

HECTOR CHAVEZ VALLEJOS

**TEORÍA PROCESAL CIVIL
EMPRESARIAL MODERNA**



TRUJILLO - LA LIBERTAD



HECTOR CHAVEZ VALLEJOS

Natural de la Provincia de Chota, Cajamarca, realizó sus estudios de educación primaria en la Escuela N° 791 de su tierra natal hoy Distrito Choropampa, sus estudios de educación secundaria en la GUE Antonio Raymondi de la ciudad de Pacasmayo, concluyendo en 1977. En marzo de 1978 ingresó a la Universidad Nacional de Trujillo, el 31 de enero de 1986 obtiene el Grado de **Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas**, estudia dos semestres más para ser candidato al Título Profesional de Abogado, el último semestre académico consistió en la Pasantía asignado por la Facultad de Derecho a la Primera Fiscalía Provincial Penal de la Provincia de Trujillo.

Concluido los estudios, a su solicitud la Facultad nombró el Jurado, el que estaba constituido por el Dr. Florencio Mixán Más como Presidente y los Drs. Francisco Urquiza Vega y Luis Guerrero Díaz, y convocó al Graduando para el 13 de marzo de 1987 para el examen de grado, sustentando sus informes de dos procesos concluidos con sentencias de la Corte Suprema: «Desahucio por ocupación precaria» y «El delito de apropiación ilícita y estafa en la compraventa de vehículos a plazos con reserva de propiedad» El examen tuvo lugar en acto público en el Auditorio de la Casa del Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, sustentados los informes, y respondiendo los múltiples interrogatorios, el Jurado entró en deliberación y sometido a votación fue aprobado por unanimidad.

Por Resolución del Rectorado de la Universidad Nacional de Trujillo se dispuso el otorgamiento de Título Profesional de Abogado el 31 de enero de 1987 en acto Público conforme al Estatuto de la Universidad, estando a cargo el Dr. Sigifredo Orbegoso Venegas, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, quien le tomó el Juramento de luchar por la justicia, y hacerle entrega a Nombre de la Nación el Título Profesional de Abogado, e incorporado a la Orden del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, el 09 de abril del mismo año.

Durante los estudios universitarios, además de la currícula ordinaria, siguió la especialidad Jurídico Empresarial, que era opcional llevando cursos fuera del horario ordinario.

El Autor ha realizado estudios de Post Grado, Maestría en Derecho Civil Empresarial en la Universidad Privada San Pedro, Filial Trujillo, en cuatro semestres académicos y con plana docente internacional y nacional.

En la época universitaria fue Profesor en el Colegio Nacional Javier Heraud de la ciudad de Trujillo, teniendo a su cargo el Curso de Lengua y Literatura. En el ejercicio profesional, Fundador del Estudio Jurídico «Chávez & Asociados» dedicado a la Defensa Libre por más 20 años en materia de Derecho civil empresarial, laboral, tributario, constitucional, comercio internacional, Asesor de Empresas y Sindicatos. También ha ejercido la Magistratura como Juez de Paz Letrado Suplente en la ciudad de Trujillo en 1998 y 1999, invitado por el Dr. Walter Noriega Lozano, Presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a quien le agradece por esa oportunidad, experimentando la realización de la impartición de justicia en el otro lado de la defensa.

El Autor realiza trabajos de investigación libre, habiendo publicado artículos en la Revista del Ilustre Colegio de Abogados: «El derecho procesal constitucional y la ejecución de sentencia (Acción de Amparo)» en la Revista N° 132, «La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la responsabilidad civil de los jueces en el Derecho procesal civil» en la Revista Jurídica N° 134, de edición especial por los 75 años de aniversario del Ilustre Colegio de Abogados, Trujillo, enero 1996 –julio 1999. También ha publicado artículos en Periódicos de circulación nacional sobre temas relacionado con la crisis del Poder Judicial.

Ha publicado el libro titulado «Instituciones del Derecho de Estabilidad en el Empleo y la nueva política económica. Según los testimonios de jóvenes Abogados, es una obra de consulta en las tesis de Maestría con Mención en Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional de Trujillo y en otras Universidades, y para los estudiantes de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas. Así mismo ha publicado el libro titulado «El abuso del derecho en los contratos de crédito financiero», editado en el año 2005.

TEORIA PROCESAL CIVIL EMPRESARIAL MODERNA

HECTOR CHAVEZ VALLEJOS

**TEORIA PROCESAL CIVIL
EMPRESARIAL MODERNA**

Editores: Estudio Jurídico «CHAVEZ & ASOCIADOS»

TRUJILLO - PERU

Segunda Edición

Impresor COPYGEMINIS JL & A EIRL

Derechos reservados conforme a Ley

© Copy righth: Héctor Chávez Vallejos

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-10145

© Copy righth:

Estudio Jurídico: «CHAVEZ & ASOCIADOS»

Jr. Junín 631, Ofic. 305, tel. (044) 224765

E-mail: hchavezv19@hotmail.com

mll_75794@hotmail.com

Trujillo, Agosto del 2009

*Gavino y Eufemia,
por haberme orientado
para servir a la sociedad*

Reconocimientos

El intento de hacer ciertas reflexiones de la *Teoría Procesal Civil Empresarial Moderna*, es una de las manifestaciones de las enseñanzas impartidas por el Maestro **Dr. TEÓFILO IDROGO DELGADO** en la Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Política en la Casa de Bolívar y Sánchez Carrión, **UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO**, quien utilizando cuatro pilares en su noble ambición en la formación de Abogados que necesita la sociedad: la *eficaz metodología* del desarrollo de la cátedra, la *paciencia*, el *rigor* y el *ejemplo* de su honestidad y probidad como Maestro y Magistrado, al intersectarse estos cuatro pilares, alcanza su objetivo, otorgándonos la espada de la justicia, el *Derecho Procesal Civil*, sin el cual no sería posible la protección de los derechos materiales, públicos y privados, el bien común, la seguridad jurídica y la convivencia social en justicia.

También no puedo dejar de reconocer las enseñanzas que recibí de mi *Maestro de Práctica Forense* **Dr. OSCAR J. SALAZAR VASQUEZ**, en su Estudio Jurídico realicé la confrontación de la Teoría Procesal Civil con la praxis procesal y en materia de Derecho Procesal del Trabajo, cuando cursaba estudios en mi alma máter la Universidad Nacional de Trujillo, quien además de impartir sus enseñanzas, su ejemplo con la grandeza de su función de Magistrado capaz y honesto, jamás escatimó su preciado tiempo para discutir temas y problemas prácticos de la Ciencia Procesal Civil que lo hacíamos generalmente los días sábados, siempre orientándome a la búsqueda de la justicia que exige nuestra sociedad.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	7
RECONOCIMIENTO.....	9
PRÓLOGO.....	29
INTRODUCCIÓN.....	33

PRIMERA PARTE

CONCEPCIÓN MODERNA DE LAS INSTITUCIONES PROCESAL – CIVIL EMPRESARIAL

CAPITULO I

TEORÍA PROCESAL

DINÁMICA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	41
--	----

CAPITULO II

EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA PROCESAL

1. GENERALIDADES.....	51
2. PERIODOS DE EVOLUCIÓN.....	53
2.1. Período pre-científico.....	53
a) Período primitivo.....	53
b) Escuela judicialista.....	53
c) Escuela practicista.....	54
d) Escuela procedimentalista.....	54
e) Período de las teorías particulares.....	54

2.2. Período científico.....	55
3. DEFINICION.....	63

CAPITULO III

TEORÍA PROCESAL CIVIL EMPRESARIAL

1. RAZÓN DE LA DENOMINACIÓN.....	65
2. DEFINICIÓN.....	66
3. OBJETO DE ESTUDIO	66
4. INDEPENDENCIA CIENTÍFICA.....	67
a) Autonomía legislativa.....	68
b) Autonomía doctrinaria.....	68
c) Bibliografía propia.....	68
d) Principios propios.....	68
e) Autonomía didáctica.....	69
f) Autonomía jurisdiccional.....	69
5. NATURALEZA JURÍDICA.....	69
6. RELACION CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS.....	69
6.1. Relación con el derecho civil.....	70
6.2. Relación con el derecho administrativo.....	70
6.3. Relaciones con el derecho societario.....	70
6.4. Relación con el derecho penal.....	70
6.5. Con el derecho constitucional.....	70
6.6. Con el derecho procesal constitucional.....	71
6.7. Con el derecho internacional público.....	73
6.8. Relación con los derechos humanos.....	73
6.9. Del derecho internacional privado.....	76
6.10. Del derecho marítimo y aeronáutico.....	76
6.11. Con el derecho procesal internacional.....	77
6.12. Relación con el derecho tributario.....	77

CAPÍTULO IV

FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

1. DEFINICIÓN.....	79
2. CLASES DE FUENTES.....	80
3. FUENTES MATERIALES Y FORMALES.....	80
3.1. Fuente materiales.....	80
3.2. Fuentes formales.....	81
4. CLASES DE FUENTES FORMALES.....	81

4.1.	La Constitución Política del Estado.....	81
4.2.	Las Convenciones y Tratados Internacionales.....	82
4.3.	La Ley.....	92
4.4.	La costumbre.....	93
4.5.	Los principios generales del derecho.....	97
	a) Diferencias de los principios generales y con las normas.....	101
	b) Aplicación de los principios generales.....	103
	c) Funciones de los principios generales del derecho.....	104
4.6.	La analogía.....	105
4.7.	La equidad.....	109
4.8.	La jurisprudencia.....	112
	a) La reiteración.....	114
	b) Contradicción de tesis.....	115
	c) La modificación.....	116
4.9.	Las directivas jurisdiccionales.....	118
4.10.	Los plenos jurisdiccionales.....	118
4.11.	La doctrina.....	118

CAPITULO V

LAS NORMAS PROCESALES

1. GENERALIDADES.....	121
a) Dimensión sociológica del mundo jurídico.....	130
b) Dimensión normológica.....	130
c) Dimensión dikelógica (valorativa).....	131
2. DEFINICIÓN DE NORMA JURÍDICA.....	134
3. CARACTERÍSTICAS DE NORMA JURIDICA	136
a) Imperatividad.....	136
b) General y abstracta.....	1
c) Coercibilidad.....	137
4. DEFINICIÓN DE NORMA PROCESAL CIVIL EMPRESARIAL.....	137
5. CLASES DE NORMAS PROCESALES.....	138
a) Normas procesales constitucionales.....	138
b) Normas procesales orgánicas.....	139
c) Norma procesal civil empresarial.....	140
6. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS PROCESALES.....	140
7. GUINTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES.....	143
8. ANTINOMIA NORMATIVA.....	145

8.1. Definición y características.....	145
8.2. Calificación de antinomia normativa.....	148
8.3. El problema de solución de antinomias jurídicas.....	149
a) Criterio jerárquico.....	149
b) Criterio cronológico.....	149
c) Criterio de especialidad.....	149
8.4. Conflicto entre criterios de solución.....	152
9. LA VIGENCIA DE LA NORMA PROCESAL.....	153
9.1. Vigencia de la norma en el espacio.....	153
9.2. Vigencia de la norma en el tiempo.....	153
10. VACANCIA DE LA LEY PROCESAL.....	154
11. CONFLICTO DE NORMAS PROCESALES EN EL TIEMPO.....	155

CAPÍTULO VI

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.....	157
1.1. Concepción general contemporánea.....	157
a) Funciones inmediatas o por antonomasia.....	158
b) Funciones mediatas.....	158
1.2. Globalización de la función jurisdiccional.....	160
1.3. Concepción clásica.....	163
1.4. Presupuestos de la función jurisdiccional.....	167
a) La unidad jurisdiccional.....	167
b) La independencia judicial.....	168
2. LA JURISDICCIÓN.....	168
2.1. Definición.....	168
2.2. Elementos de la jurisdicción.....	170
2.3. Naturaleza de la jurisdicción.....	171
I. Teoría subjetivista.....	171
II. Teoría objetivista.....	171
III. Teoría organicista.....	173
IV. Teoría de la sustitución.....	173
V. Nuestra posición.....	174
2.4. Clases de jurisdicción.....	174
I. Por excepción a la indivisibilidad de la jurisdicción.....	174
A) Jurisdicción ordinaria.....	174
B) La jurisdicción especial o extraordinaria o privativa.....	174
II. Por razón de la materia.....	176

A) Jurisdicción contenciosa.....	176
B) Jurisdicción voluntaria.....	176
III. Por su origen.....	178
A) Jurisdicción retenida.....	178
B) Jurisdicción delegada o por comisión.....	178
IV. Por su ejercicio.....	179
A) Jurisdicción legal o propia.....	179
B) Jurisdicción convencional o arbitral.....	179
C) Jurisdicción forzosa.....	179
D) Jurisdicción prorrogada.....	179
a) Prórroga convencional.....	180
<i>i. Definición.....</i>	181
<i>ii. Límites de la sumisión expresa.....</i>	181
b) Prórroga tácita.....	182
V. Por su antecedente histórico medieval.....	182
A) Jurisdicción secular.....	182
B) Jurisdicción eclesiástica.....	182
3. LA COMPETENCIA.....	183
3.1. Definición.....	183
3.2. Determinación de la competencia.....	184
A) Por el territorio.....	184
B) Por la materia.....	184
C) Por la jerarquía funcional de las personas.....	184
D) Por la cuantía.....	185
E) Por el turno.....	185
F) Por la distribución de la carga procesal.....	185
G) Competencia preventiva.....	186
3.3. Cuestionamiento de la competencia.....	186
a) La declinatoria.....	186
b) La inhibitoria.....	188

CAPÍTULO VII

ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1. GENERALIDADES.....	189
2. ESTRUCTURA ORGANICA.....	189

CAPÍTULO VIII

DERECHOS SUBJETIVOS Y

TUTELA JURISDICCIONAL

1. DERECHOS SUBJETIVOS.....	191
2. CORRIENTES FILOSOFICAS.....	192
2.1. El individualismo jusnaturalista.....	192
2.2. El supra – individualismo.....	193
2.3. El positivismo.....	196
2.4. El existencialismo.....	197
2.5. Posición de la teoría egológica.....	198
2.6. Diversas teorías sobre derechos subjetivos.....	199
3. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.....	200
4. DERECHOS POTESTATIVOS.....	203
5. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	203
a) Antes del proceso.....	204
b) Dentro del proceso.....	205

CAPÍTULO IX

PROCESO Y POCEDIMIENTO

1. DEFINICIONES.....	209
2. CONCLUSION.....	211
3. TEORÍAS DEL PROCESO.....	212
3.1. Teorías antiguas.....	212
3.2. Teoría del proceso como relación jurídica.....	213
A) Teoría de la institución.....	213
B) Teoría del proceso como empresa.....	213
C) Teoría del proceso como complejo de relaciones	213
3.3. Teoría del proceso como situación jurídica.....	214
3.4. Teoría del proceso como complejo de situaciones y actos procesales.....	215
4. FINALIDAD DEL PROCESO.....	216
5. PRINCIPIOS PROCESALES.....	218
5.1. Principio de iniciativa procesal de parte.....	219
5.2. Principio de contradicción.....	220
5.3. Principio de igualdad.....	224
5.4. Principio del impulso procesal	226
5.5. Principio de intermediación.....	227
5.6. Principio de economía procesal.....	229
5.7. Principio de concentración.....	231
5.8. Principio de audiencia.....	231
5.9. Principio de no indefensión.....	232
5.10. Principio de celeridad procesal.....	256
5.11. Principio de preclusión.....	257
5.12. Principio de publicidad.....	258
5.13. Principio de imparcialidad del juzgador.....	260

5.14. Principio de indisponibilidad de formas.....	261
5.15. Principio de la aformalidad procesal.....	262
5.16. Principio de instrumentalidad de las formas.....	264
5.17. Principio de eventualidad.....	265
5.18. El principio de la adquisición procesal.....	266
5.19. Principio de libre convicción del juez.....	269
5.20. Principio de colaboración.....	270
6. FORMAS DEL PROCEDIMIENTO.....	271
6.1. El Procedimiento Romano.....	271
A) Sistema ordinario.....	273
I. Las legis acciones.....	273
a) Procedimiento en la etapa <i>in iure</i>	274
b) Procedimiento en la etapa <i>apud in iudicem o in indicio</i>	275
II. El procedimiento formulario.....	276
a) Las ordinarias.....	276
b) Las extraordinarias.....	277
B) El Sistema Extraordinario.....	277
6.2. El Procedimiento Germánico.....	278
6.3. El Procedimiento Romano – Canónico.....	278
7. SISTEMAS DISPOSITIVO E INQUISITORIO.....	279
7.1. Tesis privatista y publicista del proceso.....	279
7.2. Función jurisdiccional como fundamento del sistema publicista.....	280
7.3. Características del proceso dispositivo e inquisitivo.....	280
8. PROCEDIMIENTO ESCRITO Y ORAL.....	282
9. DIALECTICIDAD PROCESAL.....	284

CAPÍTULO x

ESTRUCTURA DEL PROCESO

1. GENERALIDADES.....	285
2. TEORÍA DE LA ACCIÓN Y PRETENSIÓN.....	285
2.1. La <i>actio</i> en el derecho romano.....	285
2.2. La pretensión.....	286
3. LA ACCION COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.....	287
3.1. Concepción privatista o civilista.....	287
i. La acción aspecto combativo del derecho subjetivo.....	287
ii. La acción como derecho a la segunda Potencia	287
3.2. La concepción publicista de la acción como derecho cívico autónomo.....	287
4. TEORÍA DE IDENTIDAD DE ACCIONES Y ELEMENTOS DE LA ACCIÓN.....	287

