a nuestro derecho al contradictorio contra la resolución del juez que incorpore una prueba de oficio permite a los operadores jurídicos ofrecer «nuevos medios probatorios» que permitan o que logren convencer al magistrado que la prueba que pretende incorporar no resulta útil al desarrollo del proceso? Ello teniendo en cuenta que la fase de actuación probatoria ya culminó. Si la respuesta a esta última pregunta es afirmativa, entonces ¿podemos hablar que al ser el magistrado quien incorpora una prueba de oficio, este puede plantear cuestiones probatorias contra los nuevos medios probatorios que pretenden frenar la prueba incorporada por el magistrado? De la referida pregunta, vale preguntarse también hasta qué medida o hasta dónde alcanza el ejercicio del contradictorio contra la resolución que incorpora una prueba de oficio.

4.3.2. Respecto de la oportunidad de actuación de la prueba de oficio

La prueba de oficio, en razón a lo desarrollado, resulta ser una excepcionalidad en del proceso que busca esclarecer la verdad material, de modo que el juez pueda alcanzar la certeza sobre lo actuado y resolver según los principios rectores de lo equitativo y lo justo. Por tanto, resulta ineludible desarrollar una crítica a la oportunidad en que debe ser solicitada una prueba de oficio, todo esto a la luz del respeto de la característica esencial del proceso, la cual consiste en respetar la libre aportación de los medios de prueba por las partes, de modo que estas no sean reemplazadas por el juez para garantizar en todo momento la imparcialidad del mismo.

Tal como señala Ledesma (2017), la oportunidad —en relación con el tema probatorio— está íntimamente vinculado con el principio de eventualidad. Por ello, a razón de la doctrina brindada por López Blanco (1997), la eventualidad es:

«el principio que garantiza la correcta construcción del proceso en virtud de que la organización que debe reinar en él se asegura mediante el cumplimiento de un orden preestablecido por la ley, en forma tal que sobre la firmeza del primer acto procesal se funda la del segundo, y así sucesivamente, hasta la terminación del trámite, usualmente con una sentencia».

Tal como lo menciona Hurtado (2015), si bien el artículo 194 del CPC autoriza a los órganos judiciales de grado a realizar actividad probatoria de forma oficiosa, en la práctica tuvo mucha resistencia, ya que, cuando el juez de segundo grado observaba la ausencia algún medio probatorio necesario, ordenaba la nulidad de la sentencia, para que la actividad probatoria observada quede en cumplimiento del juez de primera instancia. Siguiendo este mismo orden de ideas, de la norma mencionada se puede también evidenciar un aparente vacío legislativo en cuanto al momento oportuno para ordenar la actuación de la prueba de oficio y si este puede producirse de forma reiterativa en más de una instancia. Cabe mencionar que en todo proceso se busca siempre defender el garantismo procesal. En este sentido, debe haber una independencia entre el juez y las partes, por lo que se debe evitar realizar actividad probatoria cuando esta pueda ser aportada por los interesados. Así, en la práctica los jueces optan por hacer un uso restrictivo de la prueba de oficio, limitando esta facultad solo en una instancia.

Sin embargo, al hacer una revisión panorámica de la legislación actual, se puede afirmar que este comportamiento se debe a una costumbre formalista nacida en el seno judicial, pero no de una norma taxativamente reverenciada. Así, siguiendo lo dispuesto en el artículo 2 inciso 24 de la CPP: «Nadie está obligado lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». Por ello, es posible disponer su actuación oficiosa tanto en primera como segunda instancia, todo esto para alcanzar la verdad procesal y hacer un correcto uso de la potestad del juez. Esta potestad probatoria ejercida en segunda instancia, tal como lo establece Hurtado (2015), debe cumplir con los mismos elementos que toma en cuenta el juez de fallo (juez de primera instancia).

Por otro lado, es preciso hacer un breve comentario respecto de lo precisado —en relación con esta temática— por el X Pleno Casatorio Civil, que ha sido recientemente publicado y ha generado un nuevo análisis en virtud de las 12 reglas vinculantes que ha establecido.

Si bien este precedente —en su quinta regla— pretende establecer a detalle el momento oportuno para que el juez pueda utilizar su facultad probatoria, consideramos que en este intento existen términos y/o ideas que, lejos de aclarar el panorama de la actuación de esta potestad, generan confusión.

Al respecto, de manera sucinta nos referiremos a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, notamos la referencia a un proceso oral y uno escrito, la cual se puede interpretar como la alusión a «dos tipos de procesos en materia civil diferentes» (uno oral y otro proceso

escrito). Sin embargo, en el CPC no existe la denominación a dos procesos que desarrollen estas características de manera excluyente. A nuestra consideración, lo que se intentaba hacer referencia con la denominación de «proceso oral» es a los que están siendo desarrollados bajo los lineamientos del proyecto de modernización del despacho judicial en los juzgados civiles, a través de los módulos civiles corporativos de litigación oral. Sin embargo, lejos de lograr este presunto objetivo, resulta ambigua su mención en esta regla.

En este mismo orden de ideas, si bien la mencionada regla precisa parámetros temporales procesales para la utilización de la prueba de oficio (cuando el proceso sea «escrito» y cuando sea «oral»), estos aún resultan ser imprecisos. Respecto del primer parámetro —al terminar la práctica de pruebas admitidas, excepcionalmente antes de la sentencia—, observamos que en este lapso de actuaciones procesales existen múltiples momentos en los que podría ser actuada la prueba de oficio. Sin embargo, no se ha detallado el momento oportuno en esta limitación planteada. La misma suerte sigue el segundo parámetro, pues en la audiencia de pruebas existen diversas actuaciones procesales por parte de los involucrados en el proceso y, a pesar de ello, no se ha especificado el momento exacto en que el juzgador ejercerá su facultad probatoria (de ser necesaria).

Finalizamos este comentario enfatizando lo ya desarrollado: a pesar de este último pronunciamiento por nuestra Corte Suprema, aún existe debate en torno al momento oportuno en el cual el juez podrá —de ser necesario— ejercer su actividad probatoria, pues consideramos que los parámetros procesales consignados aún resultan imprecisos y deja a discrecionalidad del juzgador elegir un momento, en los parámetros establecidos, para ordenar una prueba de oficio.

4.3.3. Sobre la inimpugnabilidad

El carácter impugnabile de la prueba de oficio, previsto como tal en el artículo 194 del CPC (artículo modificado por la Ley 30293) en su párrafo tercero, sostiene:

«La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnabile, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo».

Por ello, es importante resaltar el carácter inimpugnabile que el legislador le ha otorgado a la prueba de oficio, pues ella —tal como se desprende del cuerpo normativo citado— está condicionada a los límites que establece el artículo 194. Es conveniente, entonces, detallar estos límites para saber cuándo la resolución que ordena practicar la prueba de oficio es inimpugnabile. Así también lo ha dispuesto la tercera regla contenida en el X Pleno Casatorio Civil.

El primer límite es lo referido a la insuficiencia probatoria que ha observado el juez de primera o segunda instancia (falta de convicción necesaria). Este primer límite está supeditado al carácter adicional que debe tener la prueba de oficio respecto a los hechos mencionados en el proceso. Es decir, el juez no puede ordenar que se practique una prueba de oficio si no ha sido siquiera mencionado o citado por las partes.

El segundo límite es la no subrogación o reemplazo del juez hacia las partes del proceso. Este supuesto obliga al juez a no desplegar la actuación probatoria que les corresponde a las partes, quienes han alegado ciertos hechos. Esta concepción es recogida de forma expresa por el legislador en el artículo 385 inciso 2 del NCPP (parte *in fine*).

El tercer límite, considerado en el segundo párrafo del artículo en estudio, refiere que el juez debe observar necesariamente el derecho de contradicción de las partes, límite que ha sido estudiado en el apartado precedente.

Otro límite que se observa es la debida motivación de la decisión que ordena se practique una prueba de oficio. Es evidente que este límite se centra en la justificación razonable y objetiva a la que está obligado el juzgador a señalar. La finalidad de este parámetro es restringir el uso abusivo y autoritario de la prueba de oficio.

Es necesario el señalamiento de los límites mencionados, debido a que, mientras el juzgador observe y cumpla todos los límites o requisitos señalados, su decisión obtendrá el carácter de inimpugnable. En términos simples, será inimpugnable la decisión si el juzgador ha respetado todos los límites o requisitos considerados en el artículo 194 del CPC. En este sentido, Hurtado (s. f.) sostiene que se trata de una impugnación condicionada, al no ser la decisión que ordena la prueba de oficio propiamente inimpugnable, debido a que está condicionada a la observancia de los requisitos o límites que se señala en el artículo 194 del CPC. Por lo tanto, al advertirse la inobservancia de tales, las partes pueden cuestionar esta decisión a través de una apelación. Asimismo, señala que la decisión no solo se limita a la apelación por parte de los sujetos procesales, sino que también procede contra ella la nulidad.

Por otro lado, el profesor Alfaro (2015) sostiene que es criticable el término «inimpugnable» que el legislador otorga a la resolución que dispone de una prueba de oficio. Ello debido a la nulidad que él mismo considera como solución a la ausencia de requisitos como la debida motivación. Así, es perfectamente aplicable la apelación.

Por último, señalamos lo que advierte el profesor Martel (2015), quien sostiene que la apelación o impugnabilidad de la decisión que ordena la prueba de oficio infringe el derecho de defensa y el debido proceso legal, al ser el mismo juzgador que ordena la prueba de oficio quien reexamina su decisión. En este sentido —como advierte el mencionado autor—, consideramos que el juez se puede apartar de su esfera de imparcialidad debido a que no podrá resolver o reexaminar su decisión de forma objetiva. Ello debido a que la postura que adopta el juzgador al disponer una prueba de oficio es debido a la insuficiencia probatoria que ha observado en el proceso. No obstante, la parte que apela tal decisión podría sostener una decisión contraria a la del juzgador, al advertir que los elementos probatorios señalados por las partes son suficientes para resolver el caso materia de *litis*.

4.3.4. Respecto de la valoración racional de la prueba de oficio

La regulación procesal peruana adopta el sistema de la libre valoración de las pruebas, cuyos criterios nacen de la racionalidad, la objetividad, el respeto de los principios lógicos, la sana crítica

y las máximas de experiencia.

Este sistema presupone la ausencia de reglas que guíen el decurso de la valoración de las pruebas. Esto le permite al juzgador actuar bajo un marco de discrecionalidad, apuntando a criterios no preestablecidos y dúctiles, siempre y cuando sea objeto de determinación de cada caso en particular (Taruffo, 2002).

Esto es así porque el legislador ha querido que, como finalidad del proceso, se consolide la verdad, pretendiendo no solo que se solucione el conflicto como un mero ritualismo, sino que se demuestren con suficiente certeza los hechos de la realidad.

La concepción epistemológica es el modelo más racional que nos convendría asumir, según el profesor Alfaro (2016), ya que toma como referente básico que el proceso debe estar encaminado hacia la búsqueda de la verdad, que es el corolario de un procedimiento cognoscitivo articulado y controlable intersubjetivamente, y no alguna forma de actividad ubicada al interior del juez, semejante a una misteriosa intuición individual (p. 73).

La prueba de oficio, como medio probatorio incorporado al proceso, se encuentra supeditada a su valoración. Bajo la concepción racionalista de la prueba, debe ser analizada previamente de forma individual, para ser luego valorada de forma conjunta con los demás medios probatorios, ya que la prueba de oficio tiene como imperativo categórico la búsqueda de la verdad. Es decir, la verdad de los hechos introducidos al proceso.

Si bien es cierto que la prueba de oficio es siempre complementaria y de carácter excepcional, una vez que se introduce al proceso, claramente, debe ser tomada como un igual, con el mismo valor que las pruebas aportadas por las partes, por lo que no debe existir rasgos distintivos al momento de su valoración.

Antes de la entrada en vigor del X Pleno Casatorio Civil, la práctica judicial residía en realizar un análisis conjunto de los medios probatorios, desmereciendo prácticamente los lineamientos expresados en las líneas superiores. Es decir, no dotar de contenido individual probatorio a cada prueba, generando consecuencias negativas en su motivación *a posteriori*. Hoy, la reflexión gira en torno a la necesidad de aplicar estas directrices para consolidar procesos efectivos que concuerden con la naturaleza misma del proceso.

Con este razonamiento, cabe destacar que la sola valoración conjunta implicaría la restricción a una motivación razonada e impediría:

- La valoración de cada uno de los medios probatorios actuados.
- El resultado de la valoración.
- La individualización de la hipótesis aceptada como verdadera (probada).

Por ello, consideramos acertada la idea expresada. Es decir, la valoración individual, sin desmerecer la valoración conjunta. Como dice Taruffo, los hechos y las pruebas son como una cadena, ha de revisarse eslabón por eslabón, para evitar que la motivación sea ineficiente.

Finalmente, creemos que la valoración racional de la prueba de oficio desarrollada en el X Pleno Casatorio Civil, y cuya conclusión se anida en su página 107, refrenda nuestra postura. No obstante, pensamos en la necesidad de incorporar esta idea dentro de las 12 reglas vinculantes para que la aludida directriz no sea olvidada y/o aplicada en un sentido incorrecto.

5. CONCLUSIONES

Hoy, la prueba de oficio —como institución y como consecuencia de múltiples modificaciones así como objeto materia de análisis de un pleno casatorio— se ha concluido en este último en la aplicación de la referida institución a través de 12 reglas especiales que los magistrados supremos coincidieron que serán beneficiosas, y que estas, a su vez, servirán de respaldo y garantía de lo establecido en la Ley 30293, la cual modificó notoriamente el texto de la norma que regulaba la prueba de oficio el artículo 194 del Código Procesal Civil.

La decisión que ordena la práctica de la prueba de oficio obtendrá el carácter de inimpugnable si se cumple con los siguientes requisitos: insuficiencia probatoria, la no subrogación o reemplazo de las partes, asegurar el derecho de contradicción y una motivación razonable y objetiva.

Si procede contra ella la impugnabilidad, este recurso debe ser resuelto por un juez diferente al que dictó la resolución que ordena practicar la prueba de oficio, para que no se aparte de su esfera de imparcialidad. Así, se evitaría la subjetividad del magistrado que resuelve el recurso impugnatorio presentado por las partes contra la resolución que ordena practicar una prueba de oficio.

El tratamiento de la oportunidad en el artículo 194 del Código Procesal Civil, a pesar de su constante modificación, resulta impreciso. Por tanto, abre la puerta a diversos debates sobre el momento oportuno para que el juzgador pueda emplear esta potestad judicial. Así, hemos advertido, dada la ausencia de prohibición, que la prueba de oficio puede ser solicitada tanto en primera instancia como en segunda y actuada por ambas de forma indistinta sin vulnerar el debido proceso ni la imparcialidad del ente judicial. Respecto a la oportunidad recogida en el X Pleno, recientemente publicado, confirmamos que aún existen imprecisiones en la delimitación del momento pertinente para ordenar esta prueba por parte del juez.

6. REFERENCIAS

- ALFARO, L. (2015). «Reforma de los poderes probatorios del juez, hacia una mejor comprensión de las 'pruebas de oficio'». *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- _____ (2016). «La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez». *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*.
- CASTAÑEDA, E. (2019). «Límites y presupuestos para la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano». Tesis de pregrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. <http://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/3287/LIMITES%20Y%20PRESUPUESTOS%20PARA%20LA%20ACTUACION%20DE%20LA%20PRUEBA%20DE%20OFICIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- CAXI, A. (2017). «Hacia una aplicación racional de la prueba de oficio en el proceso civil. Aporías teóricas en la defensa de la prueba de oficio y análisis de la racionalidad de su aplicación como juicio de hecho y ejercicio de poder». Tesis de pregrado de la Universidad Nacional del Altiplano. http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/7973/Caxi_Maquera_Argelia.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- CABRERA, B. (1996). *Teoría general del proceso y de la prueba*. Sexta edición, corregida y aumentada. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- CAVANI, R. (2018). *Prueba de oficio y prohibición de reemplazar cargas probatorias*. Lima. Editorial Gaceta Civil. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/15106/15612>
- CASACIÓN 1242-2017-Lima Este. X Pleno Casatorio Civil. (27 de septiembre de 2020). Corte Suprema de Justicia de la República. <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/0JneSEU7KSi9PgOAp516Jw>
- DEVIS, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Tomo I. Editorial Universidad.
- _____ (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, quinta edición. Editorial Themis.
- DONAIRE, P. (2007). «Los límites a los medios probatorios de oficio en el proceso civil». *Derecho y Cambio Social*, número 9, año IV. <https://n9.cl/k1nl5>
- ESTEVE, J. (2019). «Las funciones del procedimiento administrativo». *Revista de Derecho Administrativo*, número 17.
- GASCÓN, M. (2005). «La teoría del garantismo: rasgos principales». En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Editorial Trotta.
- GONZÁLEZ, R. (2015). «La prueba de oficio (proporcional) en el proceso civil del Estado constitucional de derecho». *Prueba y Proceso Judicial. Actualidad Civil*, pp. 153-194.
- GORDILLO, A. (1971). *Principios fundamentales del procedimiento administrativo. Procedimiento administrativo*. Segunda edición. Buenos Aires. www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf
- HURTADO, M. (s. f.). «La prueba de oficio a partir de la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal Civil». www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/284e8a0042eff9a28bfdbfd49215945d/17.+La+prueba+de+oficio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=284e8a0042eff9a28bfdbfd49215945d&fbclid=IwAR0nphWggLs_Tz_rXBj2uU8WkgzX_B_I09WUDZ-ulUZ-q4vLLotWPkOfnXs.
- JIMÉNEZ, M. (2011). «Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo». *Revista de la Facultad de Derecho*, número 67.
- MARTEL, A. (2015). *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Lima: Pacífico Editores. TARUFFO, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta.

LA BUENA FE PROCESAL Y SU INCIDENCIA EN EL ABUSO DE DERECHO: UN ENFOQUE DESDE LA CULTURA JURÍDICA PERUANA [35]

Daphne Marmolejo Reyes, Janneth Mejia Briones y Libertad Quispialaya Cueva, de la Universidad Tecnológica del Perú

RESUMEN

El presente ensayo analiza el principio de buena fe procesal, que cada vez está tomando mayor relevancia en el ámbito jurisdiccional. Busca determinar los efectos que genera su contraparte. Es decir, el abuso del derecho. Para ello, analizamos al proceso, su finalidad y función, así como su relación con la justicia, la verdad y la moral. Por ello, postularemos dos enfoques: el jurídico y el sociológico.

Palabras clave: buena fe procesal, abuso del derecho, moral, proceso, sociedad.

ABSTRACT

The essay is to focused in analyzing the procedural good faith, which is gaining more relevance in the jurisdictional field, also seeking to determine the effects generated by its counterpart, because that is, the abuse of rights. To do this, we analyze the judicial process, its aim and function, as well as its relationship with the justice, the truth and the morality, so we will postulate two approaches: the legal and the sociological.

Keywords: procedural good faith, abuse of rights, morality, process, society.

1. INTRODUCCIÓN

El hombre primitivo entendía la necesidad de convivir con sus pares para su sobrevivencia en la Tierra. Así, viajó por diferentes territorios y dejó de ser un nómada cuando se asentó en estos para hacerlos suyos. Fue entonces que surge la idea de pertenencia, de identidad y todo aquel que representaba un peligro debía ser exterminado. Ante este conflicto y por su propia sobrevivencia, el hombre delega a un tercero dirimente que decida por el resultado correcto, porque se declare al vencedor, en que no importaba el método que utilizaban para ganar.

Mediante los años, el proceso ha experimentado una metamorfosis, pues inicialmente se le consideró como un mero procedimiento, el cual tenía como finalidad declarar un vencedor o perdedor, sin tener tanta diferencia a la época primitiva. Lo único importante era cumplir con los formalismos. Sin embargo, en el siglo XX, la academia replantea esta concepción, pues comprende que atender los intereses en discusión no solo se agota en formalismos aplicados a través de un procedimiento, sino que este necesita nutrirse de otros elementos, y así cumplir un rol social.

Por ello, el derecho procesal asumió debates propios de la teoría general del derecho, en que la discusión referente a la relación entre moral y proceso ha ocupado un rol protagónico. Ante esto, se incorporaron nociones como la justicia y la verdad, cuyas bases ya habían sido planteadas por la teoría del derecho. A raíz de ello, deviene el surgimiento del principio de la buena fe procesal, para redireccionar la conducta de las partes, dotándola de un sentido moralizador, debido a que aparece como un contrapeso a otro fenómeno jurídico, el abuso de derecho en el proceso, el que se caracteriza por la desnaturalización del ejercicio de un derecho en el marco procesal. En este sentido, el presente ensayo presenta una visión holística del comportamiento del individuo en el proceso, en función del abuso del derecho procesal y el principio de buena fe procesal, y la correlación que mantiene con la sociedad.

2. REIVINDICANDO LA RELACIÓN ENTRE PROCESO, MORAL Y JUSTICIA

«Es bastante preferible para un pueblo tener malas leyes con buenos jueces, que malos jueces con buenas leyes».

FRANCESCO CARNELUTTI

Para referirnos al proceso, debemos abordar su origen. La palabra 'proceso' proviene del vocablo *processus*, que deriva de *procedere*, vocablo que alberga en sí dos voces latinas: *pro* (que significa 'para adelante') y *cedere* (que significa 'hacia un fin determinado'). Por lo tanto, el proceso podría conceptualizarse como la sucesión de actos o acciones que se realizan con cierto orden y en un periodo que, además, poseen y se dirigen hacia un fin determinado.

Sin embargo, para el presente ensayo, debemos referirnos específicamente al proceso judicial. Por ello, usaremos la definición ofrecida por el maestro Monroy Gálvez (1996), el cual postula:

«El proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizadas durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos» (pp. 103-104).

No obstante, cuando se menciona que este proceso judicial se dirige a un determinado fin, se debe resaltar en su función de injerencia y relevancia social. Por ello, no debemos obviar que el proceso es instrumento del derecho y tiene como función aplicar la ley vigente. Así, el Estado implementa las políticas públicas que pretende conseguir de su aplicación mediante el cumplimiento de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva. Por ello, estas consecuencias deben ser atribuidas a quien causó daño a un tercero, en virtud de que es necesario que en el proceso se llegue a una decisión justa, la cual debe ser y estar intrínsecamente conexas a la verdad de los hechos (Ferrer Beltrán, 2017).

Asimismo, se debe destacar que el fin del proceso —resolución del conflicto— y la función de un proceso judicial —obtención de la justicia por medio de la verdad— no son lo mismo. Sin

embargo, guardan una relación que debería ser inquebrantable, aun cuando en la praxis no siempre ocurre así.

No obstante, en nuestra cultura jurídica está muy arraigada la idea de que la finalidad del proceso civil se agota solo con la resolución de conflictos entre privados, deja de lado la función social —razón de ser— que cumple el proceso. Esta distorsión ideológica se origina por la visión impuesta por los sistemas regidos por el *Common Law*, los cuales ven el desarrollo del proceso como una guerra que tiene por única finalidad llegar a una resolución que ponga fin al conflicto, a diferencia de nuestro sistema jurídico nacional, el cual posee una influencia histórica del sistema continental.

Este sistema continental —*Civil Law*— concibe el proceso como la herramienta por la que se logra una justicia verdadera que alcance tanto al desarrollo de este —proceso— como a la decisión que le pone fin. Sin embargo, al hablar de justicia, debemos referirnos también a la obtención de una verdad que no sea solo judicial, lo cual requiere que en el desarrollo del proceso exista un alto grado de moralidad que no interfiera en la obtención de su función, aun cuando su carencia permita el logro de su fin.

En este sentido, es necesario ahondar en la relación entre justicia, proceso y moral. Por ello, es de suma importancia el desarrollo de la noción de moral, y la razón por la que esta debe servir de orientadora para el desenvolvimiento del proceso. A partir de esto, tomaremos en cuenta dos perspectivas. En primer lugar, desde la óptica del hecho social como instrumento armonizador de intereses, que nos permite enlazarla con otras realidades y entender su estructura, evolución y su relación con la historia. En segundo lugar, desde la psicología individual, en que la moral cumple la función de directriz para una actitud correcta en relación con el entorno (Salmerón, 2014).

Asimismo, la incidencia de la moral sobre el derecho se establece de forma complementaria, tal como lo explica Menezes (2013), la moral por sí sola puede resolver un problema, sin coerción jurídica ni institucionalización. Sin embargo, cuando no consigue alcanzar el equilibrio social por sí misma, se integra con el derecho para la resolución de conflictos sociales. Por ello, si el derecho se desliga de la moral, perderá el rumbo hacia su objetivo, la justicia. Y, por lo tanto, no cabe la posibilidad de que exista divergencia entre ambos.

Siguiendo este orden de ideas, en virtud de que el proceso es instrumento del derecho, necesariamente este deberá ceñirse también a los parámetros de la moral. En este sentido, Posada Mejía (2017) afirma que la moralidad procesal «es el guardián de las conductas procesales, fomentando las actuaciones limpias y transparentes y proscribiendo la mala fe, la deshonestidad, la colusión, el engaño, la falsedad, los actos torticeros, que no son instrumentos válidos para ganar el proceso» (p. 136).

En consecuencia, ignorar conductas procesales que contravienen a la moral conduce a la deformación o alteración del proceso. Por el contrario, la complementariedad entre la moral y el proceso dará paso al comportamiento probo de las partes. Así, un proceso trazado por la moral coadyuva con el hallazgo de la verdad y, por consiguiente, con una decisión justa. Y de esta forma obtener consecuencias positivas, no solo al finalizar el litigio en sí, sino también en la repercusión que tiene sobre la sociedad misma.

3. LA TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

La palabra 'principios' posee diversas significaciones y acepciones, muchas de las cuales han ido evolucionando. Si nos referimos a los principios procesales y al desarrollo de su concepción, hace no mucho tiempo estos aspiraban a ser solo un conjunto de pautas que permitiesen llenar los vacíos, defectos o deficiencias de nuestra legislación. Hoy son concebidos como verdaderas normas fundamentales.

No obstante, a partir de lo postulado por José Ovalle Favela (1994), se puede expresar que los principios procesales son criterios o ideas fundamentales que, por medio de su mención explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, señalan las principales características del derecho procesal, y la orientación que el desarrollo de la actividad procesal debe presentar.

Es decir, la configuración de los principios procesales posee una indudable trascendencia práctica. Esto se debe a que representan un elemento esencial para la comprensión del sistema jurisdiccional, que además guarda relación a la multiplicidad de funciones que estos realizan en un proceso, en el cual actúan como mecanismos.

Por ello, y tomando de referencia a Joan Picó i Junoy (2003), estos mecanismos deben ser enfocados como instrumentos, medios o criterios, que permiten la interpretación de los preceptos complejos; así como una integración normativa, y mediante esta se facilite la aplicación analógica de las normas; así como descubrir el basamento detrás de algunas instituciones al igual que su concreta regulación normativa; y, finalmente, la función pedagógica, que facilita la visión generalizada y holística del sistema procesal.

Por otra parte, en el Perú, como bien expresa Juan Monroy Gálvez (1993), estos no son otra cosa que la especie que forma los principios generales del derecho. No obstante, estos, examinados en su conjunto en un ordenamiento, sirven para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Sin embargo, aun cuando los principios acogidos en nuestro título preliminar evidencian una tendencia publicista, la aplicación de estos exige una interpretación y reflexión de su sentido histórico o literal al ser utilizados, considerándose oportunamente los valores sociales vigentes al momento de su aplicación.

4. EL NACIMIENTO DE LA BUENA FE PROCESAL Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el derecho privado hay un principio esencial, que es el principio de la buena fe, que, frente a la igualdad que debe existir entre las partes, genera el respeto y lealtad ante lo celebrado en un acuerdo en virtud de la relación jurídica que han formado entre estas. Así, la buena fe se presentará como un deber recíproco en una relación jurídica.

La transición del procedimentalismo al procesalismo científico generó que el proceso adoptara y creara principios e instituciones nuevas en aras de fundamentar su autonomía, siendo uno de los principios adoptados el de la buena fe. Sin embargo, la doctrina no ha realizado un análisis o una profundización teórica al respecto. No obstante, mediante la buena fe procesal se busca evaluar y

conducir la correcta conducta de los sujetos procesales dentro del proceso. Picó i Junoy (2003) define a la buena fe procesal como aquella «conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta. Solo desde esta perspectiva amplia se logra la continua adaptación entre los valores éticos de la sociedad y los valores normativos del ordenamiento» (p. 19). Ahora bien, la conceptualización del principio de la buena fe procesal por Picó i Junoy se condiciona a la discrecionalidad del juez. Es decir, será él quien deba evaluar si una conducta es correcta o no.

Según la doctrina, el principio de buena fe procesal puede presentarse bajo dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva. La buena fe procesal subjetiva alude al hecho de que uno de los sujetos ignora que está infringiendo el derecho de la otra parte, entendiéndose por ello que su naturaleza es íntegramente interna (Cavani, 2015). En cambio, la buena fe procesal objetiva se refiere directamente a un deber que exige el ordenamiento. Es decir, a la exteriorización de aquel deber genérico —ya que es exigible para todos— a través de la conducta de las personas en un proceso jurisdiccional.

A partir de ello, es evidente que la buena fe procesal subjetiva no puede integrar un cuerpo normativo debido a su propia naturaleza. Así, es imposible establecer parámetros o regular el fuero interno de todo sujeto que participe en el proceso. Así, en distintos sistemas jurídicos, el principio de la buena fe procesal se refiere a la buena fe procesal objetiva, debido a que esta exige que las partes conduzcan sus actos de manera correcta, para que el proceso cumpla su función y su finalidad.

4.1. LA BUENA FE EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

A lo largo de nuestra regulación procesal han existido diversos códigos de procedimiento y proceso civiles. Consideramos pertinente realizar el análisis del Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993. El primero, debido a que es el primer cuerpo normativo procesal en independizarse del ordenamiento jurídico español. El segundo, por ser nuestra norma procesal actual. Así también analizaremos el trascendentalismo del principio de la buena fe procesal en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, el cual fue aprobado por Resolución Ministerial 0070-2018-JUS y de muchas posibilidades de ser nuestra norma procesal futura.

4.1.1. Código de Procedimientos Civiles de 1912

Pese a que este código se constituyó como uno que dejaría atrás el excesivo formalismo, mantuvo su esencia procedimental. Es decir, no iba más allá de un conjunto de actos rituales que debían ser cumplidos. Por lo tanto, el juez cumplía un rol «pasivo que garantizaba a las partes su neutralidad [...] y ejercía una obediencia fanática a los aspectos formales de la ley. Era, sin duda, un juez burócrata» (Monroy Gálvez, 2018). Debido a ello y a la propia naturaleza del código, es consecuente afirmar que la buena fe procesal no tenía cabida en sus textos. Sin embargo, lo más cercano a ello se hacía presente con el artículo 469, referente al juramento de decir la verdad que

hacia el testigo ante el juez en nombre de Dios, lo cual se enmarca en una dimensión subjetiva de la buena fe.

4.1.2. Código Procesal Civil de 1993

Nuestro Código Procesal Civil actual si bien se gestó de manera abrupta, obedecía a la urgencia de reformar una estructura normativa divorciada de la realidad de la época, pues se fundaba bajo características o costumbres del pasado, las cuales concebían al proceso como un mero procedimiento el que solo tenía la función de resolver conflictos entre privados. Así, como se mencionó, el Código Procesal Civil de 1993 se funda en una evidente tendencia publicista del proceso, en que se hace trascendente la función pública que realiza el Estado a través del órgano jurisdiccional para hacer efectivo el derecho y lograr la paz social en justicia a través de la solución de conflictos. En este orden, se incorporan principios procesales que obedecen y reconocen esta tendencia que exige que su aplicación e interpretación privilegien los valores vigentes en la sociedad (Monroy Gálvez, 1993). Entre los principios que se incorporan en el Título Preliminar, se encuentra el principio de la buena fe procesal, que en nuestro código recibe el *nomem iuris* de principio de iniciativa de parte y conducta procesal. Este principio se refiere a un deber genérico de todos los sujetos que intervienen en un proceso, por lo que establece que deberán adecuar su conducta a los deberes de probidad, lealtad y buena fe. En concordancia con ello, el artículo 109, referente a los deberes de las partes, abogados y apoderados, exige que, en todos sus actos e intervenciones, dentro del proceso, se adecúen a la buena fe.

4.1.3. Proyecto de reforma del Código Procesal Civil

En marzo de 2018, se aprobó el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, que, en su exposición de motivos, destaca como uno de sus postulados esenciales el principio de la buena fe procesal en mérito de su trascendencia en el proceso civil. Por ello, es consecuente que encontremos este principio en diversos artículos del Proyecto de Reforma.

En el título preliminar del anteproyecto, en su artículo cuarto, podemos resaltar la modificación que se pretende dar al *nomem iuris* de conducta procesal a buena fe, siendo congruente con la relevancia que la comisión reformadora quiere brindar a este principio. Ahora bien, el aspecto conceptual del mencionado artículo se ha logrado mantener. No obstante, establece que el sujeto procesal será responsable por infringir un deber de la buena fe, que, a diferencia de nuestro código procesal actual, que no lo establece así. En ese orden, ampliará los supuestos de hecho, buscando suprimir también las conductas obstructivas o maliciosas, a los que el juez tendrá el deber de sancionar para que el proceso pueda cumplir su función. De la misma manera, el artículo 52 refiere a las facultades disciplinarias del juez, manteniendo casi íntegro su contenido, salvo la excepción en que le otorgan la facultad al juez de ordenar, expulsar y aplicar sanciones «a fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia, respeto de la actividad judicial y promoción del deber de buena fe procesal» (Minjus, 2018: 48). En vista de ello, el artículo 857 faculta al juez de exonerar de costas y costos al demandado si considera que

actuó de buena fe durante el proceso. Es evidente que el presente artículo tiene como finalidad promover una conducta acorde a la buena fe.

Sin duda, podemos afirmar que la buena fe procesal es uno de los elementos medulares del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, a la luz de que establece deberes a todos los sujetos procesales, para que el proceso pueda cumplir su función y no desnaturalice el objetivo que persigue.

5. ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO Y BUENA FE PROCESAL: LAS DOS CARAS DE LA MONEDA

Uno de los fenómenos jurídicos resultantes del desarrollo social es el «abuso del derecho». Sus primeras manifestaciones se suscitaron durante la revolución liberal, en que se exaltó el derecho a la libertad, y, como no existía una norma expresa que controlara los excesos del pueblo en cuanto a ella, se buscó prever conductas que, aunque sin ser ilícitas, dañaban a la comunidad (Rubio, 2008). Esta práctica se viene dando hasta hoy. Por fortuna, en la actualidad se ha estudiado de manera más amplia los matices de las conductas basadas en el ejercicio abusivo del derecho. Al respecto, Cuentas Ormachea (1997) expresa:

«Solo se puede hablar de Abuso de Derecho cuando en su ejercicio se causa un daño a otro, a pesar de que ese ejercicio puede resultar impune en el derecho positivo por no aparecer limitado ese modo de ejercitar el derecho» (p. 11).

De modo que aquel acto que simule ser legítimo y acorde al derecho, pero que en realidad transgreda su propósito, resultaría en el ejercicio abusivo de un derecho.

Las primeras muestras de positivización de la teoría del abuso de derecho se encuentran en el Código Civil Alemán de 1900 y el Código Civil Suizo de 1907. Como estos son grandes referentes, es común que en países con influencia del *Civil Law* encontremos presente esta institución en sus códigos civiles. Por ello, se suele relacionar el abuso del derecho al derecho privado. No obstante, esta figura no se limita a los institutos del derecho privado, sino también es aplicable al ámbito procesal, pues las partes tienen diversos poderes que pueden ejercitar a voluntad para tutelar sus intereses. Es decir, derechos subjetivos que pueden llegar a ejercitarse abusivamente (Picó i Junoy, 2003). Esto se puede notar con el abuso de solicitudes de medidas cautelares, la destrucción de medios probatorios o la recusación maliciosa que busca la demora u obstrucción del juicio, siendo estos causantes de la sobrecarga procesal que tanto afecta a nuestro alicaído sistema de justicia.

Siendo así, el ejercicio abusivo del derecho en los actos procesales es un problema latente, al cual no se le ha dado la importancia necesaria en el ámbito nacional, a pesar de que el uso indebido de estos derechos subjetivos puede conllevar a la alteración y quebrantamiento del proceso y consecuentemente dificultar la obtención de justicia. Es decir, la conducta de las partes constituye un punto trascendente para el buen desenvolvimiento del proceso. En consecuencia, algunos ordenamientos extranjeros han visto pertinente la inserción del principio de buena fe en

sus códigos procesales, buscando que se instauren y ejecuten elementos axiológicos como la probidad, la lealtad y la veracidad, evitando que se «valide» el uso abusivo de instrumentos procesales y a su vez guiando efectivamente el camino del debido proceso. Con el principio de la buena fe procesal, se busca moralizar las conductas de los individuos, a través de reglas morales en el plano procesal, resultando entonces ser un elemento clave para la administración de la justicia moderna (Maluf de Araujo, 2016).

Por ello, la conducta de los implicados en el proceso debe ser regido según un buen actuar, para que el abuso del proceso esté ausente. Y es la buena fe, plasmada en el ordenamiento procesal, la que permitirá que los actos que se desarrollen se circunscriban a una esfera efectivamente correcta.

6.UN ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LEGISLACIONES

«Como toda relación jurídica o social, la relación procesal debe regirse por la buena fe».

GUISEPPE CHIOVENDA

En diferentes sistemas jurídicos, el principio de buena fe procesal se puede extraer o inferir de distintas normas o se encuentra implícita en ellas. En el presente tópico, utilizaremos una herramienta cada vez más común en la academia, el derecho comparado, de modo que es importante para entender sistemas jurídicos o realidades externas a la nuestra. Por ende, la neutral y pasiva medición de analogías que se limitaba a establecer cercanías y diferencias entre normas e institutos es una idea superada. Así, el respectivo análisis se debe realizar sobre la base de un proyecto jurídico-cultural (Taruffo, 2006).