4.1. Elementos de la acción e identidad de acciones.....	287
a. Identidad de las personas (<i>eadem conductio personae</i>).....	288
b. Identidad del objeto (<i>eadem res petitum</i>).....	289
c. Identidad del título jurídico (<i>eadem causa petendi</i>).....	291
5. TEORÍA DE CONEXIÓN Y CONCURSO DE ACCIONES.....	292
5.1. Conexión y continencia de acciones.....	292
5.2. La acumulación de acciones.....	293
5.3. El concurso de acciones.....	296
6. LA PREJUDICIALIDAD.....	296
6.1. La accesoriedad.....	297
6.2. La acción de garantía.....	297
6.3. La Prejudicialidad.....	297
7. TEORÍA DE LA RELACION JURIDICA PROCESAL.....	300
7.1. Concepción simple.....	300
7.2. Concepción compleja.....	302
8. TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONDICIONES DE LA ACCIÓN.....	303
9. TEORIA DE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS.....	309
9.1. Los presupuestos objetivos.....	309
A. Presupuestos procesales de forma.....	310
a) <i>La formalidad del contenido de la demanda</i>	310
b) <i>La capacidad procesal</i>	310
c) <i>La competencia del juez</i>	311
B. Presupuestos materiales o de fondo.....	312
a) <i>La existencia del derecho</i>	315
b) <i>El interés</i>	315
c) <i>Legitimidad para obrar</i>	318
d) <i>La acción no debe estar afectada de caducidad</i>	319
9.2. Presupuestos procesales subjetivos.....	320
A. El juez - la norma jurídica.....	320
B. Los litigantes.....	320
I. Pluralidad de litigantes.....	321
II. Intervención de terceros no comprendidos en el proceso.....	322
III. Intervención provocada de terceros.....	322
IV. Publicidad de intervención de litigantes principales.....	323
V. La sucesión procesal.....	323
C. Los abogados.....	324
a) La concepción negativa.....	324
b) Concepción positiva.....	324
10. LA TEORIA DE LA INSTANCIA.....	327
10.1. Definición.....	327
10.2. Etapas de la instancia.....	328

a) La etapa postulatoria.....	328
b) La etapa conciliatoria.....	328
c) La etapa probatoria.....	329
d) La etapa decisoria o resolutive.....	330
e) La etapa ejecutiva.....	330
10.3. Incidencia de la instancia.....	330

CAPITULO XI

TEORÍA DE LOS ACTOS PROCESALES

1. DEFINICIÓN.....	331
2. CATEGORÍAS JURÍDICO-PROCESALES.....	331
2.1. Hechos jurídicos procesales.....	331
2.2. Los actos jurídicos procesales.....	332
2.3. Los negocios jurídicos procesales.....	332
3. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES.....	333
3.1. <i>Gian Antonio Michelli</i>	333
a) <i>Actos procesales de los litigantes</i>	333
b) <i>Actos procesales del proceso</i>	333
c) <i>Actos procesales lícitos</i>	333
d) <i>Actos procesales válidos</i>	334
e) <i>Actos procesales nulos</i>	334
f) <i>Actos procesales facultativos</i>	334
g) <i>Actos procesales necesarios</i>	334
h) <i>Actos procesales obligatorios</i>	334
3.2. <i>Enrico Tulio Liebman</i>	335
a) <i>Actos causativos</i>	335
b) <i>Actos inductivos</i>	335
3.3. <i>Goldschmidt</i>	335
a) <i>Actos procesales de las partes</i>	335
I. <i>Los actos de obtención</i>	335
II. <i>Los actos procesales de causación o dispositivos</i>	335
b) <i>Los actos del proceso (del juicio)</i>	336
4. NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS PROCESALES.....	336
5. EFICACIA Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES.....	337
6. FORMALIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES	337
7. LUGAR Y TIEMPO DE LOS ACTOS PROCESALES.....	338
7.1. Escenario de los actos procesales.....	338
7.2. Los plazos.....	339
a) Definición.....	339

b) Clasificación.....	339
c) Cómputo de los plazos.....	341
7.3. Habilidadación de días y horas inhábiles.....	342
8. ACTUACIÓN DIFERIDA DE LOS ACTOS PROCESALES.....	342
9. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES.....	343
9.1. La interrupción.....	343
9.2. La suspensión.....	344
a) Definición.....	344
b) Clases de suspensión.....	346
I. La suspensión legal.....	346
II. La suspensión convencional.....	346
III. La suspensión judicial.....	347
1) Suspensión general.....	347
2) Suspensión como efecto del recurso de apelación o casación.....	347
IV. La suspensión prejudicial.....	349
V. La suspensión por acumulación.....	349

CAPITULO XII

TEORÍA DE LA PRECLUSIÓN Y DEL IMPULSO PROCESAL

1. GENERALIDADES.....	351
2. TEORÍA DE LA PRECLUSIÓN.....	352
2.1. Posiciones doctrinarias.....	352
3. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA.....	354
4. FLEXIBILIDAD DE LA PRECLUSIÓN.....	354

CAPITULO XIII

TEORÍA DE LA INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES

1. PRESUNCIÓN DE EFICACIA <i>IPSO IURE</i> DEL ACTO PROCESAL.....	357
2. FORMAS DE CALIFICACIÓN DE INEFICACIA.....	357
2.1. La nulidad.....	358
2.2. La anulabilidad.....	359
2.3. Acto jurídico inexistente.....	359
2.4. Irregularidad del acto procesal.....	359
3. POSICIONES DOCTRINARIAS.....	360

CAPITULO XIV**PRINCIPIOS QUE REGULAN
LAS NULIDADES**

1. GENERALIDADES.....	363
2. PRINCIPIOS DE LAS NULIDADES.....	364
a) Principio de imposibilidad de invocación de la nulidad por el causante.....	364
b) Principio de instrumentalidad de las formas.....	364
c) Preclusión de la nulidad no argüida.....	364
d) Principio <i>utile per inutile non vitiatur</i>	365
e) Principio de convalidación.....	365
f) Principio de saneamiento.....	366

CAPITULO XV**EL ABUSO DEL DERECHO PROCESAL**

1. DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS CON EL ABUSO DE ILEGALIDAD.....	369
2. PRINCIPIO DE VERACIDAD.....	370
3. MANIFESTACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO PROCESAL.....	370

CAPITULO XVI**LA CONCILIACIÓN Y
OBJETO DE LA CONTROVERSIA**

1. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN.....	373
2. NATURALEZA JURÍDICA.....	374
3. OPORTUNIDAD DEL ACTO CONCILIATORIO.....	375
4. OBJETO DE LA CONTROVERSIA.....	375

CAPITULO XVII**JUZGAMIENTO Y CONCLUSIÓN
ANTICIPADA DEL PROCESO**

1. JUZGAMIENTO ANTICIPADO.....	377
---------------------------------------	------------

2. CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO....	377
2.1. Conclusión sin pronunciamiento de fondo de la litis.....	378
2.2. Conclusión con pronunciamiento del fondo de la controversia.....	379
3. FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO.....	380
3.1. La conciliación.....	380
a) Oportunidad.....	380
b) Requisitos de fondo.....	380
c) Formalidad de la audiencia de conciliación.....	380
d) Conciliación total y parcial de las pretensiones.....	381
e) Efectos de la conciliación.....	381
3.2. Allanamiento.....	381
a) Definición.....	381
b) Sujetos con facultades de allanamiento.....	382
c) Modo del allanamiento.....	382
d) Formalidad del allanamiento.....	383
3.3. El Reconocimiento.....	383
3.4. Ejecución de la obligación.....	383
3.5. La Transacción judicial.....	383
a) Definición.....	383
b) Formalidad de la transacción.....	384
c) Oportunidad de su celebración.....	384
d) Aprobación de la transacción.....	385
e) Efectos de la transacción.....	385
3.6. El Desistimiento.....	385
a) Definición.....	385
b) Clases de desistimiento.....	385
1) Desistimiento del proceso.....	385
2) Desistimiento de un acto procesal.....	385
3) Desistimiento de la pretensión.....	386
c) Oportunidad del desistimiento.....	386
d) Efectos del desistimiento.....	387
3.7. El Abandono.....	387

CAPITULO XVIII

TEORÍA DE LA PRUEBA

1. GENERALIDADES.....	389
a) La verdad real.....	390
b) La verdad procesal.....	391
2. METODOLOGIA DE COMPROBACIÓN.....	392

a) La ignorancia.....	393
b) La duda.....	393
c) La probabilidad.....	393
d) La certeza.....	394
3. DEFINICIÓN DE LA PRUEBA.....	395
4. OBJETO DE LA PRUEBA	396
5. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA.....	399
a) Principio de bilateralidad.....	399
b) Principio de liberalidad.....	399
c) Principio de igualdad.....	399
d) Principio de inmediación.....	399
e) Principio de contradicción.....	400
f) Principio de adquisición procesal de la prueba.....	400
g) Principio escritural o de documentación.....	401
6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA.....	401
7. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA.....	404
8. TEORIA DEL <i>ONUS PROBANDI</i>.....	406
a) Hechos constitutivos	408
b) Hechos extintivos	408
c) Hechos impeditivos	408
9. INVERSION DE LA PRUEBA.....	409
10. REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	410
11. EL HECHO COMO OBJETO DE PRUEBA.....	417
11.1. Definición de hecho.....	417
11.2. Hechos de imposible producción.....	419
11.3. Hechos que no requieren probanza.....	421
a) Hechos no controvertidos.....	421
b) Hecho incierto.....	423
c) Hechos notorios.....	423
d) Prueba del derecho.....	424
e) La prueba de las máximas de experiencia.....	426
12. LAS PRESUNCIONES POBATORIAS.....	427
12.1. Definición.....	427
12.2. Clases de presunciones.....	427
a) <i>Presunciones iuris et de iuri</i>	428
b) <i>Presunciones legales condicionales</i>	428
c) <i>Presunciones judiciales</i>	429
d) <i>Las presunciones hominis vel iudicis</i>	430
e) <i>Las presunciones hominis factible iudicis</i>	430
13. PRUEBA ILEGAL.....	430
14. TEORÍA DE LAS PRUEBAS EMPRESTADAS.....	432
15. POSIBILIDADES DE PRUEBA DE LOS HECHOS.....	433
16. LA PRUEBA INDICIARIA.....	435

16.1. Definición.....	435
17. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS.....	436
17.1. Por la relación con el objeto de prueba.....	436
a) Las pruebas directas.....	437
b) Las pruebas indirectas.....	437
17.2. Por el objeto de prueba.....	437
a) Pruebas principales.....	437
b) Pruebas accesorias o secundarias.....	438
17.3. Por la forma	438
a) Pruebas escritas.....	438
b) Pruebas orales.....	438
17.4. Por la naturaleza o estructura.....	438
a) Pruebas personales.....	438
b) Pruebas reales o materiales.....	438
17.5. Por la función.....	438
a) La prueba histórica.....	438
b) Las pruebas críticas o lógicas.....	439
17.6. Por la finalidad.....	439
a) Pruebas de cargo y descargo.....	439
b) Pruebas formales y sustanciales.....	439
17.7. Por el resultado.....	439
a) La prueba plena.....	439
b) Las pruebas incompletas.....	440
17.8. Por los sujetos proponentes.....	440
a) La prueba de oficio.....	440
b) Las pruebas de parte.....	441
17.9. Por el momento de producción.....	441
a) Las pruebas extrajudiciales.....	441
b) Las pruebas judiciales.....	441
17.10. Por la utilidad.....	442
a) Las pruebas pertinentes.....	442
b) Las pruebas impertinentes.....	442
17.11. Por la relación entre pruebas.....	442
a) Pruebas simples.....	442
b) Pruebas compuestas.....	442
18. LA VALORACION DE LAS PRUEBAS.....	443

CAPITULO XIX

LA SENTENCIA

1. REFLEXIÓN FILOSÓFICA DE LA SENTENCIA.....	447
2. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LA SENTENCIA.....	457
a) Ultra petita.....	457
b) Extra petita.....	458
c) Citra petita.....	458

CAPITULO XX**RECURSOS IMPUGNATORIOS**

1. DEFINICIÓN.....	459
2. ERRORES EN LAS RESOLUCIONES.....	460
a) Errores de actividad.....	460
b) Errores de fondo.....	460
3. CLASES DE RECURSOS IMPUGNATORIOS.....	461
3.1. Recurso de Reposición.....	461
3.2. Recurso de apelación.....	461
a) Apelación de autos.....	461
b) Apelación de sentencia.....	462
3.3. Recurso de casación.....	462
3.4. El recurso de queja.....	465

CAPITULO XXI**LA COSA JUZGADA**

1. GENERALIDADES.....	467
2. DEFINICIÓN.....	489
3. NATURALEZA DE LA COSA JUZGADA.....	490
4. LA COSA JUZGADA MATERIAL Y FORMAL.....	492
5. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA.....	494
6. LIMITACIONES DE LA COSA JUZGADA.....	495
6.1. Limites subjetivos.....	495
6.2. Limites objetivos.....	500
7. SENTENCIAS CARENTES DE COSA JUZGADA.....	501

CAPITULO XXII**LA COSA JUZGADA FRAUDULENTA**

1. GENERALIDADES.....	503
2. DEFINICIÓN.....	506
3. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE COSA JUZGADA?..	507
4. DENOMINACIÓN Y CORRIENTES DOCTRINARIAS.....	508
a) Corriente doctrinaria negativa.....	509
b) La corriente doctrinaria clásica.....	509

c) Corriente doctrinaria positiva.....	510
5. OBJETO DE LA NULIDAD DE COSA JUZGADA.....	512
6. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN.....	513
6.1. Subjetivos.....	514
a) El demandante.....	514
b) El demandado.....	514
6.2. Presupuestos materiales.....	514
7. NATURALEZA DEL PROCESO.....	525
8. COMPETENCIA.....	525
9. INTERPRETECIÓN DE LAS PRUEBAS.....	526
10. EFECTOS DEL PROCESO DE NULIDAD DE COSA JUZGADA	526
11. MEDIDAS CAUTELARES.....	526
12. CONCLUSION.....	534

SEGUNDA PARTE

TEORIA CAUTELAR MODERNA

CAPITULO XXIII

LA TEORIA DE LA TUTELA CAUTELAR

1. APECTOS GENERALES Y DEFINICIÓN.....	537
2. AUTONOMIA DEL PROCESO CAUTELAR.....	545
3. NATURALEZA DE LA FUNCION CAUTELAR.....	547
4. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CAUTELAR.....	549
a) Instrumentalidad.....	549
b) Provisionalidad.....	550
c) Flexibilidad.....	551
d) Previsibilidad o contingencia.....	553
e) No observa los principios de contradicción y de defensa (<i>inaudita altera pars</i>)	556
f) Proceso sumarísimo y superficial.....	558
g) La contracautela.....	559
i. Definición y oportunidad de constitución.....	559
ii. Regulación de la contracautela.....	561
iii. Formas de contracautela.....	563
iv. Variabilidad de la contracautela.....	576

v. Tendencia a la desaparición de la contracautela.....	578
5. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.....	579
5.1. Medidas cautelares urgentes.....	582
5.2. Medidas cautelares clásicas.....	582
6. MEDIDAS CAUTELARES AUTOSATISFACTIVAS.....	583
6.1. Ubicación procesal.....	583
6.2. Definición.....	593
6.3. <i>Nomen iuris</i>	594
6.4. Procedimiento y presupuestos.....	596
6.5. Competencia.....	601
7. MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS.....	601
8. MEDIDAS CAUTELARES PROHIBITIVAS DE INNOVAR.....	621
9. MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPADAS.....	634
10. DIFERENCIA DE TUTELA CAUTELAR ANTICIPADA Y EJECUCIÓN ANTICIPADA DE SENTENCIA.....	642
11. BIBLIOGRAFIA.....	643

Prólogo

Ante todo quiero agradecer a *Héctor Chávez Vallejos* la oportunidad que me ha ofrecido de prologar este ambicioso instrumento jurídico titulado: *“Teoría Procesal Civil Empresarial Moderna”*, resulta para mi un reconocimiento al esfuerzo desplegado en provincias del Perú para el estudio del Derecho Procesal, al saber que se trata de un nuevo eslabón que emerge en Trujillo y que vuelca sus conocimientos procesales difundidos en las nuevas generaciones de hombres de derecho con la finalidad de que la tutela jurisdiccional sea efectiva, acorde con los principios procesales que sustentan nuestro nuevo sistema procesal, para que la impartición de justicia sea pronta, eficiente y oportuna en la solución de los distintos conflictos judiciales que se presentan en el Poder Judicial.

Un Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad que prestigia a nuestra Universidad Nacional de Trujillo, con la presente obra académica que nos ofrece, realizada en la madurez de su experiencia profesional, la consideramos que es fruto de sus reflexiones innovadoras con la vida de la Defensa en el campo civil y del arduo trajinar abogando por las causas nobles, sopesando aquello que no lo encontramos en los textos, ni en los tratados de Derecho Procesal sino en aquellos conocimientos que se adquieren a través de los años por los duros golpes que nos da el quehacer judicial, que van creciendo, desarrollando y perfeccionando para finalmente terminar en la producción científica.