6.1. La buena fe procesal en Italia

Originalmente, la tradición romanista tuvo gran preponderancia en la cultura jurídica italiana. Con el tiempo, se vio también influenciada por una multiplicidad de aportes heterogéneos que provenían de diferentes ciencias, como la sociología y la antropología. Ello se vio fortalecido con la integración de las corrientes filosóficas del iusnaturalismo, el romanticismo, el positivismo evolucionista y el historicismo idealista que, en su fusión, lograron su autonomización de la legislación y la política (Ferrajoli, 2010).

Prosiguiendo con el análisis comparativo, para comprender la esencia del instituto de la buena fe procesal, contenido en el Codice di Procedura Civile, debemos remitirnos a uno de sus más importantes codificadores, el maestro Piero Calamandrei (1961), quien afirma que «el proceso no es solo ciencia del derecho procesal [...], sino que es también leal observancia de las reglas del juego, es decir, fidelidad a los cánones no escritos de corrección profesional» (p. 269). De ahí que el artículo 88 del Codice di Procedura Civile menciona «los deberes de las partes y defensores», el cual invoca a los litigantes a conducir el proceso bajo los deberes de la lealtad y la probidad. En

caso contrario, se podría ejercer un poder disciplinario sobre ellos si el juez lo ha considerado meritorio de informarle a las autoridades.

6.2. La buena fe procesal en Brasil

En 2010, el Senado Federal brasileño aprobó el proyecto de reforma del Código de Processo Civil. Sin embargo, fueron necesarios cinco años de debate para lograr la reforma, la cual marcó un hito en el ámbito procesal brasileño. El debate se centró en la vinculación o reconocimiento de los derechos al ámbito procesal y la necesidad de su armonización con las garantías constitucionales de un Estado democrático de derecho (Berizonce, 2011).

En las normas fundamentales del proceso civil brasileño, en el artículo 5 del Código de Processo Civil, se establece que todo sujeto procesal que interviene de cualquier forma en el proceso deberá comportarse según la buena fe. Ello nos lleva a concluir que es una delimitación conceptual abstracta debido al escaso contenido dado. En este sentido, se pedirá que «la decisión judicial debe ser interpretada a partir de la conjugación de todos sus elementos y en conformidad con el principio de buena fe» (Arruda y Didier, 2018). Claramente no podemos afirmar que el principio de buena fe procesal se constituye en el elemento esencial de la norma en análisis. Sin embargo, exige una conducta esperada a todo sujeto que integre un proceso.

7. EL ABUSO DEL DERECHO Y LA DESNATURALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE PROCESAL

Como se sabe, el proceso es una institución que permite la actuación de personas en situación de conflicto, quienes, incentivadas por la prevalencia de sus intereses, tienen por propósito que el juez reconozca su posición. Sin embargo, tal y como establece el maestro Giovanni Priori Posada (2008), estas personas para lograr el reconocimiento de su postura e intereses pueden utilizar el proceso sin contemplaciones. Es decir, por medio del abuso del derecho, vulneran la institución y generan se contravenga su eficacia.

Esto se debe a que la carencia de moralidad y justicia puede lograr convertir una relación jurídica y un proceso en desleal, corrupto e, incluso, fraudulento. He ahí la problemática que vive nuestro país respecto al abuso del derecho, el ejercicio abusivo de la tutela anticipada de derecho y la normalización del abuso de las solicitudes de tutelas de urgencia, las que se supone tienen una naturaleza excepcional. Se puede observar en nuestra realidad que, a raíz de la incursión en estas conductas, se ha abierto una brecha para la coalición de intereses constitucionales, como el derecho de defensa de parte, el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, la igualdad de armas procesales, la conducción de un proceso sin dilaciones indebidas y los derechos que revisten a la contraparte; y sus consiguientes daños colaterales reflejados en la sobrecarga procesal y la demora del proceso.

A pesar de lo último, el Boletín Estadístico Institucional 4, 2019, del Poder Judicial^[36], ostenta una realidad diferente a la percibida. Esto se debe a que en el reporte de la institución sobre lo que

respecta a la carga procesal y la tasa de congestión de procesos en trámite, en comparación al último reporte emitido en 2018, ha habido una reducción del índice en la tasa de congestión (de 1.61 a 1.59, considerando la cantidad de carga procesal sobre la cantidad de casos resueltos).

Sin embargo, esta reducción se debe a la celeridad por la cual se han inclinado los juzgados para dar una pronta solución al conflicto existente entre las partes, aun cuando esto signifique el sacrificio de la verdad. Esto nos lleva a cuestionarnos sobre qué repercusiones genera en nuestro sistema optar por soluciones que en un proceso ordinario se sustentan en una cognición sumaria, dada la celeridad con que se pretende llevar estos, y si su aplicación conlleva un abuso del derecho^[37]. Lo cierto es que se busca implementar diversas medidas como la oralidad, para que cada vez los procesos culminen en el menor tiempo posible, dejando de lado el cumplimiento de la función de un proceso y dando paso al detrimento de este por el solo objeto del logro de su fin.

Por ello, teniendo en cuenta que la gran tarea del proceso en nuestra actualidad es conexas a la lucha por su moralidad, se requiere la preponderancia del principio de buena fe procesal, que, en su condición de verdadero principio del proceso —en virtud de su incidencia en la regulación de todo el sistema procesal y de la conducta de todos aquellos que son partícipes de este—, permite alcanzar una solución para el conflicto y la justicia de forma paralela, y no impulsa al sistema a sobreponer uno sobre el otro.

8. INDIVIDUO, PARTES EN EL PROCESO Y SOCIEDAD

«En una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales».

JOHN RAWLS

La normalización social que se le da al abuso de derecho no es una práctica actual. Por el contrario, es una práctica recurrente que aparece de manera latente en las relaciones sociales humanas desde tiempos antiquísimos. Del mismo modo, estuvo siempre presente el ánimo de proteger los derechos que eran socavados por el abuso del derecho, por plantear unos ejemplos: «cuando se protegía al esclavo contra el absolutismo del amo, cuando se defendía al niño frente a los derechos del padre ¿no se reprimía, acaso, el abuso de un derecho?» (Calle, 2015: 9).

Así, la comisión de abuso de determinado derecho y la voluntad de oponerse a este abuso se han encontrado presentes en nuestra historia. En el fondo, las personas somos conscientes de que la búsqueda de la justicia trasciende intereses particulares y que deberíamos buscar el bien común, aunque, en la práctica, los ciudadanos, los abogados litigantes, los jueces y cualquier persona dentro de un proceso o fuera, mayoritariamente pondrá por delante el beneficio propio y el interés personal. En este sentido, abarcaremos la actuación y el papel fundamental que desarrollan las

partes en el proceso y las consecuencias que repercuten severamente en la sociedad, específicamente en la sociedad peruana.

Para empezar este análisis, desarrollaremos, en parte, la actitud y el pensamiento cotidiano del individuo en sociedad, porque —recordemos— no se debe apartar la finalidad del proceso del aspecto social. Entonces, en lo que respecta al ciudadano, lo que ocurre hoy, y es común en la mayor parte del mundo, es que «la concientización del papel democrático del ciudadano, en parte ayudado por los medios de comunicación [...], viene solucionando un problema, pero causando otro: la ausencia de conocimiento de los deberes de los ciudadanos» (Barreto de Carvalho, 2008: 88)^[38]. En esta línea, es evidente la transición que ha tenido el pensamiento popular en los últimos años sobre el respeto por los derechos civiles, la plática de la injusticia y de la corrupción, la protección que se busca para las minorías y para los más vulnerables, el cambio que queremos en las autoridades, entre otros temas. En definitiva, se han propagado estas ideas sobre el pensamiento de las personas, esto con la ayuda de los medios de comunicación, lo cual es un hecho relevante, pues influyen con gran fuerza en la opinión colectiva. Sin embargo, lo que esta concientización de los propios derechos trae consigo son los actos que sobrepasan estos mismos derechos, ejercitándolos excesivamente, abusando de ellos, llegando a ocasionar uno o más perjuicios a otros.

El sociólogo peruano Julio Cotler (como se explica en Ledesma, 2015) nos ilustra sobre la percepción que tiene la población respecto del sistema de justicia: los ciudadanos advierten que las autoridades no se interesan en defender los derechos civiles e interpretan que existen privilegios dependiendo de «quién eres», notando la ausencia de neutralidad. También aluden que no hay jueces y abogados que promuevan la defensa de la justicia ni la eficacia del Poder Judicial. Explica que lo que se debe hacer es implantar una articulación de intereses sociales, pero que son pocos quienes poseen aún cierta moralidad para apartarse de las artimañas y coadyuvan a favor de estos intereses.

Para demostrar lo dicho, ante este contexto, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus) creó el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional (RNAS), registro que deja en evidencia la incidencia de abogados que cometen conductas antiéticas en el ejercicio de su profesión. Estas sanciones incluyen multas, suspensiones, inhabilitaciones y destituciones.

En 2017 y 2018 un total de 617 abogados fueron reportados. Los tres primeros meses de 2019 (de enero al 31 de marzo) se sancionaron a 110 abogados y después de tan solo un mes el ministerio ya reportaba 68 sanciones más. Al finalizar 2019, los reportes alcanzaron 468. Hoy, en el RNAS, están inscritas 829 sanciones vigentes y 233 vencidas, lo que implica que desde 2017 hasta hoy fueron sancionados más de 1.060 abogados.

Según el Minjus, estas cifras no muestran la cantidad real de abogados que incurren en malas prácticas, pues este registro se implementó apenas en diciembre de 2016 y no todas las entidades realizan los reportes, ni todo el personal está capacitado para hacerlo. Así, el Ministerio de Justicia (2018) añade:

«Las malas prácticas de los abogados afectan el derecho al debido proceso previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, se señala que las malas prácticas socavan la confianza y generan incertidumbre en las instituciones de la administración de justicia» (p. 1).

En este sentido, es perceptible que, en el proceso, pocas son las veces que se sanciona, aunque sea evidente el actuar inmoral de las partes, provocando un círculo vicioso en que resultan beneficiados los abogados que ejercen tan noble profesión sin ceñirse al principio de buena fe procesal (Ramírez Jiménez, 2016).

Ahora bien, en relación con la incidencia que tiene el proceso sobre la sociedad, es Franz Klein quien reconoce al proceso como fenómeno social de masas, cuando la idea del proceso civil se transforma, considerándolo como el mayor mecanismo de tutela jurisdiccional y, así, deja ceñirse a lo estrictamente privado. Resulta también que atañe íntegramente a la actividad estatal y a la sociedad (Martínez Zúñiga, s. f.).

Por ello, las decisiones y modificaciones en torno al ámbito jurídico definitivamente deben estar reguladas a partir de un arquetipo de comportamiento probo. Esto debido a que finalmente la sociedad es el ente sobre la que recaerán todas las consecuencias. Es decir, los eventos suscitados en el proceso trazarán una cadena de actos y efectos sobre la población. Según Jaime Ríos (2015):

«El derecho dimana de la sociedad, es un producto de las relaciones sociales [...]. Al estudiar las relaciones entre el orden jurídico y la realidad social, el derecho es analizado como un objeto dimanante de los factores sociales, al mismo tiempo que se analizan los efectos de ese orden jurídico creado sobre la realidad social, es decir, su interacción recíproca» (pp. 26-27).

Por ello, no podemos apartar el comportamiento de las personas en sociedad del comportamiento de las personas en la esfera jurídica. En su lugar, es fundamental comprender el vínculo existente entre ambos comportamientos.

Conforme a todo lo detallado, el objetivo de empalmar o unir la moral al proceso es conseguir un correcto desenvolvimiento y desarrollo de la comunidad a través de un método de resolución de conflictos que no vulnere los derechos de las personas. Al contrario, que salvaguarde estos. La correlación que debemos establecer entre ambos debe alinearse a perseguir el mismo fin: la convivencia y el orden social. Por último, reiteramos que las consecuencias siempre recaerán en nuestra sociedad, en el pensamiento colectivo, en el actuar de los individuos y, por lo tanto, en la forma de interacción jurídica y social.

9. CRÍTICA A LA BUENA FE PROCESAL

Los principios procesales han significado dejar de lado la hermética lealtad a las normas. Si bien la buena fe procesal es parte de ello por cumplir un rol esencial en toda instancia y acto del

proceso, no podemos ignorar que la doctrina y la jurisprudencia no llegan a un consenso respecto a su fundamentación teórica y su delimitación conceptual. Sobre ello Taruffo (2016) dice:

«Es difícil —pese a los numerosos intentos realizados por la doctrina— atribuir un significado normativamente eficaz a fórmulas tan genéricas como aquellas de la buena fe procesal, que ciertamente expresan un auspicio moralmente compartible, pero que difícilmente se prestan a definiciones precisas» (p. 14).

Así, ante la ausencia conceptual y la pobre delimitación de este principio, se abre lugar a que el juez realice su propia interpretación en base a su discrecionalidad. En consecuencia, si el juez considera o aprecia una conducta que contraviene el principio de buena fe procesal, él estará facultado para sancionar en base a su percepción. Por ello, Larroucau Torres (2013) dice que la buena fe procesal:

«No se encuentra ajena al enigma de las cláusulas abiertas; esto es, no se escapa a las preguntas acerca de cuáles son sus límites en la práctica, cuál es su núcleo de sentido y hasta dónde se expande su zona de penumbra. Las respuestas a estas dudas requieren de un permanente esfuerzo interpretativo, porque no son autoevidente» (p. 4).

Entonces, partiendo de la naturaleza discrecional que es inherente al principio de buena fe procesal, aun con la experiencia adquirida de la práctica, el juez puede caer en arbitrariedades respecto a las valoraciones que realice sobre las conductas de las partes, pues, por más que intente ser un tercero imparcial, estará sujeto a sus sesgos.

10. CONCLUSIONES

Podemos concluir que el principio de la buena fe procesal busca moralizar las conductas y actos de todo sujeto que interviene en cualquier etapa del proceso. En una cultura jurídica como la nuestra, este principio del proceso se constituye en un elemento esencial. Sin embargo, pese a lo que postula, su escaso estudio teórico y no clara delimitación genera que el juez realice una labor interpretativa, la cual se sujeta a la determinación que realice sobre si una inconducta o una conducta es contraria a los cánones morales del proceso, lo que puede convertirse en un arma de doble filo.

Sin embargo, no hay que olvidar que el proceso como instrumento del derecho buscará implementar políticas públicas. En este sentido, es necesario que el proceso se desarrolle en función de la probidad, la lealtad y la veracidad, pues omitir estos elementos conducirá a que se desnaturalice y no logre su función. Por lo tanto, tendrá una repercusión negativa en la sociedad por la percepción que el sistema de justicia generaría. ¿Si el proceso como herramienta del derecho y, por ende, del Estado no se puede regir bajo los cánones morales y de probidad, se puede exigir a la ciudadanía que lo haga? Por ello, es necesario promover la buena fe procesal y fundamentar este principio enmarcado en una visión realista de nuestra cultura jurídica.

11. REFERENCIAS

- ARRUDA, T. y DIDIER F. (ed.). (2018). *Código de Proceso Civil Brasileño de 2015*. Salvador de Bahía, Brasil: juspodivm.
- BARRETO DE CARVALHO, I. (2008). «Análise dos aspectos civis e constitucionais do abuso de direito» [«Análisis de los aspectos civiles y constitucionales del abuso de derecho»]. *Revista Opiniúo Jurídica*, 6(10).
<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1874/513>
- CALAMANDREI, P. (1961). *Estudio sobre el Proceso Civil*. Ediar. CALLE, J. J. (2015). *El abuso del derecho*. Lima: Instituto Pacífico.
- CAVANI, R. (2015). «Buena fe procesal en el pago de honorarios de peritos». *Actualidad Jurídica*, número 255, p. 95.
- CUENTAS ORMACHEA, E. (1997). «El abuso del derecho». *Derecho PUCP*.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6225/6262>
- FERRAJOLI, L. (2010). *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*. Ciudad de México: Editorial del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. (2015). *Justicia, derecho y sociedad*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- MALUF DE ARAUJO, A. (2016). *A Boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboraçúo e reflexões*. [*La buena fe procesal, definición, deberes de veracidad, colaboración y reflexiones*]. Universidade do Sul de Santa Catarina.
- MARTÍNEZ ZÚÑIGA, P. (s. f.). *Moral kantiana y buena fe procesal*.
- MENEZES HASSAN, E. (2013). «A relação entre moral e direito: do direito prudencial ao direito contemporâneo». *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 16 (32).
<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p60>
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (s. f.). *Registro nacional de abogados sancionados por mala práctica profesional*. <https://rnas.minjus.gob.pe/rnas/>
- _____ (2020). *En el 2019 se inscribieron 468 nuevas sanciones firmes a abogadas y abogados en el RIVAS, a cargo del Minjusdh*. www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/76513-en-el-2019-se-inscribieron-468-nuevas-sanciones-firmesa-abogadas-y-abogados-en-el-rnas-a-cargo-del-minjusdh
- _____ (2019a). *Más de 600 abogados reportados en registro de sanciones por mala práctica profesional entre 2017 y 2018*. www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/25974-mas-de-600-abogados-reportados-en-registro-desanciones-por-mala-practica-profesional-entre-2017-y-2018
- _____ (2019b). *Más de 100 abogados han sido reportados en el registro de sanciones por mala práctica profesional en lo que va del año*. www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/27783-mas-de-100-abogados-han-sido-reportados-en-el-registroyde-sanciones-por-mala-practica-profesional-en-lo-que-va-del-año
- _____ (2018a). *Ciudadanos pueden conocer si abogados están sancionados gracias a registro que el Minjusdh pone a su disposición*. www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/21372-ciudadanos-pueden-conocer-si-abogados-estansancionados-gracias-a-registro-que-el-minjusdh-pone-a-su-disposicion
- _____ (2018b). *Resolución Ministerial 00700-2018-JUS*.
- MONROY, J. (1993). «Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992». *Thémis. Revista de Derecho*, (25), pp. 35-48. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11057>
- _____ (1996). *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Themis, tomo 1.

- _____ (2018). «¿Algo que celebrar? No, apenas para recordar. El cuarto de siglo del CPC». *El Peruano*. <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/702/web/pagina03.html>
- OVALLE FAVELA, J. (1994). *Teoría general del proceso*, segunda edición. Ciudad de México: Harla.
- PICÓ I JUNOY, J. (2003). *El principio de la buena fe procesal*. José María Bosch Editor.
- PODER JUDICIAL (2020). *Boletín Estadístico Institucional 2019*, número 4. Más información en: www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/103bb2804d485fde8dc78f3325f35162/Boletin+N4-DICIEMBRE-2019F.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=103bb2804d485fde8dc78f3325f35162
- POSADA MEJÍA, O. (2017). «El principio de moralidad procesal. Un análisis desde los poderes de instrucción con relación a la prueba de oficio». Tesis para optar el título de magíster, Universidad de Medellín. Repositorio Institucional. <https://repository.udem.edu.co/handle/11407/4186>
- PRIORI POSADA, G. (2008). «El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal». *Derecho & Sociedad*, número 30, pp. 325-341. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17419>
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, N. (2016). *Código procesal civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- RÍOS BURGA, J. (2015). *La sociología jurídica: una ciencia social en construcción*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- RUBIO CORREA, M. (2008). *El Título Preliminar del Código Civil*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SALMERÓN, F. (2014). «La ética y el lenguaje de la moralidad». *Revista Casa del Tiempo*, (74-75) www.uam.mx/difusion/casadeltiempo/74_75_vi_dic_ene_2014/casa_del_tiempo_eIV_num_74_75_55_62.pdf
- TARUFFO, MICHELLE (2006). «El proceso civil de *Civil Law*: aspectos fundamentales». *Ius et Praxis*, 12(1), pp. 69-94.

EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Sol Bustamante, Franco Mujica, Amaury Muñoz y David Rojas, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos^[39]

RESUMEN

Los autores nos introducen a la doctrina del debido proceso como derecho fundamental. Formulan las diferencias entre lo que se entiende con la tutela jurisdiccional efectiva y el mismo, las implicancias que este ha desplegado en su evolución en el sistema jurídico, y, finalmente, su contenido como derecho fundamental. Analizan la constitucionalidad de las limitaciones hacia la pluralidad de instancia en el proceso administrativo y el derecho de impugnación en el código procesal civil.

Palabras clave: debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, derecho fundamental, debido proceso material, debido proceso formal.

ABSTRACT

The authors introduce us to the doctrine of due process as a fundamental right, formulating the differences between what is understood by effective jurisdictional protection and itself, the implications that it has unfolded in its evolution in the legal system, and finally its content as fundamental right making an analysis on the constitutionality of the limitations towards the plurality of instance in the administrative process and the right to challenge in the civil procedural code.

Keywords: due process, effective judicial protection, fundamental right, due process material, due process formal.

1. INTRODUCCIÓN

El fin de este trabajo es ofrecer un panorama de información que despierte la inquietud científica y académica por la investigación acerca del debido proceso y sus aristas. El análisis y estudio de este tema ha sido puesto sobre la mesa y ha consumido el esfuerzo y dedicación de numerosos especialistas y estudiosos del derecho. El debido proceso adquiere en la actualidad una fundamental importancia, pues se instituye como un proceso que establece todas las garantías requeridas para que predomine la justicia en el sistema jurídico.

El presente trabajo se estructura en primer lugar, por los antecedentes, mediante la cual se abordarán los acontecimientos históricos y cómo ha sido su evolución hasta la actualidad, para considerar aspectos que se han venido desarrollando y formando. En segundo lugar, se hará una diferenciación entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, y cuál es la importancia de estos para nuestro sistema jurídico. También se tratará la categorización que ha tomado el debido proceso en diferentes ordenamientos jurídicos, entendido como garantía, principio o derecho. Por

otro lado, se abordará su regulación convencional y nacional, para conocer su normatividad vigente y cómo lo han entendido y plasmado los legisladores. Y, en cuarto lugar, se tratará de determinar quiénes son los titulares del derecho fundamental del debido proceso, entendido por este generalmente solo a la persona humana. En seguida, sobre el ámbito de protección, que podemos mencionar que es su aspecto más relevante y al cual queremos abocarnos, también esta la doble dimensión que adquiere el debido proceso tanto sustantivo como adjetivo o formal, comprendido con un carácter de justicia que se realizará cuando se aseguren mínimas garantías en el proceso. En último lugar, se abordarán los límites al debido proceso, y límites cuestionables en razón a su constitucionalidad.

La problemática del presente artículo es determinar cuál es el ámbito de protección del debido proceso entendido como un derecho fundamental. El objetivo es establecer el ámbito de protección del debido proceso.

2. DESARROLLO

2.1. Antecedentes

Desde los albores de las sociedades humanas, los hombres hemos construido nuestra forma de vida sostenida en relaciones con nuestros congéneres. Estos vínculos se han visto acrecentados, tanto cualitativa como cuantitativamente, en proporción al constante incremento de nuestras necesidades. La satisfacción de estas comúnmente se ha logrado mediante acuerdos entre los sujetos, debido a que la cooperación es una manera óptima y aceptada de materializar los intereses de unos y otros. No obstante, no ha sido extraño observar que entre los individuos se hayan gestado conflictos causados por la concurrencia de sus intereses en un mismo bien o porque la satisfacción del interés de unos compromete la de los otros. Para resolver tales conflictos, se recurría a la autotutela de los intereses, que consistía en «hacer justicia por las propias manos». Es decir, la «justicia» del más fuerte. Las pretensiones eran impuestas por la fuerza sobre los más débiles. Ello se institucionaliza por la conocida ley del talión, que permitía a quien sufría un daño perjudicar al agresor en la misma forma y medida.

Tras un largo tiempo, la humanidad entendió lo irracional e injusto que significaba permitir a cada particular el ejercicio de la justicia. Por ello, se evolucionó a un siguiente paso: el proceso como solución heterocompositiva de los conflictos. Se necesitaba que un tercero imparcial observara el conflicto entre las partes para que, objetivamente y en atención al derecho, decidiera la razonabilidad de las pretensiones en contienda. Así, la decisión de este personaje imparcial debía ser respetada por las partes en cuanto era concebido como un administrador de la correcta justicia. Ahora bien, ¿es suficiente la intervención de un tercero decisor para afirmar que un conflicto puede ser realmente solucionado en justicia?

La sola concurrencia de un tercero no satisface la necesidad de solucionar los conflictos. El cauce al fin de la controversia no puede depender solo de quien es un agente supuestamente imparcial, sino que el propio instrumento debería gozar de algunas garantías que asegurasen el correcto

proceder tanto de las partes como del tercer componente para que se arribe a una solución justa. La facultad de decidir entre los intereses contrapuestos de dos o más litigantes es un poder bastante grande. Asimismo, la relación procesal entre las partes no puede ser desproporcionada, de modo que una de ellas tenga mayores posibilidades que las de su contraparte. De lo contrario, el proceso sería solo una forma «civilizada» de la ley del más fuerte. Por lo tanto, este mecanismo de solución a los conflictos debe gozar de ciertos elementos que garanticen la rectitud de los procedimientos para alcanzar una solución justa. Tales elementos, que vinculan a quienes intervienen en la solución de la contienda, pueden ser reunidos, en líneas generales, en lo que conocemos como «debido proceso».

2.1.1. El debido proceso y su relación con la tutela jurisdiccional

Las controversias que entre los hombres se suscitan necesitan de soluciones que favorezcan el correcto desarrollo de la convivencia social en atención y respeto inexorable de la dignidad de los individuos. Para que tales soluciones sean aceptables, no pueden ser calificadas sino como «debidas» y, en consecuencia, como «justas». Por lo tanto, el medio idóneo para ello es un «proceso debido». Este debe posibilitar el diálogo racional entre las partes, el cumplimiento de determinadas pautas formales y materiales, así como la efectiva solución al conflicto que motivó la contienda procesal. Como el proceso debido no es una exigencia contingente, sino de «carácter natural» sobre la justicia, se colige entonces que se trata de un derecho humano o fundamental (Castillo, 2013).

Ahora bien, ¿qué relación existe entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva? Chiabra (2010) asevera que ambos conceptos deben ser comprendidos como eminentemente sinónimos, y que la distinción entre el uno y el otro se puede hallar no sustancialmente, sino apenas en su procedencia, ya que el primero provendría del ejercicio jurisdiccional anglosajón, mientras que el segundo sería un concepto propio del derecho europeo-continental. No obstante, en aras de una eficaz distinción conceptual, volvemos a coincidir con Castillo (2013), en cuanto afirma que el debido proceso y la tutela jurisdiccional deben ser comprendidos como contenidos de una misma realidad: el «derecho fundamental al proceso debido». La distinción entre ambos elementos existe teniendo en cuenta que el proceso justo no solo comprende las formas que los actos procesales deben respetar, sino también el derecho al acceso a la justicia y a la garantía de la ejecución de las sentencias que están destinadas a solucionar el litigio. Por lo tanto, el «debido proceso» refiere a la dimensión dinámica del proceso consistente en la sucesión de predeterminadas fases procesales desde el acceso a la jurisdicción hasta la emisión de la sentencia. Por otra parte, comprendemos que la «tutela jurisdiccional» alude a la dimensión estática del proceso que se constituye tanto por el derecho al acceso a la justicia como por la garantía de eficacia de lo decidido en la sentencia.

El debido proceso, a su vez, se escinde en dos principios: la legalidad del juez y la legalidad de la audiencia (Quintero y Prieto, 2008). Por el principio de legalidad del juez, se exigen garantías relativas a la actuación del tercero que decide el conflicto. Comprendería el derecho a un juez natural (predeterminado por la ley), a un juez jurisdiccional (el acceso a la jurisdicción es la regla,

y todo otro medio debe ser solo alternativo), a un juez único (universalidad en el fallo de las decisiones) y a un juez imparcial (sin interés particular en el conflicto).

El principio de la legalidad de la audiencia (o de los procedimientos) se compone también por otros dos principios básicos: el principio del contradictorio y el principio de legalidad de las formas. El primero refiere a un trato igualitario para los litigantes, otorgándoles las mismas posibilidades para ejercer la acción y la defensa. Asimismo, el principio del formalismo busca sistematizar legal y obligatoriamente la actividad de las partes y también la del juez, para otorgar a los justiciables un grado alto de certeza e igualdad en la contienda. A pesar de su tendencia a la rigidez, las formalidades pueden ser «flexibilizadas» para adaptarlas al objeto, el fin y la naturaleza del proceso respectivo. Ilustrativa expresión de ello es la disposición del artículo VI del Código Procesal Civil, que permite al juez adecuar la exigencia de las formalidades «al logro de los fines del proceso». Ello no contradice al principio estudiado, sino que responde a una necesidad de eficacia procesal que supera toda exigencia formal que, de ser soslayada, no afecta la orientación del proceso de alcanzar la paz social.

Por otra parte, el derecho fundamental al proceso debido está también formado por el derecho a la tutela jurisdiccional. En el Expediente 9727-2005-PHC/TC (2006), el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto aseverando que este derecho tutela el acceso a los órganos de justicia y la eficacia de las decisiones jurisdiccionales. Se colige, entonces, que el derecho fundamental asegura la correcta resolución de los conflictos desde que se acude al órgano jurisdiccional hasta la materialización de lo decidido por esta autoridad.

Ahora bien, a lo largo de este acápite nos hemos referido al proceso judicial preferentemente. No obstante, ¿solo en ese aspecto incide el derecho fundamental al proceso debido? A decir de Landa (2002), en vista de que hoy se le tiene por un derecho fundamental, el proceso debido ya no solo se restringe al ámbito judicial, sino que cabe su exigencia en otros espacios de decisión, como los procesos administrativos, militares. Incluso, en las cámaras parlamentarias y las propias relaciones entre los particulares.

2.1.2. ¿El debido proceso como una garantía, principio o derecho?

El debido proceso es uno de los temas más importantes del derecho procesal, pues es un derecho fundamental que contiene diversas reglas procesales que son mínimas en todo proceso. Así, es definido como un derecho intrínseco que tiene todo ser humano a participar, de manera efectiva y eficaz, en todas las decisiones que pudieran afectar a sus derechos (Ferrer, 2015: 6).

No podemos concebir al debido proceso como un derecho fundamental separado de las otras categorías: garantías y principios, y viceversa, sino que cada categoría está interrelacionada. Por ello, explicaremos brevemente qué comporta cada categoría y cuál es su relación con las demás.

Los derechos fundamentales son derechos adscritos universalmente a todos los seres humanos. Así, para Robert Alexy los derechos fundamentales son expresados mediante disposiciones iusfundamentales mediante los enunciados contenidos en el texto de la ley (Bechara, 2011: 66).

Asimismo, el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales se da a través del ejercicio de ponderación de principios que son mandatos de optimización en el cual debe procurarse su aplicación en el caso en concreto, dependiendo de la prevalencia de uno sobre otro en un contexto de colisión de los mismos (Pinto, 2003: 55-56).

A ello acota el profesor César Landa (2002) sobre la categoría de garantía que, desde que se supera el positivismo jurídico procesal basado en la ley y se reconoce un rol tutelar al juez constitucional, se parte a concebir a los derechos fundamentales como garantías procesales, otorgándoles implícitamente a los derechos humanos un contenido procesal de aplicación y protección completa. Es decir, los derechos fundamentales cuentan con garantías procesales que permiten ser accionadas entre los tribunales judiciales, administrativos y particulares (p. 446).

En vista de que no nos encontramos ante categorías conceptuales distintas, el debido proceso puede ser abordado como derecho, principio o garantía. En efecto, es un derecho fundamental que comprende garantías procesales que permiten a las partes obtener la certeza de que la actividad procesal se está desarrollando de forma ajustada a derecho y que su aplicación en el caso en concreto estará determinada mediante el ejercicio de la ponderación de principios.

2.1.3. Regulación convencional

El debido proceso es un derecho fundamental que se encuentra como norma positiva constitucional y, para abordarlo, hay que comprenderlo como parte de los derechos humanos reconocidos por los Estados en sus cartas políticas y mediante los tratados por los que se compromete. En consecuencia, se observa que su ámbito de aplicación no solo versa en el derecho interno, sino también sobre el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH), lo que impone el control de convencionalidad por parte de los jueces y la aceptación de la competencia de los órganos supranacionales.

Así, encontramos al debido proceso en diversas normas internacionales, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo XVIII; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 10; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14, que además desarrolla el contenido de este derecho en su Observación General 32; y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 en su artículo 8.

Estos tratados han sido incorporados a nuestro ordenamiento jurídico nacional mediante la aplicación del artículo 55 de la Constitución Política: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Además, constituye un deber de los operadores jurídicos interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En conformidad con el Expediente 2730-2006-PA/TC (2014), en su fundamento 9, los poderes públicos deben incorporar en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados.

La aplicación del derecho al debido proceso desde el SUDH no solo se ciñe a las reglas que emanan de los tratados, sino también se realiza a través de la vinculatoriedad en casos concretos con el derecho nacional. Se vincula a la *ratio decidendi* de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso en los casos en que el Estado Peruano no haya sido parte (Córdova: 232).

De lo mencionado, el derecho al debido proceso ha tenido una expansión vertical y ha influido en la gran cantidad de sistemas nacionales, debido al deber de los Estados de la interpretación de los derechos fundamentales en conformidad con los tratados y sobre las decisiones jurisprudenciales de los sistemas supranacionales, en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1.4. Regulación nacional

Los alcances del debido proceso están consagrados en nuestra Constitución Política (1993), en el artículo 139 inciso 3, relativo a los principios y derechos que informan la función jurisdiccional:

«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».

Si bien es cierto que las categorías del debido proceso y tutela jurisdiccional contienen elementos que las pueden diferenciar en cuanto a su origen, la relación de inclusión por la cual una está contenida en la otra, en el plano fáctico y jurídico no las hacen distintas, pues no constituyen una aportación al sistema. Constituyen derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos y que, por su categoría de derecho fundamental, no es imprescindible su reconocimiento literal como norma constitucional. Solo es suficiente que esté enmarcado su derecho continente para que todas sus manifestaciones se encuentran reconocidas y, en consecuencia, sean parte del derecho al debido proceso.

Por otro lado, la norma constitucional no define el debido proceso, por lo que su contenido sustancial ha sido reconocido a través de los precedentes constitucionales. Por ejemplo, mediante ellos se ha señalado que el reconocimiento de este derecho fundamental le compete a cualquier funcionario público o privado que goce de potestad sancionadora.

Como menciona Terrazos (2004), el hecho de que la Constitución recoja principios y derechos considerados manifestación del debido proceso formal hace que solo su vulneración dependa de estos principios, pero no toma su parte sustancial como el principio de razonabilidad y proporcionalidad que también forman parte del fundamento de toda norma constitucional.

2.2. Ámbito constitucional

2.2.1. Titulares

¿Quiénes son titulares de los derechos fundamentales? Aunque esta pregunta haya sido materia de discusiones colosales en nuestro país y en diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, por su complejidad de determinar quiénes serían los titulares de estos derechos, la titularidad podemos definirla como un estatus normativo o condición jurídica en virtud de la cual se constituye un sujeto de derecho que es beneficiado con la protección del derecho, igualdad o libertad que un ordenamiento jurídico categoriza como derecho fundamental. Se trata, en consecuencia, de un estatus normativo que un ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto (Contreras: 119).

En un primer lugar, podemos mencionar que uniformemente se ha señalado que, cuando la Constitución habla de los derechos fundamentales, lo hace pensando en la persona humana. Así, solo este es quien tiene el respeto de sus facultades, atributos y libertades, y su protección a título subjetivo y en vía constitucional. Respecto a nuestro derecho civil, este cuerpo normativo entiende que el no nacido no es persona y no es titular de derechos patrimoniales y sí el concebido en todo cuanto le favorezca, tal como lo dispone el artículo 1 del Código Civil. La determinación de quiénes tienen derechos fundamentales y, por lo tanto, son titulares de estos, es una decisión normativa que adopta cada ordenamiento jurídico.

La evolución de los ordenamientos jurídicos y la expansión del derecho internacional de los derechos humanos han propiciado un aumento de los sujetos titulares de derechos. Desde la abolición de la esclavitud hasta la protección de grupos, como pueblos indígenas, la evolución de las normas iusfundamentales han incorporado nuevos (y antiguos) sujetos a la protección que dispensan los derechos fundamentales (Peces, 1995: 180).

En segundo lugar, podemos decir que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales o no. Si bien es cierto que las personas jurídicas son ficciones creadas por el ordenamiento, el Tribunal Constitucional peruano ha sido claro en señalar que sí resulta posible que estas sean titulares de derechos fundamentales, así lo señala la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 00605-2008-PA/TC. Sin embargo, ha precisado también que ello no necesariamente ocurre con todos los derechos existentes, ya que dependerá de lo que permita la naturaleza del bien protegido por el derecho del que se trate.

Además, el Tribunal Constitucional ha precisado también en la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 04072-2009-PA/TC que las personas jurídicas tienen el derecho de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación (artículo 2 inciso 17 de la Constitución), ya que toda persona jurídica, salvo situaciones excepcionales, se constituye como una organización de personas naturales que persiguen uno o varios fines. Por tanto, podemos señalar que, si bien nuestro Tribunal Constitucional les ha reconocido algunos derechos a las personas jurídicas, esto no quiere decir que sea un tema ya terminado. Aún no está claro del todo.

Por último, en el caso de los tratados internacionales, se utilizan técnicas como la del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren

en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el pacto confiere derechos a los individuos o personas físicas (Medina, 2005: 58).

2.2.2. Ámbito de protección del derecho fundamental

Sobre este apartado, es interesante lo que menciona el profesor Castillo Córdova acerca de la dignidad humana: «Es el valor superior de la Constitución, desde donde se orienta a la entera actividad estatal ya que la persona siempre será la finalidad del comportamiento estatal y nunca un medio, es el Estado para la persona y no la persona para el Estado». Es decir, es el poder estatal el que se encarga de salvaguardar al ser humano a través de las garantías que brinda la Constitución. Esto se expresa mediante las garantías que se denotan con los derechos fundamentales, como el derecho de defensa, la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso, etcétera. «El problema de los derechos humanos no es fundamentarlos sino realizarlos o protegerlos» (Bobbio, 1982: 82).

Para delimitar el contenido del derecho, deben tenerse presente dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por este; y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección constitucional (De Otto y Pardo, 1988).

La Constitución siempre prefigura el derecho y lo determina en su contenido esencial, pero no en todos los casos es así, ya que en algunos casos no configura el contenido y es ahí cuando se forman los problemas. Es de esta cuestión que se asientan dos teorías importantes.

Por un lado, la teoría relativa parte de la idea de que la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que, por tanto, es posible restringir un derecho fundamental cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse implícitamente de esta (Pugalde, 1997: 22).

En cuanto responde a la «necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Esta ponderación se sustenta en el llamado ‘test de razonabilidad’ o ‘principio de proporcionalidad’, en palabras de la doctrina alemana. Esta ponderación se realiza a través de tres etapas, a saber: a) el examen de la adecuación del precepto limitador del derecho al bien que mediante él se pretende proteger; b) el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir otro medio menos gravoso; c) el examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue. Para esta teoría, el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija; no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental» (Martínez: 20).

Por otro lado, tenemos a la teoría absoluta, la cual parte de la idea de que todo derecho fundamental estaría integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial, y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. La primera esfera, el contenido esencial, que es la

parte que no puede ser limitada por el legislador, constituyéndose en el límite de la permisión limitadora que le da la Constitución al legislador ordinario. Respecto a la parte nuclear, esta estaría vedada a toda limitación, lo que no ocurre con la parte accesorio, que podría ser afectada por la regulación, pero que siempre esté debidamente justificada.

De nuestra parte, nos parece que de la expresión «contenido esencial» no puede extraerse que cada derecho fundamental esté integrado por un contenido nuclear (esencial) y otro periférico (accesorio), y de ello entender que la esfera vedada al legislador ordinario sea la primera y no la segunda, pues este entendimiento no solo presentaría infranqueables problemas hermenéuticos, sino que, fundamentalmente, no encuentra respaldo textualmente, tampoco en el sentido de protección de cada derecho fundamental.

Y es que el contenido esencial del derecho no puede ser otro que el derecho mismo en sus caracteres propios que lo describen e identifican como tal. Es decir, el contenido esencial de un derecho es el derecho en sí mismo, sin añadidos ni mermas (Durán, 2002).

Nuestra Constitución de 1993 ha establecido en el artículo 205 que, concluida la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede acudir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte. Asimismo, en el artículo 55, ha dispuesto que los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú forman parte del derecho nacional.

Mérito normativo que se ve reforzado cuando la Constitución de 1993 señala en la cuarta disposición final y transitoria que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados siguiendo la tradición de otorgar prevalencia a los tratados de derechos humanos sobre la ley nacional (Landa, 1996: 196).

En forma de síntesis de este apartado, señalamos que el Perú cuenta con un doble sistema de protección de los derechos fundamentales: un primer nivel, a cargo de la justicia constitucional responsable de la tutela de los derechos fundamentales conforme a la Constitución básicamente, y un segundo nivel, en el sistema americano para la protección internacional de los derechos humanos, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos. A ello se podría añadir el Tribunal Penal Internacional, creado recientemente por las Naciones Unidas (Richard Wilson, 1997: 24-25), aunque con ciertas dificultades proveniente de las objeciones de Estados Unidos hacia un tribunal y un fiscal independientes de su poder político internacional (Dugard, 1997: 329-342).

2.2.2.1. Debido proceso formal

En lo que respecta a la dimensión formal, el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido. En este sentido, esta dimensión procedimental tiene que ver con las formalidades estatuidas en un proceso, y supone tomar en consideración «las reglas esenciales

con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etcétera)».

Y es que este derecho fundamental exige concebir «al proceso no solo como instrumento de solución de conflictos, sino como un mecanismo rodeado de garantías compatibles con el valor justicia. El debido proceso en su dimensión formal o procesal hace referencia a todas las formalidades y pautas que garantizan a las partes el adecuado ejercicio de sus derechos, pues estas reglas o pautas están previamente establecidas y permitirán que el acceso a un proceso o procedimiento, y su tramitación no sea formalmente irregular. Además, estas pautas o reglas no solo son requisitos mínimos, sino que estos resultan exigibles por los justiciables.

Por lo dicho, esta dimensión procesal, adjetiva o formal debe ser entendida como una esfera de garantías necesarias que tienen las personas, para impedir que se les vulnere derechos fundamentales. Estos pueden ser derecho a la libertad de pensamiento, a no ser discriminado, a la vida, a la libertad, entre otros derechos que sean lesionados por ausencia de un proceso, o procedimiento previamente regulado por ley.

La dimensión formal del debido proceso podemos entenderlo también con claridad en palabras de Arturo Hoyos como «una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso —legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas— oportunidad de ser oídos por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir los aportados por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones motivadas y conforme a Derecho de tal manera que las personas puedan defender su derechos» (Hoyos: 54).

2.2.2.2. Debido proceso material

Sobre esta dimensión del debido proceso, podemos empezar por definir al debido proceso sustantivo no como aquel conjunto de ciertos requisitos formales, de trámite y/o de procedimiento para llegar a la solución de conflictos mediante la sentencia, sino a la necesidad de que esas sentencias o decisiones sean razonables, que guarden proporcionalidad con los hechos y el derecho, y que lleguen a sintetizar el concepto de justicia.

Al respecto, Francisco Linares señala que el debido proceso sustantivo constituye un estándar o patrón o módulo de justicia para determinar en el arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos. Es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo (Linares, 1970).

Para Bustamante Alarcón, el debido proceso sustantivo exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, sean justos. Es decir, sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los

demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez (Bustamante, 2001).

En efecto, la dimensión sustantiva del debido proceso exige que todos los actos a desarrollarse en el proceso (desde su acceso, inicio, desarrollo y conclusión) observen reglas y contenidos de razonabilidad, para que, al final, la decisión o resolución que se emita sobre el caso sea justa, de forma integral. Es decir, tanto para el ordenamiento jurídico como para la comunidad y el justiciable.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido explícitamente la dimensión sustantiva del debido proceso en algunas de sus sentencias, como los expedientes 0439-1999-AA/TC, 0895-2000-AA/TC, 0924-2000-AA/TC y 1565-2002-HC/TC, en que ha sostenido que el proceso no puede ser visto única y exclusivamente desde una perspectiva procedimental, sino como un herramienta para alcanzar la justicia, aplicando los elementos de los principios de la razonabilidad y proporcionalidad, en que debe priorizarse el cumplimiento de las finalidades del proceso sobre el cumplimiento de las formas propiamente dichas. «De no ser así, el proceso se tornaría en un instrumento meramente formal, sin ningún referente de contenido justo o propiamente razonable».

En tal sentido, el debido proceso sustantivo sirve para controlar eventuales sentencias (o decisiones de otra índole) injustas, toda vez que a través de él se protege a los ciudadanos de aquellas que puedan ser contrarias a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico en su conjunto. Por último, el juez como principal protagonista del proceso es quien primero debe interiorizar el concepto y visión de la justicia para que así pueda proyectarlo en sus sentencias y hacer de la administración de justicia un verdadero escenario de recomposición del estado de normalidad del derecho e instrumento de protección efectiva de los derechos fundamentales.

2.2.3. Límites al debido proceso

Al considerarse al debido proceso como un derecho fundamental, y visto sustancialmente el ámbito de protección de los derechos que lo componen, ahora, analizaremos algunas limitaciones que el Estado ha venido realizando a este derecho fundamental en la regulación del proceso civil y administrativo.

En primer lugar, hay que precisar qué consideramos como limitación o intervención. A decir de León (2007):

«Toda actuación del Estado que limita—total o parcialmente, directa o indirectamente, intencional o impensadamente, fáctica o jurídicamente, con base en un mandato legal o sin él — una conducta del titular del derecho fundamental que se ‘subsume’ en el ámbito de protección concreto de un derecho fundamental» (pp. 343-344).

Es decir, solo analizaremos algunos ejemplos de cómo el Estado ha limitado el derecho al debido proceso. Al final de este desarrollo, esclareceremos si esta limitación merece ser calificada como constitucional o, por el contrario, cabría declararla como inconstitucional.

Observemos dos casos al respecto:

Caso 1: Al observar nuestro Código Procesal Constitucional, comprobaremos que muchas resoluciones no pueden ser impugnadas. Esto, en nuestra opinión, es una limitación o intervención al debido proceso, específicamente en cuanto se refiere al derecho de impugnación, que Manrique (2005) lo define así:

«Aquel derecho abstracto con el que cuenta en un proceso toda parte del mismo para impugnar (entiéndase contradecir o refutar) una decisión judicial, con la cual no se encuentra de acuerdo, debido a que la misma le causa un agravio al encontrarse afectada de error o vicio, y que tendrá por objeto que se revoque o anule la decisión jurisdiccional» (p. 71).

Se analizará luego si estamos frente a una intervención inconstitucional o no.

Caso 2: Existen algunos procedimientos administrativos en los que no existe la doble instancia, sino la instancia única. Consideramos que ello se puede considerar también como una limitación al debido proceso, en tanto se omite el derecho a la instancia plural que, según el Tribunal Constitucional (Expediente 05410-2013 PHC/TC):

«Tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan 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» (Fundamento 2.3).

2.2.4. Justificación constitucional de la intervención

Una vez indicadas algunas intervenciones al debido proceso, analizaremos si la injerencia en el derecho fundamental se encuentra justificado. En esta etapa, encontraremos los justificantes por parte del Estado para limitar el derecho fundamental, para luego, en aplicación del principio de proporcional, ver si resulta constitucionalmente necesario.

Sobre el primer caso, la doctrina ha precisado que, si bien el derecho de impugnación permite un control sobre los actos del juez, es posible limitarlo al declarar una resolución judicial como inimpugnable. Esto es posible en aquellos casos en los cuales el posible agravio —al demandante o demandado— no sea real. De concederse el ejercicio del derecho a la impugnación, lo único que se obtendría sería una dilatación innecesaria del proceso. Así, se afectaría el principio de celeridad procesal. Autorizada doctrina lo corrobora así:

«En efecto, así como el derecho a probar se ve limitado pues no puede por ejemplo ofrecerse medios probatorios en cualquier momento en aplicación del principio de preclusión en materia probatoria; así también en ocasiones el derecho a impugnar se verá limitado al declararse determinada decisión del juez como inimpugnable, en aras de privilegiar la celeridad y eficacia del proceso» (Manrique, 2005: 81).

Un ejemplo de resolución judicial inimpugnable, que señala la doctrina como correctamente justificada, es el auto que declara la sustitución de la medida cautelar (entiéndase embargo), cuando el afectado deposita el monto fijo del dinero reclamado como garantía, sustituyendo la medida cautelar. Desde nuestra posición, este supuesto regulado por el artículo 628 del Código Procesal Civil se ve justificado porque, objetivamente, el peligro en la demora —presupuesto de toda medida cautelar— ya dejó de existir cuando se garantizó la posible acreencia. En este ejemplo, la limitación al derecho a la impugnación, para salvaguardar el principio de celeridad, se encuentra constitucionalmente justificada.

Sobre el segundo ejemplo, hay que tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente 010-2001-AI/TC:

«En efecto, el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al 'debido proceso administrativo' —pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede—; pero sí lo es del derecho al debido proceso «judicial», pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede esta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior» (Fundamento 2.3).

En esa línea, señalamos que toda decisión final, sea en sede administrativa o judicial, puede causar agravio o indefensión en los justiciables, por lo que en todo proceso judicial está permitido el acceso a la instancia superior para que en ella se realice una revisión. Sin embargo, de ello no se colige que suceda de la misma forma en los procedimientos administrativos. Ello, en opinión del Tribunal Constitucional, no vulneraría el derecho fundamental a la pluralidad de instancia. Incluso utiliza la terminología «debido proceso administrativo», al señalar que la pluralidad de instancia no forma parte del ámbito de protección de este.

Al respecto, consideramos innecesaria esta distinción. En nuestro razonamiento, la pluralidad de instancia se manifiesta en los procesos administrativos y judiciales, pero la limitación que a ella se hace en los primeros no tiene por qué considerarse como una lesión al derecho fundamental al debido proceso.

Entendemos que, si bien la resolución administrativa pone fin al procedimiento administrativo, ello no impide que el administrado pueda iniciar un proceso contencioso administrativo en la vía judicial. Asimismo, el ordenamiento jurídico señala que la finalidad del acto administrativo es alcanzar el bien común, por lo que es válido —ergo, puede ejecutarse— aun cuando quede pendiente su discusión sobre la referida validez. En esta línea, que se permita la instancia única en sede administrativa, si bien limita el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, encuentra su sólida justificación en los motivos ya expuestos.

3. CONCLUSIONES

Al hacer referencia a las dimensiones del debido proceso, se aprecia su connotación dual: 1) la formal, la cual se asocia al respeto por las garantías necesarias, formales o de trámite dentro del proceso, como lo es el derecho de defensa, el derecho a una debida motivación, el derecho a la pluralidad de instancias, entre otras, y 2) la sustantiva, la cual se vincula a la observación de esquemas de justicia y razonabilidad a través de juicios de proporcionalidad, entre otros. Es por esta estructura enrevesada que el análisis debe ser de ambas dimensiones de forma equitativa, ya que tanto los vicios formales como lo sustantivos se reflejan como una transgresión constitucional al debido proceso.

El derecho fundamental al debido procesal no es un derecho absoluto, sino permite limitaciones. Ejemplo de ello son las resoluciones inimpugnables consagradas en el Código Procesal Civil — que limita el derecho fundamental a la impugnación— y los procedimientos administrativos de instancia única, que limita el derecho fundamental a la pluralidad de instancia.

4. REFERENCIAS

- BECHARA LLANOS, A. (2011). «Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy». *Saber, Ciencia y Libertas*, 6(2).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109406>
- CASTILLO, L. (2008). «Derechos fundamentales y procesos constitucionales». En: J. Cáceres (ed.). *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (pp. 265-286). Editorial Adrus.
- CASTILLO, L. (2013). «Debido proceso y tutela jurisdiccional». En: W. Gutiérrez (coord.). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo* (volumen III, pp. 57-71). Lima: Gaceta Jurídica.
- CHIABRA, M. (2010). «El debido proceso legal y la tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias». *Foro Jurídico*, número 11, pp. 67-74. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18575>
- FERRER, F. (2015). «El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14(1), pp. 155-184.
www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf
- JORDÁN, H. (2005). «Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional». *Foro Jurídico*, número 4, pp. 70-90.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18379>
- LANDA, C. (2002). «El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional». *Pensamiento Constitucional*, 8(8), pp. 445-461.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287>
- LEÓN, J. (2007). «El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (DriSchritt-Prüfung)». *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, número 10, pp. 341-346.
- PINTO, J. (2003). «La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy». Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid. Archivo Institucional E-Prints Complutense.
<https://eprints.ucm.es/2231/>
- QUINTERO, B. y PRIETO, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*. Cuarta edición. Temis.
- TERRAZOS, J. (2004). «El debido proceso y sus alcances en el Perú». *Derecho y Sociedad*.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/1686,5,17174>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003). Expediente 010-2001-AI/TC (Defensoría del Pueblo).
www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2001-AI.html

_____ (2006). Expediente 9727-2005-PHC/TC (Ridberth Marcelino Ramírez Miranda y otro).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09727-2005-HC.pdf>

_____ (2014). Expediente 05410-2013-PHC/TC (Roberto Carlos Flores Paiva).
www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/05410-2013-HC.html

EL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN EL MARCO DE LA COVID-19

Grupo de Investigación en Derecho Procesal Crítico y Constitución (Gideproc), de la Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN

Con el cambio de paradigma del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, los derechos procesales y el proceso en sí se han convertido en instrumentos de tutela jurídica de derechos materiales, así como garantías para los ciudadanos frente al poder del Estado. En tal sentido, estos derechos deben garantizarse de forma permanente. Así, el acceso a la jurisdicción y la tutela jurisdiccional efectiva son los más importantes. En tal sentido, se estudiará el acceso a la jurisdicción y las principales medidas de reactivación del Poder Judicial durante la pandemia de la Covid-19.

Palabras clave: acceso a la justicia, jurisdicción, estado constitucional, tutela jurisdiccional efectiva.

ABSTRACT

With the paradigm shift from the Legislative State of Law to the Constitutional State of Law, procedural rights and the process itself have become instruments of legal protection of material rights, as well as guarantees for citizens against the power of the State. In this sense, these rights must be guaranteed permanently, with access to jurisdiction and effective judicial protection being the most important. In this sense, the right of access to jurisdiction and the main measures to reactivate the Judiciary in the framework of COVID-19 will be studied.

Keywords: access to justice, jurisdiction, constitutional state, effective jurisdictional protection.

1. INTRODUCCIÓN

La Covid-19 ha cambiado en muchos aspectos la forma en que se vive y la justicia no es la excepción. Los órganos responsables se vieron obligados a replantear su funcionamiento en medio de las medidas de aislamiento para contener la pandemia. Si bien el aislamiento social se inició el 16 de marzo de 2020 por la disposición de la Presidencia de la República, que declaró el estado de emergencia mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM, las medidas preventivas para salvaguardar la salud y bienestar de los trabajadores del sector público se iniciaron antes, mediante diversas medidas institucionales, como las del Poder Judicial y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo^[40]. Luego, el Decreto de Urgencia 026-2020 estableció adicionales medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la Covid-19, entre esas los

artículos 16 y 17 señalan la prestación de servicios de todos los trabajadores del sector público desde su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario (trabajo remoto). Asimismo, en la Segunda Disposición Complementaria Final, se estableció que el Poder Judicial y los organismos constitucionales autónomos podían disponer la suspensión de los plazos procesales y procedimentales de considerarlo necesario para que los usuarios no sean perjudicados. En este sentido, el Poder Judicial decidió suspender los plazos procesales y administrativos, a partir del 16 de marzo, por el plazo de 15 días calendario^[41], que se prorrogaron hasta el 30 de junio a nivel nacional, y con más extensión en los distritos judiciales, en los que se mantiene la cuarentena focalizada.

Las diversas disposiciones del Poder Judicial y otros órganos del gobierno tuvieron una importante incidencia en el acceso a la jurisdicción durante la pandemia. Así, pues, ha sido vital la implementación de las plataformas digitales y la aceleración de otros, como el expediente electrónico digital, para continuar con el funcionamiento del servicio jurisdiccional que tradicionalmente se regía por la presencialidad. Se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de información, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los justiciables. Para ello, se brindó un rango de actuación más amplio a los señores presidentes de las salas permanentes y transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República al autorizarlos a « *desarrollar labores jurisdiccionales en la forma que se considere más eficaz, incluyendo el uso de medios tecnológicos* », para programar y resolver los procesos judiciales que su naturaleza permita» (las cursivas son nuestras)^[42].

Por último, entró en vigencia el protocolo de medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del aislamiento social obligatorio, cuya primera fase ha sido destinada a organizar el trabajo jurisdiccional y administrativo interno; y la segunda fase, a la reanudación gradual de las funciones administrativas y judiciales. Se buscaba que los servicios de justicia esencial en las materias urgentes y de emergencia como los procesos penales con prisión preventiva no detengan su continuidad, por lo cual fue necesario disponer que los órganos jurisdiccionales procedieron a programar las audiencias penales y no penales desde el 1 de julio de 2020, las que tuvieron que ser desarrolladas de manera remota y excepcionalmente en forma presencial. En todo ello, se debía observar rigurosamente las garantías del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

Por todo lo señalado, es necesario analizar la nueva forma de administrar justicia en el marco del coronavirus (Covid-19) advirtiendo las barreras al derecho fundamental del acceso a la justicia en nuestro Estado constitucional. Tal derecho supone la defensa de los derechos subjetivos y de los derechos humanos en particular, y es un requisito para la auténtica garantía de los mismos. En este sentido, el presente ensayo se dividirá en dos partes. En la primera, se hará una reseña de lo que consiste y representa el acceso a la justicia como derecho fundamental en nuestro Estado constitucional de derecho. Se enfatizará en el proceso, uno que debe brindar protección idónea, oportuna y efectiva a las situaciones jurídicas que son llevadas al mismo. También se señalarán las barreras del acceso a la jurisdicción que, en el marco de la Covid-19, son evidentes. En la segunda parte, se analizará cómo ha venido desarrollándose el acceso a la justicia en este

contexto. Así, se abordarán temas como 1) la brecha digital como barrera al acceso de justicia, en el cual se hará evidente la relación de este derecho con los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; 2) el uso de la mesa de partes electrónica, cuya implementación fue acelerada por el contexto actual y que ha mostrado graves deficiencias; 3) el sistema de citas: «El juez te escucha», que contrario a lo que se buscaba representa ser una pérdida de tiempo y esfuerzo por su ineficacia; y, por último, 4) el protocolo de audiencias virtuales, que busca guiar la realización de audiencias judiciales mediante el uso de herramientas tecnológicas. Finalmente, se brindará una conclusión en el sentido de que el trabajo virtual no solo no ha sido perfecto, sino que ha sido muy deficiente, pero que ello no impide que deba reconocerse el compromiso de los servidores judiciales, pues el cambio ha implicado un gran esfuerzo de su parte y también de los usuarios.

2. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

2.1. El proceso en el Estado constitucional de derecho

El estudio del derecho procesal en nuestros tiempos se encuentra necesariamente ligado a la norma fundamental: la Constitución. En su artículo 139 se encuentran plasmados los principios rectores y derechos fundamentales procesales de todos los ciudadanos. ¿Qué implica ello?

Nuestro sistema jurídico actual se enmarca en el denominado Estado constitucional de derecho. Sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional señala:

«El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado constitucional de derecho supuso abandonar la tesis según la cual la Constitución era una mera norma política, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido vinculante para todos. Significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria para dar paso al principio jurídico de supremacía constitucional»^[43].

Así, el proceso ha atravesado por las siguientes etapas: forense, procedimental y procesalismo científico o dogmático para finalmente arribar al paradigma del constitucionalismo o Estado constitucional de derecho (Priori, 2014).

Así, la Constitución se convierte en la norma fundamental y en base a la cual se deben establecer los procedimientos y reglas procesales y sujetando a la ley a su validez. Surge así el principio de supremacía de la Constitución, que según el Tribunal Constitucional:

«constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho. Exige una concepción de la Constitución como norma jurídica, la primera entre todas, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, siendo cada uno parámetro para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno»^[44].

Así, pues, las normas constitucionales y, en este sentido, las normas procesales en ellas contenidas se erigen como las garantías o derechos de contenido mínimo que amparan a los justiciables.

De ello se desprende la obligación del Estado de brindar un proceso efectivo. En palabras de Priori (2014):

«En el Estado Constitucional se exige que el proceso brinde una protección idónea, oportuna y efectiva para la protección de las situaciones jurídicas que en concreto son llevadas al proceso [...]. De este modo entonces, la realización plena de todos y cada uno de los derechos a través de procesos adecuados para ello resulta ser fundamental en el derecho procesal».

Así, las normas contenidas en el artículo 139 alcanzan la categoría de derechos fundamentales y garantías constitucionales, los cuales sirven a su vez para tutelar derechos materiales. Ello conduce a que el Estado deba garantizar el debido proceso material y la tutela jurisdiccional (Landa, 2013: 32).

Entre todas las garantías y disposiciones procesales contenidas en el artículo 139 de la Constitución, es relevante para el presente trabajo el inciso 3: «La tutela jurisdiccional efectiva».

Respecto a este concepto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado:

«Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual *toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio*. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia^[45] (las cursivas son nuestras).

Como se observa, para el Tribunal Constitucional, la tutela jurisdiccional se erige como un derecho fundamental vinculado a la función de los órganos jurisdiccionales, tanto en su acceso como en la firmeza de la decisión. Así lo señala el profesor Chamorro (2009: 320), quien considera la tutela jurisdiccional como la garantía de las garantías, pues justamente en el proceso se tutelan los otros derechos materiales.

Así, es vital que el Estado garantice este derecho de forma permanente y activa frente a circunstancias de toda índole. Justamente, la pandemia producida por la Covid-19, que determinó la inmovilización social y la paralización de toda actividad humana, salvo las consideradas esenciales. Pese a ello, consideramos que la actividad jurisdiccional y el acceso a la justicia no

deben paralizarse, debido a la vital importancia que posee para la vigencia de los derechos fundamentales.

2.2. Acceso a la justicia

El derecho de acceso a la justicia es un derecho procesal integrante del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. De ahí que también tenga carácter fundamental.

El contenido de este derecho implica el poder de todo centro de imputación de situaciones jurídicas de iniciar un proceso y así poner a funcionar la maquinaria jurisdiccional para obtener una decisión que se pronuncie de forma motivada sobre un determinado pedido (que es resistido por el demandado) en base al derecho y a los hechos del caso.

Este derecho es también conocido como derecho de acción y su evolución ha atravesado diversas etapas hasta su actual entendimiento como derecho fundamental. Con propósitos ilustrativos, a continuación, graficamos sus etapas:

2.2.1. Teoría monista del derecho de acción

Para Priori (2004), en esta etapa se consideraba que «no existía distinción alguna entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material, noción que va desde el derecho romano hasta mediados del siglo XIX».

2.2.2. Teoría dualista del derecho de acción

En esta etapa se sostuvo que existe una distinción entre el derecho de acción y el derecho subjetivo, cuya tutela se solicita. Sin embargo, en esta etapa se identificaron dos posiciones: la concepción concreta y la concepción abstracta de la acción.

2.2.2.1. Teoría concreta de la acción

En esta etapa, «si bien se establece que el derecho de acción y el derecho subjetivo material son dos derechos distintos, aún se mantiene la idea que existe el primero solo en la medida que exista el segundo» (Priori, 2004, 2014).

Así, Chiovenda sostuvo que el derecho de acción equivalía al derecho a obtener una sentencia favorable, pues si el derecho de acción existe solo si se tiene el derecho material, entonces a la luz de ese presupuesto el derecho de acción implicaba obtener una sentencia favorable.

2.2.2.2. Teoría abstracta de la acción

En esta etapa, «se ratifica que el derecho de acción y el derecho subjetivo material son dos derechos distintos, sin embargo, se llega a establecer que la existencia y titularidad del derecho de acción en nada depende de la existencia y titularidad del derecho subjetivo material» (Priori, 2004, 2014). Por tanto, el derecho de acción implica el derecho a solicitar la tutela de determinado derecho con independencia de si en la realidad se tiene aquel derecho o no. Por tanto, el derecho

de acción no es equivalente al derecho a una sentencia favorable y fundada, sino solo a obtener un pronunciamiento jurisdiccional que, respecto del mérito del pedido, favorable o no. Esta posición la sostuvieron procesalistas como Liebman y Carnelutti.

2.2.3. Teoría dualista y abstracta del derecho de acción en el Estado constitucional de derecho

El derecho de acción —o derecho de acceso a la justicia— en el Estado constitucional de derecho mantiene las características de la concepción dualista y abstracta. Sin embargo, le provee una justificación distinta, aunque no excluyente: el de un derecho fundamental.

En efecto, la disciplina procesal llegó al concepto de la «acción» como una institución dual y abstracta, para evidenciar que el derecho procesal es una disciplina autónoma (respecto del derecho material) y consolidarla como tal. Esto llevó incluso a excesos como el dogmatismo y al olvido de que, aunque autónomo, el derecho procesal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento de tutela del derecho material (Priori, 2003, 2014, 2019).

Ahora bien, en un Estado constitucional de derecho tiene sentido que el derecho de acción sea distinto del derecho material a tutelar y que no dependa de este, pues la capacidad para poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional para tutelar derechos es tan importante que no puede estar sometido a condicionamiento alguno (en especial la existencia del derecho) (Cavani, 2013), toda vez que «es el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales relativos al proceso», así como «de todos los demás derechos e intereses reconocidos por el sistema jurídico» (Priori, 2019) (Priori, 2003, 2014)^[46].

Es decir, el estudio y la relevancia del derecho de acción viró de su autonomía a la necesidad de su vigencia para la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja de todo centro de imputación de las mismas. Sin perjuicio de ello, es también menester señalar que el lugar privilegiado del derecho de acción fue sustituido por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues el acceso a la jurisdicción, aunque esencial, es tan solo el primer paso en el recorrido de la administración de justicia. Así, es relevante también la existencia de garantías procesales y la efectividad de la decisión jurisdiccional.

Por otro lado, se señala que el derecho de acceso a la justicia tiene un aspecto objetivo, consistente en que todo derecho o interés debe ser susceptible de tutela mediante el ejercicio de este derecho, y un aspecto subjetivo, consistente en que todo ente susceptible de detentar una titularidad jurídica debe poder gozar y ejercer de este derecho, trascendiendo incluso a los sujetos de derechos reconocidos.

Asimismo, el reconocimiento de la naturaleza fundamental implicó, a su vez, el reconocimiento de otras facetas de este derecho, como que no existan obstáculos o barreras irrazonables para su ejercicio (Landa, 2017; Priori, 2014, 2019). Derecho que se corresponde con los deberes del legislador y del juez de diseñar procedimientos adecuados para la tutela de los distintos intereses y de interpretar e integrar las reglas procesales de forma adecuada para el mismo fin, respectivamente (Marinoni, 2007).

Para Priori (2019), las barreras para el acceso a la jurisdicción pueden ser de tres tipos: económicas, sociológicas y jurídicas.

- **Barreras económicas:** Obstáculos asociados a los costos económicos que impone el proceso. Cabe precisar que, si bien todo proceso implica costos, no deberían existir costos que imposibiliten que algún sujeto de derecho pueda solicitar la tutela de sus derechos.
- **Barreras sociológicas:** Estas barreras se relacionan con las condiciones socioculturales y geográficas de algunos sectores de la población susceptibles de impedir el acceso al proceso o su acceso en condiciones de igualdad. Por ejemplo, el idioma puede ser una barrera si no se toman las medidas necesarias para remediar la misma.
- **Barreras jurídicas:** Se componen por las reglas jurídicas que imponen requisitos irrazonables para el ejercicio del derecho de acción. Un claro ejemplo era el requisito de procedencia, consistente en la debida acumulación de pretensiones, pues su incumplimiento se sanciona con la improcedencia, cuando evidentemente es un vicio subsanable.

3. El acceso a la justicia en el marco de la Covid-19

3.1. La brecha digital como barrera al acceso de justicia

En la Constitución Política del Perú de 1993, el derecho al acceso a la justicia fue reconocido a partir del reconocimiento del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (artículo 139.3). De lo anterior se desprende que no hay una alusión directa al derecho de acceso a la justicia. Por ello, la doctrina nacional y la jurisprudencia esbozó algunas definiciones de este derecho y cómo se relaciona con el acceso a la justicia. Sin embargo, para efectivizar el acceso a la justicia en particular, en el contexto actual ocasionado por la Covid-19—, se requiere de herramientas denominadas tecnologías de información y comunicaciones (TIC), herramientas vinculadas a la transmisión de la información desarrolladas a partir de los continuos avances de la tecnología en nuestra denominada «era digital».

En nuestro país, hay factores que contribuyen a generar una desigualdad en la población. Uno de ellos es el acceso al conocimiento y tecnología, en particular por quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Para la Asociación de Usuarios de Internet del Perú, en 2020, 10 millones de peruanos no tienen acceso a internet, la tercera parte de la población, que se sitúa principalmente en las zonas rurales, donde existe poca densidad poblacional, falta de incentivos para la inversión privada y poca inversión pública. A ello se suma nuestra complicada geografía y los altos costos de operación y desarrollo de infraestructura de comunicaciones por parte de empresas operadoras^[47].

Así, arribamos al concepto de brecha digital como la diferencia socioeconómica que se crea entre aquellas comunidades que tienen acceso a las TIC y aquellas que no. Asimismo, este concepto incluye a las diferencias que hay entre grupos, según la posibilidad de usar las TIC de forma

eficaz, debido a los distintos niveles de alfabetización y capacidad tecnológica. Cabe señalar que esta brecha digital se traduce en brechas de acceso, de uso, de contenidos y de habilidades tecnológicas^[48].

Por otro lado, se puede evidenciar también que las desigualdades no se producen solo en el acceso a equipamientos y en las posibilidades de acceso a internet, sino también en las desigualdades en la producción de información y contenidos. Es decir, en los orígenes, en la disponibilidad de contenidos y en la identidad de las personas que los emiten^[49]. Esto último toma especial relevancia, pues las herramientas de acceso a la justicia diseñadas en el contexto ocasionado por la Covid-19 como: 1) la mesa de partes virtual, 2) el sistema de citas «el juez te escucha» y 3) el protocolo de audiencias virtuales, entre otros, tienen dos consecuencias: la primera, permite que las personas con habilidades para el uso de TIC accedan a la justicia, esto es, dos tercios de la población; y, la segunda, que quienes tengan estas habilidades no accedan a la justicia, que representan un tercio de la población.

De lo anterior se advierte que el diseño de herramientas como las citadas y su contenido no debe estar enfocado solo a un grupo de personas, sino que se debe considerar la realidad particular peruana, donde la brecha digital se constituye a su vez en una barrera de acceso a la justicia. A manera de ejemplo, antes del contexto actual, la demanda de alimentos era caracterizada por no contar con firma de abogado y ser un trámite gratuito. Sin embargo, actualmente, para ingresar una demanda de alimentos a través de la mesa de partes virtual del Poder Judicial, es necesario contar con el usuario y contraseña de un abogado, lo cual torna este proceso oneroso e impide el acceso a la justicia de poblaciones en situación de vulnerabilidad, especialmente mujeres.

En suma, la revolución digital no es uniforme en los diferentes grupos de la población, pues solo quienes tienen habilidades suficientes para manejarla podrán hacer uso de ellas, dejando de lado al resto de personas. Con ello, la brecha digital se constituye en una barrera de acceso a la justicia para un grupo de personas que representa un tercio de la población peruana.

3.2. El uso de la mesa de partes electrónica

Mediante Resolución Administrativa 005-2017-CE-PJ, del 6 de enero de 2017, se instaló la Comisión de Trabajo del Expediente Judicial Electrónico y la Mesa de Partes Electrónica en nuestro país. Esta comisión buscaba viabilizar la implementación tecnológica en la administración de justicia para asegurar la celeridad y transparencia en la solución de conflictos. En un inicio, la Mesa de Partes Electrónica se instaló como un piloto a ejecutarse en los órganos jurisdiccionales especializados en materia comercial, tributario y de mercado, y la Nueva Ley Procesal de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima^[50]. En consecuencia, solo para estas materias existía el expediente judicial electrónico.

Sin embargo, debido al estado de emergencia que atraviesa nuestro país a causa de la propagación de la Covid-19 y para salvaguardar la salud de los trabajadores y usuarios del Poder Judicial, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó el protocolo «Medidas de reactivación de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, posterior al levantamiento del

aislamiento social obligatorio establecido por el Decreto Supremo 044-2020-PCM y prorrogado por los decretos supremos 051-2020-PCM y 064-2020-PCM» a través de la Resolución 129-2020-CE-PJ, publicada el 1 de mayo de 2020. Con ello, se pretendía reactivar el sistema de justicia en nuestro país con las medidas de seguridad debidas y apostando por un sistema moderno para la presentación de escritos.

Posteriormente, el 13 de mayo de 2020, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución 133-2020-CE-PJ. En esta resolución se aprobó el «Proyecto de Mesa de Partes Electrónica y Digitalización de Expedientes Físicos» y el «Protocolo para el uso de la Mesa de Partes Electrónica y la Digitalización de Expedientes Físicos para el periodo de Reinicio de Actividades» del Poder Judicial. Así, se pretendía garantizar el acceso de todos los escritos independientemente de si pertenecían a expedientes judiciales electrónicos o expedientes judiciales físicos. En consecuencia, con esta resolución, se decidió implementar el sistema de la mesa de partes electrónica para todas las especialidades de las Cortes Superiores de Justicia del país.

Si bien esta implementación parecería un avance tecnológico que nos conduciría a un sistema de justicia moderno, célere y tecnológico, en la actualidad la mesa de partes electrónica presenta graves deficiencias que no nos permiten avanzar ni garantizar el correcto ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

En primer lugar, no se está apostando por un sistema moderno y tecnológico. Esto se evidencia en el considerando cuarto de la Resolución 133-2020-CE-PJ, el cual ha establecido:

«Sin embargo, para los fines de la formación del expediente respectivo (que finalmente continuará siendo físico), lo recibido en la Mesa de Partes Electrónica sin firma digital, se deberá imprimir, coser y foliar, respetando la presentación secuencial en el tiempo . Levantada la emergencia sanitaria o cuando así lo disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, tales documentos deberán ser validados por la parte o su abogado, constituyéndose personalmente al local del órgano jurisdiccional respectivo.

Si los escritos presentados a través de la Mesa de Partes Electrónica en un expediente tramitado físicamente, tiene firma digital o electrónica, igual se imprimirá , pero en este caso el secretario certificará que fue ingresado por la Mesa de Partes Electrónica y que contaba con la firma digital o electrónica respectiva; ello se agregará al expediente, debidamente foliado y cosido, secuencialmente en el tiempo . En este caso no se requerirá de una validación posterior» (las cursivas son nuestras).

Este extracto de la resolución nos demuestra que no se está avanzando hacia un sistema de justicia tecnológico y moderno que termine con las formalidades del uso de papel que tanta sobrecarga procesal, retraso y desorden han generado en nuestro país. Esta situación es muy grave porque no se estaría aprovechando la utilidad de la mesa de partes electrónica. Por el contrario, se estaría perpetuando este sistema ineficiente que vulnera la tutela jurisdiccional efectiva a través de una «justicia tardía».

En segundo lugar, la presentación de escritos a través de la mesa de partes electrónicas no ha sido habilitada para los procesos seguidos ante las salas de la Corte Suprema. En el caso de la Corte Suprema, mediante la Resolución Administrativa 68-2020-P-CE-PJ, se aprobó el «Protocolo para el uso de las Cuentas de Correo Electrónico Institucional para la recepción de escritos en las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, durante el Período de Emergencia Sanitaria». Es decir, los escritos que se presenten ante las salas de la Corte Suprema siguen un proceso distinto para su presentación.