Respecto del contenido del libro, podemos resaltar las siguientes reflexiones: La primera de ellas se refiere a la Teoría Procesal, que incide en la dinámica de la dogmática jurídica, resaltando la importancia que ha alcanzado el Derecho Empresarial influenciado por las transacciones comerciales que han dado origen a los contratos modernos y como consecuencia ha surgido la reorientación del Derecho Societario, del Mercado de Valores, el Derecho de la Libre Competencia, del Derecho Concursal, etc. que han generado los nuevos conflictos, litigios y controversias judiciales, los cuales necesitan de instrumentos procesales acordes con la realidad socio económicas del Perú. Pretender realizar un estudio epistemológico es tan difícil pero no imposible, por lo que hay que tener en cuenta que el autor de esta obra tiene el gran mérito por enfrentar estos grandes retos de la ciencia procesal contemporánea, por cuanto en el mundo globalizado ya se habla de Derecho Procesal Constitucional, Derecho Procesal Laboral, Derecho Procesal Empresarial, Derecho Procesal Internacional, entre otros, como frutos de la Ciencia Procesal, porque el acceso a la justicia es un derecho universal de todo justiciable para exigir la tutela jurisdiccional del Estado. No podemos dejar de recordar que en nuestro país, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil de 1993 abandonamos el procedimentalismo español fuente de inspiración de nuestra Justicia Civil privatista, con el objeto de agilizar y otorgar una tutela jurisdiccional oportuna y eficaz con un Juez director, dotado de la autoridad negada en el pasado para alcanzar la paz social con justicia en la solución de los conflictos judiciales con

un tratamiento diferenciado. No obstante que nuestro Código en vigencia, entre otras cosas, ha logrado enormemente la tramitación de los procedimientos, se enfrenta a una corriente tradicional aún imperante en América, procurando impedir al Juzgador para que tome conciencia de los roles que tiene que desempeñar, en las enormes diferencias culturales y económicas, que se involucre en las vicisitudes de cada caso concreto, como ahora advertimos, en los diferentes procesos sumarísimos, medidas cautelares y específicamente en los procesos de alimentos y de filiación, que requieren de prioritaria atención.

En tal perspectiva, el libro que nos toca prologar, dejando de lado los comentarios desde la etapa precientífica, en el Perú surge el nuevo Proceso Civil con el maestro *Juan Monroy Gálvez*,¹ quien al presentarnos su obra nos dice: "Si el proceso civil es el medio para solucionar conflictos de intereses, entonces es un instrumento de paz social. Para que se cumpla su trascendente función es imprescindible concederle todo nuestro esfuerzo y sacrificio. La paz social no se encuentra ni se descubre, sino es consecuencia de una laboriosa construcción colectiva" y que *Chávez Vallejos*, al comentar la *teoría procesal civil empresarial*, utilizando el método sistemático, nos presenta un estudio completo de esta nueva ciencia procesal, con sus propios principios, axiomas, órganos jurisdiccionales civiles y que constituye un instrumento de aplicación para solucionar conflictos jurisdiccionales empresariales, y que están regulados por normas jurídicas procesales concebidas como reglamentación de los principios constitucionales del libre acceso a los Tribunales, del derecho a un debido proceso, derecho de defensa, el derecho a la prueba y a todos los derechos y principios de la función jurisdiccional como garantías de la impartición de justicia con equidad.

En nuestro Sistema Procesal, se continúa priorizado entre otros al principio de celeridad, los justiciables recusan el servicio de justicia lento, engorroso e ineficiente, pues con los adelantos científicos y tecnológicos en este mundo globalizado, deberíamos priorizar a los procesos urgentes, de allí que el autor, someramente se ocupe de las teorías: de los actos procesales, de la preclusión y del impulso procesal, de la ineficacia de los actos procesales, de la prueba, de la tutela cautelar jurisdiccional, que los beneficiados con este importante trabajo, al leer éstas líneas tendrán su propia opinión.

Este libro tiene la virtud de exaltar el principio de moralidad en los operadores jurídicos en el Derecho Procesal, a fin de que su conducta se ciñan a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, porque un libro representa la huella indeleble del paso de su autor por el mundo, porque aún de muerto se escucha la voz de su autor leyendo sus libros, porque son testimonios de su existencia y de su comportamiento humano en la esfera jurídica que le tocó vivir. Por eso parodiando las frases del insigne procesalista florentino, *Piero Calamandrei*,² debo decirle: Usted joven abogado, no se encariñe con el proverbio

¹ MONROY GALVEZ, JUAN; *Introducción al Proceso Civil*, T. I.; Edit. Temis, Santa Fe de Bolgotá-Colombia; 1996; p. XI.

² CALAMANDREI, PIERO; *Elogio de los Jueces*, Edit. Orlando Cardenas Editor, S.A. de C.V.x; México; 1994; p. 3.

habent sua sidera lites (también la litis tiene sus estrellas): queme la hoja en que lo encuentre escrito, y cuando haya aceptado una causa que crea justa, póngase con fervor a trabajar, en la seguridad que quien tiene fe en la justicia, consigue siempre, aún a despecho de los astrólogos, hacer que cambie el curso de las estrellas. Por el aprecio que tengo al autor, debo sugerirle que siga escribiendo, porque los libros hablan por su autor.

Honradamente estimo que esta obra significa el primer y el más serio esfuerzo de su autor y que no cabe, más que felicitar para que continúe con su labor de investigación y divulgación de la ciencia procesal civil empresarial.

Teófilo Idrogo Delgado
Ex Presidente del CNM
Presidente de la Corte Superior de
La Libertad

Introducción

Uno de los factores que nos ha inducido al estudio y reflexión de la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, se debe principalmente a la frustración del sueño de las acciones de garantías constitucionales, por su ideal naturaleza sui generis sumarisimos proclamadas por toda la doctrina procesalista y que se encuentra materializada en la legislación procesal de acciones constitucionales. Sin embargo a menos de dos años de graduado como Abogado y Colegiado en el Ilustre Colegios de Abogados, asumí la defensa promoviendo proceso de Acción de Amparo demandando el cese de la violación a las normas constitucionales laborales por el desconocimiento de las convenciones colectivas por la *Empresa Hidrandina S.A.* en agravio de diez funcionarios. Este proceso se inició en enero de 1989, el juzgado declaró fundada la demanda y confirmada la sentencia en Segunda Instancia por la Primera Sala Civil en el mismo año.

El problema es la ejecución de los fallos, el juzgado habiendo ordenado practicar la liquidación de devengados de remuneraciones insolutas e intereses y su aprobación han transcurrido más de 20 años se ha iniciado la ejecución de la sentencia, llegando al extremo que el Gobierno dictatorial emitió un decreto legislativo no solamente prohibiendo, sino levantando las medidas cautelares ejecutadas en el patrimonio de este tipo de empresas paraestatales en proceso de privatización. Llegando al extremo que el juez ordenó a la demandada el pago de la obligación con el apercibimiento de trabarse medidas cautelares, posteriormente declaró nula esta resolución en el extremo del apercibimiento, resolución confirmada por la Primera Sala Civil, violando la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial, de esta forma se mutila la coercibilidad de la Sentencia con categoría de cosa juzgada, convirtiéndose en inejecutable, porque voluntariamente jamás cumplirá la Empresa. Por nuestra parte, hemos iniciado otro proceso ante el Juzgado Laboral, el que ha sido resuelto en seis años declarando fundada la demanda, porque los únicos medios probatorios son la sentencia de primera y segunda instancia del proceso de acción de amparo, la resolución que aprobó la liquidación de devengados, y finalmente ha sido confirmada por la Segunda Sala Laboral, y se encuentra el proceso en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Posiblemente la ejecución de la sentencia de acción de ampara concluirá a los 20 años.

Esta realidad expresa la esencia de ser del Poder Judicial y cómo los magistrados cumplen su función de la prestación de la tutela jurisdiccional, que se resumen: a) dependencia política del Gobierno de turno, b) pérdida de la autonomía e independencia, c) ejercicio de la función jurisdiccional mediatizada, d) ineficacia de la tutela jurisdiccional por el retardo de la impartición de justicia, e) las sentencias injustas por favorecimiento al litigante con poder económico o político, f) la violación de las normas constitucionales y las declaraciones universales de los derechos humanos por los jueces por obediencia a las directivas de la política del gobierno de turno o por disposiciones verbales del Poder Judicial, y g) el abuso del Poder administrador del Poder Judicial al someter a procesos administrativos disciplinarios a los magistrados que ejercen la función jurisdiccional conforme a la Constitución y las leyes como verdaderos jueces probos, muchas veces mediante campañas políticas del órgano máximo representativo del Poder Judicial en respuesta a los requerimientos de la política del Gobierno

de turno. Nos preguntamos: ¿El Poder Judicial es autónomo o es un instrumento de ejecución de los lineamientos de la política del Gobierno de turno? ¿El Poder Judicial está cumpliendo su rol histórico autónomo e independiente de impartir justicia? ¿Las decisiones de los conflictos de intereses sometidos al órgano jurisdiccional son resueltos con independencia, imparcialidad, prontitud, eficacia y justicia?

Esta realidad jurisdiccional, nos ha conducido ha introducirnos hacia las profundidades del problema en busca de las causas y proponer alternativas a la grave crisis de la impartición de justicia.

El problema de la crisis de la impartición de justicia, es la función jurisdiccional que está muy cuestionada y nuestra sociedad ha perdido la confianza por las amargas experiencias de la pérdida de la autonomía e independencia del Poder Judicial y la imparcialidad de los magistrados, condicionados a la política de gobierno, aplicando leyes abusivas violatorias de las Constitución Política del Estado y las declaraciones de los Derechos humanos, ignorando su deber del control difuso de la constitucionalidad.

Para muchas opiniones la crisis de la impartición de justicia no tiene solución, sin embargo estamos convencidos que esta crisis tiene que desaparecer, con esta finalidad algunos destacados juristas han reflexionado sobre la necesidad social de la solución de la crisis del Poder Judicial, consideramos que como todos los fenómenos sociales, el Poder Judicial dentro de su evolución ha llegado a su apogeo a partir de la revolución francesa, evolucionando la institucionalidad juntamente con los sistemas sociales, hasta que ahora se encuentra en decadencia, pero dentro de sus escombros nace la nueva concepción de la función del Poder Judicial y de las instituciones del proceso, generando grandes conflictos manifestándose no solamente con los litigantes, sino en toda la sociedad, porque no responde a las nuevas necesidades que exigen las relaciones jurídicas contemporáneas, haciéndose realidad la concepción del dinamismo del Derecho que afirma *Ihering*³ «el derecho sólo puede rejuvenecerse en tanto que rompe con su propio pasado. Un derecho concreto que, por el hecho de haber surgido, pretende persistencia ilimitada, es decir, eterna, es como el niño que levanta su brazo contra la propia madre; escarnece la idea del derecho al apelar a ella, pues **la idea del derecho es un eterno devenir**, y lo que ha llegado a ser tiene que ceder ante el nuevo cambio» En materia de impartición de justicia civil empresarial, este problema se resuelve con el nuevo enfoque que le da la *Teoría Procesal Civil Empresarial Moderna*.

Esta *teoría* parte de tres elementos fundamentales: a) La nueva concepción del Poder Judicial como Poder del Estado, en cuanto a su independencia efectiva, b) La constitucionalidad y los derechos humanos en la función jurisdicción, c) La nueva responsabilidad de los magistrados en la impartición de justicia en función a la reorientación de los destinos de la sociedad, es decir, la trascendencia de la función jurisdiccional en la sociedad como equilibrio el poder

³ IHERING, Rudolf von. *La lucha por el derecho*, 1ª edición cibernética, septiembre del 2003, Captura y diseño, Chantal LÓPEZ y Omar CORTÉS, Biblioteca Virtual Antorcha, www.antorcha.net/index/biblioteca/derecho.html

oficial y el suboficial. Toda sentencia justa constituye la solución del conflicto entre los litigantes y mediatamente restituye el orden y la paz social.

La independencia y autonomía del Poder Judicial es el resultado de las luchas de los pueblos subordinados al poder monárquico, quien castigó principalmente a los rebeldes contra el abuso del poder absolutista, logrando la sociedad la institucionalidad de los tres poderes del Estado principalmente con la Revolución francesa, poniendo fin a la mano del monarca supuestamente impartidora de justicia - juez. Pero con esto no terminó la lucha por el derecho y la justicia, continúa la evolución a su perfeccionamiento, sin embargo necesariamente tiene que pasar por etapas de apogeo crisis y decadencia de este Poder, porque todo lo nuevo se transforma en viejo para dar paso a lo nuevo y más eficaz, fenómeno jurídico producto de la dialécticidad de la sociedad que nunca puede quedarse estática ni menos volver hacia atrás. La forma de impartir justicia cuando no responde a los requerimientos de los nuevos fenómenos sociales, entra en crisis y se torna en contrapuesta a los intereses del poder suboficial, perdiendo su fuerza de independencia y autonomía para responder a la política muchas veces agresiva a los intereses de las amplias mayorías y beneficiar al grupo de poder.

En este sentido, se aparta del rol histórico del Poder Judicial que le dio origen, sin embargo, estamos experimentado en todo el mundo que los magistrados con formación en la nueva concepción de la función del Derecho y visión filosófica humanista, la sociedad le ha impuesto al Poder judicial una nueva responsabilidad insoslayable, la conducción de los destinos de la humanidad, de tal manera que la función jurisdiccional tiene que retomar su independencia y autonomía ante el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, como único Poder encargado de buscar el equilibrio de los conflictos entre estos poderes y la Sociedad, mediante el cual se ejerce el control del Poder abusivo de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Pero el Poder Judicial necesita de la fuerza de la sociedad, y de todas las instituciones principalmente los Colegios de Abogados, las facultades de Derecho y Ciencias Políticas y de todas las Instituciones en su conjunto.

Sin embargo no hay que perder de vista, la confrontación que tenemos que experimentar en el rompimiento evolutivo acelerado con los esquemas conservadores manifestados en las conductas de muchos Tribunales, como afirma *Ihering*⁴ «La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. En tanto que el derecho tenga que estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia -y esto durará mientras exista el mundo- no le será ahorrada la lucha. La vida del derecho es lucha, una lucha de los pueblos, del poder del Estado, de los estamentos o clases, de los individuos»

La administración de justicia en esta época tiene que responder al dinamismo de la sociedad, con el avance de la ciencia y la tecnología, las ciencias jurídicas tiene que evolucionar para que las modernas relaciones jurídicas de las grandes transacciones empresariales se practiquen con seguridad jurídica y equidad, entonces la *Teoría Procesal* tiene que reorientarse, y con flexibilidad optar por la solución de los conflictos de intereses sometidos a los órganos jurisdiccionales competentes por su naturaleza de fenómenos resultado (*efecto*) de las estructuras sociales, económicas y políticas, antes que el formalismo jurídico procesal que tanto

⁴ IBIDEM.

daño ha hecho a la sociedad, por la esencia de la *Teoría Procesal Civil Empresarial* de ser una ciencia hermenéutica como toda ciencia jurídica.

La *Teoría Procesal clásica* que ha orientado la impartición de justicia, está fundamentada en el *bien común, la seguridad, la paz social*, sin embargo estas instituciones son objeto de diversas concepciones resistentes a las transformaciones de las modernas relaciones sociales, encontrándose actualmente en una encrucijada ante la exigencia de las concepciones contemporáneas, despejar a estas instituciones de posiciones filosóficas liberalistas del Derecho como justicia legal, y como consecuencia la agresión a la humanidad con los fallos arrodillados a las leyes anticonstitucionales o contra las normas internacionales de derechos humanos, por la concepción social del Derecho, en el que la justicia no busca el bien común, la seguridad y poner freno al conflicto social entendida como el riesgo por ese poder suboficial, los gobernados, sino que la impartición de justicia tienen que buscar el equilibrio social con el control del Poder estatal que representa generalmente el poder económico de la nación y del universo, que es la razón de ser de la impartición de justicia supranacional.

En tal sentido **Gustav Radbruch**⁵ precisa que: «Cuatro viejos adagios hacen aparecer a nuestros ojos los principios supremos del derecho y al mismo tiempo las fuertes antinomias que reinan entre esos principios. He aquí el primero: *Salus populi suprema lex est*; pero ya un segundo adagio responde: *iustitia fundamentum regnorum*. ¡No es el bien común el fin supremo del derecho, sino la justicia! Esta justicia, sin embargo, es una justicia suprapositiva, y no es la justicia positiva o más exactamente la legalidad, la que contempla nuestro tercer adagio así concebido: *fiat iustitia perent mundus*; la inviolabilidad de la ley debe ser colocada por encima del mismo bien común. A lo cual, en fin, el cuarto adagio objeta: *summum ius, summa iniuria*; la estricta observación de la ley implica la injusticia más subleovante»

Concluye el filósofo, que «el bien común, la justicia, la seguridad se revelan como los fines supremos del derecho. Estos fines no se encuentran sin embargo en una perfecta armonía, sino por el contrario, en un antagonismo muy acentuado»⁶

El presente trabajo persiguiendo la finalidad expuesta, está estructurado siguiendo un orden sistemático de las instituciones del proceso civil empresarial enfocadas con la nueva concepción de la *Teoría Procesal Civil Empresarial Moderna*, y con fines didácticos está estructurado en dos partes y veintitrés capítulos. La primera parte está referida a los aspectos generales de la teoría procesal, su evolución, estructura del proceso e instituciones de la teoría procesal civil empresarial, y la segunda parte comprende el estudio de la teoría cautelar contemporánea y sus instituciones.

En el capítulo primero, trata de la Teoría general del proceso y la dinámica de la dogmática jurídica. En el capítulo segundo trata de la evolución de la teoría procesal, sus generalidades y definición.

⁵ RADBRUCH, GUSTAV. *El fin del derecho*, 1ª edic. cibernética, noviembre del 2004, Captura y diseño, CHANTAL LÓPEZ y OMAR CORTÉS, Biblioteca Virtual Antorcha, www.antorcha.net/index/biblioteca/derecho.html (03-07-2007).

⁶ *IBIDEM*.

El Capítulo tercero, contiene un enfoque de la *Teoría procesal civil empresarial*, la justificación de nueva denominación de esta ciencia procesal, la definición, la delimitación de su objeto de estudio, la independencia científica, su naturaleza jurídica y la relación con otras disciplinas jurídicas.

En el Capítulo cuarto, hacemos el estudio de las fuentes del Derecho Procesal. El Capítulo quinto trata del estudio de las normas procesales, parte de la definición de norma jurídica en general, luego el estudio de la normas procesal civil empresariales, clases, naturaleza jurídica, interpretación, vigencia de la norma procesal, la vacancia de la ley procesal y los conflictos de la norma procesal en el tiempo.