En este protocolo, hay un listado de todos los correos de las diferentes salas de la Corte Suprema a las que se deberá enviar los escritos que se pretenden presentar. Asimismo, por este medio, las partes pueden realizar pedidos o informes sobre sus procesos. Sin embargo, no hay una razón que justifique esta diferencia en la forma de presentar escritos entre la Corte Superior y la Corte Suprema. Por el contrario, genera una mayor confusión en los usuarios respecto a la forma de presentar sus escritos. Inclusive, en el caso de los escritos presentados por correo electrónico, se genera una gran incertidumbre, porque en muchas ocasiones las salas de la Corte Suprema no acusan recibo o emite un cargo de presentación del escrito, lo cual sí sucede en la mesa de partes electrónica.

Asimismo, en el caso de las salas de la Corte Suprema, los escritos que se presenten no pueden exceder las diez páginas y, sí de modo excepcional, se debe adjuntar algún anexo previsto en la ley, los que no pueden exceder las 20 páginas. Esta limitación no tiene una justificación lógica más allá de la capacidad de almacenamiento de los correos que utiliza el Poder Judicial. Si bien la mesa de partes electrónica presenta también límites respecto al peso de los documentos que se adjunten, esta capacidad es mayor. Por ello, la presentación de escritos a través de la mesa de partes electrónica también debería estar habilitada para las salas de la Corte Suprema, para que no se limite el derecho de acceso a la justicia.

En tercer lugar, si bien a través de la Resolución Administrativa 000177-2020-CEPJ, del 30 de junio de 2020, se aprobó el horario de recepción de escritos o demandas a través de la mesa de partes electrónicas y se estableció que este sería desde las 00:00 hasta las 23:59 horas del mismo día, durante cualquier día del año (incluidos sábados, domingos y feriados), en la realidad, la mesa de partes electrónica no está habilitada las 24 horas del día. Inclusive, hubo días sin operar y cuando se llama a la central telefónica del Poder Judicial, te indican lo mismo que se indica en la página web de la mesa de partes electrónica: «La demanda no podrá ser procesada debido a que no se cuenta con la configuración completa en el sistema de Expedientes. Comuníquese con Service Desk-Error-2» o «Se generó un problema al registrar el documento en la Mesa de Partes Electrónica. Para poder brindar seguimiento de su incidencia, por favor guardar el siguiente número de seguimiento [x], capturé esta pantalla y envié la captura al siguiente correo electrónico: servicedesk@pj.gpb.pe ».

No obstante, pese a que el usuario se comunique con el correo electrónico señalado, no se obtiene una respuesta con prontitud. En muchas ocasiones la respuesta demora días. Esta situación es claramente peligrosa para quién presenta su demanda, escrito o recurso

impugnatorio, porque nuestro proceso judicial se rige por plazos que deben ser respetados. Perder la oportunidad de presentar el escrito correspondiente en el plazo señalado por errores del sistema de la mesa de partes electrónica y no del usuario vulnera su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y de acceso a la justicia cuando estamos ante un escrito de presentación de demanda.

En conclusión, si bien la implementación de la mesa de partes electrónica podría representar un avance en cuanto a tecnológica y modernización de nuestro sistema de justicia, en la práctica presenta rezagos del sistema formal que usa el papel en exceso y también tiene graves deficiencias que restringen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia de los usuarios.

3.3. El sistema de citas: «El juez te escucha»

Tal vez la medida que mayor decepción y desencanto ha traído a los justiciables es la plataforma digital «El juez te escucha, programa tu cita». Este proyecto fue implementado en 2019 mediante Resolución Administrativa 375-2019-CE-PJ y ha demostrado, con ocasión de la pandemia, su fracaso e ineficacia.

En la citada resolución, el Poder Judicial establecía esta medida «para mejorar el servicio de administración de justicia, garantizando la tutela efectiva» (considerando sétimo). En esta línea, cuando se publicitó este proyecto, se enunció los beneficios que traería: 1) ahorro de tiempo, 2) inexistencia de colas y 3) atención con puntualidad. Además, para promocionar la plataforma, se decía: «Es tu derecho ser escuchado, es nuestro deber escucharte»^[51].

Y es que, antes del estado de emergencia, constituía una práctica común para los abogados litigantes esperar en cola afuera del despacho judicial para conversar con el juez sobre el estatus de su proceso. Precisamente, «El juez te escucha» se planteó como una alternativa a esta tediosa práctica. Veamos a continuación cómo funciona, al menos en teoría.

Conforme indica el manual de usuario de este aplicativo^[52], cualquier persona puede ingresar al mismo para programar una cita. Los abogados pueden ingresar indicando el número de casilla del Sistema de Notificaciones Electrónicas (Sinoe), mientras que cualquier persona puede registrarse con su número de DNI y un correo electrónico^[53]. En ambos casos se requerirá una contraseña que puede posteriormente ser cambiada. Luego de ingresar, se puede seleccionar al magistrado aplicando filtros o indicando el número del expediente.

Cuando se muestra el horario del juez, se puede programar la cita en una hora y fecha disponibles, para lo que deberá seleccionar alguno de los siguientes motivos: 1) demora en la sentencia, 2) demora en la calificación de la demanda, 3) demora en elevación de expedientes o 4) advertencia de vicios procesales. Además, se agrega una descripción y se registra la cita. Una vez programada la cita, se envía el enlace para que se realice la cita por videoconferencia al correo electrónico consignado en el registro.

En apariencia, este sistema cumpliría con los beneficios que anunciaba. Sin embargo, la realidad prueba lo contrario. Con la inmovilización social derivada de la pandemia, los justiciables han debido acudir masivamente a esta plataforma para tratar de acelerar la demora de sus procesos.

No se cuenta a la fecha con una estadística sobre cuántas citas programadas concluyeron efectivamente con una videoconferencia con el juez, pero basta una constatación empírica para suponer que se trataría de un número extremadamente reducido. Y es que cuando se programa la cita, el resultado común es una espera de varios minutos para que el juez nunca aparezca. Con bastante suerte, se obtendrá una respuesta por mensaje de texto que responda a la demora indicada como motivo de la cita. No obstante, en la generalidad de los casos, las citas por videoconferencias nunca llegan a plasmarse y las personas se quedan sin respuesta.

Esto es constatable con las diversas quejas e inconvenientes que reclaman los usuarios en redes sociales, quienes indican que, a pesar de esperar y programar múltiples citas, el juez nunca se presenta ^[54].

Lo cierto es que esta medida no funciona. Si se buscó un ahorro de tiempo y atención con puntualidad, se obtuvo precisamente lo contrario. Las personas pierden tiempo y esfuerzo esperando por «un juez que no escucha», porque ni si quiera se presenta. Por ello, y a pesar del texto de la Resolución Administrativa 375-2019-CE-PJ, este sistema de citas no garantiza en absoluto la tutela jurisdiccional efectiva, sino que somete a los justiciables a una incertidumbre sobre la demora en sus procesos que no llega a ser satisfecha.

3.4. El protocolo de audiencias virtuales

Debido al estado de emergencia sanitaria y a la inmovilización social obligatoria que dispuso el Gobierno, el 10 de julio de 2020, se publicó la Resolución Administrativa 173-2020-CE-PJ, el 25 de junio, mediante la cual se aprueba el «Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el período de Emergencia Sanitaria». El mismo busca guiar la realización de audiencias judiciales en el entorno virtual mediante el uso de herramientas tecnológicas y, con ello, asegurar la continuidad de los procesos judiciales, respetando las medidas de distanciamiento social. En este sentido, resulta aplicable a todas las audiencias virtuales a nivel nacional, y según las normas procesales aplicables en cada caso^[55].

El protocolo advierte aquellos problemas que pueden suscitarse al virtualizar las audiencias judiciales, por lo que implementa los denominados «Actos de Preparación». La finalidad es la verificación de la factibilidad y compatibilidad evitando fallas antes del inicio de la audiencia principal—, y establecer medidas alternativas en caso estas se produzcan. Así, la audiencia virtual se realizará indicar— sin afectar el derecho de defensa de las partes^[56].

Luego de programarse los actos de preparación, se realizará la audiencia virtual. Al ser susceptible de problemas de conexión, pese a los esfuerzos de coordinación previa, el protocolo establece en su numeral 6.5.4:

«Si durante la audiencia virtual se produjeran problemas técnicos o de conectividad, y la parte no pudiera reconectarse, el órgano jurisdiccional se comunicará telefónicamente con la parte afectada a efecto que esta continúe por esa vía de comunicación; en todo caso, *deberá agotar todos los medios a su alcance a efecto de impedir la suspensión o frustración de la audiencia virtual* » (las cursivas son nuestras).

En este contexto, se observa un esfuerzo de los jueces y órganos jurisdiccionales en la realización de audiencias virtuales hasta la conclusión de las mismas. En efecto, como el mayor problema en las reuniones remotas es la conexión de internet, el Poder Judicial los advierte e implementa pasos desde los actos de preparación hasta en la realización de la misma audiencia virtual. Ello para que la audiencia reprogramada o programada se realice. En tal medida, se ha evitado excusarse con la imposibilidad de la presencialidad en los juzgados, y así la dilatación injustificada de los procesos en sí.

No obstante, el protocolo no se adapta a las condiciones de muchas cortes superiores de justicia, cuya situación es de pobreza. Esta descripción no solo alcanza a aquellos distritos judiciales que aún presentan brechas tecnológicas, sino también a aquellos ciudadanos y abogados mayores de edad, que presentan limitaciones económicas, sociales y de acceso a la educación. Si bien poco a poco se vienen adaptando a las presentes circunstancias, muchos se han visto afectados con tales medidas, pues sus procesos se encuentran paralizados a la fecha porque aún no hay un total abasto de herramientas tecnológicas.

Por otro lado, se advierte que el protocolo implementa la obligatoriedad de indicar el número de celular y correo con extensión Gmail en las nuevas demandas y denuncias. Se indica, pues^[57]:

«5.3. *Obligación* de señalar correo electrónico y número telefónico en demandas y denuncias nuevas: En las nuevas demandas y denuncias, además de los requisitos señalados por ley, para los fines de la realización de la audiencia virtual, los abogados deberán indicar un número de teléfono celular y un correo o correos electrónicos (con la extensión gmail.com o pertenecer a este dominio), *siendo este un requisito para el trámite de las mismas* bajo responsabilidad del solicitante» (las cursivas son nuestras).

Como se observa, indirectamente, se establece como requisito de admisibilidad el número de celular y el correo electrónico. Al respecto, la justificación de esta medida responde al contexto del estado de emergencia sanitaria. Sin embargo, cabe preguntarnos si una resolución administrativa puede ser la categoría normativa que regule esta medida.

Respecto a la publicidad de las audiencias virtuales, debemos advertir que no todas se publicitan y, en consecuencia, terceros no pueden participar como espectadores a las mismas. Efectivamente, la publicidad dependerá tanto de la corte superior de justicia donde se realice la audiencia y cómo esta es publicitada. O, en todo caso, si el proceso es escogido para ser transmitida a través del canal de Justicia TV. Por tanto, consideramos que se viola el principio de publicidad.

En suma, si bien la aplicación del protocolo de audiencias virtuales reviste de gran importancia en el contexto que estamos atravesando, y además resultaba necesaria —pues, de no implementarse, la realización de sendas audiencias se encontraría todavía paralizadas, dilatándose aún más la duración del proceso—, consideramos que el Poder Judicial debe seguir adaptándose a las condiciones de otras cortes superiores de justicia, así como a los ciudadanos de extrema pobreza para que su derecho al acceso de justicia así como a su tutela jurisdiccional efectiva no se vea afectada. Así también debe advertir aquellos problemas de forma, toda vez que la implementación de nuevos requisitos de admisibilidad no debe ser regulada mediante una resolución administrativa.

4. CONCLUSIONES

No se puede desmerecer, sino más bien reconocer, el compromiso y labor de los servidores judiciales, quienes han tenido la obligación de adaptarse en un periodo corto a la nueva forma de administrar justicia con el indispensable uso de las nuevas tecnologías. El cambio ha supuesto un aprendizaje para todos, pero también ha denotado las graves deficiencias de aspectos a los cuales no parece haberseles brindado la importancia necesaria en su debido tiempo, como la digitalización de los procesos judiciales que estuvo en proceso de implementación durante muchos años sin progreso significativo.

Así, algunas conclusiones sobre la forma en la cual se ha venido desarrollando el acceso a la justicia, mediante el uso de herramientas, en el marco de la pandemia por el coronavirus (Covid-19) son las siguientes:

En primer lugar, la brecha digital ha representado una barrera al acceso de justicia al traducirse en brechas de acceso, de uso, de contenidos y de habilidades tecnológicas que se relacionan con las barreras económicas y sociológicas señaladas en la primera parte del acceso a la justicia. No estamos en igualdad de condiciones no solo por la falta de equipamiento y acceso a internet, sino también por la carencia de información y contenidos en tanto la tercera parte de nuestra población no tiene habilidades en el uso de las TIC. Así, se hace evidente la afectación a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, el uso de la mesa de partes electrónica presenta graves deficiencias que no ayuda a garantizar el correcto ejercicio del derecho de acceso a la justicia y no muestra un esperado cambio pospandemia. No se está apostando por una verdadera digitalización, sino más bien se estaría perpetuando el uso del papel. Además, esta herramienta no ha sido implementada en todas las salas, lo cual impide el acceso a ciertos beneficios necesarios que posee como una mayor capacidad de almacenamiento y la generación del acuse de recibo cuando se presenta un escrito.

En tercer lugar, el sistema de citas «El juez te escucha» no ha garantizado la tutela jurisdiccional efectiva al someter a los usuarios a una incertidumbre sobre la demora en sus procesos y la existencia de vicios procesales. Tal herramienta ha resultado ser una pérdida de tiempo y esfuerzo por su ineficacia, ya que el juez, que tiene el «deber» de escucharnos, no se presenta a

las citas programadas por videoconferencia. A la par que se incrementa la demanda de este servicio, crecen también los incesantes reclamos sobre el mismo.

Finalmente, el protocolo de audiencias virtuales ha demostrado ser una importante guía para la realización de audiencias judiciales virtuales de inicio a fin. No obstante, a pesar del reconocido esfuerzo de los jueces y órganos jurisdiccionales para la realización de esas y la evitación de dilaciones injustificadas de los procesos, tal herramienta no responde a la realidad de diversas cortes superiores, en las cuales existe la brecha digital por las limitaciones de equipamiento y habilidades antes indicadas.

Como se ha verificado, si bien se ha avanzado en el desarrollo de la nueva forma de administrar justicia en el marco de la Covid-19 con el uso de herramientas señaladas, aún hay carencias para satisfacer el derecho a la información en la era digital y la protección de otros derechos procesales. Es importante, pues, garantizar a todas las personas el derecho de acceso a la justicia mediante el acceso a las nuevas tecnologías para brindar una asistencia jurídica y social considerable. Y un avance real solo será posible con una actitud de querer generar cambios significativos que, hasta antes de la pandemia, era casi inexistente en los administradores de justicia. Así, pues, una de las consecuencias positivas del contexto de la pandemia es el cambio de mentalidad que se ha generado en ellos y también en nuestras autoridades, lo que sin duda tendrá incidencia en el avance de una verdadera transformación digital, en la cual se deberá rediseñar todo el proceso de modo que se involucre la tecnología desde el principio.

5. REFERENCIAS

- BUSTAMANTE ALARCÓN, R.; CHAMORRO BERNAL, F.; MARINONI, L. y PRIORI POSADA, G. (2009). «Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la tutela jurisdiccional efectiva». *Ius et Veritas*, 19(39), pp. 318-329. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12185>
- CAVANI, R. (2013). «Las 'condiciones de la acción': una categoría que debe desaparecer». *Gaceta Civil & Proceso Civil*, pp. 233-242.
- LANDA ARROYO, C. (2013) La constitucionalización del derecho peruano . *Derecho PUCP*, número 71, pp. 13-36. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8895>
- _____ (2017). «Derechos fundamentales». *Lo Esencial del Derecho*, número 2. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MARINONI, L. (2007). «El derecho de acción en la Constitución brasileña». *Ius et Praxis*. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v13n2/art04.pdf>
- PRIORI, G. F. (2003). «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». *Ius et Veritas*, 13(26), pp. 273-292.
- _____ (2004). «La legitimidad para obrar. Comentarios al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil». En: Autores varios. *El Código Civil comentado*, volumen 1. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 64-69.
- _____ (2014a). «Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos». *Ius et Veritas*, 24 (49), pp. 146-161. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13621>

- _____ (2014b). «La constitucionalización del derecho procesal». En: *Actas del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248>
- _____ (2019). «El proceso y la tutela de los derechos». *Lo Esencial del Derecho*, número 42. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA PROCESAL: UNA MIRADA DESDE LA MEMÉTICA JURÍDICA Y EL NUEVO PARADIGMA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Mayra Daniela Allende Lovatón, Lillian Alexandra Avilés Arellano, Rosario Hilares Huamán, Jean Franco Páucar Pacheco y Sofía Miriam Pino Castillo, de la Universidad Andina del Cusco ^[58]

RESUMEN

El derecho es una disciplina cuyo origen siempre se ha identificado en las interrelaciones de los hombres. No existe posibilidad alguna de negar tal situación. Por ello, conforme avanza y evoluciona la sociedad, lo hace también el derecho. Pero ¿por qué evoluciona la sociedad? Existe un factor clave que nos ha llevado de ser una sociedad caníbal a tender incluso al veganismo, y de ser una sociedad regida por un derecho divino a uno basado en la esencia del hombre, que lo respeta y protege como unidad psicosomática garantizando su libertad y dignidad. Por supuesto, esto ha influido en todas las disciplinas jurídicas, sobre todo una de gran relevancia para nosotros: la disciplina procesal. Por ello, pasaremos a desarrollar la evolución del derecho y, por ende, del proceso, basándonos en un nuevo e innovador factor.

Palabras clave: memética, genética, evolución, neoconstitucionalismo, proceso.

ABSTRACT

Law is a discipline whose origin has always been identified in the interrelations of men. There is no possibility of denying such a situation. That is why as society advances and evolves, so does the Law. But why does society evolve? There is a key factor that has led us from being a cannibalistic society to tend even to veganism, and from being a society governed by a divine Right to one based on the essence of man, which respects and protects him as a psychosomatic unit guaranteeing his freedom and dignity. Of course, this has influenced all legal disciplines, especially one of great relevance to us: the discipline of procedure. For this reason, we will move on to develop the evolution of the Law, and therefore of the Process, based on a new and innovative factor.

Keywords : Memetics, genetics, evolution, neoconstitutionalism, process of law.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, el hombre ha ido experimentando cambios en su conducta y percepción de la realidad. Ello origina que este genere su «propio conocimiento», el cual transmitirá a sus descendientes a base de ideas predisuestas o por medio de la imitación de conductas. Así, se genera un meme, entendido como una herramienta o comportamiento que se transmite de generación en generación para conservarse a través del tiempo.

En el campo del derecho, apreciamos a los memes como un instrumento que sirve para la evolución de los conceptos legales, y el campo procesal no es ajeno a ello. Así, nace el término de meme jurídico que tiene una gran relevancia en la doctrina, costumbre y demás fuentes del derecho, y que conlleva a que, a través del tiempo, vayan cambiando según las circunstancias y la realidad en la cual se desenvuelvan. Así, surgieron instituciones y paradigmas, incluido lo que conocemos como «neoconstitucionalismo», que surge como una nueva cultura jurídica de protección al individuo en que son protagonistas los derechos fundamentales que se hallan en la Constitución. Como este trae una nueva cultura, nos referimos a este como un meme proveniente de la evolución del derecho. Posteriormente y de manera más amplia, explicaremos el desarrollo, y significado de estos términos que pueden parecerse ambiguos o desconocidos, pero que son de amplia data y trascendencia en la teoría procesal.

2. DE LA MEMÉTICA COMO PUNTO DE ORIGEN

Partiendo de la evolución del hombre, específicamente de lo desarrollado por Darwin, imaginemos una situación distinta a la que conocemos, en que el cerebro del *Homo sapiens* no tuvo la capacidad de adquirir, replicar y procesar comportamientos e información. Si continuamos con esta línea imaginaria, nos enfrentamos a un mundo sin costumbres, sin cultura, ni ningún otro elemento que componga nuestro entorno social actual. Contrariamente a esto, revisemos en nuestra mente lo que aprendimos o sabemos de nuestros inicios, de cómo se creó el fuego o cómo tenemos tradiciones familiares aún intactas desde hace generaciones, del proceso evolutivo que nos trajo a este instante y de todas las generaciones y retos que tuvo el hombre a lo largo de su existencia. Ambos son panoramas contrarios en que el primero pudo ser una posible realidad, a no ser por la existencia de un elemento específico.

Desde gustos tan refinados por la *Quinta sinfonía* de Beethoven, pasando por Frank Sinatra, Chabuca Granda, Gustavo Cerati y Ada Chura, hasta por los más modernos artistas que pertenecen al género urbano (de menos complejidad rítmica, melódica y de contenido), la sociedad ha ido oscilando entre gustos y tendencias (o resistiéndose a estas). Por otra parte, se ha creado y deconstruido (a través de neologismos, por ejemplo) el lenguaje según el aspecto temporal y espacio geográfico en que los grupos sociales se desarrollan, siendo determinante en ello incluso la porción más mínima de territorio (sociolectos). Y, de igual forma, encontramos que la mayoría de ciencias se han ido desarrollando basándose en nuevas interpretaciones y concepciones de términos tratados por autores o sociedades de siglos anteriores, como hizo Savigny al conceptualizar la «acción» de la antigua Roma^[59]. Todos estos cambios que repercuten en aspectos tan diversos como preferencias musicales, uso del lenguaje, y desarrollo científico tienen un único fundamento y origen: el meme.

El término «meme» —no hay que confundirlo con la connotación jocosa con que se le conoce por medio de las redes sociales— fue acuñado por el neoevolucionista Richard Dawkins^[60], y se basa en una comparativa que hace este autor con la idea de genes. Los genes son los transmisores o unidades de transmisión de la herencia genética que caracteriza a una especie y a los individuos

dentro de esta. En cambio, los memes ciertamente son también unidades de transferencia, pero, a diferencia de la anterior, estos transmiten la herencia cultural ^[61]. La construcción del término proviene de dos palabras: la primera es *mimesis* ('imitación') y la segunda *mem* ('memoria'). La asimilación (memoria) es el punto de partida, y desencadena su posterior imitación (la mimesis), que, con el transcurso del tiempo, forma o da origen al *meme*. Por ello, se entiende que los memes se propagan al «saltar de un cerebro a otro»^[62].

Entonces, ¿cómo surge propiamente un meme? Para la formación y posterior evolución de los memes, es necesario que concurren ciertos requerimientos o elementos, que Cristian Santibáñez^[63] sintetiza en tres:

1. Abundancia de elementos diferentes (entendemos que se refiere a la existencia de una pluralidad de sujetos, entornos y memes en sí con base en los cuales puedan surgir otros memes).
2. Herencia y replicación, que precisa longevidad, fecundidad y fidelidad de las copias. Es decir, estos memes pueden ser transmitidos en orden vertical (entre generaciones sucesivas) o en orden horizontal (entre contemporáneos), y estos pueden caracterizarse por su longevidad, posibilidades reproductivas o identidad entre el meme original y la imitación de este^[64].
3. Idoneidad diferencial o número de copias en función de su interacción con el medio. Es decir, los memes pretenden ser asimilados y repetidos por un número considerable de sujetos. Esto debido a que, si hacemos una analogía con los genes, estos pretenden sobrevivir y perdurar en el tiempo.

Cuando existan multiplicidad de elementos a partir de los cuales pueda surgir un meme, se de la transmisión del mismo, y sea replicado por un número considerable de sujetos, entenderemos que estamos frente a un meme propiamente dicho.

Utilicemos el siguiente ejemplo para aterrizar de mejor forma lo expuesto hasta el momento: en la antigüedad, un hombre se desplaza en búsqueda de alimento, llevando consigo algunos pedazos de carne y frutas. Mientras está caminando, saca uno de los pedazos de carne que guardó, ya que sabe que, si no lo consume lo más pronto posible, adquirirá un pésimo sabor. Por su distracción, tropieza y el pedazo de carne se cae en una superficie blanca. Al recogerlo, ve que el pedazo de carne está cubierto con una especie de arenilla del mismo color, y, al intentar comerlo, identifica un sabor nuevo y extraño, y decide que lo comerá más tarde. Sin embargo, pasan los días y se olvida de comerlo. Al cabo de una semana, cuando ya tendría que estar en estado de putrefacción, saca el pedazo de carne y nota que no despiden un mal olor. Decide darle un mordisco y descubre que el sabor le gusta. Acaba de descubrir una técnica de conservación de alimentos a través del uso de sal, y este descubrimiento será transmitido a su grupo, y su grupo a su vez lo transmitirá a otros, y, así sucesivamente, originándose y desarrollándose así un meme.

2.1. Memética y derecho: ¿el huevo o la gallina?

¿Podemos relacionar lo expuesto con algo diferente al «descubrimiento» de técnicas de conservación de alimentos? Efectivamente, sí.

Como se sabe, el derecho no solo se desenvuelve y desarrolla de forma individual, sino que lo hace con el apoyo de múltiples disciplinas. Esto a raíz del contenido social que mantiene y que lo caracteriza.

En este sentido, la memética es una disciplina joven —la cual desarrollamos en el punto anterior—, pero nos otorga un panorama revelador respecto al origen del derecho y su desarrollo desde distintos puntos de vista, como desde la mirada de las tendencias iusfilosóficas (iusnaturalismo, iuspositivismo, iusrealismo, entre otras), conllevando, por ende, a un replanteamiento desde la perspectiva dogmática, teórica, y, por supuesto, aplicativa.

La memética —como análisis de cultura basada en transferencia de información— y el derecho hacen simbiosis. La primera, como la forma de transferirla de un cerebro a otro a través de la mimesis y los elementos ya descritos, y la segunda, como la información a transferir.

Consecuentemente, la evolución trae consigo un conjunto de «memes legales» los cuales se adecuan al contexto y a la realidad de los hechos ^[65] para perdurar, basándose en tres ideas^[66]:

1. Los conceptos legales evolucionan debido a la influencia del medio (contexto), creando así instituciones del derecho complejas.
2. Los conceptos legales se adaptan y reflejan una dinámica de cambio, además de verse influenciados por la historia.
3. La evolución de estos conceptos se da a través de un proceso similar a la transmisión del ADN con el gen, de forma análoga a lo que es el meme y la cultura.

Ahora bien, podemos ver que los memes legales se encuentran en cualquier ámbito del derecho, como en la teoría del proceso, compuesta por tres elementos fundamentales como base (acción, jurisdicción y proceso), los cuales son el resultado de un proceso histórico y cognitivo que buscó satisfacer, quizá, una opinión singular y de gran relevancia para esta disciplina: la de Carnelutti, quien señalaba que no es posible hablar de la «cima» de la ciencia del derecho mientras no se establezcan sus bases sólidas, y, como el proceso es el acto innato ^[67] que muestra el derecho de forma práctica, era imposible tener esta figura sin sus propios cimientos.

Todo ello conlleva a que el derecho, desde el ámbito de la memética jurídica, sea entendido como un «macromeme». Un macromeme no es otra cosa que un conjunto de memes o estructuras culturales complejas, debidamente relacionadas que dan origen a una unidad. La complejidad de su formación genera una clara diferencia entre un meme individual, pues este último puede ser entendido como la simplicidad de una «molécula cultural», y el macromeme, por la complejidad de su contenido, y no por la interpretación literal que le demos, sino, por su sistema de formación, operativo y funcionamiento, es una totalidad compuesta por una serie de pequeñas unidades de transmisión, que dan origen a un «sistema». Entonces, ¿por qué el derecho es un macromeme? Porque contiene y deriva del desarrollo doctrinario histórico, agrupación de disposiciones normativas, codificación de las mismas, la labor extenuante de sistematización del derecho, y la

coexistencia de más de una disciplina jurídica (constitucional, civil, penal, laboral y procesal). Todo ello es resultado de la evolución progresiva de ideas, costumbres, y respuestas a necesidades que fueron siendo asimiladas y replicadas con fidelidad y con diversas mutaciones.

Teniendo ello como punto central, podemos señalar que diversas figuras jurídicas que estudiamos son fruto de memes que durante años o siglos se han ido replicando y transfiriendo de forma dinámica, como la decisión tomada por un juez en un determinado proceso, en que veremos que la interpretación que este le dé a una norma no será la misma que la aplicada por otro en un proceso diferente sobre la misma materia. Si bien ambos parten de una misma norma (meme original), su aplicación en cada caso concreto puede variar y con ello se puede ver la transformación del meme original en un nuevo meme (replicador), que ha adquirido un sentido diferente y quizá mejorado^[68].

3. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO: UNA NUEVA ÓPTICA DESDE LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL ESTADO

La evolución de la teoría del derecho —y la evolución del hombre y la sociedad en sí— responde indefectiblemente a dos factores: el gen y el meme. Para abordar el tema correspondiente a la evolución del derecho, existen ciertamente ópticas diversas, y, en esta oportunidad, hemos optado, en atención a nuestra base del tema, abordarlo desde lo correspondiente a la relación entre derecho y Estado. Por ende, al desarrollo del Estado liberal y el Estado social, que devienen finalmente en un Estado constitucional, basándonos en los dos factores evolutivos inicialmente mencionados^[69].

Primero, a modo de definirlo de forma concreta, cabe repetir que el gen es la unidad base de herencia genética, y el conjunto de estos determina el ADN, y, por tanto, nuestra composición biológica. Es decir, determina tanto nuestra especie como nuestras características físicas (externas e internas). Ahora bien, tomando en cuenta la teoría evolutiva de Darwin, siendo un factor base la selección natural, existe algo conocido como «gen egoísta». Lo característico de este gen es que, en palabras de Richard Dawkins, el comportamiento que de este derive contribuirá a incrementar las probabilidades de supervivencia de sí mismo, incluso a expensas de otros seres^[70]. Lo que afirmamos a continuación puede ser perfectamente deducido sin mayor ahondamiento, pero cabe señalar que tiene a su vez un sustento teórico: los genes egoístas priman en la composición genética, y ello es evidenciable al observar el comportamiento de los animales, incluido, por supuesto, el hombre.

Haciendo un paralelo, recordemos las características que identifican a un Estado liberal. En este se enaltece a la libertad del hombre como fundamento mismo del Estado, a quien se le encarga la función de garantizar el ejercicio pleno de tal libertad, con una intervención mínima o nula (actuar negativo) limitada por los derechos individuales, todo ello basado en disposiciones normativas. Sin hacer mucho hincapié en este tipo de Estado, cabe recordar que las motivaciones para esta concepción del mismo corresponderá siempre a un grupo de poder o que ostente una posición de superioridad material frente al resto, lo cual posibilita un mayor beneficio económico y social para

sí mismos, y un desamparo de los otros, siendo visible entonces claramente el comportamiento derivado de los genes egoístas. Lo que tratamos de explicar en este aspecto es que la motivación de la existencia de un Estado liberal, tiene un origen genético: el dichoso gen egoísta.

Como referimos, los genes egoístas priman en la composición genética, son la regla. Pero, como a toda regla, existe una excepción: los «genes altruistas». Dawkins define a estos genes de forma contraria a los genes egoístas: el comportamiento que de estos derive contribuye a incrementar las posibilidades de supervivencia de otro ser, incluso a expensas de sí mismo^[71]. Los genes altruistas son definitivamente una anomalía en la naturaleza. Los comportamientos derivados de estos suelen darse en el grupo familiar, sobre todo el más cercano, y también son excluyentes. Es decir, estos comportamientos no suelen —por naturaleza— aflorar fuera del grupo familiar antes referido. Sin embargo, ello no significa que, a su vez, quizá por defectos de replicación^[72], no puedan existir excepciones a esta característica excluyente, y tornarse en incluyente.

De este gen parte, como ya se habrá podido deducir, la idea del Estado social, cuyo fundamento y fin vendría a ser la consecución del bienestar social o común. Es decir, general. Para ello, se recurre a la redistribución de riqueza y la búsqueda de una igualdad material, encontrándonos con un actuar predominante del Estado para garantizar la finalidad del mismo (actuar positivo), pese a que ello implique la restricción de libertades y otros derechos. Todas estas características propias y concepción de un Estado social derivan del gen altruista, que, a su vez, ha generado la concepción de una dignidad humana, esencia de este Estado.

Habiendo explicado la incidencia del gen en los tipos de Estado —entendido como organización social base en la cual se aplica el derecho—, pareciera que existe un vacío en tal explicación, pues, si bien los genes egoístas y altruistas son el origen genético de los Estados liberales y sociales, ¿cómo, a partir de los primeros, se han llegado a estructurar los segundos? Este vacío se termina de explicar con el otro factor base de la evolución: el meme.

Los genes nos condicionan a desarrollar ciertas tendencias de comportamiento y preferencias, pero estos no son determinantes. Importará en demasía el entorno en el cual se desarrollen los sujetos para que primen en nuestro comportamiento ciertos genes sobre otros, entorno que implica a otros sujetos y los memes que predominen en el mismo. Podemos imaginar entonces situaciones hipotéticas de las cuales terminaron por surgir los Estados liberales y sociales. Por ejemplo, si nos encontráramos con un grupo social en el cual todos tengan lazos de parentesco, el altruismo sería, probablemente, predominante, y a medida que vayan formando parte de este nuevos integrantes, con lazos de parentesco o sin ellos, primaria también en ellos comportamientos altruistas, debido a que estos en principio habrían sido aprendidos (memorizados) y repetidos, y podrían extenderse no solo a sujetos sin lazos de parentesco, sino también a sujetos de otros grupos. Por otro lado, si nos encontramos con un grupo social formado primordialmente por la supervivencia de sus miembros, el comportamiento común respondería a intereses egoístas, y los integrantes replicarán estos comportamientos de forma indefinida, perdurándolos en el tiempo a través de su transmisión hacia contemporáneos y futuras

generaciones. Con el tiempo, tanto un grupo social ejemplificado u otro, devendría en un Estado social y un Estado liberal, respectivamente.

Ahora bien, ¿qué tan probable es que estos Estados perduren en el tiempo, es decir, que sobrevivan? Ambos parecen ser muy extremistas: el liberal, al limitar excesivamente las actuaciones del Estado en pro de la libertad —plena de unos pocos—, y el social, al otorgar atribuciones excesivas al Estado —que terminan mutando a arbitrariedad— en pro de la defensa del bien común y dignidad humana. En atención a ello, son Estados inestables, y, por ende, tienen tendencia a perecer. Sin embargo, pese a sus extremismos, son expresiones de nuestras unidades de transmisión genética (gen egoísta y gen altruista), y pretenden, por separado, proteger la esencia misma del ser humano: libertad y dignidad.

Entonces, aquí vendría a actuar la selección natural, que, como ya referimos en el desarrollo del tema anterior, aplica tanto en genética como en memética. La esencia —y principios derivados— del Estado social y del liberal podrían conjuncionarse para así sobrevivir ambos, lo cual implica una evolución.

Podríamos sostener, a su vez, que el derecho, entendido como «macromeme», al tener relación con cualquiera de los Estados decadentes mencionados, y poder verse perjudicado con el perecimiento inevitable de los mismos, ha intentado también cambiar, evolucionar para sobrevivir de la forma predominante que siempre lo ha hecho. El hombre y la sociedad han ido tornándose —o, mejor dicho, queriéndose tornar— en altruistas, en atención especialmente a una «creación ontológica»: la dignidad, que, si bien no tiene una concepción pacífica, podemos identificar que tiene una finalidad, que vendría a ser tender a establecer una equidad en un mundo social y genéticamente desigual. Debido a la existencia de este nuevo aliciente social, parecería que el derecho decidió^[73] adaptarse al mismo, demostrar la utilidad que llegaría a tener para cumplir o, al menos, respetar esa dignidad y preferencia altruista.

En efecto, esto sucedió al haber evolucionado el Estado social y liberal en un Estado constitucional, que demostró tener mayores aptitudes para sobrevivir. Y ¿cuál fue el resultado progresivo? Un Estado cuya esencia viene a ser la libertad y la dignidad del hombre, esencia, y principios derivados, reconocidos en la fuente suprema del derecho: la Constitución^[74].

4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO: UN MEME JURÍDICO

No pretendemos realizar un recuento histórico, definir o conceptualizar el constitucionalismo moderno, sino lo que pretendemos es explicar el neoconstitucionalismo desde la teoría del derecho y desde la memética.

El neoconstitucionalismo nace a mediados del siglo XX, a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Antes de este suceso, la escuela o la corriente predominante en Europa era el positivismo jurídico ^[75], y, en contraposición a ellos, el neoconstitucionalismo es una teoría que critica y se opone al positivismo, que reconoce al derecho y a la moral, y, a su vez, desarrolla una tesis dándole relevancia a los derechos humanos, desconocidos antes por el positivismo. La

concepción del derecho en el iuspositivismo era de «reglas de conducta», pero el derecho no solo es regular la conducta desde un enfoque legal, pero, para los positivistas, el fundamento en que oscilaba era la supremacía de la ley y el principio de legalidad.

En oposición, aparece una concepción del derecho, que implica el reconocimiento de reglas, principios, garantías y, sobre todo, la incorporación de los derechos humanos en las fuentes normativas supremas las diferentes constituciones de cada Estado (convirtiéndose así en derechos fundamentales).

El neoconstitucionalismo como doctrina puede identificarse como filosofía política, concretamente en la existencia del Estado constitucional de derecho, la cual se plasma como aquella corriente «justa» y con una mejor forma de organización política, y que implica oposiciones a la supremacía que tenía el legislador en un Estado constitucional clásico. En esta tendencia, la Constitución siempre protegerá las garantías constitucionales que puede gozar el individuo, y en que, frente a una ley rígida que pueda vulnerar sus derechos, saldrá a relucir la Constitución como la norma suprema y protectora frente alguna arbitrariedad (Constitución dogmática).

El derecho, como lo mencionamos, está muy ligado a la multidisciplinariedad de su estudio por el enfoque netamente social que lo caracteriza. Por ello, es un macromeme. Al serlo, existen también mutaciones culturales a raíz de un repentino cambio en el meme primario, caldo primario de moléculas^[76]. En el caso del derecho, hay planteamientos teóricos para establecer la teoría más acorde a la realidad social, así como también la reformulación a la complejidad de entender y estudiar algunas instituciones del derecho, verbigracia, la concepción de la acción en tiempos de Roma (*actio*) y en la actualidad como derecho y a su vez principio continente del debido proceso. El neoconstitucionalismo (entendido como meme) no está ajeno al cambio o replanteo de teorías, doctrina e ideas o posturas filosóficas, pues, al igual que los genes, tiene una evolución progresiva. Luis Prieto Sanchís, al realizar un análisis eminentemente jurídico, se refiere a la memética sin haberse percatado —al parecer— y nos indica: «neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una, presuntamente, nueva cultura jurídica»^[77]. En la cita, señala una «nueva cultura jurídica», de lo cual podemos extraer la existencia el nuevo replicador, entendiendo que el meme originario hace copias de sí mismo, pero —como toda copia— no es exactamente igual al gen o meme primario, y su interpretación hace que surjan alteraciones que coadyuve a la teoría evolutiva^[78].

4.1. El proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos

Se inicia con la transformación de los distintos ordenamientos jurídicos europeos debido a los fundamentados reproches sociales y jurídicos a las Constituciones meramente políticas luego de la Segunda Guerra Mundial^[79], y la posterior tarea extenuante de los tribunales constitucionales en Europa de proteger y buscar la primacía de la norma suprema^[80].

Hans Kelsen es el precursor del establecimiento de los tribunales constitucionales, los cuales tienen la labor extenuante de velar por la supremacía de la Constitución. El neoconstitucionalismo

adopta el establecimiento del Tribunal Constitucional, como un ente garantizador de esta, así como también la protección de derechos fundamentales, que deriva de la primera. Cuando decimos que existe un proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos, hablamos de precisamente eso: de incorporar un texto dogmático, como también orgánico, en busca de la estabilidad estatal y social, que es la Constitución. Para que un sistema jurídico sea «constitucionalizado», debe cumplir con siete condiciones que el profesor Riccardo Guastini ^[81] desarrolla:

1. Incorporación de una Constitución rígida, que incluye derechos fundamentales.
2. La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.
3. La fuerza vinculante de la Constitución no es programativa, sino preceptiva.
4. La interpretación extensiva de la Constitución y de ella se deducen sus principios implícitos.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales.
6. La interpretación según la constitución de las leyes y normas de menor rango.
7. Y la Constitución como instrumento político.

Es sumamente importante destacar la importancia y la centralidad que comienzan a tener los derechos fundamentales (incorporados a la Constitución) en la actividad jurídica y política. Tanta es esta importancia que llegan a ser considerados como «valores» que se adhieren y enmarcan a todo nuestro ordenamiento jurídico, y que, además, influyen en las relaciones intersubjetivas.

Al respecto, Alfonso Santiago nos indica algo importante en lo que respecta a la constitucionalización del sistema jurídico: «se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y grupos sociales y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos»^[82]. Obviamente estos derechos humanos están reconocidos en la medida en que la ley le haya atribuido esta condición. La meta del neoconstitucionalismo no es limitar el poder (como sucedía con el constitucionalismo clásico), sino subrayar la vigencia y efectividad de los derechos humanos^[83].

4.2. Desde la perspectiva de la teoría del derecho

El neoconstitucionalismo puede ser analizado también como aquella teoría que describe una serie de consecuencias y ensalza el proceso de transformación del ordenamiento jurídico ya descrito. Se da la tarea de cambiar el concepto de derecho, no solo en el campo de la interpretación, sino también en la metodología de la investigación. Esta corriente interesa o causa ciertas preguntas a filósofos o teóricos, incluso más que a los propios constitucionalistas.

Prieto Sanchís indica, respecto al neoconstitucionalismo: «ofrece un denso contenido de material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre una orientación»^[84].

Ahora, con esta tendencia, se pretende que la norma cumpla con ciertos cánones como la validez —, que sea justa y, sobre todo, tutele los derechos humanos. Por su parte, existe una redefinición importante en lo que es validez y vigencia normativa para garantizar y que estas sean conforme a los derechos humanos de todos y cada uno de los ciudadanos.

5. EL PROCESO, UN EFECTO DE LA TEORÍA EVOLUTIVA

Hablar de proceso y neoconstitucionalismo no es una idea vaga que carezca de fundamentación desde la teoría misma del proceso ^[85]. Los estudios realizados en ambos ámbitos, en busca de la unidad disciplinaria, ciertamente no son del todo alentadoras. Primero, por la falta de interés de los dogmáticos teoría del proceso y, segundo, por el contenido político y filosófico del neoconstitucionalismo. No obstante, pretendemos dejar algo en claro que existe una incidencia más profunda del neoconstitucionalismo en el proceso que —quizá por nuestra ignorancia o desdén— hemos pasado por alto.

El proceso es consecuencia de diversas etapas de la evolución desde sus primeros acercamientos en el la solución de conflictos del hombre primitivo en el paleolítico superior y en el derecho romano, pues, con la aplicación de sus costumbres, normas o la forma en que aplicaban justicia, podemos identificar los primeros rasgos de lo que hoy concebimos como «proceso», que, claramente con el tiempo y el constante proceso evolutivo del ser humano, ha pasado de ser una disciplina implícita o «no relevante» a adquirir autonomía, a ser un elemento esencial para la protección y aplicación de normas, y lograr una concepción autónoma.

Como ya desarrollamos, la incorporación de los derechos humanos a los distintos ordenamientos jurídicos ha marcado un hito importante para el desarrollo del derecho y, por ende, de la sociedad. Primero, estableciendo la calidad de las personas como sujetos de derecho. Segundo, otorgándoles relevancia jurídica a los principios, valores y garantías en el proceso a los sujetos que acudan a los órganos jurisdiccionales en busca de auxilio y que estos les otorguen tutela a sus pretensiones. Esto no solo debe ser entendido como la obligación de la jurisdicción (poder-deber en el positivismo), sino como la función-garantía del Estado mismo (producto de la evolución y búsqueda de supervivencia de los Estados liberal y social). La interpretación de las normas de carácter material y procesal estará siempre supeditada a la interpretación constitucional, así como a la supremacía de esta. La fundamentación de las resoluciones judiciales no solo implica el cumplimiento de las formalidades del proceso para su validez, sino el cumplimiento de una pluralidad de principios constitucionales y procesales —que derivan de los primeros— y sus derechos y garantías derivados, como garantía del debido proceso y el principio de publicidad. Como lo hemos dicho, esta nueva corriente o tendencia política, filosófica y jurídica se ha configurado como un paradigma para los distintos ordenamientos jurídicos.

Si retomamos el planteamiento de Kelsen cuando pone a la Constitución como norma fundamental, entendemos que el resto de normas inferiores son fundadas en las superiores de su misma línea. Es decir, llega un punto en el que todas se fundan en la Constitución, algo a lo que no es ajena la disciplina procesal, necesitando nutrirse de garantías, principios y valores que

surgen en el constitucionalismo, otorgando a las partes un mayor protagonismo para defenderse, surtidos con un catálogo de derechos y principios que permiten que el juez y las partes busquen la resolución del conflicto. Todo ello ha conllevado a que, actualmente, por la incidencia del neoconstitucionalismo entendido como meme, en el proceso los principios (y sus derivadas garantías y derechos) guíen la actuación judicial, que, si bien no podemos asegurar que sea una decisión justa, podremos afirmar que se habrá dado bajo estándares básicos de protección a la persona al seguir lineamientos señalados por la norma fundamental.

6. ¿LA TEORÍA PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO UNA DISCIPLINA AJENA A LA TEORÍA PROCESAL?: RESULTADO DE UNA MUTACIÓN MEMÉTICA

Como referimos, los memes y el derecho, y sus distintas ramas, por lo tanto, buscan evolucionar, sobrevivir, perdurar su existencia. Ello movido generalmente por motivaciones egoístas. Esto muchas veces ha conllevado a la búsqueda de una supuesta «independización» entre las ramas del derecho^[86]. En el desarrollo del presente tema, nos abocaremos a la búsqueda de una «evolución» —que consideramos mutación negativa— de una subrama del derecho procesal, que ejemplifica de mejor forma cómo se ha dado y da la evolución del derecho mismo.

Tras describir la evolución del derecho, de la sociedad, y el paso del constitucionalismo al neoconstitucionalismo, abordaremos el estudio de una corriente algo reciente y su implicancia en nuestro sistema jurídico: la teoría procesal constitucional, en que las ideas desarrolladas por Alcalá Zamora, Häberle, Fix Zamudio y otros han tenido gran repercusión, no encontrándose ajeno parte de los magistrados de nuestro Tribunal Constitucional de considerar válida la teoría procesal constitucional, en especial el enfoque que concibe al proceso constitucional como ajeno de la teoría procesal.

6.1. La evolución del derecho y su implicancia en la teoría procesal constitucional

Retomando la teoría evolutiva del derecho, es importante hacer un breve recuento sobre algunos acontecimientos que influyeron en la creación de esta tesis. Cuando el derecho es dividido en una parte «sustantiva» y otra «adjetiva», continuamente surgen las codificaciones y división de las ramas del derecho. Así, este es un factor que permitió organizar las normas según su ámbito de aplicación^[87], y, a su vez, se consideraba que cada una sostenía a la parte adjetiva. Es decir, el proceso dependía de la parte sustantiva de su disciplina (el proceso civil era parte del derecho civil y distinto al proceso penal, que era parte del derecho penal), algo distinto a lo concebido en Roma, donde el derecho —lejos de ser público o privado— era un conjunto de normas que en el *corpus juris* era una unidad inescindible. A partir de ello, cada rama adquiere su independencia. Así, son consideradas distintas las unas de las otras, algo controvertido hasta la fecha, pero siempre en un mismo sistema en que conviven, coexisten, y son interdependientes entre ellas.

Con esta base, tenemos de forma específica a la evolución del derecho constitucional, que, en concordancia con Nogueira Alcalá^[88], consideramos que hay tres momentos cumbres para entenderlo y resumirlo. En primer lugar, el primer proceso sobre el derecho a la libertad (*habeas*

corpus) en 1679. En segundo lugar, el caso Marbury vs. Madison en 1803, en que se habla del control de constitucionalidad del Estado. Y, en tercer lugar, el surgimiento del Tribunal Constitucional austriaco en 1920. Tales acontecimientos permiten un desarrollo profundo del derecho constitucional, en especial de su parte procesal, siendo el último el que origina esta teoría.

Hay quienes consideran que este pensamiento surge de Kelsen ^[89], cuando reconoce la particularidad propia del proceso a cargo del Tribunal Constitucional austriaco, algo que podemos descartar, pues, como mencionamos, existen dos acontecimientos previos que demarcan los primeros avistamientos del proceso constitucional, y Kelsen se avoca con su desarrollo o aporte, limitar la disputa entre el órgano legislativo y ejecutivo. Establece el control de constitucionalidad del Estado^[90]. Es Niceto Alcalá Zamora quien plantea y define como tal la teoría procesal constitucional inicialmente, dejando de lado la concepción de que solo existía el proceso penal y el civil. Son Fix Zamudio y otros juristas latinoamericanos quienes nutren esta tesis, dándole el sustento teórico para su aceptación.

Hasta la fecha los aportes al respecto son grandes y también diversos. El debate primordialmente se centra en América, donde se reúne la mayor cantidad de autores y defensores de los diversos enfoques al respecto, enfoques que pasaremos a explicar:

1. **El derecho procesal constitucional como parte del derecho procesal:** Este enfoque señala que el proceso constitucional se sitúa en el derecho procesal. Es Fix Zamudio uno de sus más grandes defensores, considerando que esta disciplina, si bien se centra en la protección de valores, principios y normas constitucionales, tiene un contenido que no se distingue de lo procesal. Así, es una rama singular del derecho procesal.
2. **El derecho procesal constitucional como consecuencia del derecho constitucional y derecho procesal:** Este enfoque, también denominado mixto, es el que mayor aceptación ha tenido, en que se entenderá que el proceso constitucional es producto del derecho constitucional, sin dejar de lado al derecho procesal. Es decir, si bien el proceso constitucional tiene como base a la norma fundamental, necesita y tiene una serie de aportes propios de la rama procesal. Ambas disciplinas son necesarias mutuamente, una explicación que podemos tomar de Andrés Ramos, cuando Domingo García Belaunde lo cita en su obra *Derecho procesal constitucional en perspectiva*, en que señala que el derecho procesal constitucional hace un análisis al proceso objetivamente, y, por otro lado, el derecho constitucional procesal se avoca en analizar los aspectos constitucionales del proceso ^[91]. El autor considera que ambos términos no son distintos, ya que versan sobre un mismo tema, pero que nos ayudan a ver la influencia de una rama sobre la otra.
3. **La teoría procesal constitucional como parte del derecho constitucional:** Considera que la naturaleza jurídica del proceso constitucional parte netamente del derecho constitucional. Así, es un proceso autónomo y singular, distinto de la teoría procesal, como lo señala Peter Häberle, uno de los defensores y autores pioneros de este

enfoque, asumiendo que el proceso constitucional es la concretización del derecho constitucional (parte sustantiva) y que, a su vez, es continuación de lo constitucional^[92], tesis de la cual es participe también César Landa, cuyo aporte sigue la línea de Häberle, precisando que el derecho procesal es aplicable siempre y cuando no contravenga a la justicia constitucional.

Pasando al tema central de este último punto, como señalamos, César Landa, exmagistrado del Tribunal Constitucional peruano, es uno de los teóricos que siguen la línea de Häberle. Considera al derecho procesal constitucional como parte solo del derecho constitucional. Por tanto, como una disciplina ajena a la teoría procesal. Idea que ha sido plasmada no solo en su obra *Teoría del derecho procesal constitucional*, sino en diversas resoluciones expedidas cuando era presidente del Tribunal Constitucional, entre las que podemos citar a la resolución del 28 de octubre de 2006, expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, en que, al desarrollar la naturaleza y particularidad del derecho procesal constitucional, asienta la noción que el proceso constitucional debe tener un distanciamiento del resto de regulaciones del ordenamiento jurídico, en tenor de su naturaleza singular, que lo coloca como una disciplina autónoma y con carácter supremo que solo recurrirá a otras ramas accesoriamente, como podemos revisarlo en las siguientes líneas, propias de la resolución mencionada, cuya autoría es de Landa:

«Que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve —la Constitución—, *debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico*. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la ‘particularidad del proceso constitucional’. *Significa ello que el derecho procesal constitucional ‘implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales’*».

En este contexto, en consecuencia, el C. P. Const. tiene que ser entendido como un ‘derecho constitucional concretizado’». Esto es, al servicio de la ‘concretización’ de la Constitución. Por ende, *opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada* » (las cursivas son nuestras).

A ello debemos acotar que, si bien cada uno de los enfoques desarrollados tiene su sustento teórico, es el último uno de los más criticados, no siendo nosotros ajenos a esta línea, en especial al ser plasmados en resoluciones de un ente tan importante como es el Tribunal Constitucional, generando una incertidumbre que carece de fundamento, como desarrollamos a continuación.

El derecho procesal es un meme que conforma el macromeme, que es el derecho. Si bien este se divide internamente según cada disciplina material, esto —como lo explica la teoría procesal— se sustenta en la necesidad mutua entre la rama procesal y las demás ramas de lograr un derecho útil. Es decir, el conjunto de normas (que hablen del derecho a la propiedad, por ejemplo) dejan de ser útiles sin un medio para defenderlas. En esta lógica, el proceso constitucional, al versar

sobre el texto constitucional y sus implicancias, deviene del derecho constitucional, pero, a su vez, comparte aportes y se nutre de la teoría procesal, como es sustentado por Márquez, Gozáni, Sagües y otros, al defender la necesidad y realidad de la teoría procesal constitucional, siendo esta la «hibridación» de lo procesal y constitucional.

La supremacía de la Constitución no deja de ser tal bajo esta lógica. El texto constitucional es el soporte y fundamento del ordenamiento jurídico, más aún con los aportes del neoconstitucionalismo, al tener un mayor y diverso contenido, encontrando en ello preceptos generales bajo los cuales el resto de disciplinas funcionan, pero debemos descartar la idea de Landa y Häberle, al considerar que esta supremacía lo aleja del resto, al tener una autonomía «didáctica»^[93], pues, aún siendo lo constitucional el fundamento del resto, esta continúa siendo parte del ordenamiento y se va nutriendo de las otras ramas. En palabras de García Belaunde, podemos señalar, además, que el procesalista deberá estudiar los fundamentos constitucionales de su disciplina y, por ello, no deja de ser procesalista, y, a su vez, el constitucionalista debe estudiar la parte procesal de lo constitucional, sin que ello lo aleje del constitucionalismo ^[94].

Finalmente, para desbaratar esta teoría, podemos destacar la teoría de la unidad del derecho, a la que Bobbio^[95] hizo referencia, pues, si bien las normas del ordenamiento jurídico tienen un carácter unitario al desprenderse de la norma fundamental, al buscarse la eficacia de este ordenamiento, la norma fundamental se valdrá también de las normas que han derivado de ella, llegando recién con ellas a hacer eficiente la norma fundamental y el ordenamiento jurídico, radicando en ello la esencia de la unidad del derecho.

7. CONCLUSIONES

- Los memes como unidades de transferencia de la información son el elemento esencial y menos reconocido en la evolución del hombre y el derecho. La memética jurídica permite estudiar el proceso evolutivo del derecho, desde los primeros rastros de reglas sociales hasta los ordenamientos jurídicos actuales. Entendemos, entonces, que los memes legales se han ido adecuando a los contextos y realidades en cada etapa histórica del ser humano, siendo el sustento para el constante proceso evolutivo que conocemos del derecho.
- El derecho y el Estado son concepciones íntimamente relacionadas, sobre todo en cuanto nos referimos a la teoría del derecho. Por ello, podemos estudiar —y hemos intentado hacerlo— al primero desde la evolución general del segundo, basándonos en las unidades de transferencia de herencia genética y cultural. Todo esto ha devenido en un sistema jurídico que respeta —procura hacerlo— la esencia misma del hombre como individuo (su libertad) y ser social (su dignidad), que conocemos como neoconstitucionalismo.
- No hay que entender al neoconstitucionalismo como la tendencia que busca la pacificación y la no existencia de los conflictos interpersonales. Hay entenderlo como la teoría que pretende alcanzar una sociedad más justa y que en el derecho prime siempre

la eficacia y la eficiencia, así como también la rapidez de la solución de los conflictos. La primacía de los derechos fundamentales es una conquista que el hambre ha venido haciendo a través de la historia y que las reivindicaciones de sus derechos no sean tan alejadas de la realidad y que la ley no actúe de forma arbitraria.

- El derecho es una unidad en que cada rama tiene independencia en su desarrollo, pero para llegar a un determinado fin, cada una debe recurrir a otra. Por ello, en especial el derecho constitucional, es un eslabón indispensable para el ordenamiento jurídico. Como la norma fundamental tiene una naturaleza especial y suprema, en ella se fundamenta el resto de disciplinas jurídicas, pero, aun así, para ser efectiva, debe recurrir al resto. Por tanto, la idea de considerar como independiente y autosuficiente al proceso constitucional es vaga. No llega a tener un fundamento coherente, más aun en nuestro país, donde genera incertidumbre y no un aporte válido.

8. REFERENCIAS

- BOBBIO, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, pp. 168-169.
- COMANDUCCI, P. (2002). «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico». *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, pp. 99-100.
- CÓRDOVA VIANELLO, L. (2006). «La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt». *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5770/7596#N22>
- DAWKINS, R. (1993). *El gen egoísta: las bases biológicas de nuestra conducta*. Barcelona: Salvat.
- DEAKIN, S. (2002). «Evolution for Our Time: A Theory of Legal Memetics, Current Legal Problems». *ESRC. Centre for Business Research. University of Cambridge*, p. 1. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/clp/55.1.1>
- GARCÍA BELAUNDE, D. (2001). «El derecho procesal constitucional y su configuración normativa». *Pensamiento Constitucional*, número 16.
- GONZÁLES ÁLVAREZ, R. (2011). «El principio fundamental de acción: nuevo paradigma de la ciencia procesal». *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*.
- GRÜN, E. (2004). «Algunas reflexiones sobre la memética y su aplicación al derecho. Una nueva manera de ver diferentes aspectos de la práctica, la ciencia y la filosofía del derecho». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, pp. 27-28.
- GUASTINI, R. (2001). *La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. Estudios de teoría constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MONROY GÁLVEZ, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis.
- NOGUEIRA A., H. (2009). «El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina». *Estudios Constitucionales*, número 1, pp. 14-15.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2001). «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, pp. 201-227. Recuperado de [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf).
- RAMOS T., A. (2006). *Curso de Derecho Constitucional*. Cuarta edición. São Paulo: Editora Saraiva.

- SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2018). *Teoría de la Constitución*. Lima: Idemsa.
- SANTIAGO, A. (2008). «Neoconstitucionalismo». *Sistema jurídico, Teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*. Cundinamarca, Colombia: Instituto de Política Constitucional. Recuperado de www.redalyc.org/pdf/720/72011607007.pdf .
- SANTIVÁÑEZ YÁÑEZ, C. (2001). «Teoría social y memes». *A Parte Rei: Revista de Filosofía*, p. 3. Recuperado de <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/memes.pdf>
- SAVIGNY, M. F. C. (1879). *Sistema del derecho romano actual*. Tomo IV. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores.

EL PRECEDENTE JUDICIAL: APROXIMACIONES DESDE LA REALIDAD JURÍDICA DE LAS FUENTES DE DERECHO

Grecia Espino, Ayrthon Chuquilin, Diego Mantilla, Williams Moreto y Sergio Torres, de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo^[96]

RESUMEN

Definitivamente hablar del precedente judicial es hablar de una las instituciones del derecho procesal más controvertidas, no solo en la dogmática, sino también en la aplicación práctica. En tal sentido, no pretendemos abordar cada problema concerniente a los hechos (praxis judicial) o al derecho (desarrollo doctrinal), sino lo relacionado con su determinación ontológica en el ordenamiento jurídico peruano. Así, el presente trabajo intenta ser bosquejo para una determinación de ser del precedente judicial en nuestro sistema desde el horizonte de las fuentes del derecho.

Palabras clave: precedente judicial, disposición normativa, norma jurídica, fuente de derecho, disposición judicial.

ABSTRACT

Definitely, to talk about the Judicial Precedent is to talk about one of the most controversial institutions of the Procedural Law, not only in the dogmatic but also in the practical application, in that sense we do not pretend to approach each one of the problems concerning the facts (judicial praxis), or the Law (doctrinal development), but simply in what concerns its ontological determination in the Peruvian juridical order. In this sense, the present work attempts to be an outline for a determination of the judicial precedent in our system from the perspective of the Sources of Law.

Keywords: Judicial precedent, normative provision, legal rule, source of law, judicial provision.

1. INTRODUCCIÓN

El precedente judicial es una figura peculiar en el ordenamiento jurídico peruano porque es una institución jurídica propia de los sistemas pertenecientes a la familia del *Common Law*. En estos sistemas, el precedente es la fuente principal de derecho, distinto de los sistemas del *Civil Law*, como el nuestro, en que la fuente principal es la legislación. Además, es una incorporación que, si bien no es nueva, en los últimos años ha cobrado gran importancia, pues existe una expectativa generalizada sobre las reglas que deviene de nuestra Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, en la realidad jurídica peruana, el precedente judicial es una institución diferente de lo que es en otras latitudes del mundo. Esto no significa que debemos prescindir de la institución procesal del precedente por el simple hecho de no seguir los cánones propios de los ordenamientos jurídicos

en que se utiliza por predilección. Sin embargo, es indefectible entender ontológicamente al precedente judicial para realizar un análisis crítico del mismo.

En este sentido, el presente trabajo pretende explicar de forma pormenorizada, en la medida de lo posible, al precedente judicial en la realidad peruana. Tiene como horizonte de proyección «las fuentes de derecho», rompiendo así con lo que consideramos no es más que un mito: que los jueces no crean derecho, basado en el principio de separación de poderes, originado, tal vez, en la Francia del siglo XVIII, en el contexto de la Revolución francesa, que marcó un hito, no solo político, económico y social, sino también jurídico. Partiendo de ese orden de ideas, corresponde en un primer momento bosquejar una idea sobre cuál es el concepto de «fuente de derecho», entendiendo su indeterminación doctrinal por las diferentes posturas de los teóricos. Luego, detallaremos el contexto en que se crea el precedente, para, más tarde, ponerse de relieve su desarrollo en los sistemas en que surge, contrastándola con nuestra realidad y describiendo el ser del precedente peruano.

2. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL DE FUENTES DE DERECHO

Cuando hablamos de fuentes de derecho, debemos dejar sentado, desde un primer momento, que nos referimos al derecho en sentido objetivo, entendido así: «Un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativos-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades» (García Máynez, 2002: 36).

El vocablo «fuente» semánticamente se puede concebir como el principio u origen de algo. Se comprende que el horizonte de proyección del presente apartado oscila entre entender cuál es el origen de las normas jurídicas. Es decir, de dónde surgen.

Si pretendemos determinar el concepto de «fuentes» de una entidad, antes es necesario conocer a la entidad misma. Por ello, debemos responder a la pregunta de: ¿qué es una norma jurídica? Lo anterior nos lleva indefectiblemente a desambiguar el concepto de norma jurídica, pues suele usarse, en ocasiones, para referirse a un cuerpo normativo (por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial). Otras veces para aludir al contenido de un texto normativo (verbigracia el artículo 105 del Código Penal, el que mate a otro será reprimido con pena privativa de la libertad) y para aludir al significado del contenido de un cuerpo normativo (por ejemplo, del artículo 105 del Código Penal se deduce que está proscrito matar). Inclusive, el término «norma» puede usarse en los tres sentidos, antes mencionados, indistinta y conjuntamente.

Para Guastini (2016), la norma es una prescripción (general y abstracta), en que el vocablo «prescripción» puede significar tres cosas: un acto, un enunciado y un significado. Así, se tiene a un acto de prescribir, que es un acto lingüístico que sirve como directriz de la conducta humana, se tiene un enunciado prescriptivo a través del que se realiza el acto lingüístico y, finalmente, se tiene al significado de lo prescrito. Es decir, al producto de la interpretación del enunciado. Debiendo entenderse por norma, en sentido estricto, al resultado de una labor interpretativa del enunciado mediante el cual se realiza el acto lingüístico.

De lo dicho, se deduce que las normas emanan de enunciados prescriptivos (para efectos prácticos, nos referiremos a estos como disposiciones) que expresan o manifiestan actos lingüísticos, de lo que podemos aseverar que los actos lingüísticos, expresados a través de disposiciones, son una fuente de derecho. Sin embargo, no toda norma se extrae de actos lingüísticos, pues qué duda cabe que la costumbre es también fuente de derecho.

En este sentido, en nuestro sistema jurídico, el acto lingüístico como fuente de derecho, por antonomasia, es la legislación. García Máynez (2002) la define: «El proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general» (p. 52). Consideramos que, por legislación, en sentido genérico, no debe considerarse al proceso de elaboración, sino al resultado del ese proceso. Por ello, opinamos que por legislación debe entenderse al conjunto de disposiciones normativas, pero no solo a las dispersiones provenientes del Poder Legislativo, sino también a la Carta Magna proveniente del Poder Constituyente y, en general, a cualquier disposición derivada del poder de cualquier autoridad del Estado formalmente reconocido por este para hacerlo.

Se sabe que determinar el concepto de fuente de derecho no es tarea fácil, sobre todo por la pluralidad de significados que se le han atribuido a esta eximia metáfora. Por ello, como se aprecia, el sentido que hemos considerado es el de acto concreto creador de derecho (Aguiló, 2012).

Después de lo expuesto, corresponde, ahora sí, mencionar un concepto de fuentes de derecho que sirva de base para el presente trabajo. En este sentido; consideremos:

«Fuentes del derecho, desde nuestra concepción, son actos, hechos o valores con vocación normativa establecidas por un determinado sistema como elementos de los que derivan normas jurídicas, siendo estas, por tanto, un producto o resultado derivado de las fuentes. La ley (o disposición escrita), la costumbre, los principios generales del Derecho o la actuación judicial (cuando es fuente del Derecho) son, como tales, fuentes del Derecho, los elementos de los que son derivables las normas jurídicas, pero no son, propiamente, normas jurídicas, y no lo son por la sencilla razón de que la derivación de normas jurídicas es una actuación humana necesaria, que no puede llevarse a efecto, por sí misma y sobre sí misma, por la propia fuente, sino que precisa la intervención o intermediación de un operador jurídico» (Orozco, 2011: 27).

Lo anterior, en nuestra opinión, requiere de una aclaración entorno a la ley como fuente de derecho, pues la ley es una clase de enunciado normativo escrito que podríamos concebir como disposición legal. Así, se dejaría fuera del concepto a las disposiciones constitucionales o reglamentarias. Por ello, consideramos como fuente de derecho no a la ley, sino a la legislación (disposiciones generales, abstractas y no retroactivas). Así, la ley es una clase de legislación, por lo que se encontrarían en relación de género-especie, en que la legislación contiene a la ley.

3. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

Al encontrarnos dentro del sistema *Civil Law* y tener como principal fuente de derecho a la ley, teniendo en cuenta esta referencia, debemos adentrarnos a desarrollar el tema materia de análisis, y abordar si la jurisprudencia, al ser una institución propia del *Common Law*, puede encajar perfectamente en nuestra familia jurídica como fuente de derecho.

Al ir en busca de lo que se entiende por «jurisprudencia», encontramos que, en sentido amplio, ha sido definida como «la interpretación que se hace de la ley, los tribunales para aplicarla a casos sometidos a su jurisdicción, siendo el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada» (Cuevas, 2010: 552). Se entiende este concepto tanto en el sistema romano-germánico como en el anglosajón. Pero no debemos perder de vista que, en el derecho continental, de donde deriva nuestro sistema jurídico, se dice que este «no debe ser tratado absolutamente rígido frente a la mayor flexibilidad del *Common Law*, ya que ni este es absolutamente huérfano de la legislación ni el segundo debe dejar de lado la jurisprudencia como forma de favorecer la evolución del derecho» (Guido, 2000: 329-330).

Por ello, postulamos que, en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia solo es fuente de derecho cuando se infieren normas jurídicas que no estaban establecidas en la ley, y que obligatoriamente son llamadas a utilizarse cuando se va a aplicar el derecho, y, una vez creadas, generan vinculatoriedad al ser fuente propia de derecho. Además, hay que tener en cuenta que el derecho escrito tiene lagunas que ninguna interpretación puede llenar. «Siendo el juez, luego que ha comprobado el vacío legal, de fallar fundándose no en la ley, que no puede ser completada, sino en la norma que él mismo creará, actuando como un legislador del caso concreto» (Vásquez, 2019: 730). Por ello, creemos que el juez, actuando como legislador en última instancia, está legitimado para resolver y crear normas jurídicas, convirtiéndose esa jurisprudencia en particular en fuente de derecho por necesidad.

Finalmente hay que encuadrar que no toda la jurisprudencia es fuente de derecho. Ejemplo de ello es que la resolución de un juez de primera instancia o de juez superior no vinculan necesariamente a todos los órganos del Poder Judicial, y lo mismo podríamos decir de un pronunciamiento de la Corte Suprema, cuando este no esté emparentado con la creación de una norma, al existir vacíos normativos. Por ello, la jurisprudencia en general no pertenece a nuestro sistema jurídico al chocar con la estructura del *Civil Law*, pero, cuando ya es imposible resolver el conflicto con las propias fuentes de derecho (la ley) que nos ofrece nuestro sistema jurídico, por necesidad debemos acudir a la creación jurisprudencial.

3.1. El rol de la jurisprudencia en el Civil Law

Sin duda, la jurisprudencia ha servido innegablemente para integrar y armonizar el sistema jurídico del *Civil Law*, difundiendo el protagonismo que tiene el juez al interpretar el marco legal acorde con nuestro espacio tiempo. En este sentido, vemos que la función del juez es «descubrir la fecundidad y vida de la norma, consiguiendo en cada momento su adaptación a los problemas planteados por la realidad, único medio de alcanzar en cada caso una solución justa, en que han tenido que influir elementos morales, consideraciones económicas y finalidades morales» (Corral,

1998: 102), pero debemos recordar que la línea anterior solo aplica cuando hay vacíos normativos.

Seguidamente, hay que enmarcar que la jurisprudencia crea normas jurídicas llenando las lagunas legales que existen en los diversos ordenamientos jurídicos, ya que no solo se resuelve el conflicto, sino que se llena ese vacío legal dotándole de contenido. Claro, está recurriendo necesariamente a los principios generales del derecho, para generar interpretaciones acorde a derecho. Porque el juez no debe dejar de administrar justicia cuando es llamado a hacerlo, pues afirmar lo contrario sería una excusa insuficiente y contravendría lo que estipula el artículo 139 inciso 8 de nuestra Carta Magna. Por ello, debe recurrirse a los principios inspiradores del derecho, al espíritu de la norma y a la intención o finalidad del legislador. Ello con el ánimo de interpretar y armonizar el orden jurídico de origen legislativo, propio de nuestra familia jurídica romano-germánica, con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en un tiempo determinado.

3.2. La administración de justicia y su vinculación con la jurisprudencia

En el *Civil Law* o en el *Common Law*, la función de la administración de justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde como lo plasma Ulpiano, apoyándose de la Constitución y de la ley, y de ser necesario de las interpretaciones de estas. Ello se cumplirá cuando se materialicen sentencias coherentes, predecibles, razonadas, fundadas en derecho que nos permitan vislumbrar la paz judicial que tanto se anhela.

Entonces, debe afirmarse que la jurisprudencia debe perseguir por medio de resoluciones coherentes y justificadas, la seguridad jurídica con el ánimo que se respeten y sean emuladas, ya que este debe ser el horizonte que debemos apuntar, hasta el punto de que sirva como una pauta general al momento de aplicar derecho al encontrarse que este vacío ya ha sido dilucidada por el Poder Judicial.

4. Recurso de casación

El recurso de casación es un medio impugnatorio excepcional que solo se presentará en casos determinados por la ley, en casos que no tenga que ver el hecho, sino el derecho, ya sea por una mala interpretación de la norma, una incorrecta aplicación, también una inaplicación. Por tanto, se encargará de hacer una revisión, ya sea para anular o revocar una decisión judicial, tal y como nos lo dice Juan Monroy Gálvez:

«la casación es un medio impugnatorio, específicamente, un recurso de naturaleza extraordinaria, con efectos rescisorios o revocatorios, concedido al litigante a fin de que pueda solicitar al máximo órgano de un sistema judicial un nuevo examen de una resolución respecto de situaciones jurídicas específicas, imponiéndosele el deber de cuidar la aplicación de la norma objetiva, uniformizar la jurisprudencia y obtener la justicia al caso concreto» (Carrasco, 2010).

4.1. El recurso de casación como medio impugnatorio extraordinario

Aunque el Código Procesal Civil no da una idea clara de lo que es el recurso de casación, ya que empieza partiendo desde el artículo 384 con los fines que tiene la casación, doctrina nos ha logrado aclarar que el recurso de casación se entablará en determinadas circunstancias que la ley ampare, para hacer una revisión de las resoluciones que expidan las salas superiores para lograr así un resguardo de la ley.

Por ello, Marianella Ledesma nos dice por qué este recurso posee esta distinción:

«Porque surge como último remedio agotada la impugnación ordinaria y solo permite controlar los errores de derecho en la actividad procesal y en el enjuiciamiento de fondo. Para su interposición se exigen motivos determinados, formalidades especiales y no el simple agravio» (Carrasco, 2010).

4.2. Fines

Los fines del recurso de Casación se encuentran estipulado en el artículo 384 del Código Procesal Civil, que luego de la modificatoria que tuvo por la Ley 29364 se establecieron dos tipos de fines: el fin nomofilático (que tiene que ver con la correcta interpretación de la norma para que así las sentencias no se vean afectadas por las decisiones arbitrarias de los jueces) y el fin uniformizador (con que se trata de lograr una homogeneidad de decisiones en un mismo tema). En la doctrina contemporánea, se nos habla también sobre un tercer fin, el dikelógico (se basará en la búsqueda de la justicia para el caso específico).

Así, Monroy Cabra nos habla de dos tipos de fines:

«a) Un fin de interés público, que es la tutela del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional; y b) un interés privado, que es la enmienda del agravio o perjuicio inferido a la parte por la sentencia» (2015).

4.3. El apartamiento del precedente judicial

Para comprender una causal de procedencia del recurso de casación, el apartamiento inmotivado del precedente judicial, en primer lugar, debemos explicar la evolución surgida con el contenido del artículo 400 del Código Procesal Civil que regula la figura del precedente judicial.

Así, el texto anterior del artículo 400 del Código Procesal Civil establecía:

«El pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio [...]. El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado».

Por otro lado, el actual contenido del artículo 400 del Código Procesal Civil reformada por la Ley 29364 manifiesta: «La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno

casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente».

Respecto a lo anterior, nos podemos dar cuenta de que la evolución de la «doctrina jurisprudencial» por el de «precedente judicial» no constituye un simple cambio superficial, sino pretende darle una solución a la problemática que existía con la anterior regulación, que había traído como consecuencia la casi nula existencia de la doctrina jurisprudencial y también en que todos los titulares de las salas supremas emitían una decisión sin evaluar el principio de especialidad. Todo en conjunto atentaba con la finalidad del recurso de casación, la unificación de la jurisprudencia. Son estas las causas por las que la actual versión del artículo 400 del Código Procesal Civil toma otro sentido.