El Capítulo sexto, contiene el estudio de la jurisdicción y competencia, considerada la concepción de la jurisdicción como función monopólica del Estado, se encuentra superada al estar sujeta la actividad jurisdiccional al control jurisdiccional internacional ejercida por la Tribunales internacionales, desapareciendo la concepción de jurisdicción ejercida por el Poder Judicial como expresión de la soberanía del Estado, y el estudio de la competencia, su determinación y cuestionamiento.

Así mismo en el Capítulo séptimo, trata de los órganos jurisdiccionales, sus generalidades y estructura orgánica. El Capítulo octavo, enfoca un estudio de los derechos subjetivos y la tutela jurisdiccional, las corrientes filosóficas, los derechos subjetivos públicos, los derechos potestativos y la tutela jurisdiccional efectiva.

En el Capítulo noveno, notamos el estudio del proceso y procedimiento, trata de las diversas teorías el proceso, la finalidad, los principios procesales, forma de procedimiento, los sistemas dispositivos e inquisitorio y sus características, el procedimiento escrito y oral, finalmente la dialecticidad procesal como la fuerza impulsora del proceso desde la admisión de la demanda hasta llegar a la sentencia.

En el Capítulo décimo, estudiamos la estructura del proceso donde se trata además de las generalidades, la teoría de la acción y pretensión, la acción como derecho a la tutela jurisdiccional, la teoría de identidad de acciones y los elementos de la acción, la teoría de conexión y concurso de acciones, la prejudicialidad, la teoría de la relación jurídica procesal, la teoría de los presupuestos procesales y la condiciones de la acción, la teoría de los presupuestos objetivos y subjetivos, y finalmente la teoría de la instancia.

El Capítulo decimoprimer, trata del estudio de la teoría de lo actos jurídicos, comprendiendo las categorías jurídico-procesales, clasificación, naturaleza jurídica, eficacia, publicidad, formalidad de los actos procesales, lugar y tiempo de los actos procesales, habilitación de días y horas inhábiles, actuación diferida de los actos procesales, la interrupción y suspensión, clases de suspensión de los actos procesales.

El Capítulo decimosegundo, trata de la teoría de la preclusión y del impulso procesal. El Capítulo decimotercero trata de la teoría de la ineficacia de los actos procesales, presunción de eficacia *ipso iuri*, forma de calificación de ineficacia y las posiciones doctrinarias. El Capítulo decimocuarto, trata de los principios que regulan las nulidades de los actos procesales. El Capítulo decimoquinto, estudia el abuso del derecho procesal, definición y diferencia con el

abuso de ilegalidad, principios de veracidad, sus manifestaciones. El Capítulo decimosexto, estudiamos la conciliación, sus antecedentes, naturaleza jurídica, oportunidad del acto conciliatorio, y la determinación del objeto de la controversia, denominado también puntos controvertidos.

En el Capítulo decimoséptimo, trata del juzgamiento y conclusión anticipada del proceso y cada una de sus formas especiales. El Capítulo decimoctavo, estudiamos la teoría de la prueba, sus generalidades, metodología del descubrimiento de la verdad de las pretensiones, definición de la prueba, el objeto y principios de la prueba, la constitucionalización de la prueba, las fuentes y medios de prueba, la teoría del *onus probandi*, la inversión de la prueba, reglas de la carga de la prueba, el hecho como objeto de prueba, las presunciones probatorias, la prueba ilegal, la teoría de las pruebas emprestadas, posibilidades de prueba de los hechos, la prueba indiciaria, la clasificación de las pruebas y la apreciación de la prueba.

El Capítulo decimonoveno, contiene el estudio de la sentencia y las reflexiones filosóficas, la nulidad y anulabilidad de la sentencia. En el Capítulo vigésimo, estudiamos los recursos impugnatorios, su definición, errores de las resoluciones y clases de recursos impugnatorios. En el Capítulo vigésimo primero, estudiamos la cosa juzgada, sus generalidades, definición, naturaleza de la cosa juzgada, la cosa juzgada material y formal, efectos de la cosa juzgada, limitación y sentencias carentes de cosa juzgada. El Capítulo vigésimo segundo, estudiamos la institución tan cuestionada la cosa juzgada fraudulenta con el más amplio criterio, sin considerar que se haya agotado su estudio.

Finalmente en el Capítulo vigésimo tercero, estudiamos reflexivamente la teoría de la tutela cautelar desde el punto de vista de las concepciones modernas, los aspectos generales y definición, la autonomía del proceso cautelar, la naturaleza jurídica de la función cautelar, sus características, clases de medidas cautelares, medidas cautelares autosatisfactivas, medidas cautelares innovativas y prohibitivas, y las medidas cautelares anticipadas.

EL AUTOR

PRIMERA PARTE

**CONCEPCIÓN MODERNA
DE LAS INSTITUCIONES
PROCESAL - CIVIL EMPRESARIAL**

Capítulo I

Teoría Procesal

1. DINÁMICA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La *Dogmática jurídica* en términos generales es la parte fundamental del Derecho, denominada también *Teoría Jurídica, Teoría del Derecho*. La *dogmática jurídica* es la razón de ser del carácter científico del Derecho, porque tiene por objeto la aprehensión y análisis profundo de los fenómenos sociales exigentes de la regulación jurídica para la convivencia pacífica, estudiando las causas y consecuencias en la generación de nuevos fenómenos orientados al respeto de los valores y bienes jurídicos de la persona humana. La *Teoría Jurídica* va formulando una serie de hipótesis en busca del desarrollo social ordenado en justicia, y contrastadas en la praxis social, no sólo en una determinada comunidad estatal, sino comprobable en todas las sociedades estatales en época determinada, y con sus particularidades en cada territorio estatal.

Las *ciencias jurídicas* son universales como cualquier otra ciencia, habiéndose desarrollado principalmente a partir del siglo XIX con el rompimiento del legalismo y la exégesis como método de interpretación del derecho por el pensamiento de los juristas y filósofos, abriéndose un abanico de nuevas teorías jurídicas partiendo de la clásica clasificación en *Derecho Público y Derecho Privado*. El filósofo y jurista francés *François Gény*⁷ puso fin al método exegético con la libre investigación del Derecho, quien estableció además de la ley, la *costumbre*, la *jurisprudencia* y la *doctrina* como fuentes formales de derecho, habrá que agregar la *libre investigación científica*, la misma que permitirá entrar a las reglas jurídicas en los ámbitos de toda investigación merecedora de ser considerada como una verdadera ciencia, asegurando así a

⁷ GÉNY, FRANCOIS. (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, y *Science et technique en droit privé positif*, 1913-1930) El aporte de Gény a la metodología jurídica, en particular en el campo de la interpretación y de las fuentes del derecho, con la bandera de la libre investigación científica buscó debilitar hasta entonces incontrastable dominio de la escuela de la exégesis. Las ideas del profesor Gény contribuyeron a la notable transformación del derecho español, en especial el derecho civil realizada por la Corte Suprema de la mitad de la década de los años treinta del siglo pasado, llamada por ello con justicia la *nueva Corte*. Superando el método exegético aceptado como excluyente prácticamente hasta esa fecha, la Corte extrajo de normas aisladas de derecho positivo, mediante novedosas interpretaciones, reglas generales en temas de tanta trascendencia como el enriquecimiento ilícito, el daño, la responsabilidad extra-contractual, para citar algunos. Es decir, la actualización dinámica del derecho a la luz de hechos y necesidades que no pudieron ser previstos por el legislador en el momento de expedir las normas, en una tarea hermenéutica que no desconoce el derecho positivo, sino lo adapta a esas situaciones inéditas

estas reglas un valor superior a las contingencias que las provocan.⁸ Su gran obra *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, la que significó el inicio de un giro en los tópicos de la interpretación jurídica.⁹

A partir de la primera y segunda guerra mundial, la *Teoría jurídica* experimentó su mayor inercia, las guerras internas e internacionales, los sectores sociales organizados en cualquier forma ejercieron una presión política obligando a los legisladores a materializar la teoría jurídica en normas jurídicas, así como a la comunidad internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la nueva concepción del Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Procesal Internacional de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y la Jurisdicción Internacional no solamente es competente en materia de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, sino también en cualquier materia procesal civil empresarial. El Derecho no es el producto de la benevolencia del Estado, sino el resultado de las fuerzas contradictorias de la humanidad orientadas por sus propias concepciones filosóficas en busca del bienestar social en su conjunto.

Los juristas jamás han estado al margen de la realidad concreta de la sociedad, no solamente en el campo de la relaciones jurídicas, sino el estudio en su conjunto de todos los fenómenos económicos, sociales y políticos, sin embargo, muchos juristas han sostenido que el jurista no tiene nada que ver con los fenómenos políticos de un Estado y menos con la problemática internacional.

Partiendo de esta orientación, el desarrollo de la *teoría de las ciencias jurídicas* se posterga y crea mayores conflictos en las relaciones jurídicas de la sociedad, así como también graves efectos negativos en la administración de justicia.

La *Teoría jurídica* permite formular parámetros de proyección coadyuvantes a las transformación profunda de la sociedad con el equilibrio de convivencia social dentro de un Estado y en la comunidad internacional, regulado por las normas jurídicas que respondan a esta necesidad histórica. El dinamismo de las diversas disciplinas del Derecho y el surgimiento de nuevas *teorías jurídicas* con modernos planteamientos, es el resultado de las confrontaciones a los nuevos fenómenos sociales, económico y políticos de la globalización que experimentamos principalmente en la última década del Siglo XX y concluyendo en la primera década del Siglo XXI.

La globalización ha sufrido grandes resultados negativos, no solamente por los fracasos institucionales y la corrupción de los gobiernos neoliberales que implementaron los lineamientos de sus estrategias, sino como en algunos casos la manifestación extremada de la destitución de los gobernantes por los pueblos organizados, asumiendo el mando nuevos gobernantes con nuevas orientaciones políticas opuestas a la globalización, por ejemplo en América Latina tenemos Argentina, Brasil, Chile, Venezuela, Ecuador, Nicaragua.

⁸ Francois. *Ultima verba*. (París: R. Pichon, R. Durand-Azulas, Mars, 1951).pp.12-14.

⁹ IBIDEM. *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif Essai Critique*. Seconde édition revue et mise au courant. (París: L.G.D.J,1954) 2t, T I,p.23.

La globalización como sistema económico, social y político orienta a la degeneración humana, empezando por la ocupación de enclaves en todos los continentes por los grandes monopolios, partiendo de la destrucción de la producción nacional, separando a los seres humanos el innato derecho y deber del hombre, *el trabajo*, en busca de mayor libertad de la destrucción lenta de la humanidad, con la destrucción del medio ecológico produciendo el calentamiento del planeta violando el *Tratado de Kyoto*, etc.

El medio para el logro de los objetivos de la globalización son dos: a) *los programas de asistencia social como «actos de humanismo»* para resolver el problema de la pobreza de los pueblos, y b) el supuesto *«valor supremo de la democracia»* enarbolado principalmente por Estados Unidos y sus aliados principales, para justificar la invasión a los territorios independientes con la finalidad de sustraer los recursos energéticos, y el sometimiento de los pueblos a su dominio, justificando de esta manera los crímenes de lesa humanidad.

Eduardo Barcesat,¹⁰ hace un análisis de la globalización y la repercusión negativa en los derechos humanos, resultando que los Estados que tienen la hegemonía mundial han establecido dos parámetros: *la democracia y la supuesta defensa de los derechos humanos*, para todos aquellos gobiernos y grupos sociales que apoyan la globalización, y en el otro extremo, los que están en contra del imperio de la globalización son terroristas que amenazan universalmente y tienen que ser eliminados.

Los Estados han fracasado en sus políticas económicas, porque no han cumplido con aplicar las recetas de los gobernantes ejemonistas de la globalización. Es decir la sociedad se divide en dos grandes bloques: los que están con el terrorismo de Estado que manejan y apoyan la globalización, y el terrorismo internacional constituido por todos aquellos que protestan contra la hegemonía, la invasión territorial.

La materialización de la defensa de los derechos humanos y la justa administración de justicia como lucha permanente, ha dado lugar a la creación última del Tribunal Internacional Penal Europeo y actualmente deonominado Tribunal Europeo de Derechos humanos, para juzgar los crímenes de lesa humanidad y la discriminación social y económica, pero los gobiernos que ejercen la hegemonía mundial, no reconocen la jurisdicción y competencia de ese Tribunal.

¹⁰ BARCESAT, EDUARDO. *La problemática de los derechos humanos en el Siglo XXI. Los desafíos del Nuevo Orden Mundial*, III CONGRESO INTERNACIONAL DERECHOS Y GARANTIAS EN EL SIGLO XXI El Derecho y El Nuevo Contexto Mundial Soberanía, Autodeterminación y Derecho Internacional, Universalidad y Diversidad, Buenos Aires, 8, 9 y 10 de septiembre de 2004- Facultad de Derecho - Univ. de Buenos Aires, PLENARIO Edición Electrónica Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Argentina, junio de 2005, www.aaba.org.ar/pledy56004.htm (09-03-2007).

*Barcenat*¹¹ para concluir con su exposición de la amenaza de los derechos humanos y el desamparo del derecho a la tutela jurisdiccional, establece ocho paradojas, siendo muy concreto en la primera y segunda, afirmando:

«PRIMERA PARADOJA: Nos encontramos en el período de mayor desarrollo de la globalización. Todo se produce, circula, distribuye y consume bajo un signo y pretensión de universalidad. Sobre la otra mano, se produce una atomización de la existencia social que lleva a una pérdida de virtualidad y credibilidad en la estructura estatal, nacional e internacional. Vuelven formulaciones que podrían pretenderse propias a una etapa previa respecto del mitológico “contrato social”, como el “sálvese quien pueda” y “hágalo usted mismo, porque nadie se va a ocupar.

SEGUNDA PARADOJA: En tiempos preconizados como de pluralidad y tolerancia, de comprensión “del otro”, de lo “diferente”, el Jefe de Gobierno de la potencia hegemónica exclama que el planeta Tierra se divide en dos: “...los que están con nosotros; y los otros, los que están con el terrorismo...” Para hacerlo más claro, se tiene que estar con el **terrorismo de estado internacional** que plantea la potencia hegemónica, o con el **terrorismo que realizan los represaliados** por la potencia hegemónica, esto es, hay que optar por cuál terrorismo nos favorece, o es menos dañoso»

El autor resume el desarrollo del pensamiento jurídico en la protección de la humanidad expresado en las acciones que toman las instituciones como expone en la siguiente paradoja:

¹¹ **CUARTA PARADOJA:** Al tiempo que el mercado se universaliza –o globaliza-, el poder político se parcializa y concentra. El habitante de un país pobre y atrasado puede consumir, si tiene medios económicos, las mercancías que portan la más sofisticada tecnología multinacional. Pero las leyes y las directivas institucionales de mayor importancia son diseñadas e impuestas desde ese poder político parcial y concentrado. El ser humano es convocado para el consumo, al tiempo que es desconocido para la toma de decisiones sobre lo público.

QUINTA PARADOJA: Se insta, en todos los documentos de las cumbres mundiales sobre desarrollo humano y social, a combatir la pobreza, la marginación y la exclusión social forzadas, que son, efectivamente, el mayor obstáculo para ese desarrollo. Sin embargo, contemporáneo a estas formulaciones, el único incremento real es el del gasto en armamentos y recursos para la guerra que acreditan los países ricos y desarrollados.

SEXTA PARADOJA: A más de sesenta años de concluida la Segunda Guerra Mundial, el poder de veto auto-atribuido por las grandes potencias sigue en pie, exhibiendo una desigualdad permanente y no transitoria, como fuera propuesta.

SEPTIMA PARADOJA: La desclasificación de documentos que estuvieron reservados y vedados a la opinión pública, nos acreditan que responsables de planes criminales contra los pueblos latinoamericanos, han merecido premios internacionales por la “paz”

OCTAVA PARADOJA: Ya es incontestable que las políticas económicas insufladas por y desde la globalización hegemónica, han comportado un desquiciamiento y desigualdades crecientes, tanto en el cotejo entre las Naciones como en el interior de las mismas. No obstante, los organismos internacionales responsables de estas políticas económicas adjudican todo fracaso o inequidad a la mala o insuficiente aplicación de su recetario, e insisten con ese mismo recetario que ha provocado la necrosis del orden internacional, el hambre, la pobreza, la marginación y exclusión social forzadas de mayorías poblacionales»

«**TERCERA PARADOJA:** Hay un innegable desarrollo de la conciencia jurídica universal, uno de cuyos vértices lo consagra la instalación e inicio de funcionamiento del Tribunal Penal Internacional, y se desarrollan distintos procesos, nacionales o de jurisdicción universal, para juzgar y sancionar crímenes contra la humanidad. Al mismo tiempo, la potencia hegemónica previene que sus nacionales jamás podrán ser llevados ante un tribunal internacional o extranjero para el juzgamiento de hechos reputados crímenes contra la humanidad»

Estos acontecimientos crean la necesidad del surgimiento de *modernas teorías científicas del derecho*, apareciendo nuevas concepciones de las instituciones jurídicas existentes y la formación de otras instituciones reguladas por las actuales tendencias científicas del Derecho. Por ejemplo, los nuevos tratados internacionales, la institucionalización de Tribunales Internacionales con competencia en diversas materias, como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal Internacional Europeo creado por el Tratado de Roma, etc.

La reorientación de la *teoría de la jurisdicción y competencia* internacionales en la solución de conflictos que afectan a las comunidades regionales o continentales, las nuevas instituciones para ejecutar las resoluciones de los Tribunales internacionales, como en el caso de la Comunidad Europea, el Consejo Ejecutivo, etc. Asistimos a la Revolución de las Teorías científicas del Derecho dentro de las cuales una de las más enriquecidas es la *Teoría General Procesal*. Estos acontecimientos obligan principalmente a los Abogados y Magistrados a reorientar nuestra acción jurídica en busca de un justo equilibrio social, partiendo del conocimiento de las nuevas concepciones del derecho que exige nuestra sociedad.

La dinámica de las leyes de contradicción en el desarrollo histórico social, se refleja en la reorientación del pensamiento humano en general, y en particular en las *Ciencias Jurídicas*, con la formulación de nuevas teorías tanto las Teorías del Derecho Internacional Público y Privado y en el Derecho Interno. Todos conocemos la invasión Norteamericana a Irak como las últimas atrocidades a la humanidad con la que se cerró del S. XX, la que exige la reformulación de la Teoría de los Derechos Humanos, la Jurisdicción Internacional, la reformulación del Derecho Procesal General y Especial.

El replanteamiento de las *Teorías del Derecho* requiere de dos elementos fundamentales: la *capacidad innovadora* y la **profunda sensibilidad social** en la solución de conflictos de la sociedad. Estos elementos constituyen la piedra angular para la distribución de la justicia que es el interés del pueblo y del Estado, en donde las *decisiones jurisdiccionales* son los elementos equilibrantes de los conflictos dentro de la sociedad y de ésta con el Estado.

La desigualdad en el reparto de la riqueza dentro de una sociedad estatal, los jueces impartirán justicia con la formación de un verdadero criterio de conciencia, partiendo del *Principio de la desigualdad de condiciones de los justiciables* ante la ley, los fallos y sus equivalentes reflejen las verdaderas confrontaciones de la realidad objetiva dentro de los límites de dos supremos valores: *la vida y la libertad*, constituyendo *verdaderas fuentes* de la *teoría científica del Derecho*, apartándose de esa *fallida teoría de la verdad legal* que ha causado daño irreparable a la humanidad.

El *derecho es viviente*, porque se encarga de regular las relaciones humanas tanto en forma individual e institucional de carácter público y privado, conforme a las necesidades de la dinámica de la sociedad, generando el nacimiento de nuevas tendencias teóricas concluyendo en la sistematización de novísimas disciplinas científicas del Derecho. La diversidad de los fenómenos económicos, sociales y políticos crean la necesidad de la aprehensión, análisis, interpretación y explicación de los fenómenos distintos a los registrados en la historia de la humanidad. Éstos son las consecuencias de la dialecticidad del acaecimiento de la síntesis de las profundas contradicciones de las sociedades en su conjunto, que han llegado prácticamente a la máxima polarización de los grandes monopolios transnacionales representados por los Estados imperiales. Por otra parte, el conjunto de la humanidad sometida y avasallada por una serie de medios supuestamente favorables o en caso contrario con la fuerza y la destrucción de pueblos enteros, con apariencias de protectores humanitarios. Estos fenómenos son materia de reflexión de los Abogados, como uno de los deberes que tenemos con nuestra sociedad.

La sociedad moderna tiene su fundamento en el individualismo moderno, pilar principal de la globalización, formándose la atomización social y su máxima expresión en la competitividad personal profesional o tecnológica en el proceso de producción, muy contradictorio con el Principio de sociabilidad y solidaridad propias de la naturaleza humana.

Esta agresividad viene materializándose con la violación de los derechos esenciales de la persona humana, inclusive empuja a la pérdida del elemento esencial dignificante del hombre que es el trabajo, con el fondo de asistencia social para los pueblos del tercer mundo y el seguro del desempleo instituido en los países desarrollados.

Todos estos fenómenos abren las brechas innovadores de las concepciones del Derecho, por ejemplo la Comunidad Europea, ha dado lugar a un salto cualificante en el Derecho Internacional emergiendo la novísima Disciplina Jurídica del *Derecho Internacional Constitucional* encaminada a la aprobación de la Constitución Política de la Comunidad Europea, con características muy distintas a la Constitución Federal de la URSS, los Estados Unidos de Norte América, Brasil, y otros -Estados.

Es asombroso el dinamismo de la sociedad que encausa la unificación del *poder político continental*, el Derecho Constitucional estaba orientada por la *Teoría Constitucional General, Teoría Constitucional Especial y Comparada del Derecho Constitucional*, ahora, se desarrolla la *Teoría Constitucional Internacional*, con el nacimiento del *Parlamento Europeo, el Consejo Ejecutivo* y el *Tribunal Internacional de Derechos Humanos* de la Comunidad Europea, es decir los tres poderes del Estado. En América del Sur también tenemos a la Constitución de la **Comunidad Andina de Naciones (CAN)** la que cuenta con el Parlamento Andino, el Tribunal Andino y el Consejo Ejecutivo, y registró su nacimiento teniendo como escenario al Templo de *Koricancha* con la celebración de la Tercera Cumbre Presidencial el ocho de diciembre del año 2004, al acto constitutivo histórico concurren nueve Presidentes: **Ricardo Largos** (Chile), **Carlos Mesa** (Bolívar), **Hugo Chávez**, (Venezuela), **Álvaro Uribe** (Colombia), **Ignacio Lula da Silva** (Brasil), **Bharrat Jagdeo** (Guyana), **Ronaldo Ronald Venetiaan** (Suriname), **Martín Torrijos** (Panamá) y

Alejandro Toledo (Perú).¹² El Tratado se materializa con la denominación de *Comunidad Andina de Naciones (CAN), y acuerdan suscribir el Acta en la Pampa de la Quinua departamento de Ayacucho*.¹³

Estos acontecimientos son los resultados de las nuevas formas de *macro contradicción social* del poder imperialista sobre el dominio de las relaciones del mundo, los Estados Andinos de América siguiendo el ejemplo de la Comunidad Europea han evaluado la necesidad de esta unidad que fue el sueño del Libertador Simón Bolívar, pero se produce ante condiciones distintas a esa época. Estos fenómenos políticos permiten no solamente el desarrollo del Derecho de la Comunidad Andina, sino también el fortalecimiento del Derecho Jurisdiccional Internacional y las modernas concepciones del *Derecho Procesal Internacional*.

Por otra parte, no debemos olvidar la gran importancia que tiene el avance incalculable de las ciencias factuales y formales, como las ciencias físico-matemáticas, biológicas, la cibernética, la ingeniería genética, la economía, la sociología, la antropología, etc. Inciden en la convivencia de la sociedad, produciendo alteraciones sociales y requieren de nuevos elementos de regulación jurídica. El avance incontenible de las ciencias y la tecnología, han desarrollado la industria y el comercio, que son fuentes del nacimiento de nuevas instituciones de derecho interno e internacional, como la *Organización Mundial del Comercio*, la necesidad de la protección del medio ambiente ha desarrollado el *Derecho Ecológico* suscribiéndose el *Protocolo de la Convención Marcote las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*,¹⁴ el *Comercio Electrónico*, el *Registro Electrónico*, el *Derecho Notarial Electrónico*, el *Derecho Genético* centrándose en los riesgos de la desnaturalización de la especie humana, el *Derecho de la Competencia*, etc., son las causas de las nuevas teorías del Derecho, y la modernización de las ciencias jurídicas existentes, como la *teoría de la prueba* con el comercio electrónico, etc.

La finalidad es establecer normas jurídicas limitativas a los posibles efectos o ya afectantes a la existencia de la humanidad y la seguridad en las actividades económicas de la sociedad, por ejemplo, en el Derecho Internacional el control de la generación de la energía atómica de uranio que puede tener fines benéficos o de destrucción masiva para la humanidad de conformidad con el *Tratado de no Proliferación de las Armas Nucleares* suscrito en 1º de julio de 1968 en Londres, Moscú y Washington.

¹² LA REPUBLICA. *Polémica por la reacción de la comunidad sudamericana*, Sección política, Lima 9 de diciembre del 2004 p.6.

¹³ LA REPUBLICA. *Comunidad Sudamericana tendrá fondo de emergencia, suscribiendo el acta el nueve de diciembre del mismo año con motivo, de la celebración del 180º aniversario de la Batalla de Ayacucho y la firma de la capitulación de rendimiento del ejercito español, dirigido por Simón Bolívar, el Acta fue suscrita por los Presidentes Alejandro Toledo del Perú, Martín Torrijos de Panamá, Hugo Chávez de Venezuela, Carlos Mesa de Bolivia, Bharrat Jagdeo de Guayana y Rumaldo Ronald Venetiaan de Suriname, y suscrita por los Delegados de Colombia, Chile, Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay*. Sección Política Lima, 10 de diciembre del 2004, p 6.

¹⁴ ONU. La última *Conferencia de la sobre Cambio Climático realizado en Montreal*, Canadá del 28 de noviembre al 9 de diciembre del 2005, en la que Estados Unidos se opone al cumplimiento del Protocolo de Kyoto suscrito en Kyoto, Japón el 11 de diciembre de 1997, para la eliminación de gases de invernadero que producen el calentamiento del Planeta, habiendo suscrito el Presidente Clinton; en el gobierno de Bush se apartó del Protocolo.

La *Ingeniería Genética* que tiene por objeto la manipulación de la reproducción humana, ha inducido a una serie de interrogantes que tiene por finalidad prever los riesgos a la persona de convertirse en objeto de comercio, por ejemplo, el ser humano producto de la clonación *¿es considerado como persona o como objeto?* De considerarse como persona *¿cuál es la filiación?* Si se considera al clonado como objeto *¿será sometido al tráfico del comercio?*, etc.

La respuesta a estas interrogantes nos lleva a concluir la existencia de la necesidad de la reorientación de la *Teoría de Derecho de Personas* y ponerse a la vanguardia de la protección de la especie humana.

En la dinámica empresarial experimentamos que la multiplicidad de las transacciones comerciales ha permitido formular la *Teoría de los Contratos Modernos*, la reorientación del *Derecho de Sociedades* y el *Mercado de valores*. El neoliberalismo fundado en la libre competencia ha generado grandes conflictos en los entes empresariales en la disputa por el dominio del mercado, constituyendo la fuente de la formulación de la **Teoría del Derecho de la Competencia**. La lucha por el monopolio transnacional ha impulsado a la crisis de las empresas entrando en liquidación y disolución o quiebra, poniendo en grave riesgo a los acreedores, estos fenómenos constituyen las causas de la formulación de la *Teoría del Derecho Concursal*. La producción en serie por la alta tecnología ha dado lugar al *Derecho de Protección al Consumidor* y surgiendo la necesidad de reorientación de la *Teoría del Derecho de Daños* y la *Responsabilidad Contractual y Extracontractual Industrial*, creando instituciones que garanticen estos derechos, como en el Perú *INDECOPI*, y en la Comunidad Andina el *Tribunal de Justicia Andina*, etc.

La realidad social de cualquier modo se expresa en conflictos con suficiente capacidad de conmocionar a la sociedad, conflictos que tienen que ser equilibrados por el *Derecho material y procesal*, sin embargo para el cumplimiento de este objetivo se requiere de la reorientación de la *Teoría Procesal* que responda a las necesidades del desarrollo equilibrado de nuestra sociedad mediante las decisiones jurisdiccionales justas al conocer los conflictos sometidos a su jurisdicción. La sociedad tiene que exigir a los otros poderes del Estado, principalmente al Poder Ejecutivo las garantías de la observancia de los principios fundamentales del ejercicio de la función jurisdiccional de *autonomía, independencia, estabilidad, remuneraciones decorosas, capacidad profesional y una formación filosófica hacia la sensibilidad humana* impartiendo pronta y oportuna justicia con equidad, garantizando la seguridad jurídica y el bien común de la sociedad.

La historia ha demostrado que la acción humana ha estado orientada a romper los esquemas tradicionales agraviantes a la seguridad y bienestar de la sociedad en cada época, y muy difícil de ser aceptada por los poderes estatales sin interesar el agravio a los derechos elementales de la colectividad. Estas acciones han sido desarrolladas de distintas formas hasta el extremo de la violencia armada, sin embargo en todos estos acontecimientos pese a la resistencia del Poder oficial, el Derecho se ha enriquecido.¹⁵

¹⁵ A fines de la última década del siglo pasado y el primer quinquenio de este Siglo XXI, los pilares del individualismo de la globalización neoliberal ha fracasado, porque las fuerzas sociales de cada comunidad estatal experimentan nuevas formas de solidaridad; en forma conjunta obligan a sus gobernantes a tomar posiciones y

Los fenómenos sociales van adelante y los conflictos se van produciendo y exigiendo soluciones, los que tiene que ser resueltos por los órganos jurisdiccionales, nacionales o internacionales como único poder del Estado, ni siquiera el Parlamento, pero los magistrados tienen el deber de confrontar la realidad objetiva y aplicar las normas jurídicas adecuadamente a esa realidad, cuando decimos *adecuadamente*, el juez tiene que interpretar las normas jurídicas no en su literalidad o respondiendo a la época en que el órgano legislativo las creó, sino que la interpretación tiene que ser adecuada a la realidad concreta o declararlas inaplicables. En este sentido sostiene **Georg Jellinek**¹⁶ «No parece hoy tener gran importancia práctica de saber si una acción del individuo está directamente autorizada, o sólo está indirectamente reconocido por el Estado. Pero el objeto de la ciencia del derecho no se reduce a formar jueces y funcionarios y ha enseñarles cómo deben resolver los casos difíciles. Conocer el límite jurídico entre el yo y la colectividad, es el problema más elevado que la especulación debe resolver, mediante el estudio de la sociedad»

El Derecho es dinamismo, viviente, porque no solamente tiene como función responder a la dinámica social en la multiplicidad de fenómenos, sino que tiene como fin mediato proyectar en justicia el destino de la humanidad. Esta es la razón de la causa de la formulación de nuevas concepciones de la *Teoría procesal* y la función jurisdiccional garantice eficazmente la tutela jurisdiccional efectiva, dando soluciones con prontitud a los conflictos que surgen de las relaciones jurídicas modernas, con celeridad y objetividad, y el *Poder Judicial* se convierta en verdadero instrumento equilibrante de las fuerzas sociales contradictorias, que tienen su expresión en los conflictos particulares y los sectores sociales organizados o no con las sociedades empresariales y el Estado.

El trabajo de *reorientación dogmática del Derecho*, apartándose de la exegética jurídica en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales y formales en su conjunto por los magistrados, se manifiestan negativamente para los sectores sociales conservadores - generalmente en toda la estructura estatal - teniendo como objetivo reprimir a los agentes actuantes de las transformaciones sociales, y los magistrados calificados como negativos o agresivos al orden estatal, cuando imparten justicia respetando la constitucionalidad y el Derecho Internacional sobre derechos humanos, sin embargo son bien aceptadas por la mayoría de la sociedad dentro de un Estado y por la comunidad internacional.

Nuestras facultades de Derecho y Ciencias Políticas necesitan de una Reforma curricular y más que todo nuestras Universidades requieren de renovación estructural, en donde se promueva el debate doctrinario y filosófico como ha sido durante la historia universitaria en su

defender los intereses de la mayoría de la sociedad, tal es el caso de la reunión de los jefes de Estado en Argentina para la confirmación de los Acuerdos del ALCA (*Área de Libre Comercio de las Américas*) en el año 2005, Estados Unidos fracasó en sus objetivos, solidarizándose en esta posición los Presidentes de Argentina, Chile, Bolivia, Colombia, Venezuela. Otro claro ejemplo, la *Asamblea de la Organización Mundial del Comercio* realizado en Hong Kong (China), a la que concurrieron empresarios y gente con mucha conciencia, para protestar por la no aprobación del Tratado de Libre Comercio especialmente contra el subsidio a la agricultura de Estados Unidos y la Unión Europea, son ejemplos de nuestra nueva realidad social universal que la *Teoría del Derecho* tiene que resolver.

¹⁶ JELLINEK, GEORG. *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Trad. POSADA, ADOLFO, cit. por CARBONELL, MIGUEL. *Estudio introductorio. Jellinek y la declaración francesa de 1789*, Universidad Autónoma de México, México 2000, p. 9, www.bibliojuridica.org

época, bastión de las transformaciones de la sociedad, sin embargo, lastimosamente se ha perdido en la actualidad, reemplazando el debate jurídico y filosófico sobre los destinos de nuestra sociedad por la vergonzante lucha del oportunismo y mantener la corrupción dentro de los estamentos universitarios. Nuestra sociedad exige la formación doctrinaria, pero generalmente nos encerramos en el mundo exegético propio de liberalismo, en que el Juez era un simple aplicador de la ley en sus propios términos, como hasta ahora se viene utilizando como método de investigación del Derecho, es decir hacer publicidad de la existencia de la norma en su literalidad. La formación dogmática siempre ha sido durante la historia del Derecho, el sustento de la legislación, permitiendo la calificación de las normas jurídicas si son favorables o desfavorables para el bien común en interés de la sociedad.

Capítulo II Evolución de la Teoría Procesal

1. GENERALIDADES

La *Teoría General del Proceso*, denominada también *Teoría Procesal General*, se entiende como la abstracción de la dinámica de la realidad socio-económico-política y el desarrollo científico-tecnológico que se manifiestan en conflictos de intereses con la necesidad de ser sometidos al órgano jurisdiccional competente en busca de resolución del conflicto con la aplicación de principios, teorías y normas jurídicas sistemáticamente ordenadas que se encuentran en constante desarrollo por la praxis social. La *teoría procesal* orienta la aplicación del derecho material y formal en la impartición de ese escaso recurso que es la justicia, de la cual a la vez se nutre la *Teoría procesal*. Esta *ciencia procesal* no es la creatividad de los juristas, sino que es la respuesta a las necesidades insoslayables de la humanidad y que se convierte en la causa del reforzamiento y reorientación del pensamiento *jurídico filosófico*, y las normas jurídicas dadas por el Poder Legislativo es el efecto de la presión social o del poder económico dominante cuya orientación de la sistemática jurídica es de conformidad con las condiciones y circunstancias que determinan el desarrollo histórico en su transformación y consolidación, reflejadas en la cúspide constituida por las decisiones jurisdiccionales impartiendo justicia, la que aparentaba quedarse en un muy corto círculo de personas vinculadas en el proceso directa o indirectamente como los parientes, amigos de los litigantes y de los influyentes del Poder estatal.