Según lo tratado, podemos observar que, entre los dos textos referidos al artículo 400 del Código Procesal Civil, la característica similar es el carácter de obligatoriedad. Y es entonces, por ese carácter vinculante del precedente judicial respecto a todos los demás órganos de inferior jerarquía, y, por qué no decirlo, hasta las propias salas de la Corte Suprema, pero el poder vinculante del precedente no debemos tomarlo como una regla general, porque corresponde también su apartamiento del mismo, de manera excepcional en estos supuestos:

«Cuando la hipótesis de que trata dicho precedente no se subsume o encuadrada con exactitud dentro del caso concreto que es materia de juzgamiento (lo que, en puridad, no constituye un apartamiento del precedente judicial sino un supuesto de no aplicación —total o parcial— del mismo por no corresponder ello; por lo tanto, la causal casatoria de apartamiento del precedente judicial tendrá lugar si la Sala Superior respectiva, por error o arbitrariedad, considera que el precedente judicial no se adecua al caso concreto, cuando en realidad sí ocurre tal adecuación. Otro supuesto, (aunque poco probable de que acontezca) en que operaría la causal casatoria de apartamiento inmotivado del precedente judicial estaría representado por el hecho de que la sala superior respectiva aplique al caso en concreto un precedente judicial que fue posteriormente modificado por otra vía el pleno casatorio de ley».

No obstante, el apartamiento inmotivado del precedente judicial debe ser tratado o aclarado por la Corte Suprema en aras de su adecuada aplicación. Mencionado lo anterior, creemos conveniente decir que se debe analizar esta causal según el artículo 384 del Código Procesal Civil, que expresa: «El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia».

En consecuencia, esta problemática se desarrolla cuando un órgano jurisdiccional de menor jerarquía respecto a la Corte Suprema y ante un hecho determinado resuelve inaplicando el precedente. Es decir, el órgano judicial inferior se niega a resolver siguiendo como modelo al precedente judicial establecido por la Corte de casación sobre un caso anterior igual.

«De otro modo, considerar que no se ha aplicado el precedente judicial a un caso A, cuyos fundamentos fácticos son distintos al que originaron el precedente, en propiedad, no se estaría ante ningún apartamiento motivado ni tampoco inmotivado del precedente, simplemente se

trataría de hechos distintos; ergo, ello no implica apartarse de ningún precedente; de esa manera no se configuraría causal casatoria alguna» (Gonzales).

4.4. Efectos de la sentencia casatoria

Es importante señalar que Vescovi, ante los efectos que tenga esta sentencia casatoria, decía:

«En este caso (sentencia que casa o anula la resolución impugnada) hemos sostenido que se trata de una sentencia constitutiva. Esto es, independiente de que, cuando se casa sobre el fondo [...] la Corte debe, a su vez, sustituir, la sentencia del tribunal por la que corresponde dictar. Es decir que se trata, en este caso, de una sentencia compleja. La primera (o la primera parte, digamos, dado que se realiza en un solo acto, aun cuando se trata en puridad de dos), que anula, es la constitutiva; la segunda será declarativa, constitutiva o de condena, según el contenido» (2015).

Los efectos dependerán si se declara fundada la sentencia o no, tal como está estipulado en el artículo 396 del Código Procesal Civil, el cual tuvo una modificación muy evidente, empezando que antes de la modificatoria que pasó este recurso por la Ley 29364 decía que, cuando la sentencia era fundada, se debía declarar en un primer momento la nulidad y luego seguir las demás disposiciones que establecía este artículo. En la actualidad, se dispone de tres supuestos para pronunciarse en un primer momento. Manuel Alberto Torres Carrasco señala:

«tienen la enorme virtud de precisar con claridad en qué casos la sentencia casatoria determinará que se genere el iudicium rescindens, también llamado función negativa de la casación, y en qué otros casos el iudicium rescissorium o función positiva» (Carrasco, 2010).

En lo que respecta al artículo 397 del Código Procesal Civil, no ha sufrido modificación alguna, a pesar de que la Ley 29364 modifique muchos artículos referidos a este recurso.

4.5. La problemática que gira en torno al precedente judicial

Consideramos, en primer lugar, que, así como existen fuentes como la doctrina, la jurisprudencia e incluso la costumbre, podemos decir también que otro tipo de fuente autónoma es el precedente judicial. Esta figura es tomada como una expresión diferente del *Common Law* en el Perú, por la manera de utilizar este instrumento. En tanto podemos observar que el precedente judicial es una forma nueva de crear derecho por parte del juez, sobre todo por la obligatoriedad en que se incurre, que ya en varios plenos hemos podido dar fe de ello.

Durante el trabajo realizado, nos preguntamos por qué existe ese carácter obligatorio, cuando en la Constitución se menciona que el juez debe regirse bajo subordinación de la Carta Magna y las leyes, pero debemos acordar que basarse en un precedente no es inconstitucional, ya que sí cabe esta posibilidad por dos razones. La primera, respecto a que toda regla tiene su excepción, y, la segunda, el principio de legalidad no sería la exclusión y también porque así lo regula el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, referido a la función integradora del juez.

Ahora tratemos cómo apartarse debidamente de un precedente judicial. Como menciona el artículo 386 del Código Procesal Civil, en una de las causales del recurso de casación, el apartamiento inmotivado del precedente judicial, el cual se trata de manera superficial y dejando a libre disposición la interpretación de cada juez de lo que es la debida motivación. Entonces, ¿qué sería la indebida motivación? Sabiendo que no es lo mismo argumentar bien que motivar de forma correcta. O, en todo caso, qué pasaría si un juez desarrolla sus criterios opuestos al precedente, como saber que es indebido para la Corte Suprema, institución generadora de estos precedentes.

5. EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO FUENTE DE DERECHO

Antes de arribar al punto medular, comprender la esencia del precedente, su relación con las fuentes de derecho y su singularidad en nuestro ordenamiento, es necesario realizar un deslinde de tipo histórico porque cuando uno conoce de dónde vienen las cosas, es más fácil entenderlas. Ubiquemos así el tiempo y espacio en que el precedente conoció su génesis, para abordarlo luego, o al menos intentarlo, de forma coherente y rigurosa.

5.1. Genética del precedente

Es evidente y hasta cierto punto inevitable que al mencionar el término *Common Law* lo asociemos con el derecho angloamericano, aunque más algunos solo lo vinculen con el ordenamiento jurídico del país de las trece colonias. La tradición jurídica del *Common Law* abarca muchos países, siendo estrictos con el origen de la figura bajo examen. Aquí nos limitaremos a Inglaterra, donde ve la luz el precedente y, dado que es en este terreno insular donde nace, desde ahí partiremos.

5.1.1. Precisiones históricas sustanciales

La evolución del derecho inglés «se caracteriza por su continuidad histórica, su desarrollo autónomo y la carencia en él de influencias continentales significativas» (Rubano, 2000: 70).

El punto inicial lo podemos establecer en el siglo V, con la caída del Imperio romano, y el apoderamiento de estas tierras en particular por las tribus germánicas, principalmente los anglos y los sajones. «Es un derecho poco conocido el de esta época, más o menos primitivo y no deja de ser estrictamente local» (Rubano, 2000: 70). Con el transcurrir del tiempo, llegaría un hito fundamental en la historia del derecho inglés, la conquista normanda de 1066, de manera que «marca la instalación en Inglaterra de los normandos que establecen un poder fuerte, centralizado y tienen en su haber la rica experiencia administrativa que le ha significado el gobierno del ducado de Normandía» (Rubano, 2000: 70). En este momento, se empezaría a formar el *Common Law*:

«Existen hasta 1066 tribunales locales, que son reemplazados progresivamente por jurisdicciones señoriales, que aplican también un Derecho consuetudinario eminentemente

local. Surge sin embargo, una jurisdicción real, que empieza a competir con aquellos tribunales. Los tribunales locales carecen en ocasiones hasta del poder para ejecutar sus propias decisiones, y que están atados a procedimientos arcaicos, por ejemplo, en materia probatoria. Los tribunales reales, en cambio, tienen procedimientos más modernos y someten los litigios a la decisión de jurados, lo que en la época es un avance» (Rubano, 2000: 70).

Hay, para esta época, la coexistencia, en el territorio de aquella Inglaterra, de tribunales judiciales locales bajo el dominio de los señores feudales y los tribunales reales bajo el dominio del rey, ambos aplicando la costumbre al momento de resolver.

«Así, el derecho inglés surge tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, entre otros, y que Guillermo el Conquistador ordenó que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra y como resultado se constituyó lo que los normandos llamaron la *comune ley*, o sea, el derecho común que los tribunales reales deberían aplicar en todo el territorio» (Gonzales, 2010: 60).

Por medio de sus cortes reales, el rey logró una justicia centralizada. La sede de estos tribunales reales estaba en Westminster, Londres, hecho que se mantiene, sin eliminar directamente los tribunales locales. «Así las cosas, respetó la justicia local que estaba dividida en: dos tribunales locales (Shire y Hundred) y los tres tribunales reales (Court of Exchequer; Court of King's Bench y Court of Common Pleas)» (González, 2010: 60). Los tres tribunales reales debían buscar lo «común» en las costumbres locales y así crear, una vez más, un derecho unificado. Así, surge la institución inglesa del *Common Law* (González, 2010: 60). Los tribunales locales fueron perdiendo con el tiempo su importancia y adquirieron competencia universal los tres tribunales reales, también denominados tribunales del *Common Law* (González, 2010: 60).

Para acceder a los tribunales reales, que se convirtieron en verdaderas cortes de apelación de los tribunales locales, era necesario «solicitar y pagar al canciller un *Writ* o autorización real» (González, 2010: 61). Este instrumento era la «acción» (entendiéndola en el sentido estrictamente procesal) hecha formulario y/o formato, así «el procedimiento y la forma en el derecho inglés cobró mucha importancia, ya que, si se equivocaba el *Writ*, el juez podía rechazar el asunto» (González, 2010: 61). Esto no es una exquisitez histórica, pues, «conforme iban aumentando las demandas de los particulares, este sistema de emisión de *Writs* se hizo insuficiente y el remedio se encontró en otra de las grandes instituciones inglesas, la *Equity*» (González, 2010: 61).

¿Cómo nacen y se consolidan estos tribunales? Gonzales (2010) aclara el panorama:

«Ante la reclamación de injusticias, nace la *Equity* en el siglo XIV, cuando los particulares no pudieron obtener justicia de los Tribunales Reales o Tribunales del *Common Law*. De esta manera, los particulares llevaban sus quejas directamente al rey y este delegaba en los Cancilleres, guardianes de la conciencia del rey, la tarea de determinar la solución más justa, la equitativa (*Equitable*). En la *Equity* se tomaban en cuenta las circunstancias especiales del caso y sobre todo se tomaba más la intención que la forma. La Equidad pasó a ser parte de la

estructura del derecho inglés, convirtiéndose en otra vía de creación del derecho o de soluciones jurídicas, *Legal Remedies*» (p. 61).

Así, la *Equity* nació como una rama complementaria de los tribunales del *Common Law* para remediar situaciones que este último, por su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver (González, 2010: 62). Tanto el *Common Law* como la *Equity* son sistemas jurisprudenciales. El primero originado en los tribunales reales o tribunales del *Common Law* y el segundo, en el tribunal del canciller, tribunal de equidad o Court of Chancery (González, 2010: 63). En los años futuros estas dos jurisdicciones terminarían por unificarse.

Con todo el panorama medianamente claro, dos grandes «fuentes judiciales creadoras» del derecho inglés se fundaron en un inicio. La interrogante surge por sí sola: ¿en cuál de ellas y en qué momento surgió el precedente?

Antes es necesario mencionar que, como segunda fuente del derecho inglés, «tenemos la ley (*Statute, Act, Law*). La Ley emana del Parlamento a través de los *Act of Parliament*. En la actualidad cobra más importancia la ley. De hecho, las instituciones de nueva creación tienen su origen en el derecho legislado» (González, 2010: 65).

5.2. El Case Law como germen

Es un principio básico de la administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar (Cross y Harris, 2012: 23). Sin embargo, se han realizado una serie de investigaciones históricas y así, para trazar de manera rigurosa el desarrollo de la doctrina del precedente entre la época medieval y moderna, los jueces del *Common Law* no siempre han recurrido a decisiones judiciales anteriores como fuente de autoridad (Ramírez, 2018: 21). En este contexto el *Case Law* no tuvo siempre la fuerza necesaria para vincular, aun cuando los jueces ingleses reconocían en él cierta autoridad en base al principio en mención. Cross y Harris (2012), en su elemental obra, aclaran la idea:

«En efecto, el precedente judicial tiene un efecto persuasivo en casi todos los ordenamientos jurídicos en razón a que el *stare decisis* (estarse a lo que se ha decidido previamente) es una máxima de aplicación prácticamente universal. La particularidad de la doctrina inglesa del precedente es que la misma tiene una naturaleza fuertemente coercitiva, y en virtud de dicha doctrina los jueces ingleses a veces se ven obligados a seguir un precedente, incluso teniendo buenas razones para no hacerlo» (p. 23).

En resumen, el *Case Law* es el derecho de origen jurisprudencial que en el caso inglés «está constituido por las reglas y principios establecidos y seguidos por los jueces en sus decisiones» (Cross y Harris, 2012: 24). Esta auténtica fuente de derecho inglés es tan antigua como el nacimiento mismo del *Common Law*, tanto así que «muchas de las áreas de nuestro ordenamiento jurídico [el inglés] son fruto de las sentencias de los jueces, cuyas decisiones y

argumentos han venido siendo registradas en diversos repertorios de jurisprudencia (*Law Reports*) durante casi setecientos años» (Cross y Harris, 2012: 24).

Surge aquí una nota distintiva fundamental, pues la propiamente dicha doctrina del precedente es relativamente nueva..Es decir, por mucho tiempo en Inglaterra «se observaba el principio del *stare decisis*, pero no se concebía la idea de que los jueces estuvieran obligados a seguir los precedentes» (Ramírez, 2018: 22). Después de todo:

«No puede asimilarse el *Case Law* con la doctrina del precedente. Mientras el *Case Law* está asociado con el seguimiento de decisiones pasadas, aun cuando no sea posible advertir las razones que justifican dichas decisiones, supuesto en el que se recurre a la noción de vinculación del resultado; la doctrina del precedente está ligada con la obligación de seguir la *ratio decidendi* de una decisión anterior» (Ramírez, 2018: 24).

5.3. El precedente en su palacio inglés

Es imperativo en este punto diferenciar el concepto de precedente de otras nociones cercanas, pero no idénticas, como *stare decisis* y *ratio decidendi*.

5.3.1. *Stare decisis*

Stare decisis es el nombre abreviado de la doctrina que es la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones (Legarre y Rivera, 2006: 109). La comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que «un solo precedente» constituye derecho y genera obligación. Es lo que Goodhart llama «la doctrina del precedente individual obligatorio» (Legarre y Rivera, 2006: 110). Así, vamos delineando el terreno de este concepto, concretamente:

«En Inglaterra, así como en los demás países que siguen el *Common Law* basta que haya una decisión — *in point*—, es decir, aplicable al caso presente, para que un juez se vea obligado, en principio a seguirla. Ello no ocurre, en líneas generales, en Francia y en los demás países de tradición civilista. Es verdad que en esos países existe un cierto respeto por la jurisprudencia, por los ‘precedentes’, pero no por *un* precedente» (Legarre y Rivera, 2006: 111).

Con todo esto, «la idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes —o, simplemente, los ‘precedentes’—, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante» (Legarre y Rivera, 2006: 109). Así, el rol fundamental que tienen los hechos del caso para constituir un precedente es una nota propia del precedente en su concepción original inglesa. Más adelante veremos cómo muta en nuestro sistema esta característica. «Sea cual sea el modelo que se siga no se puede prescindir de los hechos del caso, pues es a partir de estos hechos que la práctica del precedente y su explicación teórica encuentra su razón de ser» (Ramírez, 2018: 70). Abordemos de inmediato las dos caras de la doctrina del precedente.

5.3.1.1. *Stare decisis* horizontal

Como descripción general, puede decirse que se refiere a la obligación de los jueces de resolver los casos pendientes de decisión, ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes, dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos (Legarre y Rivera, 2006: 114).

Conocido es que existen ciertas formas de apartarse del precedente en el *Common Law*. Esto no es un pecado inglés, en tanto que —como hemos hecho notar— la fuerte vinculatoriedad de los precedentes, a diferencia de otros sistemas como el *Civil Law*, es su factor de singularidad. Por ello, una cuestión pilar es la analogía, un tema crucial «para la técnica del precedente. La falta de similitud entre un caso y un determinado precedente permite *distinguirlos* y, por tanto, no aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos. Esto se conoce como *distinguishing*» (Legarre y Rivera, 2006: 114).

El hermano mayor del *distinguishing*, es el *overruling*, «que consiste en una especie de derogación judicial» (Legarre y Rivera, 2006: 114). Como hacen notar Cross y Harris, «la mera posibilidad de *overruling* implica la desaparición de la obligatoriedad horizontal». Complementemos la idea:

«Pues bien, cuando los jueces recurren al *overruling* se encuentran ante un precedente aplicable al caso que deben resolver, es decir se trata de una decisión anterior cuyos hechos son materialmente idénticos a los del caso en cuestión, por lo que, *prima facie*, están obligados a seguir dicho precedente. Pese a ello los jueces no solo inobservarán el precedente, sino que además declaran que debe fijarse una nueva decisión frente a estos hechos. De allí que, la anulación de un precedente no puede basarse en cualquier razón, es necesario que la razón invocada para la anulación sea especialmente seria y muy fuerte. En otras palabras, no se puede anular un precedente simplemente porque no se está de acuerdo con él, es esencial que más allá del mero desacuerdo existan razones gravitantes para hacerlo» (Ramírez, 2018: 74).

Aun cuando hacemos notar que no pueden existir dos hechos materialmente idénticos tal y como lo hace notar el autor, preferimos aquí el término «relevantemente semejantes». Rescatamos la idea que subyace: se deroga un precedente cuando existen razones proporcionales a las que motivaron el nacimiento de aquel.

En suma, dos grandes figuras permiten en general no aplicar el precedente matizándose una de la otra. Es decir, *distinguishing* de *overruling*, por su intensidad respecto del precedente. La primera examina analógicamente el precedente y, al no verificar su presupuesto fáctico, lo aparta sin derogarlo. Por otro lado, la segunda realiza el mismo razonamiento, pero concluye extinguiendo la vida jurídica útil del precedente. Por ello, «el valor que tiene el precedente en el *Common Law* no se constriñe únicamente a su capacidad para garantizar el respeto por las decisiones pasadas, sino en asegurar al mismo tiempo, que las decisiones malas no se vuelvan a repetir. Por ello, el poder que tienen los jueces de apartarse de decisiones anteriores es consustancial a la doctrina del precedente en el *Common Law*» (Ramírez, 2018: 74).

5.3.1.2. *Stare decisis* vertical

Es la obligación de los jueces de resolver los casos pendientes de decisión, ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior. Pero determinada jerarquía no significa que exista un *stare decesis* vertical, como bien anota el citado autor: «de hecho, puede haber estructura jerárquica sin *stare decisi* vertical, como ocurre en los países del *Civil Law*».

En el *Common Law*, «no obstante, la estructura jerárquica de las cortes hace patente dicha obligatoriedad ya que habilita una especie de sanción para los tribunales inferiores que se aparten de la jurisprudencia de sus superiores: la revocación de sus sentencias» (Legarre y Rivera, 2006: 119). Nótese que eso en nuestro ordenamiento lo compartimos con el sistema inglés, en tanto que el juez que no aplique el precedente (se entiende desconociendo los medios que lo habilitan para hacerlo) será sancionado solo por su incumplimiento con la revocación de su sentencia, aun cuando ciertas posturas en el seno nacional —como la del profesor Leyser León— proponen que el magistrado responda más allá. Es decir, civilmente.

5.3.2. *Ratio decidendi*

Para comprender el significado de *ratio decidendi*, es menester saber que «seguir una decisión previa no implica seguir la decisión judicial en su conjunto, sino únicamente su razón para decidir. Por ello, existe un acuerdo general de que la *ratio decidendi* es la parte vinculante de una decisión anterior» (Ramírez, 2018: 71).

«*Ratio decidendi* significa en general, «razón para decidir», y en el ámbito del derecho vendría a ser la razón (o las razones) de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera. Los ingleses definen la *ratio decidendi* como «una resolución [*ruling*] expresa o implícitamente dada por un juez, suficiente para resolver una cuestión jurídica suscitada por los argumentos de las partes en un caso, siendo una cuestión sobre la cual una resolución [*ruling*] era necesaria para la justificación... que el juez brindó de la decisión que adoptó en el caso» (Legarre y Rivera, 2006: 119).

Por ello, «*ratio decidendi* es configurada, al mismo tiempo, de dos maneras diferentes: por un lado, como un criterio estructural de la decisión (una parte de la sentencia judicial); y, por el otro, como la parte vinculante de la decisión. Especularmente, el *obiter dicta* es definido como todo aquello que no forma parte de la *ratio decidendi* y, por ello, no es obligatorio» (14). Es imperativo dejar en claro algo, aun corriendo el riesgo de parecer redundantes: «un caso es una autoridad solo para lo que realmente se decide. Es decir que la *ratio* y el *holding* (como se conoce a la *ratio* en Estados Unidos) de una sentencia quedan delimitados por los hechos a los cuales se aplican. Solo cuando en un caso futuro existen hechos relevantemente análogos a los del precedente, su *ratio/holding* obliga, tiene autoridad» (Núñez, 2018: 56).

5.2. El «ser» del precedente en el Perú

En palabras del profesor Leyser, quien hace suya una visión fina de la realidad que en su momento postulara el ilustre jurista italiano Julio Ascarelli, quien en una observación cuasi profética para su tiempo «vislumbró que la «síntesis» del *Common Law* y el *Civil Law* iba a suceder en un espacio geográfico como el de América Latina, cercana geográficamente a Estados Unidos, pero igualmente heredera de la tradición del derecho civil» (Hilario, 2008: 266).

Surge inmediatamente las preguntas: ¿Tenemos un sistema de precedentes en el Perú? ¿Cuál es el estado actual de la cuestión producto de la implantación de una figura propia y ampliamente desarrollada en el *Common Law*? Ocupémonos en este apartado qué hacen los jueces y no lo que dicen que hacen.

Tomemos como punto de partida que no innovamos al decir que el «precedente» en el Perú está a centurias de ser lo que en otras latitudes más correctamente es el precedente. Esto, más bien, es un intento por llevar las aguas al buen puerto de la razonada, teniendo que ceder ahí donde vemos que nuestra postura se aleja de la razón y defenderla ahí donde el otro no la tiene (con todo lo objetivamente complejo que es), tal y como los sabinianos y papinianos lo hacían tan inteligentemente en la época imperial romana.

5.2.1. Primera composición

Contrastar nuestra realidad, con la existente en el *Common Law*, es apoyarnos en las notas características del *Civil Law*. Hay resaltar aquí que, respecto del precedente, «hay una diferencia metodológica radical entre los dos sistemas. En el moderno derecho continental, como ocurría en el derecho romano, el énfasis no está en el caso individual en particular sino en una serie o grupo de casos que crean una práctica» (Legarre y Rivera, 2006: 111).

Así, pues, es la tenaz jurisprudencia (entendiéndola en el sentido restringido) la base de lo que luego será precedente. Miremos esta afirmación ya no con los ojos del *Common Law*, sino con y desde la óptica de nuestra realidad. Cappelletti, después de reconocer que la ausencia de una doctrina formal de *satate decisio* en la mayoría de los países del *Civil Law* (el nuestro por supuesto) sigue siendo una diferencia importante con los sistemas de *Common Law*, afirma, sin embargo:

«De *facto* siempre se ha reconocido una *autoritas rerum similiter judicatarum* —la autoridad de los precedentes— incluso en la tradición del *Civil Law*. La diferencia, de hecho es esencialmente una de grado y tiene que ser vista en conexión con... la estructura diluida de los tribunales, la inundación de decisiones irrelevantes tapando las pocas significativas, el personal judicial más anónimo y orientado a la rutina: todas estas características [de los sistemas del *Civil Law*] conducen a tornar esa *autoritas* menos pronunciada, menos visible, y menos dramática que la autoridad de los precedentes en las áreas donde prevalece la tradición del *Common Law*» (Legarre y Rivera, 2006: 111).

Es como si se viera tras bambalinas de esos tan pomposos (y a veces poco útiles por usar un eufemismo) plenos casatorios de nuestra Suprema Corte. Sumemos a todo lo anterior el hecho

no menor de que los jueces de la más alta vértice en la jerarquía judicial casi siempre terminan de acuerdo en las malas razones, si de sentar «precedente» se trata. En suma, hay factores externos y hasta culturales que no corresponden a este trabajo explicar, pero que sin duda influyen mucho en qué medida no solo se dicta un «precedente» en nuestro país, sino en qué medida se respeta por la judicatura, litigantes y doctrinarios.

5.2.2. Segunda composición

La ley, qué duda cabe, es el manjar al momento de resolver en los fueros judiciales. Es razonable y perfectamente válido que así sea.

«En ese sentido, Gottheil sugiere que la obligatoriedad del precedente es al *Common Law* lo que la obligatoriedad de la ley al *Civil Law*; y Oteíza da a entender que esto es así en casi todos los países latinoamericanos, donde la preeminencia de la ley *versus* la relativa palidez de la jurisprudencia están implicadas en la distinción entre ‘fuentes formales’ (entre las que sobresale la ley) y ‘fuentes materiales’ (que incluye la jurisprudencia)» (Legarre y Rivera, 2006: 112).

En este punto consideramos que debemos asumir un concepto amplio de precedente. Básicamente, porque en nuestra latitud nacional, si bien no podemos saber qué es exactamente lo que tenemos, sin duda es un combinado de caracteres propios del precedente estrictamente inglés y de la «singularidad» que empezó a transformarse con el paso de los años desde que se importó esta figura en nuestra familia del *Civil Law*. Compartimos el criterio, a modo de colofón, esbozado por el profesor Núñez Vaquero:

«Por ‘precedente’ entiendo cualquier decisión jurisdiccional que expresa al menos una norma a la que se le dota de algún valor normativo para casos diferentes a aquel en cuyo contexto fue dictada. Se trata, por tanto, de una propiedad de las decisiones jurisdiccionales que puede estar presente o ausente en las mismas, que se constatará en un caso concreto en la medida en que una norma le otorgue tal propiedad a una decisión o conjunto de decisiones jurisdiccionales. Dicho de otro modo, estaremos frente a una decisión que cuenta como precedente, toda vez que haya otra norma que indique que aquella es un precedente: la regla del *stare decisis*» (Núñez, 2018: 57).

Se ha mencionado que se estará frente a un precedente cuando una norma, externa al precedente en sí, indique que aquel es precedente. En suma, esto es la regla del *stare decisis* adecuada a nuestra realidad. Afirmación que no deja de ser exacta, en la medida en que existe en el Perú el predominio de la ley, tanto que define qué es y qué no es fuente en nuestra Constitución. Siguiendo este hilo legal abierto, las normas son las que en el Perú dotan de carácter vinculante al «precedente» de entrada el texto único ordenado (TUO) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 22, así como el artículo 450 del Código Procesal Civil y el 433 del Procesal Penal.

Salvo mejor parecer, creemos que este intento de definición, por la amplitud de la figura bajo análisis, es lo que más razonablemente se acerca a describir la realidad existente del «precedente» en nuestro ordenamiento. Así, hace suya elementos de ambos sistemas y sus fuentes prioritarias.

6. CONCLUSIONES

- La jurisprudencia es fuente de derecho o, mejor, fuente de norma jurídica, pues existe una disposición normativa constitucional, y también civil, que exige a los jueces no dejar de administrar justicia en casos de vacíos de la ley.
- En el sistema inglés, las notas características del precedente indican una fuerte vinculatoriedad con el derecho producido por los jueces, quizá la de más fuerza de todos los ordenamientos jurídicos. Así, la nota distintiva no es la capacidad de apartarse del precedente, pues en nuestro país es también posible, sino el grado de vinculación que los jueces llamados a aplicar el precedente le otorgan, en virtud de este espacio de libertad de seguir o no al precedente en nuestro país.
- La realidad nacional demuestra que, aunque algunos no consideren a la jurisprudencia como fuente, los operadores de justicia siguen empleando decisiones judiciales anteriores emitidas por una corte de vértice (Corte Suprema y Tribunal Constitucional). Así, el concepto autoritativo de *stare decisis verical* es el más marcado en nuestro ordenamiento. Es decir, al momento de aplicar la decisión anterior, casi siempre no se observa lo relevante del criterio judicial, sino quién la dictó.
- La(s) regla(s) (disposiciones judiciales) emitidas en los precedentes dictados en sede judicial, contrariamente al precedente en el *Common Law*, busca(n) no solo que los hechos del caso en concreto se subsuman en esta(s) regla(s), sino también la que sea aplicable a la mayor cantidad de casos futuros, independientemente de que los hechos sean relevantemente semejantes.
- La naturaleza de las reglas establecidas en los precedentes, creemos, son verdaderas disposiciones normativas emanadas del Poder Judicial. Es decir, disposiciones judiciales. Así, el precedente, si bien deviene de las decisiones judiciales, al momento de que la corte de más alta jerarquía los consagra como reglas obligatorias, los convierte en una auténtica fuente autónoma de derecho.

7. REFERENCIAS

- AGUILÓ REGLA, J. (2012). *Teoría general de las fuentes del derecho*. Ariel.
- BLANCO, A. L. (s. f.). «El recurso de casación civil: propuestas para la estructuración de un mecanismo eficiente». 15.
- CARRASCO, M. A. (2010). *El nuevo recurso de casación civil. Recientes modificaciones y repaso jurisprudencial*. Lima.
- CROSS, RUPERT y HARRIS, JAMES W. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.

- CUEVAS, G. C. (2010). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- GACETA JURÍDICA (2015). *Manual del derecho procesal civil*. Tomo I. Lima. GARCÍA MAYNES, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa.
- GONZALES, E. V. (s. f.). «Nuestro recurso de casación civil a la luz de la última reforma legislativa». *Foro Jurídico*, número 9.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. (2010). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Ciudad de México: Nostra Ediciones, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/sistemas-juridicos-nuria-gonzalez.pdf>
- GUASTINI R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Raguel.
- GUIDO, A. (2000). *European community resolutions and the codification of private law*, .
- LEGARRE, SANTIAGO y RIVERA, JULIO CÉSAR (2006). «Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*». *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), pp. 109-124. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100007>
- LEÓN HILARIO, L. L. (2007). «*Common law vs. Civil law* : la competencia entre ordenamientos jurídicos. Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rozas». *Foro Jurídico*, número 7, pp. 259-267. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18481>
- NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (2018). «Precedente en materia de hechos». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31(1), pp. 51-78. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100051>
- OROZCO MUÑOZ, M. (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Aranzadi.
- RAMÍREZ FIGUEROA, J. (2018). «Los hechos en el precedente: fundamentos para una reconstrucción racional del precedente constitucional en el Perú». Tesis para optar el título de magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú. Repositorio institucional. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/12498>
- RUBANO LAPASTA, I. M. (2000). «El sistema del *Common Law* en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América». *Revista de la Facultad de Derecho*, número 18, pp. 69-78. Recuperado de <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/268>
- VÁSQUEZ, A. T. (2019). *Introducción al derecho*. Lima: Pacífico.

EL CONSTITUCIONALISMO Y LA SUPERACIÓN DEL POSITIVISMO EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO COMO PRINCIPIO PROCESAL Y NO COMO EXCEPCIÓN

Asociación de Estudios e Investigación (Processus), de la Universidad Nacional de Cajamarca

RESUMEN

Este artículo propone la incorporación del control difuso como principio procesal a partir de un análisis constitucional del proceso civil peruano. Para ello, se aborda, en primer término, el positivismo, el constitucionalismo y el control difuso, para conocer, entre otras cosas, su origen, evolución, peculiaridades, deficiencias, y la relación existente con el proceso. Seguidamente, se analizan los principios procesales, como también la jurisprudencia entorno a la aplicación e interpretación del control difuso por parte del Poder Judicial. Finalmente, con los aspectos esbozados, se procede a justificar la necesidad de positivizar el control difuso como principio en el Código Procesal Civil, toda vez que este mecanismo, en el plano práctico, resulta ser ineficaz.

Palabras clave : constitucionalismo, positivismo, principios procesales, control difuso, proceso.

ABSTRACT

This article proposes the incorporation of diffuse control as a procedural principle based on a constitutional analysis of the Peruvian civil process. To do this, positivism, constitutionalism and diffuse control are addressed, in the first place, in order to know, among other things, its origin, evolution, peculiarities, deficiencies and the existing relationship with the process. Next, the procedural principles are analyzed, as well as the jurisprudence around the application and interpretation of diffuse control by the Judiciary. Finally, with the outlined aspects, we proceed to justify the need to positivize diffuse control as a principle in the civil procedural code, since this mechanism, on a practical level, turns out to be ineffective.

Keywords: constitutionalism, positivism, procedural principles, fuzzy control, process.

1. INTRODUCCIÓN

La historia del positivismo y su implicancia nos abren paso a la esencia misma del desenvolvimiento del juez en un proceso, en que, a grandes rasgos, se puede percibir como un simple aplicador de las normas preestablecidas por el legislador. Pero de la misma cuestión se puede derivar algo más, y eso es que el papel del juez no se detiene ante esta limitación porque su desenvolvimiento en esta ardua labor es parte primordial de la evolución del derecho. Así, podemos visualizar cambios de gran relevancia en el desarrollo del proceso.

Luego del positivismo viene otra corriente con gran incidencia para el derecho y nos referimos al constitucionalismo. Y lo significativo en esta cuestión es que la aplicación de normas no solo se

limitará a la legalidad misma, sino que romperá estas fronteras e irá más allá, según los parámetros que nos establece la norma fundamental y sus generalidades.

Con estas cuestiones relevantes, lo que busca el presente artículo es desarrollar el tema de control difuso, sentando las bases actuales de su tratamiento, sentencia que hacen referencia a este asunto y las construcciones jurídicas que giran alrededor de este punto.

Y esto para corroborar nuestra hipótesis, la que está enfocada en desvelar que el control difuso no solo debe ser una excepción para la aplicación de la Constitución en determinados casos que así lo requieran, sino que se debe impulsar los procesos la aplicación del control difuso como un principio que se pueda utilizar de manera habitual.

De tal modo que esta construcción tenga su justificación a partir de que la Constitución, como norma fundamental, debe guiar todas las decisiones, tanto las emitidas por el Tribunal Constitucional como las de la jurisdicción ordinaria.

Por ello, se han tratado estos contenidos. Además, se ha creído conveniente presentar algunos principios procesales emitidos por la jurisprudencia del Poder Judicial que giran en torno a la aplicación del control difuso.

En su conjunto, todos estos aspectos nos permitirán respaldar nuestra hipótesis y proponer estas ideas para la aplicación en la realidad peruana.

2. CONTENIDO

2.1. Positivismos y proceso

La escuela francesa de la exégesis es citada como el origen del positivismo jurídico. Esto porque, tras la aprobación del Código Napoleónico, muchos juristas se basaron en su estudio para responder los casos que se suscitaban en aquella época y realidad. Así, se desprende la idea que la misión del jurista no era crear derecho, ya que este estaba contenido en el Código, sino debía realizar aplicaciones en base a lo que el legislador había establecido de manera previa.

Posteriormente, en Inglaterra, el positivismo jurídico está influenciado por John Austin (1861), autor de la corriente de la jurisprudencia analítica. Austin entiende que el derecho está formado por normas que han sido establecidas para guiar a los individuos a partir de la aplicación que puede realizar otro individuo instruido al respecto.

En 1934, Hans Kelsen, en su obra *Teoría pura del derecho*, considera que no hay otra norma que la positiva. Esta recibe su alcance jurídico de otra norma, la que le otorga lo conforme o contrario al derecho. Así, alude a un deber ser (dirigido hacia el comportamiento social). Las normas a través de las cuales se manifiesta el derecho se contienen en diferentes instrumentos y es imprescindible reconducir ese conjunto de normas a un esquema lógico. Para ello, propone la concepción piramidal en que toda norma jurídica es creada en virtud de la autorización de una norma anterior, de la cual extrae su validez y establece en qué forma ha de crearse e, incluso, condicionar su contenido.

A partir de lo mencionado, podemos ver que la historia de la función judicial gira en torno de la influencia o vinculación que en la actividad decisoria del juez ha tenido la norma escrita, aquello que Guzmán (1981) denomina «criterio positivo de enjuiciamiento entregado desde afuera» (p. 203). Por ello, podemos apreciar que una deficiente visión histórica presenta al juez condicionado al cumplimiento de su función como un aplicador de la norma escrita.

Monroy (1996), por su parte, manifiesta que, en la mayoría de las sociedades, el juez construyó —y seguirá construyendo— su decisión, teniendo en cuenta la norma jurídica. Es decir, elabora el derecho a partir de ella. Asimismo, afirma que el juez —identificado con los avatares de su tiempo— produjo el derecho para su sociedad, dependiendo de las necesidades que esta presentara.

En realidad, elevada la ley a la calidad de fuente extraordinaria y suprema, toda la vigencia social del derecho se desplazó a los Parlamentos. Así, los juristas, casi sin percepción de esto, pasaron de ser los protagonistas del desarrollo y evolución de la sociedad a simples repetidores de la ley.

Así, en la función judicial, hay una mezcla de aplicación y —contra lo que se cree de esta corriente— de creación del derecho. La capacidad de creación es diversa, aun cuando esté presente un límite determinado en el ordenamiento jurídico, que estaría constituido por las normas superiores.

2.2. Constitucionalismo y proceso

Con la idea de positivismo y partiendo de la premisa de una norma presupuesta planteada por Kelsen, con la Segunda Guerra Mundial, surge la idea de darle más importancia a los derechos fundamentales y al valor de la persona humana, constitucionalismo, no solo en vista de regirse con una Constitución, sino de un constitucionalismo garantista.

Para Häberle, citado en Priori (2019), un Estado constitucional es aquel que está regido por una norma superior, Constitución, que se inspira en ciertos valores, todos los cuales giran en torno a la dignidad de la persona. Señala que se le debe entender de dos maneras, en sentido formal, dado que es aquel que tiene una norma fundamental, usualmente denominada Constitución, considerada como el fundamento del Estado, pero, además, la norma de máxima jerarquía dentro de él; y en sentido material, dado que es aquel que reconoce ciertos valores que giran en torno a la dignidad de la persona, en la forma democrática de gobierno y en el respeto de los derechos fundamentales.