La *Teoría General del Proceso* surgió hace aproximadamente cien años, a mediados del Siglo XIX introducida por los grandes maestros *Hellwig*, *Watch* y principalmente *Oskar Von Bülow* quien publicó en Alemania la obra titulada «*Teoría de las Excepciones y de los Presupuestos Procesales*» logrando la sistematización por la doctrina italiana siendo el más destacado el Maestro *Giuseppe Chiovenda*¹⁸ *Maestro de Bolonia de 1903*, siguiéndole los

¹⁸ CHIOVENDA, GIUSEPPE. Célebre procesalista italiano, nació en Premosello el 2 febrero de 1872 y falleció en la misma localidad el 5 noviembre de 1937. Su carrera docente transcurre en las Univ. de Parma, Bolonia, Nápoles y

juristas *Piero Calamandrei*,¹⁹ *Carnelutti*, *Rocco*, *Rosenberg*, *Capelletti* son los más prominentes que formularon la *Teoría General del Proceso*.

El desarrollo de esta nueva teoría científica logró consolidarse durante la primera y segunda guerra mundial, especialmente en América se inició en la costa atlántica de la Plata – Argentina introducida por los juristas *Hugo Alsina*, *Podetti*, *Sentis Melendo y Couture*, en Brasil *Liebman*, mientras que en México el jurista *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo* revoluciona el Derecho Procesal, con quien los mexicanos entran muy pronto en la concepción científica de la *Teoría Procesal*, quien fue deportado de su patria española primero a Buenos Aires, Argentina y luego a México.

Roma como profesor ordinario de Derecho procesal civil. Abogado y académico, Caballero de la Orden Civil de Saboya; intervino en las reformas de las leyes procesales italianas y fue fundador y director de la primera revista italiana de Derecho procesal. Inspirado en las fuentes germánicas -recordemos que sus grandes maestros fueron el alemán *Adolfo Wach* y el austriaco *Francisco Klein*- puede considerarse a *Chiovenda* como el creador de la ciencia procesal italiana, a la que tanto le deben la española y sudamericana, y al mismo tiempo como el fundador de una escuela de procesalistas, cuyos epígonos aún hoy siguen las huellas del maestro. Aquí es donde reside el mérito incalculable de *Chiovenda*, en la formación de discípulos y en la influencia que su obra causó en el mundo jurídico procesal. Hasta *Chiovenda* el Derecho procesal era una normativa que tan sólo se prestaba a la exégesis y al formulario. El Derecho procesal vivía de la savia del Derecho privado. Se precisaba de una reforma íntegra de las leyes y de la organización judicial, y con la esperanza puesta en esta tarea estuvo empeñado *Chiovenda* hasta la muerte. Su doctrina persiguió la *concentración*, la *oralidad* y la *inmediación* del juicio. Su sistema -de gran estilo, rígida exposición y profundidad de pensamiento- recabó la autonomía del Derecho procesal. Notables son sus principios sobre la acción judicial, la jurisdicción civil dentro del sistema, la relación jurídico-procesal, la cosa juzgada, etc. Entre sus obras más importantes destacan: *Saggi di diritto processuale civile*, Bolonia 1903; *Principi di diritto processuale civile*, Nápoles 1906; *La condanna nelle spese giudiziali*, Turín 1920; *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Roma 1930 e *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma 1935.

¹⁸ CAPPELLETTI, MAURO. *Proceso, ideología y sociedad*, Edit.EJEA, Buenos Aires,

¹⁹ CALAMANDREI, PIERO. (Firenze 1889 - 1956) Giurista, insegnò nelle università di Messina, Modena, Siena e (dal 1924) Firenze; durante il ventennio fascista fu uno dei pochi professori universitari non iscritti al PNF. Dopo il 25 luglio 1945 fu rettore dell'università fiorentina. Fondò con Chiovenda e Carnelutti la "Rivista di diritto processuale". E' stato uno dei più insigni esponenti della moderna scuola del diritto processuale civile, oltre che rinomato avvocato. Prese parte attiva al movimento antifascista fin dal 1922 quando con Gaetano Salvemini, i fratelli Rosselli ed Ernesto Rossi fondò il "Circolo di Cultura" e collaborò al foglio clandestino "Non mollare". Fu fra i fondatori del Partito d'Azione ed uno degli animatori della Resistenza. Nel 1945 fondò la rivista politico-letteraria "Il Ponte".

Eletto all'Assemblea Costituente fece parte della commissione dei 75 incaricata di redigere il progetto della Costituzione Italiana. Come rappresentante del Partito d'Azione fu deputato dal 1948 al 1953 e si battè, in Parlamento e fuori, per l'attuazione della Costituzione, per la distensione e per l'unità europea. **Bibliografia:** "La chiamata in garanzia" (1913) - "La cassazione civile" (1920) - "Studi sul processo civile" (1930 - 57) - "Elogio dei giudici scritto da un avvocato" (1935) - "Inventario della casa di campagna" (1941) - "Istituzione di diritto processuale civile (1941 - 44) - "Scritti e discorsi politici" (postumo 1966).

2. PERIODOS DE EVOLUCIÓN

Como toda ciencia ha experimentado un recorrido histórico de su evolución hasta su consolidación como disciplina científica autónoma, la *Teoría procesal civil empresarial* no escapa al largo proceso histórico para alcanzar la categoría de ciencia autónoma. **Marcelo Batlouni Mendroni**²⁰ divide la evolución de la *Teoría Procesal* en cinco períodos: *Primitivo, judicialista, práctico, procedimentalista y procesalista*. Pero por nuestra parte podemos identificar dos períodos de la evolución de la *Teoría procesal civil empresarial*: *período pre-científico y período científico*.

2.1. Período pre - científico

Este período comprende las facetas que *Marcelo Batlouni Mendroni* denomina *primitivo, judicialista, práctico, procedimentalista*.

a) Período primitivo. En este período no exist

ten auténticas exposiciones procesales, pero en obras históricas religiosas se encuentran datos e ideas acerca de la justicia, como la Biblia, obras de arte teatral *Las avispas de Aritófanes*²¹ (422 a.c.), o de índole jurídico legal con el *Código de Hamurabi* en Mesopotamia, pero ninguna de estas obras puede considerarse como antecedentes auténticos procesales, no constituyen antecedentes sistemáticos de Derecho Procesal, solamente se tiene ya como antecedente incipiente las nociones del Derecho Romano de la tripartición *persona, cosas, acciones*, cuando el Derecho Procesal era considerado perteneciente al Derecho privado.

b) Escuela judicialista. En el siglo XI (1088) en Italia fue creada la *Universidad de Bolonia*, desarrollándose en los siglos XII y XIII, a la que pertenecen las Instituciones Procesales hispano-americanas, el célebre Maestro *Jacob de las Leyes*, quien redactó la famosa *Partida III*, constituyen un sector muy característico de la producción de los judicialistas, pequeños tomos o *Compendios* que dividían los procesos en fases denominadas *tiempos* generalmente entre ocho y

²⁰ BATLOUNI MENDRONI, MARCELO. *Síntese da evolução histórico-científica do direito*, s/f., pp. 1-13. Es Promotor de Justicia del Estado de Sao Paulo, Doctor en Derecho Procesal por la Universidad Complutense de Madrid. www.amprs.org.br/images/mendroni1 (16-03-2007).

²¹ ARISTÓFANES. Nasceu em Atenas em 457 a.C. Ele viveu a época de maior grandeza da cultura ateniense e também viu o início da guerra do Peloponeso, que terminou em 404 com a sujeição de Atenas a Esparta.

O teatro de *Aristófanes* é extremamente sarcástico. Ele dirigiu críticas contra os elementos que julgava responsáveis pela decadência de Atenas, contra seus companheiros de ofício (na peça *As festas de Deméter* atacou Eurípedes e seu teatro "moderno", que era cheio de sutilezas retóricas e que invocava outros deuses e não os tradicionais membros do Olimpo) e também contra os filósofos. (em *As nuvens* critica a filosofia representada na pessoa de Sócrates).

Aristófanes era considerado por seus contemporâneos como o principal autor de comédias de sua época. De sua obra resistiram ao poder do tempo 11 peças, a maioria delas obteve grande sucesso nas Dionísticas, são elas: *Os acarnianos* (425), *Os cavaleiros* (424), *As nuvens* (423), *As vespas* (422), *A paz* (421), *As aves* (414), *Lisístrata* (411), *Tesmofórias* (411), *As rãs* (405), *A assembléia de mulheres* (392) e *Pluto* (388). www.mundocultural.com.br/index.asp?url=http://www.mundocultural.com.br/literatura1/grega/aristofanes.htm (14-03-2007).

diez días. Los *judicialistas* trabajaron sobre la base del llamado *derecho común* y también medieval italiano, ítalo-canónico, por ser en el norte de Italia donde predominaron las instituciones romanas, y siguen las germánicas cuando no predominan las instituciones romanas – canónicas. Este Derecho Común es la fuente del sistema continental europeo probándose el régimen de los juicios mediante la recepción que obtuvo en las principales naciones de Europa durante el siglo XIII a XV.

c) *Escuela practicista*. Se desarrolló esta escuela entre el siglo XV y XIX, con sus propias características. La contemplación de la materia procesal más que todo como un arte que como una ciencia, el predominio frecuente de la opinión de los *Prácticos* sobre los propios preceptos legales deformados por ellos, e inclusive anulándose así mismos.

Las obras de los *Prácticos* principalmente en el inicio del período eran carentes de métodos, no tienen valor científico alguno y se limitaban generalmente a emitir opiniones con fines agresivos.

d) *Escuela procedimentalista*. Se desarrolló en Francia comprendido este período entre 1789 y 1808 con la revolución francesa, cuando *Montesquieu* y *Voltaire* principalmente, analizaron el *sistema acusatorio* que había permanecido en el *Proceso penal inglés* en virtud de la obra de *Beccaria (De los delitos y de las penas)*, fundamentaron el *sistema mixto* dividido en dos etapas: Una de instrucción de tipo inquisitivo, y otra de juzgamiento de índole acusatorio. Se somete este nuevo sistema procesal a la sustitución del concepto de *pruebas legales* por el de *libre convencimiento*. La *Escuela procedimentalista* tiene también como característica el triple análisis: *organización judicial, competencia y procedimiento*.

La *Escuela procedimentalista* no tenía independencia frente al Derecho material, se debería encontrar el fundamento del proceso en las posibilidades, cargas y obligaciones de las partes suscitadas a partir de la propia teoría de las obligaciones. Aparecen las doctrinas *Romanistas o Privatistas*, según las cuales la causa de los pretendidos derechos y obligaciones se basaba en la *autonomía de la voluntad* de los propios litigantes. Estas tesis predominaron en la doctrina hasta el final del siglo XIX y en la jurisprudencia hasta los inicios del siglo XX.

e) *Período de las teorías particulares*. Esta etapa se inicia con la aparición de diversos tipos de procedimientos que obligó a la revisión de la *tesis* de la *teoría contractualista*, influenciado por los trabajos de grandes autores de la época como el francés *Fautino Hélie* con su obra *Traté des Instructions criminales* (1845), *José de Vicente y Caravantes* con su trabajo *Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil* (1856), *E. Garsonet* quien publicó la obra *Traté théorique et pratique de procédure (civil)* (1882 – 1897), y *Luigi Mattiolo*, con su obra monumental *Trattato di diritto giudiziario civile* (1875).

La doctrina moderna se consolida después de la polémica producida por *Windscheid* y *Muther*²² consistente en que la *acción* o *derecho de acudir a la justicia* era de naturaleza muy

²² Polémica entre *Windscheid e Muther*. A polémica de Windscheid e Muther consiste, acerca da *actio* romana no seu desenvolvimento até a ação no direito contemporâneo, na distinção entre o direito e a ação.

distinta al derecho material subyacente, y las relaciones o vínculos existentes entre juzgador y litigantes tampoco podían ser consideradas como parte del Derecho Privado. Así las doctrinas privatistas fueron perdiendo espacio, tomando como punto de partida las nociones de Derecho Público (*Teorías clásicas*).

La doctrina alemana tiene el mérito de haber elaborado las bases de las doctrinas modernas sobre la naturaleza jurídica del proceso, siendo los pioneros del estudio científico del Proceso contribuyendo a su evolución y reivindicando la verdadera autonomía del Derecho Procesal.

2.2. Período científico

La institucionalización del *Derecho procesal civil empresarial* como la nueva disciplina científica jurídica, se debe a *Oscar Von Bülow*²³ con su obra monumental *Teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales (Die lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen)*, quien siguió la orientación de filósofo *Hegel*, en el año de 1868 lanzó la teoría según la cual el *proceso* es una relación jurídica de derecho público que transcurre entre el Poder Judicial y las partes. Afirma que el proceso debe ser entendido como una relación jurídica o lo que es lo mismo, un conjunto de vinculaciones jurídicas existentes entre las personas que de él participan. El contenido de la relación jurídica viene determinado por los derechos y obligaciones de naturaleza procesal que ostentan tanto el juez como los litigantes. La relación jurídica procesal se constituye con el ejercicio de la acción y finaliza con la resolución

Bernhard Windscheid afirma que a *actio* não era um meio de defesa de um direito, e sim o próprio direito. Assim sendo, a *actio* era o poder de agir contra outrem. O conceito moderno de ação entende que a ação é um direito que deriva de outro direito, ou seja, quem tem direito pode pretender, exigir algo de outrem.

Theodor Muther afirma que há distinção entre o direito e a ação. De tal sorte, distinguia-se o direito subjetivo público – o poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais – do direito subjetivo material, a ser tutelado. Em razão do direito subjetivo, de que a pessoa é titular, vem a faculdade, que se mostra um poder de agir na defesa do direito concreto e isolado.

²³ BÜLOW, OSCAR VON. Pertenece a la llamada *Edad de Oro* del procesalismo alemán, época caracterizada por la fundamentación científica de las nociones básicas del Derecho procesal. Nació en Breslavia en 1837. Estudia en Berlín y Heidelberg, y en esta famosa ciudad universitaria comienza su carrera docente que continúa en Giessen, Tubinga y Leipzig. En 1892, aquejado de enfermedad, abandona la enseñanza y se retira a Heidelberg, donde mure el 19 nov. 1907.

El mérito de *Bülow* deriva de la nueva orientación dada por él a la rama del Derecho procesal. Discípulo de *Vangerow* y profundo conocedor del Derecho romano, comienza su elaboración doctrinal con publicaciones del tipo de *De praejudicialibus formulis* (1859) y *De praejudicialibus exceptionibus* (1863), que posteriormente desarrolla con maestría en *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (1868), donde estudia el problema de las excepciones y de los presupuestos procesales y aboga por la eliminación total en el sistema procesal civil de aquéllas, a las que califica de «*pomposo ornato del más caprichoso latín canónico*» A partir de entonces trata de poner de relieve la naturaleza pública del Derecho procesal. Considera que el proceso es una relación jurídica trilateral que, fundada en la demanda judicial, tiende a la obtención de una sentencia justa. Existe, dice, un derecho de las partes respecto al juez y un deber del juez respecto a las partes de dictar sentencia, como resultado del proceso cuyo acatamiento deviene obligatorio. Niega la existencia de un derecho a la tutela judicial anterior a la demanda. La función del juez, afirma en *Gesetz und Richteramt* (1885), es más legislativa que interpretativa. El campo de acción del juez es tan creador como el del legislador. En el proceso se produce Derecho objetivo.

del conflicto a través de una decisión con fuerza de cosa juzgada, por el desistimiento, composición o renuncia.

El jurista afirma que la relación jurídica para que pueda nacer y adquiera relevancia jurídica, se exige la concurrencia de *presupuestos procesales* que no son otra cosa sino las *prescripciones que deben fijar los requisitos para su admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal*. La relación jurídica debe ser **autónoma** (independiente de la relación jurídica formada entre las partes con el nacimiento del litigio), **pública** (de derecho público), y con **unidad** (sólo existe una relación jurídica entre el juzgador y las partes).

Posteriormente surgieron otras tendencias doctrinarias en cuanto a la relación jurídica procesal, dentro de ellos tenemos **Kohler**²⁴, quien afirmaba que el proceso es una relación jurídica que se produce exclusivamente entre las partes, pero no entre las partes y el juez (*expresión del proceso penal acusatorio*). Por su parte **Hellwig**²⁵ sostiene que «la relación jurídica existe solamente entre el Estado y las partes, pero no entre éstas» (*expresión del proceso inquisitivo*).

En conclusión, **Bülow** tiene el mérito de haber explicado la *naturaleza pública* del proceso, haber distinguido con claridad *procedimiento* y *proceso*, destacó el *carácter tridimensional* del proceso especialmente el *principio de contradicción*, habiéndole atribuido los juristas a la *teoría de Bülow* con justicia el inicio de la *Era del procesalismo científico*.

Marcelo Batlouni Mendroni²⁶ sintetiza las características del *procesalismo científico*:

- a) La independencia del Derecho Procesal frente al Derecho material.
- b) Los conceptos primordiales de la disciplina son: *acción, jurisdicción, proceso, actuación de las partes*, etc.
- c) La supresión del método expositivo con la substitución de la exégesis por el sistemático.
- d) El estudio de la materia procesal se hace de forma distinta. En cuanto a los procedimentalistas estudian el mayor o menor valor de la justicia y la función judicial del Proceso, o simplemente la descripción de las instituciones procesales. Los procesalistas estudian la *Teoría del derecho procesal*, inclusive sobre el procedimiento y rompen el vínculo en relación a la práctica forense, pasando del estudio empírico al científico.

Cuando los alemanes sistematizaban el estudio científico del *proceso* durante la segunda mitad del siglo XIX, la Escuela italiana tenía al frente a **Luigi Mattiolo y Lodivico Mortara** (1855-1937) quienes seguían con la tendencia exegética, aun orientada hasta las llamadas *teorías particulares*, influenciados por la Escuela francesa, principalmente de **Garsonet**.²⁷ En 1894 **Giuseppe Chiovenda** inicia su labor científica del Derecho Procesal, con el siguiente dilema: Seguir la entonces *clásica Escuela Italiana* de **Mattiolo y Mortara** en la tendencia exegética o seguir la *escuela científica* alemana, encabezada por **Adolf Wach**²⁸ (1843-1926), para quien el proceso es una relación jurídica entre partes interesadas, y su contenido representa deberes y

²⁴ KOHLER, WOLFGANG. *Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1988.

²⁵ HELWIG. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1903.

²⁶ BATLOUNI MENDRONI, MARCELO. *Píntese da evolução histórico-científico do processo*, op. cit.

²⁷ GARSONET. *Traité théorique et pratique de procédure*, 1ª y 2ª edic., 1882 y 1897.

²⁸ WACH, ADOLF. *Handbuch des Deutschen Cirlprozessrechts*, Leipzig, 1885.

derechos de naturaleza procesal con independencia de la relación jurídica material, porque mediante el proceso el derecho no solamente existe, sino que vale y adquiere una realidad. Siguiendo el criterio tridimensional de *Bülow*, los sujetos de la relación procesal son para *Wach* el juez, el *demandante* y el *demandado*.

Chiovenda se decide por la Escuela alemana, motivando a muchos de sus compatriotas le llamaron traidor y copiator del trabajo alemán, que puede ser admitido porque la ciencia es universal como *Mattirolo* y *Mortara* también siguieron la *Escuela francesa*. *Chiovenda* hizo la continuidad del desarrollo de los estudios iniciados por los alemanes, realizando su propia obra de altísimo valor científico. Los grandes méritos son atribuidos a *Chiovenda*, principalmente por su percepción de la *necesidad de abandonar el método exegético*, llegando a sugerir la necesidad no solamente de alteraciones, retoques y enmiendas del entonces *Código Sardo de 1865*, sino adoptado como ley nacional de proceso civil en Italia, y finalmente la sustitución total por un nuevo Código.

Chiovenda siguió el pensamiento de dos juristas de la Escuela alemana: *Adolf Wach* como investigador y *Francisco Klein*²⁹ (*austriaco 1854-1926*) como codificador metodologista. El trabajo prominente de *Klein* fue descubrir las causas de la lentitud procesal y aplicar la solución adecuada, y determinó que las causas fundamentalmente son tres: la promoción de incidentes, la interposición de recursos y las denominadas *etapas muertas*, en las cuales el proceso queda archivado en los estantes. Así mismo para evitar la promoción de incidentes desde el inicio del proceso, *Klein* plantea que se debe promover una audiencia preliminar. Para frenar los recursos, establece restricciones y condicionamiento para disminuir las etapas muertas, es necesario se debe aumentar el *impulso de oficio* y los *poderes de dirección de juez*, como la concentración del proceso en una o pocas audiencias próximas y consiguió reducir la duración de los procesos a límites que parecían inatendibles.

El Código procesal italiano de 1940 elaborado por *Carnelutti, Calamandrei y Rendini*, *Chiovenda* recoge fuertemente las influencias de *Klein*, atribuyéndose la gran contribución de como hicieron *Mattirolo* y *Mortara*, quienes dieron inicio a la que posteriormente es la *Escuela Italiana de Derecho Procesal*.

Dentro de sus obras más importantes de *Chiovenda* tenemos: "*La condanna nelle spese giudiziali*", 1900; "*L'azione nel sistema dei diritti*", 1903 e "*Instituzioni di diritto processuale civile*", 1933. Este autor fue el que dió inicio a la *Teoría general del proceso de conocimiento*, dedicando todo su esfuerzo al *Proceso Civil* sin tomar en cuenta el Proceso Penal, sustentando la necesidad de acogimiento del proceso germánico innovador por la inserción de mayor *oralidad*, en rompimiento con la tradición latina, con mínimas proyecciones en el tema de Proceso de Ejecución. En la esfera procesal, ninguna escuela fue tan fecunda como la de *Chiovenda*, siguiendo esta escuela los ilustres juristas *Calamandrei, Liebman y Redenti*.

Chiovenda sustenta que el procedimiento es la envoltura exterior de una relación jurídica que se llama *relación jurídica procesal*, idea que es inherente al *iudicium* romano y la definición

²⁹KLEIN, FRANCISCO. "*Die Jurisdiktionsnorm*" y "*Zivilprozessordnung*", de 1895; "*Exekutionsordnung*", de 1896; y "*Gerichtsorganisationgesetz*" y "*Gewerbegerichtsgesetz*", ambas de 1896".

que le daban los procesalistas medievales, según los cuales *iudicium est actus triumpharum: iudicis actoris et rei*, estableciendo que la relación jurídica procesal es una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público:

1. *Autónoma*, en cuanto tiene vida y condiciones propias independientes de la acción que se hace valer en el proceso.
2. *Compleja*, en cuanto no comprende un solo derecho como se produce en otras relaciones de derecho civil, pero todos estos derechos coordinados a una finalidad común que comprende una unidad de todos los actos procesales.
3. *Pública*, porque se deriva de normas que regulan una actividad de carácter público.

Por otra parte, en cuanto al contenido de la relación jurídica procesal, el deber fundamental que constituye como esqueleto de toda relación procesal es el deber del juez o de otro órgano jurisdiccional de proveer las demandas de las partes, a quien corresponde el deber de hacer todo lo necesario en el caso concreto para proveer, deber que parte de oficio del juez y está garantizado por la responsabilidad civil y penal.

Establece el jurista, como el momento de la constitución de la relación procesal, aquella en que la misma es comunicada a la otra parte y como condiciones de la obligación del juez para proveer la demanda. En otro sentido y en relación al contenido, el deber fundamental tiene que tener la existencia de los presupuestos procesales.

Piero Calamandrei (1889-1956), fue discípulo predilecto de **Chiovenda**, el más identificado con la trayectoria en el terreno científico y en el campo político. Este jurista *sistematizó* el Proceso, integrado por las medidas asegurativas estableciendo sus lineamientos en su obra, *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari* en 1936, y también en el trabajo *Studi sul processo civile* (6 volúmenes, I y II - 1930, III - 1934, IV - 1939, V - 1947 y VI - 1957). El jurista, observando los estudios de **Chiovenda**, afirma que los conceptos fundamentales del enjuiciamiento son tres: *Acción, Jurisdicción y Proceso*. **Calamandrei** fundamentó su obra en los trabajos de **Chiovenda** en el Proceso Civil, posteriormente adoptó la *Teoría General del Proceso* de **Carnelutti** con algunas referencias al proceso penal.

Enrico Tullio Liebman, es uno de los más jóvenes procesalistas, vivió en Brasil por la persecución del *fascismo* fundando la *Escuela Procesal de Sao Paulo*. Sus trabajos menores reunidos con el título *Problemi del processo civile* (1963), y los trabajos *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione* (1931) y *Efficacia ed autorità della sentenza* (1935).

Francesco Carnelutti, quien se desempeñó en la cátedra de Derecho Procesal en la Universidad de Papua, luego en Milán y posteriormente radicó en Roma como procesalista. Escribió muchas obras, dentro de ellas *La prova civile* (1915), *Sistema de diritto processuale civile* (1936/38/39), *Lezioni sul processo penale* (1946/47/49) y *Trattato del processo civile* (1960).

Carnelutti y **Liebman** fueron discípulos de **Chiovenda**, posteriormente revolucionó la dogmática, el sistema y la terminología procesal introduciendo una serie de conceptos procesales para explicar los fenómenos de la disciplina procesal, más tarde perfeccionadas en su *Sistema de Diritto processuale civile*, adaptadas al nuevo Código Procesal Civil Italiano.

Carnelutti inaugura la era de la *Teoría General del proceso*, y sus puntos de vista más salientes son la aparición del término *litigio* con el alcance de idea *extra o meta procesal*, a cuya justa composición está adscrito el proceso. Afirma el jurista que *litigio y proceso* no son sinónimos, por el contrario se diferencian hasta el punto de existir *litigio sin proceso*. Posteriormente rectificando en obras posteriores llegó a afirmar también la existencia de *procesos sin litigio*. En su obra *Lezioni sul processo penale* enfoca que la divisoria del derecho penal sustantivo y derecho procesal penal debería ser trazada con base en el contraste entre el delito que constituiría el objeto del primero y la pena, cuya aplicación sería del segundo. Hizo un estudio profundo sobre el proceso de ejecución.

En cuanto a la relación jurídica para *Carnelutti*, nace de la combinación de una obligación y un derecho subjetivo que tiene por objeto la prestación de una actividad para el desenvolvimiento del proceso, porque si para una parte existe una obligación, y para otra parte un derecho, existen en el proceso tantas relaciones jurídicas cuantos sean los conflictos entre los intereses en la composición del litigio y los intereses de aquellos que deben proporcionar los medios al proceso. Concibe el proceso como un complejo de relaciones.

Carnelutti, Redenti y Calamandrei en 1939 fueron convocados para la redacción del Nuevo Código del Proceso Civil Italiano, recordando que *Chiovenda había fallecido en 1937*, incorporando un representante del Ministerio Público *Leopoldo Conforti*. El nuevo Código promulgado en 1940 entró en vigencia en 1942, siendo muy superior al de 1865, pero no tuvo la misma homogeneidad del Código de Proceso Penal de 1930 elaborado únicamente por *Vincenzo Manzini*.

James Goldschmidt, continuando con la teoría de *Bulow, Wach y Klein* formuló la *Teoría de la relación jurídica procesal* con su obra *Der Prozess als Rechtslage*, en Berlín en el año 1923 (*El proceso como situación jurídica*), construyó la naturaleza jurídica del proceso desde una nueva perspectiva: *El proceso como un conjunto de situaciones procesales por las cuales atraviesan las partes, hasta llegar a una sentencia definitiva*. Fundó la *Teoría de la situación jurídica*

Goldschmidt en su obra realiza una minuciosa crítica a la tesis que concibe el proceso como una relación jurídica procesal, realizándola en una triple vertiente: *Atacando* los presupuestos de la relación jurídica, *negando* el contenido de la misma (*la existencia de derechos y obligaciones procesales*) y *reputando* definitivamente como estética o metafísica la doctrina imperante en su época. *Goldschmidt* sostiene que los presupuestos procesales no condicionan el nacimiento de la relación jurídica procesal, sino que son presupuestos de la sentencia, es decir que no pueden condicionar a tutela jurisdiccional efectiva.

En cuanto a la relación jurídica procesal, examina en primer lugar la obligación del Juez de conocer la demanda, y llega a la conclusión que ni en el Derecho Romano, ni el Derecho Moderno se puede afirmar que tal obligación derive o corresponda una pretensión del autor, con la que formaría la relación procesal, sino al contrario, proviene de la obligación estatal de administrar justicia.

Entiende *Goldschmidt* que la función del proceso se constituye en la obtención de una *sentencia con fuerza de cosa juzgada*, concebida como la *validez judicial de una pretensión*,

jurídicamente fundada o infundada. Los sujetos procesales presididos por ese objetivo, se encuentran en una situación esencialmente dinámica, actúan como el esfuerzo de obtener una sentencia de determinado contenido, y mediante la *fuerza de cosa juzgada*, resuelve el conflicto de manera favorable a sus respectivas aspiraciones dentro del proceso. El autor afirma que todos los actos procesales tienen como objetivo alcanzar una sentencia favorable, conforme a las pretensiones de cada una de las partes.

Este jurista sostiene que las normas jurídicas no pueden continuar siendo concebidas como meros imperativos para los sujetos procesales, sino que deben ser también consideradas como *medios jurídicas para la actividad sentenciadora del Juez*, en otros términos: *Medidas del Juez que tiene el carácter de promesas o amenazas de una conducta determinada del Juez, y el último análisis es una sentencia de determinado contenido.*

La expectativa de una sentencia favorable o desfavorable en que se encuentran las partes los induce a actuar dentro del proceso, y origina definitivamente los lazos o vínculos entre los sujetos procesales. La expectativa de obtener una sentencia favorable, se debe generalmente a la parte interesada realizar con éxito un acto procesal. Al contrario, las perspectivas de una sentencia desfavorable depende siempre de la omisión de un acto procesal de la parte interesada, según el autor.

Los actos procesales no son considerados como la expresión del ejercicio de un derecho, sino *probabilidades u ocasiones y oportunidades* procesales, y con este aprovechamiento la realización del acto procesal correspondiente obtiene una ventaja procesal. Considera el jurista, que las partes no tienen obligaciones, sino *cargas procesales*, porque cada acto procesal debe realizarlo la parte interesada con la finalidad de prevenir una desventaja procesal. En consecuencia, el proceso debe entenderse como el conjunto de estas situaciones procesales, vistas del prisma de la posterior sentencia con fuerza de cosa juzgada.

En conclusión se puede afirmar que la *doctrina contemporánea* en términos generales, se ha estructurado en torno de las dos grandes escuelas que crean *Bülow y Goldschmidt*. El avance científico del Derecho Procesal se debe a la doctrina alemana, denominándose época de la *Edad de oro*, con sus grandes juristas y filósofos *Windscheid y Müther*, seguidos por *Wach y Klein*, más tarde por *Goldschmidt*, y posteriormente la Escuela Italiana iniciada por *Chiovenda*, quien desarrolló *la doctrina alemana generando una descendencia de grandes discípulos* como *Calamandrei, Redenti, Liebman, y Carnelutti* como los más destacados clásicos de la sistematización científica de la *teoría procesal civil empresarial*.

*Mauro Cappellitti*³⁰ dice que el *Derecho Procesal* es contemplado como fenómeno ligado a las extraordinarias conmociones producidas en la historia de la humanidad especialmente en la época contemporánea y por consiguiente, en las estructuras económicas, políticas y sociales así como en las concepciones éticas y gnoseológicas.

³⁰ CAPPELLETTI, MAURO. *Proceso, ideología y sociedad*, Edit.EJEA, Buenos Aires, 1974, cit. por Aníbal Quiroga León en Rev. *Hurís et veritas*, No. 8, Año V, Editada por alumnos de la Pontífice Universidad Católica del Perú, Junio 1994, p.43.

El *Derecho Procesal*, como la ciencia jurídica de aplicación cotidiana en todas las dimensiones de la sociedad, los procesalistas se han preocupado por la sistematización de una *Teoría General del Proceso*, rompiendo con los esquemas de las tradicionales teorías del Derecho Procesal, formulando concepciones doctrinarias de unificación en una teoría fundamental del proceso, cualquiera sea la forma y especialidad de las ramas del Derecho procesal.

La principal característica, es la *instrumentalidad* del Derecho Procesal que insta a cualquier tipo de proceso la necesidad de conocimiento del tema *considendum (notio)* y la imprescindibilidad de la *aplicación de la sanción* a través de formas específicas de *coacción (imperium)*. Esta característica nos lleva al convencimiento de la posibilidad de estructurar una *teoría general del proceso* con los principios supremos que deben orientar cualquier tipo de proceso, en el que se garantice el *principio contradictorio (audiatur et altera pars)*, y el juzgador llegue a conocer la *verdad objetiva* mediante los métodos de cognición jurídica y someterlos a un proceso *axiomático* para concluir con una *decisión justa*.

En las facultades de Derecho de algunas Universidades, en su currícula han considerado el *Curso de Teoría General del Proceso*, como en la Universidad Privada San Pedro de Chimbote y sus Fíales, sin embargo los docentes todavía no están preparados en la materia, desarrollando la cátedra como una introducción a la Teoría Procesal Civil, cuando éste tiene como objetivo el estudio de las teorías y principios fundamentales que orientan la función jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales, la tutela jurisdiccional efectiva nacional e internacional, las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, y los fallos constituyan el resultado del proceso axiomático de una verdadera abstracción de la confrontación de las pretensiones con la realidad objetiva en el proceso, garantizando la juricidad, la paz social y el bien común con las sentencias justas.

Estas instituciones son fundamentales para el Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Procesal Laboral, Derecho Procesal Constitucional, el Derecho Procesal internacional en la solución de conflictos de competencia de los Fueros Jurisdiccionales supranacional. Pero es importante el inicio de esta nueva concepción del Derecho Procesal recogido por algunas Universidades del Perú, convirtiéndose en pioneras de esta nueva ciencia la *Teoría General del Proceso*.

La *Teoría Procesal* es una categoría del conocimiento científico, producto de la aprehensión de los fenómenos contradictorios de la sociedad y como consecuencia reflejados en los grandes conflictos jurídicos de innumerables variedades que exigen decisión jurisdiccional. En las diversas sistematizaciones filosóficas del pensamiento jurídico, se ha encontrado dos corrientes diametralmente opuestas partiendo de las distintas concepciones del mundo, la sociedad y el conocimiento, que se sintetizan en el *individualismo* y la *solidaridad social*.

El Derecho también es objeto de análisis filosóficos contradictorios de las concepciones liberalistas proclamadas por la revolución francesa, pero la dinámica social permite el desarrollo de las disciplinas científicas, tecnológicas y artísticas exigen la reorientación de las teorías jurídicas, con capacidad de regular la multiplicidad de los nuevos tipos de relaciones sociales, económicas y políticas reflejadas en los conflictos de intereses, los que necesariamente tienen que ser resueltos por los órganos jurisdiccionales. En consecuencia la *Teoría Procesal* tiene que replantearse con nuevas concepciones doctrinarias de sus instituciones para que responda a

las exigencias de las relaciones jurídicas surgidas por el gigantesco desarrollo de la ciencia y la tecnología con la impartición de justicia.