El objeto de estudio del derecho procesal es la jurisdicción, la cual se concretiza en una decisión judicial que debe garantizar una debida motivación constitucional. Es decir, debe existir una interpretación de las disposiciones jurídicas en función a los derechos fundamentales (Arbulú, 2015). El constitucionalismo influye en el proceso al buscar que este sea justo, para el cual se deben cumplir con el respeto a garantías procesales constitucionales para enfrentar una patología jurídica, a la vez que la decisión final se encuentre fundada en derecho y sea razonable.

Por otro lado, la concepción del proceso como garante del constitucionalismo se da cuando este respeta, protege y brinda la tutela necesaria (a la par de su consecuente efectividad) a los

derechos consagrados en la Constitución Política del Perú, derechos que podemos encontrar en los artículos 2, 3 y a lo largo de la Constitución. Priori (2019) indica que, desde la perspectiva del Estado constitucional, el proceso es un conjunto de derechos fundamentales concebidos para que cualquier ciudadano pueda acudir ante un órgano independiente que ejerce función jurisdiccional para buscar una protección adecuada, oportuna y eficaz a sus derechos. Ese conjunto de derechos está enunciado de modo tal que todos los ciudadanos puedan acceder sin restricción al proceso para que, al tener la posibilidad de exponer sus razones y acreditarlas, obtengan, en un plazo razonable, una respuesta sobre el conflicto que han planteado ante el órgano jurisdiccional, a lo que agregaremos la necesidad de la aplicación de los principios y disposiciones fundamentales por sobre las disposiciones legales. Esta respuesta debe estar debidamente justificada no solo en las razones de hecho que las partes han esgrimido, sino también de derecho. Lo esencial está en que dicha decisión no solo pone fin de modo definitivo al conflicto, sino tiene la capacidad de ser ejecutada en la realidad por la fuerza del propio Estado, pues, así, se impide el uso de la violencia privada, pero, además, se garantiza la realización de valores que inspiran el sistema jurídico. Todos esos derechos fundamentales que rigen el proceso son denominados, en conjunto, con la expresión «tutela jurisdiccional efectiva». En la práctica procesal la conceptualización del proceso como «garante» del constitucionalismo está ligada directamente al cumplimiento y respeto de los artículos 138 y 139 de nuestra Carta Magna.

Para Priori (2019), el proceso es el escenario donde se ejerce la jurisdicción. La concepción de proceso que tengamos debe permitir la realización de los fines que la Constitución le asigna a la jurisdicción, más allá de lo que el Legislativo pueda prever como procedimiento legal.

En este sentido, la positivización del control difuso surge a partir de la necesidad de darle un contenido valorativo a las instituciones procesales, que —actualmente— está ausente en una concepción dogmática que explica las instituciones a partir de su coherencia racional y sistemática, antes que en su consistencia valorativa. Debemos tener en cuenta que los procesos, en general, se rigen por los derechos y principios contenidos en la Constitución, que en algunos casos están condicionados a la discrecionalidad del juez, por lo que debiera ser una exigencia que el juez observe en todo proceso la posibilidad de aplicar el control difuso.

2.3. Control difuso

Al ser partícipes y vivir en un Estado constitucional de derecho donde la democracia es uno de los pilares fundamentales, encontramos el control de constitucionalidad, que es la verificación respecto si una ley contraviene o no lo establecido previamente por una Constitución en un ordenamiento jurídico determinado.

En la práctica, el control de constitucionalidad comprende dos controles. Por un lado, se habla de un control concentrado, facultad para expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que contravienen a la Constitución. Por otro lado, se tiene al control difuso, que consistirá en contraponer una norma de menor jerarquía frente a otra de mayor jerarquía, en que se terminará

dando preferencia a esta última. A diferencia del primer control mencionado, el control difuso no deroga ninguna ley.

Respecto al control concentrado, podemos decir que el antecedente más antiguo se encuentra en Inglaterra, cuando Sir Edward Coke declaró, en el *Dr. Bonham's Case*, el principio de «supremacía del *Common Law*» sobre el absolutismo del rey e, incluso, sobre la soberanía del Parlamento.

Por otro lado, cuando nos referimos solo al control difuso o modelo estadounidense, el antecedente más importante se suele situar en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* resuelta por el juez Marshall al aplicar el control difuso en 1803, lo que inauguró el *judicial review* (la revisión judicial), cuyo objetivo era permitir que los jueces puedan supervisar y controlar que ciertos criterios constitucionales se respeten en un caso en particular.

Ahora bien, en el plano nacional, Manchego (2005) menciona que las bases del derecho constitucional del siglo XIX en el Perú estarían inspiradas principalmente en la corriente estadounidense, de la cual se desprenderán distintas figuras, como la del presidente de la República o los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tomaron de la Revolución francesa o la Revolución de la burguesía el concepto de la soberanía como rechazo a la monarquía.

En cuenta este contexto, el caso peruano es representativo. Desde 1936 se instauró de manera infraconstitucional, en el Código Civil, el control difuso. La jurisdicción constitucional alcanza rango constitucional con la Carta de 1979, que instaura el sistema de control concentrado, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), que resolverá las acciones de inconstitucionalidad, y acoge también el sistema difuso. A decir de Sequeiros (2009), la Constitución de 1979, con claridad semántica, pero esencialmente con conocimiento trascendental de la materia, después de un debate esclarecedor, incluye el control de constitucionalidad judicial a través de la inaplicación normativa.

El artículo 236 de la referida Ley Fundamental establecía:

«En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna».

Hoy, la Constitución Política de 1993 regula el control difuso así:

«La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado» (artículo 51).

«La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior» (artículo 138)

Por lo estipulado en la vigente Carta Magna, se desprende que, en el Perú, el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular. «Se dice 'difuso' porque no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los Jueces del Poder Judicial» (Quiroga, 1996: 219). Este tipo de control es subsidiario, residual y subjetivo. Subsidiario, porque «sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los Tribunales de Justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional» (Quiroga, 1996: 220). Residual, porque «la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está 'añadida' a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al 'caso concreto', 'interpartes', nunca le puede relevar de su función de hacer 'reparto' materia de la controversia judicial» (Quiroga, 1996: 220). Y subjetiva, porque «solo parte —como fuente— de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario» (Quiroga, 1996: 220).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la Resolución 01680-2005-AA/TC, del 3 de septiembre de 2005, se pronuncia:

«2. [...] el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso).

[...] tiene como características la de ser una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, constituyendo así un derecho directamente aplicable».

La citada jurisprudencia establece que el control de constitucionalidad siempre será la «última ratio a la que el juez deba apelar» (fundamento 3). En palabras de Quiroga (1996), «una pauta sumamente básica de que jamás tocará la cuestión de constitucionalidad de una ley a menos que razonablemente no le quede otra cuestión a la cual recurrir» (p. 217). Establece, además, cuatro límites al ejercicio de control judicial de constitucionalidad de las leyes: que se realice en el seno de un caso judicial y solo en lo que respecta al objeto de este caso, que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez, que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo y, por último, que no se realice control judicial de constitucionalidad de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional en el seno de un control abstracto de constitucionalidad (excepto cuando ha sido declarada inaplicable por un organismo jurisdiccional internacional en materia de derechos humanos; cuando se advirtiera que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional, o cuando el Congreso haya modificado, con posterioridad, la Constitución, generando así un supuesto de inconstitucionalidad).

En esta línea, la Corte Suprema se pronuncia, en la consulta de la sentencia del Expediente 1618-2016-Lima Norte, en que establece reglas para el ejercicio del control difuso, las cuales

consisten en partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales. Además, realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicar una norma cuando es la vinculada al caso; realizar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma; siendo obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; e iniciar, identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia.

Por ello, es necesario precisar, además, que el control difuso puede realizarse por medio de la emisión de un auto o de una sentencia, aquello en virtud de la no limitación establecida por el Código Procesal Constitucional, en el artículo VI de su Título Preliminar, sobre una posible exclusividad de un control difuso limitado a las sentencias, limitación que es negada también por el artículo 138 de la Constitución en su segundo párrafo, confirmando la idea hasta aquí desarrollada.

Finalmente, en este punto, la cuestión que nos atañe es responder la siguiente pregunta: ¿El juez solo realiza control de constitucionalidad en los casos en los que la norma general contraviene los contenidos de la Constitución al aplicarse al caso concreto?

Para responder esta cuestión, debemos tener en cuenta que el punto de partida para la interpretación es el principio de supremacía constitucional, ya que la Constitución es la norma suprema que dota de legitimidad a las normas de rango infrafundamental. Su aplicación, para el caso concreto, implica que el juez no puede evitar la revisión de la norma individual y su conformidad con la Constitución.

Para explicar de mejor manera si es posible que el control difuso sea aplicado no solo cuando la norma individual sea inconstitucional, sino también cuando no lo sea, es necesario desarrollar ambos conceptos y distinguirlos.

- a. **Control difuso positivo:** Para la inaplicación de la norma incompatible con el contenido constitucional, es necesario verificar la relación de compatibilidad. Por ello, el primer paso es un control de constitucionalidad, específicamente difuso, que adquiere la calidad de positivo al implicar la afirmación por parte del juez que esta norma individual es constitucional. Así, se corresponde con el ordenamiento jurídico y puede generar efectos interpartes. Para llegar a un segundo escalón, que es la inaplicación de norma, es necesario pasar por el primero.
- b. **Control difuso negativo:** Este control difuso, en cambio, es la inaplicación de la norma individual al caso concreto, porque los contenidos constitucionales no llegan a empaparla. Por lo tanto, esta norma no se corresponde al ordenamiento jurídico. En consecuencia, se inaplica la norma general y el juez se aparta de esta para revisar directamente los principios que la subyacen, conectándolos con los hechos a través de la interpretación, teniendo como resultado una nueva norma individual.

Consecuentemente, tras desarrollar ambos conceptos y distinguirlos, nos damos cuenta de que el control difuso, mediante su acepción positiva, es aplicado en todos los procesos (acepción positiva). Por tanto, es menester que sea regulado como principio procesal, dada su gran importancia y relevancia.

2.4. Principios procesales

2.4.1. Definición

Ovalle (1994) señala: «Los principios procesales son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal» (p. 187).

Por su parte, el doctor Monroy (1996), en atención al marco para la interpretación e incluso para la integración de los ordenamientos procesales, considera:

«Los principios procesales vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Además, esta también es la razón por la que aparecen en el frontis de un ordenamiento, en su título preliminar.

En definitiva, los principios procesales acogidos en un código son expresiones de una determinada tendencia. A pesar de ello, debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiando los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación» (p. 78).

Por otro lado, Mazzaresse (2010) manifiesta:

«Los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento jurídico no se agotan en los criterios formales (metanormas de procedimiento y de competencia), sino que están flanqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados» (p. 234).

Para Alexy (2007), en cambio, los principios son:

«Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado, y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no» (pp. 67-68).

Tomar en serio los principios exige construir reglas y garantizar los derechos y considerarlos no ya meros principios programáticos, sino reglas de pleno derecho que informan el ordenamiento, contienen los criterios de reconocimiento y aplicación. Además, vinculan a los operadores jurídicos (Pérez, 1993). Su transformación en reglas formal y materialmente válidas y socialmente eficaces que contienen una pretensión de corrección les somete al derecho. La incorporación pasa de tener una exigencia ética, una pretensión o un *moral right*, a poseer un derecho subjetivo, un poder y/o una facultad, una razón *prima facie* y/o de primer orden para actuar y obligar a los demás a comportarse según esta exigencia.

Positivizar los principios es admitir que son triunfos frente al cálculo, al juego o al regateo políticos, pero no son inmunes a la utilidad, al costo y a las consecuencias y que, así como no hay derechos absolutos sino resistentes (Prieto, 1990), tampoco hay principios absolutos. De ahí su ordenación y prelación (Gracia, 2008). Positivizar los principios es, paradójicamente, tomar en serio los principios y los derechos. Tras las sentencias, se dictan leyes que transforman los principios en reglas con validez (material y formal), eficacia y vinculatoriedad.

2.4.2. Importancia

Los principios son útiles, ya que brindan un marco para la interpretación e incluso para la integración de los ordenamientos procesales.

Por otro lado, estudian la formación del objeto procesal y su disponibilidad por las partes, así como el comportamiento, en general, de los sujetos procesales en la introducción, prueba y valoración de los hechos. Es decir, nos determinarán el régimen de entrada de la pretensión y de su oposición o defensa en el procedimiento, los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del juez en su enjuiciamiento (UNED, 2017).

Los principios del derecho son abruptos, difíciles, arduos y, sobre todo, argumentativos. El jurista necesita apoyarse en categorías o conceptos básicos para desarrollar su investigación, para hacerla verosímil. A la fecha, se tiene una idea confusa de ellos, pero comúnmente suele considerarse pilares básicos sobre los que se asienta una determinada concepción del derecho. Las más agudas disputas sobre temas jurídicos se resuelven apelando a que una de las opiniones se apoya en un principio general del derecho (Monroy, 1993).

Su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiando los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación. Es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso. Por ello, es necesario una interpretación creativa de los principios, que los haga concordar con los valores vigentes en la sociedad y en su dinámica en un momento histórico determinado.

Un principio procesal acogido en un código será útil en tanto penetre en la escena misma de la vida, se nutra del drama diario de una comunidad que aspira a ser mejor y, en definitiva, permita al juez decidir en justicia el caso concreto (Monroy, 1996).

Los principios que se tiene son vastos, recogidos como principios generales del derecho y los que integran la tutela jurisdiccional efectiva.

2.5. Jurisprudencia entorno a la aplicación del control difuso por el Poder Judicial y proceso

En el Perú hay un control de constitucionalidad difuso no tan abundante en materia procesal, pero sí interesante de estudiar. Entre las más importantes sentencias, tenemos:

a. **Expediente 003570 Piura (inaplicación del artículo 2001 inciso 4 del Código Civil):**

Proceso de alimentos interpuesto por Karina Sullón Ramos contra Santos Yamunaque Cruz, en que se le reconoció un monto por gastos de embarazo y por alimentos posteriores al parto, así como la pensión alimenticia de 400 soles a favor del menor hijo E. El demandado dedujo la excepción de prescripción de la acción de cobro de pensiones alimenticias correspondientes al periodo de 9/2008-2/2/2009, ya que, conforme lo establece el inciso 4 del artículo 2001, la acción para el cobro de la pensión alimenticia prescribe a los dos años y, por tanto, solo puede cobrar lo correspondiente al periodo 3/2/2009-3/2/2011.

El Segundo Juzgado de Paz Letrado de Castilla declaró infundada la excepción deducida y aprobó la liquidación de pensiones alimenticias, inaplicando el precepto legal por contravenir la protección del niño y del adolescente previsto en el artículo 4 de la Constitución

Se recurre al test de proporcionalidad para analizar esta inaplicación.

b. **Expediente 423-2011:** Luis Enrique Torres Dávila interpuso demanda de reducción de pensión de alimentos contra Pamela Melano Torres Jara, para que disponga la reducción del monto de la pensión.

El Juzgado de Paz Letrado declaró inadmisibile la demanda y dispuso que el demandante indique el monto de la pensión alimenticia actual y el que pretende, además de acreditar estar al día en el pago de la pensión alimenticia (artículo 565-A).

Posteriormente, se apeló esta decisión y el juzgado de familia inaplicó el artículo 565-A por contravenir el derecho de acceso al órgano jurisdiccional, artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

c. **Expediente 4861-2009:** Inaplicación del artículo 413 del Código Civil, el cual establece que están exentos de la condena en costas y costos los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales, a favor del artículo 23 de la Constitución Política, que preceptúa: El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

Se inaplica el referido artículo, pues nadie está obligado a trabajar sin retribución ni sin libre consentimiento. En este sentido, a pesar de que EsSalud es una entidad pública descentralizada con personería jurídica de derecho público, debió cumplir con el pago porcentual de los honorarios profesionales de los peritos designados.

- d. **Expediente 6292-2012:** Inaplicación del artículo 123 Código Procesal Civil por incompatibilidad constitucional con el artículo 139 incisos 3 y 14 de la Constitución.

La Sala Superior anula todo lo actuado hasta la Resolución 44, del 1 de agosto de 2011, y dispone que se renueve todo el acto procesal afectado. Es decir, se vuelva a calificar el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia, al advertir irregularidades y vicios insubsanables en la tramitación del presente proceso, pues, tratándose la presente causa de una impugnación de paternidad indebidamente, se ha tramitado bajo la vía procedimental abreviada.

Tal irregularidad tiene implicancia para el cómputo del plazo de apelación de la sentencia, pues, estando a la naturaleza y complejidad de la pretensión, le corresponde el trámite de la demanda sujeta al proceso de conocimiento, en que el plazo de apelación es de diez días según el artículo 373 del Código Procesal Civil.

2.6. Justificar la necesidad de positivizar el control difuso como principio en el Código Procesal Civil

2.6.1. Sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico y su incidencia en el control difuso

En un Estado constitucional de derecho donde prima el reconocimiento de la Constitución como norma suprema, surgen las formas de control constitucional basadas en el principio de supremacía de la Constitución sobre toda norma de rango inferior, ante la inconstitucionalidad de normas legales: el control concentrado y el control difuso a cargo de un juez, cuyo efecto es inaplicar la norma contraria a la Constitución en un caso en concreto. Este último aspecto es relevante para mencionar que, si el ordenamiento jurídico tiene las condiciones para ser constitucionalizado, hemos de preferir la norma fundamental sobre la norma de rango inferior. Claro está, siempre garantizado con el principio de la debida motivación en las resoluciones que definirán si estamos ante una correcta aplicación del control difuso o no.

Y en este extremo, si estamos ante una norma de rango legal que infrinjan manifiestamente derechos fundamentales no es necesario recurrir al Tribunal Constitucional como primera alternativa, para inaplicar la norma en el caso en concreto, sino, más bien, este ha de ser un deber del órgano jurisdiccional para aplicar el control difuso.

2.6.2. Cómo el control difuso constituye un principio

El control difuso está previsto en nuestro ordenamiento y, para que se constituya como principio, debe existir en el proceso como aquel criterio o idea fundamental que orienta al desarrollo de la

actividad procesal, ya que, por esencia, este control de constitucionalidad brinda un marco de interpretación en los casos de conflicto de normas. También el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil «obliga a los jueces aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente». Ello permite, mediante interpretación extensiva de la norma, se acoja al control difuso como principio, en el sentido que, ante un problema de normas o ante falta de invocación de alguna norma, el juez pueda ejercer labor de interpretativa y aplicar la ley en un caso concreto, teniendo como base el respeto irrestricto de la supremacía de la Constitución, sin ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

De ello se puede advertir que el juez, con su potestad de administrar justicia por imperio que la ley le otorga, puede interpretar y aplicar la ley, según la Constitución, teniendo en cuenta el caso en concreto, presunción de constitucionalidad de las normas en conflicto para emitir su pronunciamiento respecto del fondo de la controversia, sin perder de vista el orden y la seguridad jurídica.

Entonces, el control difuso es una de las líneas directrices que inspira el sentido de las normas o que sirve para interpretar el sentido que deben aplicarse las normas. Ello desde la perspectiva como principio, que ayuda a garantizar la correcta aplicación del derecho para resolver un conflicto de intereses con relevancia jurídica, logrando hacer efectivos los derechos sustanciales, así como lograr la paz social en justicia. Ello en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

En el derecho comparado, algunos ordenamientos jurídicos ya han regulado el control difuso como principio en sus dispositivos procesales. Así, por ejemplo, en el Código Civil Brasileño, reformado en 2015, se establece en el artículo 1 del Título Preliminar: «El proceso civil será ordenado, disciplinado e interpretado de acuerdo con los valores y normas fundamentales establecidos en la Constitución de la República Federativa de Brasil, observando las disposiciones de este Código». Ello permite directamente la aplicación de control difuso de las normas brasileñas, al fijar la interpretación según los valores y normas fundamentales establecidas en su Constitución. En esta línea, el Código Civil de España establece, en su artículo 1 inciso 2 del Título Preliminar: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior», al igual que el Código Civil de Costa Rica, en su artículo 2 del Título Preliminar, lo que permite a los jueces realizar directamente el control difuso, ya que se encuentra regulada e incorporada a nivel legal como norma directriz de sus procesos civiles.

2.6.3. Sobre el principio de supremacía constitucional y su incidencia en el control difuso

El control difuso es una expresión del control de constitucionalidad de las leyes. Tal como señala Amaya (2015), este control surge a la par de la separación de poderes en sus distintos modelos aplicativos. Así, por ejemplo, según el modelo estadounidense, de frenos y contrapesos, corresponde una división de funciones entre los tres poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En los fundamentos del control de constitucionalidad de leyes encontramos también el principio de supremacía constitucional.

A pesar de la importancia del control de constitucionalidad señalado en el párrafo anterior, esta no se encuentra positivizada a nivel del Código Procesal Civil, lo cual conlleva la escasa aplicación a nivel de los órganos jurisdiccionales, dependiendo de la discrecionalidad del juez. Ello, evidencia la necesidad de positivizar el control difuso a nivel del referido instrumento jurídico.

El control de la aplicación del control difuso, en primer momento, radicaría en la forma de aplicación, ya que, al establecerla como control necesario en un proceso civil, todos los jueces debieran hacer un breve análisis de la posibilidad de aplicación del control difuso, con mayor razón si el análisis surge a pedido de parte.

Luego, la aplicación del control difuso debe ser de observancia obligatoria en los casos difíciles, ya no en los casos fáciles o claros. Y las formas de control radicarían, por ejemplo, en la necesidad de motivación cualificada, ya que se inaplica una norma en un caso concreto, y el modo ya establecido en el artículo 408 del Código Procesal Civil. Es decir, la consulta.

2.6.4. El control difuso positivizado como principio procesal genera mayor seguridad jurídica

Un aspecto que revela de mejor forma el alejamiento —en términos descriptivos, no valorativos— de las máximas del positivismo metodológico por parte de ciertos operadores jurídicos, especialmente jueces, se evidencia en la potente inclinación de un importante segmento de estos al recurso de valores, principios implícitos y preceptos de justicia «natural».

Si bien para Hans Kelsen la seguridad jurídica es una utopía, debemos reconocer que, a pesar de cuestiones políticas, es fundamental que se protejan los derechos fundamentales de las personas.

En suma, no podemos limitar la actuación de los jueces en un proceso, debido a que muchas veces, al solo aplicar una determinada norma al caso concreto y no ver las cuestiones constitucionales, se podrían vulnerar derechos fundamentales que se podrían extraer de la misma Constitución. Por ello, el control difuso resultaría importante para la solución de controversias o incertidumbre jurídicas.

A partir de lo mencionado, se advierte que la historia de la función judicial gira en torno de la influencia o vinculación que en la actividad decisoria del juez ha tenido la norma escrita, aquello que Guzmán (1981) denomina «criterio positivo de enjuiciamiento entregado desde afuera» (p. 203.). Por ello, es posible apreciar que una deficiente visión histórica presenta al juez condicionado al cumplimiento de su función como un aplicador de la norma escrita.

Monroy (1996), por su parte, manifiesta que, en la mayoría de las sociedades, el juez construyó —y seguirá construyendo— su decisión teniendo en cuenta la norma jurídica. Es decir, elabora el derecho a partir de ella. Asimismo, afirma que el juez —identificado con los avatares de su tiempo— produjo el derecho para su sociedad dependiendo de las necesidades que esta presenta.

2.6.5. Ineficacia del control difuso en la casuística y argumentación jurídica

Pese a su regulación constitucional en el artículo 138, en los últimos tiempos se ha puesto en discusión los alcances y características de lo que la doctrina denomina control difuso. Así, se considera que su regulación en la Constitución es ineficaz. En torno a ello, es importante brindar algunos alcances.

Los operadores del derecho en el actual paradigma constitucional deben echar mano de uno de los principales instrumentos que poseen, la llamada «argumentación jurídica».

Ello implica que todas sus decisiones deben poseer rigurosidad en su fundamentación a nivel formal, material y pragmático. Sus hilos argumentativos deben ser coherentes.

Para motivar sus sentencias e inaplicar normas que contravengan a la Constitución, estas deberán usar también el test de proporcionalidad.

Este test permitirá demostrar que el juez tuvo un amplio margen para visualizar qué normas en principio se encontraban en evidente conflicto. Este test de ponderación responde siempre al caso en concreto, y no puede ser una simple copia de expedientes anteriores, ya que cada caso tiene características propias, pero este test debe responder también a la razonabilidad propia del derecho. Vemos en la casuística, en específico donde se prima el interés superior del niño y el derecho de acceso al justicia en el tema de alimentos, que el juez realiza una valoración a nivel de principios. Sin embargo, no racionaliza su decisión, pues esta persona que pide la disminución de la pensión alimenticia es precisamente porque no puede pagar el monto adeudado. Por ello, cuando se habla del interés superior del niño, en este caso son solo palabras vacías.

El control de constitucionalidad difuso no se alza como un sustituto del deber de legislar de nuestros congresistas, ni tampoco se presenta de manera excepcional, pues —como mencionamos— este está siempre presente en las decisiones del juez. De ahí su deber de argumentación continua.

Por último, debemos tener en cuenta que quienes se encuentran frente al cotidiano quehacer judicial son jueces que, atendiendo la rama civil, penal, laboral, no están preparados para enfrentar un correcto test de proporcionalidad, salvo honrosas excepciones. Es un punto que debemos combatir, la formación constitucional debe ser transversal.

3. CONCLUSIONES

- Podemos apreciar que una deficiente visión histórica presenta al juez condicionado al cumplimiento de su función como un mero aplicador de la norma escrita. La historia de la función judicial gira en torno a la influencia o vinculación que ha tenido la norma escrita en la actividad decisoria del juez, consignéndose en la función judicial una mezcla de aplicación y de creación del derecho.
- Como el proceso es el escenario donde se ejerce la jurisdicción, la concepción que tengamos de este debe permitir la realización de los fines que la Constitución le asigna a la jurisdicción, más allá de lo que el Legislativo pueda prever como procedimiento legal. Debemos tener en cuenta que los procesos, en general, se rigen por los derechos y

principios contenidos en la Constitución, que en algunos casos están condicionados a la discrecionalidad del juez, por lo que el juez debe observar en todo proceso la posibilidad de realizar un control difuso positivo.

- Generalmente se ha concebido al control de constitucionalidad como de última ratio. Este comprende dos tipos de control: concentrado y difuso. El control difuso obedece a la supremacía constitucional sobre la ley, además de la elección de una norma de mayor jerarquía frente a una inferior. Este control, además, es entendido a partir de una perspectiva positiva, pues el juez en todas sus decisiones deberá tener siempre presente a la Constitución, siendo, por el otro lado, la perspectiva negativa la inaplicación de una norma que no cuenta con base constitucional. La acepción positiva entonces debe ser considerada como un principio procesal, al ser aplicable a todos los procesos, por su importancia y relevancia.
- Los principios procesales son mandatos de optimización que dirigen la actividad procesal, permiten interpretar e integrar los ordenamientos procesales, establecen las bases de las concepciones del derecho. Su interpretación debe ser reflexiva. Además, debe considerar los intereses y valores de la sociedad vigente durante su uso. Uno de estos principios necesarios es la supremacía constitucional, fundamento de la aplicación del control difuso.
- Los expedientes analizados demuestran la falta de un análisis constitucional en las decisiones judiciales que deciden inaplicar ciertas normas. Incluso, en aquellas en que no se inaplica una norma, la regla debe ser siempre el examen de la supremacía constitucional. Así, el test de ponderación es una de las herramientas más importantes para lograr su armonización.
- Por ello, la positivización del control de constitucionalidad como principio no solo es declarativa, sino también se constituye en un mandato imperativo que obliga al juez a realizar siempre un examen constitucional. De ahí su importancia en ser positivizado.

4. REFERENCIAS

- ARBULÚ, V. (2015). *Derecho procesal penal: un enfoque doctrinario y jurisprudencia*. Gaceta Penal.
- ALEXY, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AMAYA, J. (2015). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea. GRACIA, D. (2008). *Fundamentos de bioética*. Madrid: Triacastela.
- GUZMÁN, A. (1981). *Fundamentos de derecho procesal*. Madrid: Editorial Civitas.
- MANCHEGO, F. (2005). «El influjo del constitucionalismo norteamericano en el Perú. A propósito de la obra de Robert S. Barker». En: *La Constitución de los Estados y su dinámica actual*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- MAZZARESE (2010). «Razonamiento judicial y derechos fundamentales». En Orteaga, *Interpretación y razonamiento jurídico*, pp. 231-268. Lima: Ara Editores.
- MONROY, J. (1993). «Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992». *Temis*, pp. 36-48.

- _____ (1996). *Introducción al proceso civil*. Lima: Temis.
- OVALLE. (1994). *Teoría general del proceso*. Ciudad de México: Harla.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1993). «El desbordamiento de las fuentes del derecho». *Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, número 40.
- _____ (2009). *Las fuentes del derecho y la teoría de Ronald Dworkin*. Sevilla: Universidad.
- PRIETO, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- PRIORI, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- QUIROGA, A. (1996). «Control 'difuso' y control 'concentrado' en el derecho procesal constitucional peruano». Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5928>
- SEQUEIROS, I. (2009). «El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos». Recuperado de www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cfebb50046cbca478d618d44013c2be7/09.+Jueces+-+lv%C3%A1n+Sequeiros+Vargas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cfebb50046cbca478d618d44013c2be7
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED) (2017). «Los principios del proceso y el procedimiento». *UNED, Derecho Procesal*, pp. 2-7.

UNA APROXIMACIÓN AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN LA AFECTACIÓN DE DERECHOS *NUMERUS APERTUS*

Luz Ximena Solano Cahuaya y Coreb Xiomara Salazar Mercado, de la Universidad Peruana Los Andes

RESUMEN

Al pensar en la evolución del derecho, no solo se piensa en mecanismos más eficaces para garantizar el cumplimiento de los estándares exigidos por el mundo jurídico. Al mismo tiempo, surge la necesidad de visibilizar los avances sociales, políticos y científicos. El derecho tiene que avanzar con otras áreas del conocimiento, como la economía, la política, la ciencia e, incluso, la tecnología. Siempre que el derecho no se encuentre a la vanguardia de los progresos humanos, perderá su esencia reguladora de orden. No podemos pensar jamás en un derecho que no regule lo que ya se ha descubierto como real y material considerable tiempo atrás. El hecho de que el derecho se sujete a la voluntad del pueblo y los legisladores (que muchas veces no están actualizados con las tendencias más recientes en ciencia, tecnología o, incluso, ética), entorpece el desarrollo vanguardista de las leyes. A ojos de la presente investigación, es necesario el reconocimiento de un mecanismo de acción cuando derechos que no se han reconocido taxativamente en el ordenamiento jurídico pudieran verse afectados. Aunque debiera resultar imprescindible su reconocimiento, observando que no siempre el derecho evoluciona a la par de la evolución humana, se considera que, al menos, debe existir un mecanismo que contribuya con su adecuada regulación. La presente investigación procura este reconocimiento taxativo de un mecanismo que contribuya con la posibilidad de accionar regularmente frente a derechos no reconocidos, que, según el artículo 3 de la Constitución, se definen como derechos *numerus apertus*.

Palabras clave: *numerus apertus*, derechos constitucionales, acción, mecanismos de acción.

ABSTRACT

When thinking about the evolution of law, one does not only think of more effective mechanisms to guarantee compliance with the standards demanded by the legal world. At the same time, the need arises to make visible social, political and scientific advances. The law has to advance together with other areas of knowledge, such as economics, politics, science, and even technology. As long as the law is not at the forefront of human progress, it will lose its regulatory essence of order. We can never think of a law that does not regulate what has already been discovered as real and material considerable time ago. The fact that the law is subject to the will of the people and legislators (who are often not updated with the most recent trends in science, technology or even ethics), hinders the avant-garde development of laws. In the eyes of this research, it is necessary to recognize a mechanism of action when rights that have not been

exhaustively recognized in the legal system could be affected. Although its recognition should be essential, noting that the law does not always evolve along with human evolution, it is considered that, at least, there must be a mechanism that contributes to its adequate regulation. The present research seeks this exhaustive recognition of a mechanism that contributes to the possibility of regularly taking action against unrecognized rights, which, according to article 3 of the Constitution are defined as *numerus apertus* rights.

Keywords: *numerus apertus*, constitutional rights, action, mechanisms of action.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, los legisladores han procurado —o eso se quiere creer—, en la labor de realización de todo ordenamiento jurídico, buscar el reconocimiento de la mayor cantidad de derechos, y deberes claro está, que deberían acoger a toda persona para decir que goza de una vida digna. Esto incluye también a la norma con mayor rango jurídico de este Estado: la Constitución Política. Sin embargo, es inviable la posibilidad de advertir en uno o varios documentos cada derecho que nos favorece con el solo hecho de nuestro nacimiento. Así, los mismos legisladores, cayendo en la cuenta de este hecho, cautelaron el reconocimiento de aquellos, que, sin voluntad, fueron obviados. Así, se tiene el artículo 3 de nuestra Constitución, que habilita el reconocimiento y la no exclusión de derechos que no se encuentran positivados: derechos constitucionales: *numerus apertus*.

Si bien el reconocimiento es un hecho favorable, sobre todo por estar fundamentado en la dignidad de la persona, por la sola experiencia, conocemos que el exclusivo reconocimiento es insuficiente en la realidad peruana, hace falta en nuestra legislación un mecanismo específico para su respectiva protección.

Por ello, se busca con el presente artículo exponer una alternativa que coadyuve a la preservación y defensa de estos derechos implícitos. Para ello, se separó en cuatro partes consecutivas. Sin embargo, independiente también, una de otra. El primero se centra en el subtema en específico de «la acción», desde la perspectiva de un derecho objetivo de carácter instrumental, para seguir luego con el tema, para algunos tal vez de mayor interés, de los derechos constitucionales *numerus apertus*, centrandó en este la justificación de su reconocimiento en cualquier Estado de derecho. Se continúa con la respuesta a la interrogante sobre la posibilidad o no del ejercicio del derecho de acción sobre derechos implícitos, como se practica con los derechos explícitos. Finalmente, se propondrá un medio en específico para, en caso de aplicación, la solución a este aparente problema, teniendo en cuenta para esto algunos ejemplos del caso, esperando así contribuir, más que con solo la comunidad jurídica, con la sociedad en su mayoría.

2. LA ACCIÓN

Corresponde previamente a discutir sobre la posibilidad de un mecanismo de acción que tutele a los derechos no reconocidos, de manera somera, referirnos a la tutela jurisdiccional. Para ello,

Landa (2002) señala: «el acceso a la tutela jurisdiccional se materializa en el derecho de acceso a la jurisdicción. Este acceso a la jurisdicción es el derecho de poder recurrir los tribunales para que los jueces emitan una sentencia o mandato judicial» (pp. 51-52). Esta posición, desde perspectiva de las autoras, es el apropiado para el texto en desarrollo, en razón que el derecho subjetivo aparentemente vulnerado se verá puesto en la realidad a través del acceso a la tutela jurisdiccional.

Dicho ello, es forzoso tener en cuenta que esta figura tiene la facultad de reflejar poder en muchas circunstancias, un poder derivado de una responsabilidad o deber sobre el derecho subjetivo vulnerado, como lo manifiesta Monroy:

«la jurisdicción es un poder, pero sobre todo un deber, la tutela jurisdiccional procura, a través de la jurisdicción, tutelar los derechos de todos los sujetos. Si es que un sujeto de derechos solicita tutela jurídica, la jurisdicción está obligada a darle dicha tutela. Por eso, se dice que la jurisdicción halla su punto de partida en el derecho a la tutela jurisdiccional, esto es, sin derecho a la tutela jurisdiccional, la existencia de jurisdicción no tendría sentido» (1996: 245).

Teniendo claro este tema, y seguido a ello, ya entrando al asunto de este apartado, la acción, corresponde mencionar acerca de su naturaleza jurídica. Para ello, nos remitiremos a deslindar la acción desde una perspectiva monista o clásica. El procesalista francés Garsonet menciona que «estos fenómenos jurídicos debían entenderse desde una perspectiva diferente, como si fueran las dos caras de una moneda, el derecho subjetivo como algo estático, porque este no varía; en cambio, la acción como algo dinámico que aparece cuando el derecho subjetivo ha sido violado» (Quintero y Prieto, 1995: 233-256).

¿Pero en realidad se habla de dos caras de una misma moneda? Es decir, ¿derivados desde el punto de una misma materia? Consideramos que con esta idea se buscó alcanzar la conclusión que ambos eran distintos con respecto a los roles que cumplían, pero, apegándonos a la idea de que ambos derivan de una misma materia y que ambos cumplen un rol en torno a dicha materia, evocaríamos la conclusión que ambos son puntos que defienden un derecho en general y no un derecho dialéctico que responde a los cambios en cada sociedad. Dicho ello, creemos que la acción responde a las similitudes que se presentan en los casos en que se vulnera un derecho subjetivo, pero no responde a las diferencias que se deslindan de los mismos. Otorguémosle el beneficio de la duda y analicemos la siguiente escuela.

La teoría de la autonomía de la acción manifiesta que, a diferencia del anterior razonamiento, se le debiese brindar autonomía a la acción sobre el derecho subjetivo. Así, para Muther, a través de Quintero y Prieto (1995): «El obligado por la acción es el Estado y esta acción no es un anexo del derecho originario, ni algo que se agrega a su contenido, sino un derecho singular que pretende proteger» (pp. 233-256). Creemos que de aquí deriva la idea de Monroy sobre la reflexión de la jurisdicción como un poder, pero, sobre todo, como un deber, un deber para accionar sobre cierta vulneración subjetiva.

Definamos, entonces, la acción como la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. Aroca señala: «La acción es el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para que el Estado resuelva nuestras pretensiones de manera favorable o no» (Quintero y Prieto, 1995: 233-256). De aquí que, como sinónimo de «pretensión», se proyecta sobre la demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente el concepto «demanda fundada e infundada», «demanda [de tutela] de un derecho real o personal». Para precluir con la afirmación de Vescovi:

«La acción es un derecho independiente del derecho subjetivo que se reclama en el juicio. Ello quiere decir que la acción es un derecho instrumental, porque tiende a satisfacer a otro derecho (el cual sí es subjetivo), pero no se subsume a él. Su contenido material es, pues, la pretensión, la cual sí depende del derecho subjetivo» (1984: 74-75).