Las modernas concepciones filosóficas del pensamiento jurídico que cada día viene desarrollando y abriendo pasos para la efectividad de la razón de ser del Derecho, que es la persona humana, ha permitido formular la dogmática jurídica procesal opuesta al sistema legalista en el conocimiento, interpretación y aplicación del derecho material y formal a las relaciones jurídicas, impulsando al juzgador a dejar de ser un mero aplicador de la norma jurídica, porque así exige nuestra sociedad.

En las Facultades de Derecho no existió el Curso de Derecho Procesal, sino los cursos de procedimientos o enjuiciamiento civil y penal, como dice *Santiago Sentis Melendo*,³¹ sabido es que el derecho procesal como verdadera disciplina científica no existió, y afirma: «Quienes seguíamos los cursos universitarios, en España o en América hasta la tercera década de este siglo (siglo XX), no estudiamos Derecho Procesal sino Procedimientos»

El mexicano *Alberto Trueba Urbina*,³² también dice que el Derecho Procesal se ignoraba, solamente se conocía la *práctica* y el *procedimiento*, es decir los trámites para la ejecución del Derecho Privado, porque en aquellos tiempos de marcado individualismo, la satisfacción del interés privado constituía la suprema aspiración del Derecho, sin embargo bajo la denominación de procedimiento se ocultaba el Derecho Procesal, comprendiendo el conjunto de reglas, formas y ritos de observancia estricta en la secuela de los procesos. Era entonces el Derecho privado formal, cuya función se reducía a impulsar la actuación del Derecho Privado.

Tal vez la razón está en la concepción que tuvieron la mayoría de juristas sobre el proceso, la que consideraba al Derecho procesal como un instrumento del Derecho sustantivo para restituir el derecho material que ha sido menoscabado, consideraban que la acción se encontraba estática, y al aplicar las normas de procedimiento ponía en movimiento el derecho subjetivo de la acción.

El Derecho Procesal siguió siendo Práctica forense, procedimientos judiciales, hasta la segunda mitad del siglo XX en que se iniciaron las especulaciones procesales con el estudio sistemático del procedimiento, despertó interés entre los juristas, los que en sus investigaciones históricas y científicas formularon definiciones insospechadas, que se encontraban ocultas en las prácticas de los magistrados, habían escapado a su examen pasando inadvertido por muchísimos años.

Refiriéndose a la evolución de la ciencia del Derecho Procesal, dice *Bordeaux*³³ que la acción del pensamiento encuentra reglas y principios allí donde no se había percibido durante largo tiempo más que una ciega rutina.

³¹ SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *Prólogo de la obra: Fundamentos del derecho procesal Civil, de Eduardo J. Couture*, Buenos Aires, Edith. Ediciones Desalma, 1985, p. XV.

³² TRUEBA URBINA, ALBERTO. *Derecho procesal del Trabajo*, tomo I, Edith. Talleres Lto. Tipográficos Laguna, México D.F., 1941, 1ª edic., p. 5.

³³ BORDEAUX. *Filosofie de la procédure civil*, ps. 1-2, cit. por Trueba Urbina, Alberto en op. cit. p. 6.

La *Teoría Procesal Civil* surgió de los ensayos jurídicos y filosóficos del procedimiento, con el auxilio de la crítica y las construcciones doctrinales, cuyo desarrollo fue obstaculizado por los civilistas de la exegética francesa del Código de Napoleón, extendida en la mayoría de Estados y en todos los Estados iberoamericanos.

3. DEFINICION

La *Teoría jurídica* en términos generales, es la parte elemental de la Dogmática en todas las disciplinas jurídicas, a la cual se debe el carácter científico del Derecho. *La Teoría Procesal*, se entiende como la abstracción de la realidad socio-económica y política que se manifiesta en los conflictos de intereses sometidos al órgano jurisdiccional para la solución de los conflictos de diversa índole con trascendencia jurídica, sistemáticamente ordenados y comprobados en la práctica social, aplicable en el universo social con ciertas particularidades, y se caracteriza por el constante desarrollo hacia su perfeccionamiento, reforzando, modernizando y creando nuevas instituciones e instrumentos para lograr su objetivo que es la justicia y la paz social en las transformaciones y perfeccionamiento de las estructuras en busca del bienestar de la humanidad.

La *Teoría Procesal* es la orientadora de la función jurisdiccional, formulando las bases fundamentales para su actuación y aplicación del derecho procesal objetivo para decidir los conflictos de intereses o incertidumbres.

En cuanto a la definición de la *Teoría Procesal*, todavía no existe una definición universalizada, sin embargo es necesario delimitar o identificar la concepción de *Teoría General del Proceso*. El procesalista peruano *Juan Monroy Gálvez*³⁴ define: "La Teoría del proceso es el conjunto de conocimientos destinados a la comprensión de la disciplina jurídica que investiga la función de los órganos especializados del Estado, específicamente en lo referente al método utilizado para conducir el conflicto de su solución".

El maestro San Marquino *Mario Alzamora Valdez*³⁵ define a la *Teoría General del Proceso* como una disciplina jurídica de nuestra era moderna que se impuso sobre una concepción tradicional del proceso como el conjunto de reglas prácticas para hacer valer nuestros derechos ante los tribunales. *Alcalá-Zamora y Castillo*³⁶ dice que la *Teoría General del Proceso* «es la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento»

³⁴ MONROY GALVEZ, JUAN. *Introducción al derecho procesal civil*, tomo I, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Edit. Temis de Belaunde y Monroy, 1996, p. 53.

³⁵ ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Derecho procesal civil. Teoría del proceso civil*, edit. SESATOR, Lima 1974.

³⁶ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal*, tomo I, UNAM, México 1974, ps. 506-523 y 525-615.

*Prieto Castro*³⁷ define al *Derecho Procesal Civil* como la *Teoría* de los órganos jurisdiccionales, de las partes, de la acción procesal, la de los presupuestos, impedimentos y excepciones procesales, la de la prueba y otras muchas más, además de aquellas complicadas como pluralidad de sujetos procesales y pluralidad de fines de la tutela.

Alberto Trueba Urbina,³⁸ dice que el Derecho Procesal es la disciplina técnico-jurídica con tonalidad eminentemente científica, en otras palabras, ciencia autónoma que tutela concretamente los intereses de las personas, protegidos en abstracto por el Derecho material, lo que significa que éste y aquél se complementan para la conservación del orden jurídico y para la realización del derecho objetivo y subjetivo a través del proceso.

Entiéndase que la *Teoría General del Proceso* es la ciencia que estudia la función de los Órganos Jurisdiccionales y las diversas instituciones jurídicas, principios y categorías aplicables a todo proceso (*Derecho Procesal Especial Nacional y Supra Nacional*) en la decisión de los conflictos de intereses sometidos a los magistrados competentes para su decisión, restituyendo el equilibrio social con la paz social. Estas teorías y principios evolucionan conforme al desarrollo histórico de la sociedad y con ciertas particularidades de cada sociedad estatal, y orientado a su perfeccionamiento dialéctico como efecto de las leyes de la dinámica social.

La *Teoría General del Proceso* ha trazado los lineamientos generales aplicables a toda teoría procesal especial, surgiendo la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, *Teoría Procesal Penal*, *Teoría Procesal Constitucional*, *Teoría Procesal del Trabajo*, *Teoría Procesal Penal Internacional*, *Teoría Procesal Internacional Civil Empresarial*, etc. no podemos dejar por desapercibido esta disciplina jurídica que necesita de su conocimiento para el bien de nuestra sociedad universal.

³⁷ PRIETO CASTRO. *El derecho procesal y su enseñanza universitaria*, en Rev. de Derecho y jurisprudencia, tomo IV, ps. 11-12, cit. por Trueba Urbina en op. cit. p. 10.

³⁸ TRUEBA URBINA, ALBERTO. Op. cit., p. 10.

Capítulo III

Teoría Procesal Civil Empresarial

1. RAZÓN DE LA DENOMINACIÓN

La denominación de *Derecho Procesal Civil*, se debe a la concepción que se tuvo como parte integrante del Derecho Civil como instrumento para exigir el cumplimiento de los derechos materiales vulnerados, en mérito a esta razón se promulgaron las leyes de enjuiciamiento civil, como todavía España conserva, también ocurrió con el Derecho Procesal Penal.

Posteriormente, como ya hemos expuesto en la parte de la *Teoría General del Proceso*, se rompe con esta concepción al sistematizarse como ciencia jurídica independiente a inicios del Siglo XX, y los juristas asignaron diversas denominaciones dentro de ellas la que más acogida ha tenido es *Derecho Procesal Civil*, en Brasil los doctrinarios le denominan *Derecho Judiciario Civil*. La razón es que el desarrollo industrial y tecnológico era todavía naciente dando mayor impulso al comercio, de modo que la generalidad de relaciones jurídicas se encontraban dentro del campo del Derecho Civil, a diferencia de las transacciones comerciales más desarrolladas que la industria fue la causa de la necesidad de su propia legislación llegando a su máxima expresión con la codificación, el «*Código de Comercio*», en el Perú se encuentra vigente desde 1902, aunque ha sufrido una serie de modificaciones y derogaciones por el C.C. de 1984. Sin embargo, los conflictos en el Derecho Comercial son resueltos por el Derecho Procesal Civil.

Es importante resaltar que la denominación de *Derecho Procesal Civil y Comercial* es muy superada a la nomenclatura de Derecho Procesal Civil, pero también ha sido superada por el surgimiento de nuevas disciplinas jurídicas de derecho material en la generalidad con las relaciones jurídicas empresariales, de manera que los actos jurídicos puramente de naturaleza civil son envueltos en la gravedad del campo jurídica empresarial. Por ejemplo, los contratos de compraventa de los departamentos que celebra una Empresa Constructora a favor de sus clientes que no están dedicados al comercio, se constituyen obligaciones recíprocas. La Empresa en cumplimiento con su objeto social traslada la propiedad del inmueble, el comprador que no está dedicado al comercio, entra al campo comercial ya sea por el

financiamiento del precio de la compraventa por una Entidad Bancaria, o girando un cheque de su cuenta corriente, o el retiro de su cuenta de ahorros, suscribiendo pagarés, letras de cambio, etc., y la Empresa vendedora está cumpliendo con el objeto social, haciendo las transacciones comerciales para obtener la ganancia o lucro.

La actividad económica en todos los campos industrial, comercial, agroindustria, la prestación de servicios, etc. están dentro de la actividad empresarial, y las obligaciones incumplidas generan los conflictos entre los sujetos de la relación jurídica, son sometidos a los órganos jurisdiccionales para su decisión.

Los acontecimientos científicos y tecnológicos han dado un gran viraje a la humanidad, creando nuevas formas de relaciones jurídicas, las que exigen nuevos horizontes en todas las ramas de las ciencias jurídicas, dentro de ellas el *Derecho Procesal Civil*, tiene que formular la *Teoría Procesal Empresarial*. Las relaciones jurídicas están basadas en la actividad empresarial y los conflictos sometidos a los órganos jurisdiccionales en lo general son de esta naturaleza. Entonces los fenómenos modernos producto de la innovación constante de la ciencia y tecnología, exige la adopción de una orientación que satisfaga las necesidades de la modernidad empresarial. No negamos que los Códigos Civiles Modernos, siendo uno de los primeros el Código Civil Peruano de 1984, incluyó en su normatividad varias instituciones de los contratos modernos, como por ejemplo los Contratos Ley, las cláusulas generales de contratación, los contratos con cláusulas de adhesión, el contrato de suministro, etc. pero las transacciones empresariales son cada vez más complejas que rebasan las instituciones típicas del Derecho Civil y Comercial, ubicándose en el campo del *Derecho Empresarial* como una nueva disciplina general del Derecho que se está sistematizando como ciencia jurídica moderna.

Concluyendo, afirmamos que la denominación moderna es *Derecho Procesal Civil Empresarial* y en adelante la dogmática es la *Teoría Procesal Civil Empresarial*.

2. DEFINICIÓN

La *Teoría Procesal Civil Empresarial* es la dogmática del Derecho Procesal Civil Empresarial, y se puede definir como el conjunto de teorías, principios, instituciones y normas jurídicas procesales sistemáticamente ordenadas, que se desarrolla y perfecciona con la práctica social, orientadas a la eficacia de la función jurisdiccional en la solución de conflictos de intereses civil-empresariales sometidos a los órganos jurisdiccionales competentes, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica, el bien común y el equilibrio de la sociedad con la paz social mediante el pronunciamiento de las sentencias justas.

3. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio de la *teoría procesal* es el proceso civil empresarial y los órganos jurisdiccionales regulados por normas jurídicas concebidas como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, el aseguramiento del el libre acceso a los Tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autonomía y responsabilidad de los jueces, y la *desaparición* de cualquier forma de proceso que bajo pretexto de acrecentar los

poderes del juez o asegurar la moralidad y la verdad en el proceso, *implique introducir principios y modalidades del proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado.*

El *proceso civil empresarial* está constituido por diversas instituciones como la función jurisdiccional y la tutela jurisdiccional efectiva, la jurisdicción y competencia, la relación jurídica procesal, el debido proceso y el derecho de defensa, los principios que inspiran la teoría procesal, la teoría de la prueba, teoría de las medidas cautelares, la teoría de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas procesales y materiales que tienen por finalidad la impartición de justicia con equidad, tutelando al débil de las relaciones jurídicas en la decisión de los conflictos, encaminado al objetivo estratégico de la paz social como instrumento equilibrante de la sociedad, adecuando la interpretación normativa material y procesal a las leyes del dinamismo de la sociedad.

4. INDEPENDENCIA CIENTÍFICA

La autonomía de la *teoría procesal civil empresarial*, ha dejado de ser un debate doctrinario, sin perjuicio de que todavía existen juristas que continúan afirmando que no es una ciencia independiente, sino solamente constituye un instrumento de aplicación del Derecho material cuando éstos son vulnerados. Es decir que el *Derecho procesal* en cuanto a su materialización como regulador del proceso, depende del derecho material.

La *Teoría Procesal Civil Empresarial*, como hemos expuesto en la evolución científica del Derecho Procesal Civil, ha establecido sus propios principios, axiomas, órganos jurisdiccionales civiles (en Argentina, Juez y tribunales Civil y Comercial), doctrinarios procesalistas en esta materia y están instituidas las Cátedras de Derecho Procesal Civil en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de las Universidades, y como especialidades en Estudios de Postgrado en Derecho Procesal Civil. Legislativamente por la gran importancia, ha experimentado una rápida evolución, logrando la codificación independiente en el sistema jurídico francés y alemán.

El jurista brasileño *Amauri Mascaro Nascimento*,³⁹ sostiene que las diversas ciencias jurídicas es el resultado de la presión de hechos sociales aún tensionales sobre valores que resultan en normas jurídicas, y sucesivamente se manifiestan nuevos fenómenos socio - económico-políticos. Esto aconteció con el Derecho Civil, Comercial, Penal, Administrativo, derecho de los Niños y Adolescentes, Agrario, Penal Militar, de Trabajo, Derecho Procesal Civil, Procesal Penal, Procesal Constitucional, el Derecho Procesal Internacional, Derecho Procesal del Trabajo, etc. Es decir, es el patrimonio de la acción de la sociedad.

Si bien es cierto que ha existido el derecho positivo regulador de la función jurisdiccional en la solución de conflictos, siendo su fuente principal el Derecho Romano, sin embargo el Derecho Procesal Civil como ciencia jurídica se formula con las especulaciones y abstracciones de la realidad jurisdiccional, como expresión de los fenómenos sociales, económicos y políticos que

³⁹ NASCIMENTO, AMAURI MASCARO. *Compendio de direito de trabalho*, Edit. LT Editora Ltda. São Paulo, Brasil, 1972, pág. 31.

se producen en cada época del proceso histórico social, desarrollando la dogmática jurídica en contraposición a la concepción exegetica, en la que el Juez aplicaba puramente la norma jurídica en los procesos sometidos a su decisión, sin interesar que ésta norma sea injusta o contradictoria con la normas constitucional y las declaraciones de los derechos humanos.

Los presupuestos determinantes de su autonomía científica son los siguientes:

a) Autonomía legislativa

Existen antecedentes legislativos en materia procesal civil en el Derecho Romano, principalmente el *Corpus juris de Justiniano* y las *Institutas de Gayo* como la máxima expresión del Derecho Romano escrito en el año 150 d.c., encontrada el manuscrito en 1818 por el Cardenal *Angelo Mai* en la biblioteca del *Cabildo de Verona* Italia, pero faltaban algunas páginas y otras no eran legibles, siendo integrada con el descubrimiento posterior de parte de las *Institutas* por *Vinzenzo Arangio-Ruíz*, en la casa de un coleccionista en El Cairo, publicado en 1933. Estos grandes antecedentes han evolucionado con sus instituciones hasta la formulación de nuevas concepciones del Derecho Procesal Civil y el desarrollo de otras instituciones necesarias materializadas en los nuevos Códigos procesales, y en la época contemporánea entendemos que es el *Derecho Procesal Civil Empresarial*.

b) Autonomía doctrinaria

El *Derecho Procesal Civil Empresarial* como ciencia jurídica, está constituido por un conjunto de teorías, principios, e instituciones propias y distintas a las del Derecho Constitucional, al Derecho Civil y otras disciplinas, habiéndose formulando grandes corrientes doctrinarias para explicar los fenómenos jurídicos procesales y las instituciones constitutivas de esta materia.

c) Bibliografía propia

La bibliografía del Derecho Procesal Civil es muy vasta, encontrándose obras monumentales como tratados, manuales, monografías, diccionarios y continúan las investigaciones utilizando diversos métodos científicos del derecho, y profundos estudios de filosofía jurídica procesal, siendo tan importante para la humanidad que los juristas e investigadores en todos los niveles se preocupan por poner en conocimiento de aquella a una parte de la sociedad que es cada vez mayor, mediante diversos medios de comunicación sus puntos de vistas, proporcionando materiales de estudio en Internet, el producto de las investigaciones de la *Teoría Procesal*

d