Por ello, según los párrafos anteriores, nos apegamos a la idea que la acción no derivaba de un mismo punto material del derecho, sino que este tenía autonomía con respecto al dinamismo del derecho en diferentes contextos históricos.

Finalmente, debemos tener en cuenta que esta figura debe desarrollarse en las tres condiciones mencionadas por Vescovi (1984): la posibilidad jurídica, el interés y la legitimación. La primera refiere que la pretensión debe encontrarse tutelada por el derecho objetivo. Solo en este sentido existirá acción. La segunda se relaciona con la idea de que es una condición para el ejercicio de la acción, porque el móvil del proceso y la pretensión es el actor, quien, con interés, recurre a la jurisdicción para solicitar su tutela (74-75). Esta última refiere no solo a la posición de la persona que tenga interés en ejercer una pretensión, sino que se recalca la idea de que el actor debe ser legitimado para ejercer la posición del actor, uno de los aspectos también de relevancia para el presente texto.

3. DERECHOS NO ENUMERADOS

Para este segundo subtema, tomaremos como referencia a Bidart (2002), quien define los derechos no enumerados o derechos *numerus apertus*:

«no están en las normas (tanto si hay normas como si no las hay) son derechos que, a la manera como lo refieren las cláusulas constitucionales sobre derechos implícitos, reenvía a la dignidad humana, a la personalidad humana, a la naturaleza humana, a la forma democrática de Estado, fundamentos todos que trascienden a la normatividad, al voluntarismo político, al hermetismo total» (s. f.: 260).

Respaldamos esta perspectiva, a razón que busca hacer trascender a estos derechos, transformándolos en parte vital del ordenamiento jurídico, pero sin restarle importancia a los derechos ya consagrados en la Constitución.

Asimismo, este tipo de derechos es también conocido como derechos con apertura. El fundamento nos lo alcanza también Bidart (2002), quien expresa que esta apertura hacia los

derechos implícitos busca que evitemos detenernos en un tiempo determinado y superar que en ese momento no fue previsto. Así, se ahorraría reformas frecuentes para actualizar la Constitución. Además, es un antídoto contra el anquilosamiento (s. f.: 260). Deteniéndonos a pensar y analizar específicamente la frase «que en ese momento no fue previsto o fue objeto de olvido e ignorancia», se evoca la idea de que los órganos jurídicos que realizaron los derechos de ese entonces y vigentes hasta ahora, consideraron que sería trivial incluirlos en la Constitución, lo cual hace discurrir un comportamiento pueril al no tomarlos en cuenta por considerarlos «menos importantes», quizá sin pensar en el bienestar de la sociedad de entonces y, a la corta o la larga, el no ponerse a pensar en cómo afectaría eso, no estaría escribiendo sobre ello si no fuera así.

Se toma como eje a la idea evocada en el párrafo anterior para encajarla con la idea de Mitre (s. a.), quien menciona:

«Cuando se enuncia el principio de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, expone un derecho personal; en tanto que, con los derechos no enumerados, la situación es bien distinta: Esto no es para los individuos, para las acciones aisladas ni para los derechos del ciudadano, si no, para los derechos del pueblo, para ese ser colectivo que se llama humanidad» (pp. 103-129).

Exacto para los derechos del pueblo, para la colectividad humana, ¿acaso la sensatez proviene de los operadores jurídicos que creen que si no está bien para ellos no está bien para la colectividad? La respuesta es negativa, un Estado democrático como el Perú debería fundarse en la idea de pensar en lo que es bueno y malo para su pueblo y no agregar derechos que nos corresponde como persona simplemente me hace reposar en la idea de que ni siquiera contamos con un elemento balanceado para darle relevancia a estos derechos que muchos creen obsoletos. No los olvidemos aún, están aquí y nos pertenecen.

Entonces, es menester detallar el aspecto de la justificación o fundamento del reconocimiento de estos derechos, que, si bien no se encuentran explícitamente en el texto normativo, forman parte del conjunto de atribuciones del que toda persona dispone. Si bien ya ha sido tocado este punto a grandes rasgos, es preciso citar a Carpio (2000), quien expresa:

«El principio de dignidad de la persona aparece [...] como el más importante de los principios morales desde donde es posible explicar y entender la propia justificación de los derechos que la Constitución anida. De esta forma, el hombre individualmente considerado, y el respeto de su dignidad, se convierten en la clave de bóveda de nuestro ordenamiento jurídico» (p. 13).

Teniendo el aporte de Carpio y recordando con ello el artículo 1 de nuestra Constitución —la dignidad de la persona humana como fin supremo del Estado—, es preciso afirmar que toda acción orientada a la formación o concreción de la misma, sin contravenir el mismo ordenamiento jurídico, debiese ser respaldada por este Estado. En consecuencia, la sola elusión de positivización de uno, dos o incontables derechos no hace menos su reconocimiento como tal. Por el contrario, corresponde también la respectiva protección de aquellos, conforme un proceso determinado.

Concluyendo este tema, es importante aludir a Castillo (2008), quien afirma: «La relación es inversa: existe el derecho porque existe la persona humana» (p. 5). Es indiscutible el apropiado reconocimiento de estos derechos. Del mismo modo, tampoco es posible discutir acerca de la apetencia por la protección de los propios.

4. ¿Es posible accionar sobre derechos no reconocidos por el ordenamiento jurídico?

Es necesario comenzar con un breve recordatorio en la diferencia entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Para ello, Escobar (2016) refiere al «derecho objetivo como un conjunto de normas que, poseyendo el atributo de la juridicidad, da lugar al como ordenamiento jurídico, y al derecho subjetivo como el poder conferido a los individuos a los cuales se dirigen las referidas normas» (p. 280). En síntesis, el derecho objetivo correspondería a las normas jurídicas y el derecho subjetivo, a las facultades concedidas a toda persona, a través de una norma jurídica.

En consecuencia, corresponde hablar de derecho objetivo al referirnos al concepto de acción. Para ello, es adecuado citar a Hinojosa (2010), quien señala:

«es un derecho que se deduce de un juicio. [...] en el ámbito procesal, la acción es una facultad que posee una persona para presentarse ante la jurisdicción y se le reconozca el derecho que pretende se le proteja. Le otorga un doble enfoque a la acción: como derecho que se posee y como facultad para acceder a justicia» (pp. 21-47).

Según esta posición, el derecho que se viene a poseer, o llamado también el «derecho subjetivo», se subsumiría en el derecho de acción. Sin embargo, se tiene también otra perspectiva, según la cual son necesarias una cantidad de condiciones, entre ellas: «la autonomía, [...] es independiente del derecho subjetivo que se reclama en el juicio [...]. La acción es un derecho instrumental, porque tiende a satisfacer a otro derecho (el cual sí es subjetivo)» (Véscovi, 1984: 74-75). Pese a estas diferencias que se evidencian entre ambos aportes, lo que importa —y en lo que se está de acuerdo— es que no existe la posibilidad de hablar de un derecho de acción, sin antes hablar de la existencia de un derecho subjetivo preexistente. En este punto, el artículo 3 de la Constitución toma mayor importancia, haciendo referencia a los derechos no reconocidos taxativamente por este cuerpo normativo o igualmente conocidos como «derechos *numerus apertus*».

El fundamento de este hecho va más allá del ámbito nacional. Es decir, se reconoce en tratados de rango internacional la existencia de los mencionados. Así, Bidart (2002) señala: «Los tratados de Derechos Humanos contienen, individualmente, un listado de derechos enumerados, [...]. Pero son varios los tratados que también incluyen cláusulas fácilmente enrolables como de derechos implícitos» (p. 257). En efecto, teniendo claro el reconocimiento implícito o tácito de algunos derechos, corresponde al mismo tiempo la protección de los mismos, avalados por la misma Constitución. Para añadir y aseverar la afirmación, se tiene a Savigni, a través de Quintero y Prieto (1995), al señalar: «La violación de un derecho sustancial da origen a otro derecho que

contiene una obligación del violador a cesar su acto de violación. Sin embargo, este nuevo derecho solo existe cuando existe un derecho subjetivo que ha sido violado» (233-256). Este nuevo derecho del que nos habla el autor, por las características en mención y lo redactado líneas antes, correspondería a un «derecho objetivo».

En este contexto, teniendo claro que el Perú asume la posición del reconocimiento de los derechos no enumerados y asumiendo la postura de Savigni, sobre la preexistencia de un derecho subjetivo, para la consecuente existencia de un nuevo derecho de naturaleza objetiva, es posible afirmar que el derecho de acción corresponde sobre derechos reconocidos por la Constitución, como también corresponde sobre derechos no reconocidos expresamente, pues su existencia es inobjetable.

Es posible que el número de derechos reconocidos constitucionalmente a tutelar sea mucho mayor que el número de derechos *numerus apertus* tutelados jurisdiccionalmente. De igual manera, es posible que este hecho sea un aspecto que podría dificultar un proceso de este tipo. Sin embargo, ello no conlleva a la supresión de los mismos. Por el contrario, hace falta la producción de jurisprudencia nacional, ya sea por el Tribunal Constitucional —máximo intérprete constitucional a nivel constitucional— o por otro órgano encargado de la administración de justicia, determinando este posible vacío.

5. MECANISMOS DE ACCIÓN SOBRE DERECHOS NO RECONOCIDOS

Después de detallar el aspecto «teórico» en relación con el presente artículo, corresponde introducirnos en la «práctica» o realidad peruana. Se sabe que, en la actualidad, no existe un mecanismo específico de protección jurídica para accionar sobre derechos no reconocidos. Dicho ello, es conveniente mencionar algunos derechos sobre los cuales no se puede accionar como ejemplos de punto de partida.

El derecho implícito a la verdad, si bien ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, no quiere decir que exista un procedimiento adecuado para su protección o consecuente accionar. Encontrarnos ante un Estado que niega la verdad es querer mantenernos en obscuridad y ambigüedad, y se dice «querer» porque, si se sabe que la verdad te «pertenece» y no se intenta hacer algo para hacerla efectivamente de uno, ¿cómo se pretende no querer quedarse en la ambigüedad? Por otro lado, otro derecho implícito que debería ser parte de este mecanismo al menos por dignidad y respeto hacia la colectividad peruana es el derecho a la identidad de género. Grández (2014) menciona que el derecho a la identidad como derecho humano de primer orden es incorrectamente entendido, pues se ve limitado a la existencia de un documento de identidad, y que aparentemente es sencillo de resolver. Sin embargo, va más allá de ello —operaciones de salud por cambio de sexo y afines— y se complica al no tutelarse de manera correcta, poniendo a muchas personas en situación de vulnerabilidad (p. 1).

Enfocándonos en la realidad peruana que aún no está dispuesta a aceptar ciertos parámetros, específicamente de sexualidad, el proteger este derecho se vuelve casi necesario, el brindar seguridad jurídica se intensifica con cada derecho implícito y este es el caso también del

«derecho a la salud reproductiva», que, para UgarteUbilluz (2013), se podría definir como «la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, y cuándo y con qué frecuencia» (p. 377). Si bien la Constitución en nuestro país promueve la protección de la familia, esta no viene a ser un hecho forzoso. En este punto, el derecho sobre la formación de una familia o no, o mecanismos para llegar a ello — como la fecundación *in vitro*—, entra en juego y, del mismo modo, el respectivo mecanismo de protección. Así, hay otros innumerables derechos, que su mención específica no corresponde al objeto del presente artículo.

Por ello, al verse imposible la legislación de todos estos derechos, que, para aclarar, ya nos acogen desde el momento de nuestro nacimiento, es necesario la legislación de un mecanismo jurídico de protección para los derechos implícitos, no enumerados o *numerus apertus*, que —a diferencia de los derechos reconocidos de carácter taxativo por la Constitución— se encuentran en al menos una desatención parcial, por parte de la población y de manera más preocupante por los operadores jurídicos.

Entendamos que no solo los derechos explícitos pueden gozar de un procedimiento o mecanismo que sea relevante para la legislación peruana. Los derechos implícitos deberían estar en vinculación constante con los derechos explícitos para generar armonía constitucional, no solo para el bienestar en la Constitución, sino para generar conciencia jurídica en la masa que es concedora del derecho y la que no también. A través del mecanismo que tratamos de formular, se podrá realizar un proceso de manera eficaz para aquellos derechos de los que algunas personas no se creen merecedores porque sienten el pesar de la falta de seguridad jurídica al no acceder a un mecanismo que los lleve por el correcto para hacerlos valer frente a un tribunal.

Recordemos que, al encontrarnos en una sociedad dialéctica, nos encontramos también frente a una realidad jurídica cambiante y los derechos explícitos e implícitos no son la excepción. No nos referimos a la idea de que los derechos que ya tenemos adquiridos vayan a cambiar. La idea se dirige para hacernos entender que, a medida que evolucionamos, vamos adquiriendo nuevos derechos. Somos conscientes de que no es posible reconocerlos todos, pero es posible caer en la cuenta de cuáles son los necesarios, al menos para que el ser humano merezca subsistir con un mínimo de dignidad. En esta línea, podemos encontrarnos con la idea de que los derechos implícitos no pueden ser el último recurso en defecto de los derechos explícitos. Estos pueden tener la misma protección y seguridad jurídica para definir la armonía constitucional.

Por ello, a manera de generar esta armonía, creemos por conveniente la formulación de «Proceso de Garantía Constitucional Especial», dedicado específicamente a la protección de los derechos que son considerados derechos fundamentales, sin estar plasmados en el ordenamiento jurídico estatal. Se sabe de la existencia de siete procesos de garantía constitucional, destinados a la protección de derechos previstos en la Constitución y «conexos». Sin embargo, esta brecha termina siendo extensa. Evidencia de ello es la ausencia de jurisprudencia detallada y específica de algunos de los derechos que pudimos abordar, causando confusión a la hora de ejercer el derecho de acción. En consecuencia, siguiendo esta propuesta, este nuevo proceso de garantía

constitucional estaría orientado a la protección de los derechos no previstos en la Constitución. Claro que, de acoger este mecanismo propuesto, sería necesaria su positivización, cumpliendo con ello el fin del Estado, la materialización de la dignidad humana.

6. CONCLUSIÓN

En la presente investigación, hemos reflexionado sobre la importancia de la legislación como herramienta jurídica que ayuda a que el derecho pueda estar presente en todas las aristas que le competen a su construcción. Es decir, se ha observado que la positivización de normas no cumple solo una labor de reconocimiento de derechos, sino la posibilidad de ejercerlos adecuada y ordenadamente.

Hemos abordado la problemática desde el enfoque procesal de la acción. El problema que hemos hallado en el presente estudio es que, cuando hablamos de derechos no reconocidos taxativamente en el ordenamiento jurídico, el orden para su ejercicio se torna nebuloso y obtuso, pues los accionantes no tienen claridad sobre cómo proceder, o las autoridades jurisdiccionales no tienen clara su competencia de decisión sobre la protección de estos derechos.

Hemos observado que la acción es un derecho inherente a todos los hombres y que otorga a cada uno la posibilidad de ejercer sus derechos sin que estos sean lesionados o afectados negativamente. Por ello, de la acción se desprende la posibilidad de demandar, denunciar o actuar frente a la jurisdicción para obtener socorro de las autoridades administrativas y judiciales sobre la afectación de nuestros derechos.

En vista de que no se tiene claridad sobre la forma de accionar cuando se trata de derechos constitucionales no reconocidos taxativamente, la presente investigación ha identificado como idónea la necesidad de generar un mecanismo que atienda solo esta problemática. Por ello, se ha avizorado como opción más óptima el que la acción sobre derechos constitucionales *numerus apertus* sea una garantía constitucional y se accione mediante un proceso de garantía constitucional especial.

7. REFERENCIAS

- BIDART, G. (2002). «Los derechos 'no enumerados' en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional». *Perú: Derecho & Sociedad*, (18). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16978>
- CARPIO, E. (2000). «Cuestiones constitucionales». *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/objeto/73349>
- CASTILLO-CÓRDOVA, L. (2008). «Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos. Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces». (5). Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2125>
- ESCOBAR, F. (1998). «El derecho subjetivo: consideraciones en torno a su esencia y estructura». *Ius et Veritas*, 9(16). Recuperado de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/15781-Texto%20del%20art%C3%ADculo-62695-1-10-20161128%20(3).pdf
- GRÁNDEZ, AGUSTÍN (2014). «El derecho a la identidad de los ciudadanos LGTBI». Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-Derecho-a-la-Identidad->

[de-los-CiudadanosLGTBI-Agust%C3%ADn-Gr%C3%A1ndez.pdf](#)

HINOSTROZA, A. (2010). *Derecho procesal civil postulación al proceso*. Lima: Jurista Editores.

LANDA, C. (2002). *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

MONROY, M. (1996). *Derecho procesal civil parte general*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

QUINTERO, B. y PRIETO, E. (1995). *Teoría general del proceso*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.

S/A (s. f.). «Los derechos no enumerados en la Constitución nacional». Argentina. Recuperado de www.ancmyp.org.ar

UGARTE-UBILLUZ, ÓSCAR (2013). «Desarrollo y ejercicio de los derechos en salud sexual y reproductiva». *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 30(3).

Recuperado de www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342013000300001&lng=es&tlng=es .

VÉSCOVI, E. (1984). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis.

NOTAS

En el artículo citado, el profesor Priori expone: «esos tiempos se extienden más allá de lo razonable, perjudicando con ello la situación jurídica del demandante [...]. Por ello, la igualdad de las partes en el proceso obliga a que las cargas que supone el tiempo del proceso deban ser distribuidas entre los litigantes, para así no hacer que una cuestión inherente al proceso (el tiempo) termine por perjudicar a solo una de ellas».

La profesora Ariano Deho sostiene firmemente, en el mismo artículo, que «todas las medidas cautelares nacen bajo el signo de su precariedad, transitoriedad, interinidad, pues la suerte vital de sus efectos está condicionada al sobrevenir de la tutela de fondo».

Sobre todo, si se tiene presente que muchas de estas medidas se dictan *inaudita parts* ('sin oír a la otra parte').

Es necesario puntualizar que este proceso responde a un fin concreto y a un fin abstracto. Por el primero, la medida cautelar intenta asegurar que la decisión final se cumpla, mientras que, por el segundo, se pretende lograr la fortificación de la confianza social en la gestión de justicia. Es decir, se utiliza el criterio de si las decisiones judiciales terminantes podrán ejecutarse —adquiriendo realmente eficacia—, entonces se acreditará el servicio de justicia ante la sociedad (Monroy, 1996: 125).

Recurrir a las técnicas teóricas para cuantificar o cualificar el subjetivismo al que le subyacen situaciones tan abstractas para circunscribir este a su mínima expresión es algo sensato, en la medida en que no se extralimite la creación de conceptos que generen una inefable y contraproducente hipertrofia teórica. Tal como afirmó Kant (1989), de «la facultad misma de la razón pura [...], siempre nace alguna metafísica» (p. 38). Así, la verosimilitud puede encuadrarse como un elemento del que no debería suscitarse algún problema de valoración.

A propósito de lo abstracto y líquido —en metáfora Bauman— de la justicia, y como en líneas posteriores se ahondará su delimitación en supuestos jurídicos, sociales, morales, etcétera, generan un grave problema. Por colocar un ejemplo, situándonos en la explicación de trascendencia histórica de la lucha de clases, cuando Foucault (2007), en el clásico debate con Chomsky, aseveró: «Se hace la guerra para ganarla, no porque sea justa». En contraposición al ideal de justicia universal pura, el proletariado no puede destruir el funcionamiento de la justicia en nombre de esta, sino del poder, porque precisamente es la construcción del sistema lo que ha erigido lo justo por medio de las instituciones «neutrales» del orden.

La intromisión en un derecho fundamental será desproporcional si no está justificado por un principio, ya sea que se encuentre en la Constitución o haya sido admitido en razón de este como fundamento (Alexy, 2009: 11).

Véase Expediente 0050-2004-AI/TC (acumulados), fundamento jurídico 109.

Artículo 613 del Código Procesal Civil: «La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución».

- . Denominación construida por el maestro Andrea Proto Pisani en su libro *Lecciones de derecho procesal civil* (2018).
- . Proto Pisani, 2018.
- . Bedaque, 2009, y Malheiros.
- . José Roberto dos Santos Badaque (2009) brinda detalles específicos del uso de las cauciones como instrumento técnico de la tutela cautelar especificando que sería idóneo el restablecimiento de la igualdad entre las partes amenazadas por un peligro de daño. Sin embargo, de existir imposibilidad económica por parte del actor que solicita la medida cautelar, no se podrá reestablecer la igualdad entre las partes, incluso ante la amenaza latente de un peligro de daño.
- . Proto Pisani (2018), a su vez, señala que, ante esta exigencia, los jueces «se tornan ampliamente interpretes», pues incluso en la sumariedad del proceso desarrollan una cognición profunda del caso en hechos y derecho.
- . Una de esas leyes fundamentales la esbozó Kant, en su magnífica obra *la Crítica a la razón pura*: «obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal».
- . Al respecto, Jorge Portocarrero (2009) dice que, si bien es cierto la racionalidad estructural de la ponderación dota a este procedimiento argumentativo de alto grado de racionalidad, no es suficiente para justificar la racionalidad de las premisas que son introducidas en él. En este nivel, la racionalidad del discurso no se basa más en su estructura, sino en la observancia de reglas procedimentales que permiten llegar a acuerdos respecto a la racionalidad de sus premisas.
- . Alexy, 2016.
- . Sobre este último tema, Virgilio Ruiz (2009) lo considera como el tema central de la filosofía del derecho. Los autores poseen displicencia con respecto a ello. Sin embargo, se considera que es parte importante de la materia. Véase Ruiz Rodríguez, 2009.
- . Al respecto Gregorio Peces-Barba (2009) señala: «toda teoría de la Justicia debe insertarse en una teoría del Derecho, núcleo central de una filosofía del Derecho basada en mi caso en una aproximación positivista corregida». Posteriormente el profesor

español explica los presupuestos que forman el positivismo corregido al que refiere. Estas cuestiones son desarrolladas en su famosa lección jubilar titulada *Reflexiones sobre la justicia y el derecho*, pronunciada en el Aula Magna de la Universidad Carlos III de Madrid, el 14 de enero de 2008. Recogida y publicada en: Peces-Barba, 2009.

. No se abordarán estas cuestiones porque el objetivo principal no es discutir sobre el derecho o sobre la justicia, sino evidenciar que el uso adecuado de las medidas cautelares coadyuva para que una sociedad se acerque a la justicia entendiéndola como un valor-fin del derecho. Algunos aspectos de lo que puede ser justicia serán tratados con referencias al trabajo de Chaim Perelman.

. Bobbio, 2017.

. Alexy, 2019.

. En este sentido, el valor es equiparado con la finalidad por Fernández Sessarego (1987), citado por Aníbal Torres Vásquez (2019): «La ciencia jurídica o ciencia del derecho —o, simplemente, derecho— se constituye por la integración de tres elementos: norma —pensamiento—, conducta humana —objeto— y valor —finalidad—. Véase Torres Vásquez, 2019.

. En 1952, Kelsen pronunció su lección jubilar en la Universidad de Berkeley, en que concluye que intentar llegar al valor absoluto de la justicia (una idea universal de justicia) es irracional y solo es posible concebir la justicia de forma relativa: «En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debe conformarse con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia». Véase Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002.

. En este sentido, el profesor Monroy Gálvez (2009) escribe: «Finalmente, la dialéctica a la que se ha venido haciendo referencia, alcanza su punto culminante cuando se advierte que a pesar de los intereses contradictorios y personales que cada interviniente ha propuesto, todos, de una u otra manera, han coadyuvado para que se logren dos fines a través del proceso, uno privado: que se ponga fin al conflicto de intereses, y otro público: que a través del proceso se postule una *sociedad con paz social en justicia*. A este aspecto se refiere la definición [de proceso] cuando anuncia: «[...], pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos». Las cursivas son propias. Véase Monroy Gálvez, 2009.

. Hasta este punto se hace reserva del debate respecto de la categoría que corresponde a la consecución de actos procesales que buscan la medida cautelar. Así, pues, se discute si se trata de un proceso cautelar o de un procedimiento cautelar. Se citan solo dos ejemplos al respecto. En la clasificación de los procesos que esboza Monroy Gálvez se hace referencia a un «proceso cautelar» (2009: 276) y, según el profesor Alvarado Velloso (2009: 721), se trataría de un «procedimiento cautelar». Sobre esto último, véase Alvarado Velloso, 2009. No obstante, el Código Procesal Civil peruano prefiere usar el término «proceso cautelar».

. Véase Monroy Gálvez, 2009: 276; Fairén Guillén, 2006: 45; Quintero y Prieto, 2008: 397.

. Monroy Gálvez, citado por Simons Pino (2002: 154-171).

. En este sentido, Roxana Jiménez (2011: 7) menciona: «De igual modo, como la medida cautelar va a alterar la relación material, al momento de concederla el juez debe regirse por el principio de mínima injerencia para no afectar más de lo estrictamente necesario los intereses del afectado con la medida, tanto en el tipo de medida como en el *quantum* de la misma (de ser el caso)». Jiménez Vargas-Machuca, 2011.

. Si, de por sí, la inclusión de los procesos (o procedimientos) *inaudita altera pars* es un riesgo para el legislador, aún más lo es para el juez, que aplica este instrumento. Así, si el legislador integra este mecanismo, «deberá hacerlo con mucho cuidado, ponderando el contradictorio con los fines particulares propuestos; de modo que la regulación sea debidamente justificad[a] y razonable, exigencia o requerimiento que corresponde sea necesariamente reevaluado en el procedimiento cautelar». Véase Alfaro Valverde y Cavani Brain, 2010.

. Al respecto, puede consultarse Gutiérrez Camacho, 2015, en que se evidencian algunos factores que generan esta justicia tardía en el país: carga procesal, actuaciones dilatorias de los abogados de parte, demora en la notificación de actos procesales, falta de jueces en el turno de la tarde, etcétera.

. Perelman, 1964.

. Perelman, 1964.

. Al respecto, puede leerse el análisis de Omar Sumaria (2017) sobre los resultados del *The World Justice Project* de 2014. Este trabajo evidencia los factores mencionados y arriba a una conclusión alarmante, no muy lejana de la realidad: «De esta manera, ante este dato objetivo, una de las consecuencias que se puede apreciar de este análisis es que la percepción general de la justicia civil en el Perú es *lenta, costosa, e inaccesible*, especialmente para los grupos sociales en desventaja» (las cursivas son mías). Véase Sumaria Benavente, 2017.

. Universidad Tecnológica del Perú, Lima, estudiantes de Derecho de Pregrado, miembros del Centro de Investigación Multidisciplinario de Derecho Civil y Derecho Administrativo de la Universidad Tecnológica del Perú.

. Poder Judicial, 2020.

. Ejemplo sobre ello en <https://lpderecho.pe/en-10-minutos-juez-dicto-sentencia-de-nulidadde-acto-juridico/>

- . Traducción propia del portugués al español.
- . Miembros principales del Taller de Derecho Procesal Mario Alzamora Valdez, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- . El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) aprobó la «Guía para la prevención del coronavirus en el ámbito laboral», que contenía los lineamientos específicos para los empleadores, mientras que el Poder Judicial publicó la Resolución Administrativa 103-2020-CE-PJ, el 11 de marzo, mediante la cual quedaron suspendidas todas las reuniones, congresos, seminarios u otras actividades similares organizadas por las comisiones del Poder Judicial a excepción de las actividades por videoconferencia. Todo para cumplir con la contención y prevención de la Covid-19 en sus centros de trabajo.
- . Artículo segundo de la Resolución Administrativa 115-2020-CE-PJ.
- . Resolución Administrativa 051-2020-CE-PJ
- . Sentencia del Tribunal Constitucional 5854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 3.
- . Sentencia del Tribunal Constitucional 2939-2004-AA/TC, fundamento jurídico 8.
- . Sentencia del Tribunal Constitucional 763-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6.
- . En este sentido, Capelleti (1996) señala: «El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico —el «derecho humano» más fundamental— en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos de todos» (citado en Priori, 2014).
- . Asociación de Usuarios de Internet del Perú. «Usuarios de internet 2020, tecnologías y tendencias: decisiones en torno a Covid-19». Disponible en: www.aui.org.pe/usuarios-de-internet-2020-tecnologias-y-tendencias-decisiones-en-torno-a-covid-19/ (consulta: 11 de octubre de 2020).
- . INEI, «Brecha digital de género». Disponible en: www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1210/cap07.pdf (consulta: 11 de octubre de 2020).
- . Ídem.
- . EJE. «Presentación». En: http://eje.pe/wps/wcm/connect/EJE/s_eje/as_info/
- . Véase la publicidad en la página web del Poder Judicial: www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2019/cs_n-usuarios-pueden-programar-cita-via-onlina-juez-teescucha-24092019
- . Véase en el siguiente enlace: https://cej.pj.gob.pe/doc/citas_Manual_del_Usuario.pdf
- . Si bien se puede registrar con cualquier correo, para que se realicen las citas por videoconferencias se debe contar con un correo Gmail, toda vez que la plataforma utilizada para las entrevistas es Google Meet.
- . Véanse los comentarios al video introductorio de la plataforma subido a YouTube por la cuenta del Poder Judicial: www.youtube.com/watch?v=dOC9px7jpfU En igual sentido, diversos comentarios: www.facebook.com/152237101505131/videos/517587975706666
- . Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el periodo de Emergencia Sanitaria, p. 1.
- . Ídem: 4.
- . Ídem: 5.
- . Estudiantes de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Andina del Cusco, miembros del Centro de Investigación Cátedra Procesal.
- . Savigny, 1879: 8, citado por Gonzáles Álvarez, 2011.
- . Dawkins, 1993.
- . Simon Deakin (2002) sintetiza esta idea con la siguiente analogía: «Así como el gen es al ADN, el meme es al comportamiento» (traducción propia).
- . Dawkins, 2002: 260. Ernesto Grün (2004) complementa esta idea cuando refiere que una característica definitoria de los memes como modelos informacionales es que son factibles de ser replicados en cantidades ilimitadas, siempre y cuando sea independiente de cualquier replicación a nivel de los genes. Ahora bien, cabe mencionar que los seres humanos no son la única especie que puede transmitir la herencia cultural. Existen animales que lo hacen, como las aves y sus particulares cantos, siendo estos últimos memes de orden animal.
- . Santiváñez Yáñez, 2001: 3, recuperado de <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/memes.pdf>

- . En realidad, así ciertamente se mantiene un meme. Se le replica. Sin embargo, la evolución en sí se da por pequeñas «mutaciones» de los memes originales, que podríamos entender como adaptaciones al entorno o como una deformación al momento de asimilar o memorizar el meme, que se reproduce al «imitarlo».
- . Recordaremos, pues, por ejemplo, la concepción de libertad como privilegio de unos pocos, y el cambio de concepción desde la mirada filosófica, que conllevó a la Ilustración, la Revolución francesa, y sentó las bases para la identificación de todos como «iguales» y acreedores de la tan preciada libertad.
- . Deakin, 2002: 2.
- . En este sentido, como se ha dejado entrever por varios autores como Couture, Monroy y Alzamora Valdez, el proceso sería una consecuencia de una evolución histórica que partiría del conflicto inherente al desarrollo del hombre en sociedad, el cual conllevaría al establecimiento de formas de resolución de los conflictos, siendo la primera forma la autodefensa. Ahora bien, Monroy Gálvez (1996: 13) recurre al ejemplo de un conflicto «común» en una etapa como sería el paleolítico inferior, originado por el despojo arbitrario de una lanza, que conllevaría a que las partes implicadas lo resuelvan a través de una confrontación física.
- . Es decir, la misma interpretación jurídica, y la interpretación en general, son una construcción memética, debido a que estas dependen y varían según los memes que hayan influenciado al intérprete.
- . Somos conscientes de que la genética no es el tema principal del artículo. Sin embargo, teniendo en cuenta que el gen es la base biológica sobre la cual incidirán los memes, y por ser de suma relevancia para el desarrollo del tema de la forma planteada, nos valdremos de este.
- . Dawkins, 2002: 15.
- . Dawkins, 2002: 15.
- . Los genes, como toda molécula biológica, se reproducen de forma asexual. Es decir, por división, que se conoce también como replicación, ya que se hacen réplicas exactas de sí mismos. Ahora bien, al darse esta replicación en los genes, pueden darse situaciones, excepcionales también, en que haya cierta variación. Es decir, exista una réplica no idéntica, no fiel a la original. Al respecto, Dawkins, 2002: 24-33.
- . Hablamos, definitivamente en un sentido figurativo, literario.
- . Asimismo, el reconocimiento de la Constitución como fuente jurídica suprema es el resultado evolutivo memético de la sociedad y de la importancia que llega a tener en esta ley escrita, importancia que se fue desarrollando en los Estados liberales y sociales. Con base en lo desarrollado, entenderíamos que la Constitución —y su relevancia en el Estado fundado en ella— es el resultado de la evolución social de un grupo. Es decir, es la expresión de la identidad de un pueblo (como sostenía Carl Schmitt, cuyo pensamiento reproduce Salazar Sánchez) o, como refiere Nelson Salazar, «el producto final de todo el devenir de su historia y cultura» (2018: 7). Resulta, pues, inevitable adoptar la concepción de Schmitt respecto a la Constitución y, en general, su teoría del Estado, sobre todo si tenemos en cuenta que uno de sus fundamentos estructurales era la teoría evolutiva desarrollada por Darwin.
- . Afirma Palerman que el juicio de Núremberg es la muerte del positivismo jurídico.
- . Dawkins, 2002: 27. Al respecto, Dawkins explica: «En algún punto, una molécula especialmente notable se formó por accidente. La denominaremos el 'replicador'. No tuvo que ser, necesariamente, la más grande o la más compleja de todas las moléculas, pero tenía la extraordinaria propiedad de crear copias de sí mismas». Como referimos en la cita supra 6, se pueden presentar casos muy a menudo en que haya una especie de mutación de un replicar originario, lo cual conlleva a que se produzca la evolución en sí.
- . Prieto Sanchís, 2001.
- . Toda vida evoluciona por la supervivencia diferencial de entidades replicadoras.
- . Al existir hasta ese entonces Constituciones meramente políticas, estas solo contenían lo que conocemos como una «parte orgánica», referida a una estructura estatal, pero no un marco jurídico moral que limite u oriente el ordenamiento jurídico. Por ello, se han permitido legalmente en la historia graves atropellos y vulneraciones al hombre, su dignidad y su libertad. Esto conlleva a que tenga que existir necesariamente un «parte dogmática» en las Constituciones, originándose así el neoconstitucionalismo y la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico correspondiente.
- . Cuando Hans Kelsen plantea que los tribunales constitucionales sean instituciones en que se realice el control de constitucionalidad y que sean los jueces constitucionales quienes resuelvan este tipo de causas, para limitar las diferencias entre el Parlamento y el Ejecutivo, este concebía a la Constitución como la norma suprema, que jerárquicamente estaban supeditadas las normas inferiores a ella, y que la interpretación de las distintas normas sea en base a esta y primando siempre la primacía de la Constitución. Al parecer, hemos confundido e interpretado erróneamente y lo hemos calificado como un positivista tradicional, defensor de la supremacía legal y el principio de legalidad, cuando en realidad este era un neopositivista. Llano Franco, citando a Sarlo y haciendo mención de Carlos Cossio, debido a que este decía que se inspiraba en la teoría de Kelsen, que este refutó su

teoría, señala: «Cossio es un hombre de gran talento, imbuido por un interés verdaderamente apasionado por la filosofía del derecho. Sus contribuciones a la teoría del derecho deben ser tomadas en serio, aunque yo no pueda aceptarlas».

. Guastini, 2001.

. Santiago, 2008.

. Nos dice Comanducci (2002): «El neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales».

. Prieto Sanchís, 2001: 208.

. Es de considerar que en este trabajo nos referimos a la teoría procesal y no a la errónea y común llamada teoría general del proceso, en que el término «general» debería quedar descartado, al no hacer mérito a su verdadero estudio y contenido. Consideramos que no es correcto, en concordancia a lo señalado por Guastini en su libro sobre la teoría analítica del derecho.

. Hablamos de una supuesta «independización», pues no podemos adoptar la idea de que alguna rama del derecho sea independiente, ya que todas están interrelacionadas. Ello en atención, incluso, a una característica misma del derecho: la unicidad.

. Cuando se inicia la codificación de las ramas del derecho, podemos hablar de los Códigos Civiles y Penales, pero —como parte de esa evolución— poco a poco se fueron deslindando otras disciplinas, como el derecho laboral, que se independiza del civil, o el procesal administrativo, que se emancipa del proceso civil.

. Nogueira A., 2009.

. Kelsen es autor del primer estudio sistemático sobre la justicia constitucional, en su obra *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*. Si bien los conocimientos que plasma son teóricos con base en la teoría general del Estado, no se puede negar que tenía ciertas nociones en aspectos procedimentales a causa de su práctica como miembro del Tribunal Constitucional austriaco, pero — pese a ello — no se puede decir que él desarrolla como tal esta teoría, ya que solo hace un aporte desde la teoría del derecho, mas no de la procesal.

. Al respecto, Córdova (2006) indica: «La propuesta kelseniana encargada expresa y específicamente del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos ejecutivos del poder público se inspiran, como reconoce el mismo Kelsen como el tribunal instituido por la Constitución austriaca de 1920».

. Ramos T., 2006, cita obtenida de Nogueira A., 2009: 26.

. García Belaunde, 2001: 147.

. Término empleado por Domingo García Belaunde, para señalar el sustento de la autonomía que se le atribuye a la teoría procesal constitucional. Resalta que tal autonomía no llega a ser «científica» ni útil.

. García Belaunde, 2001.

. Bobbio, 2016.

. Integrantes del Centro de Estudios e Investigación Jurídica Vox Iure, de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo.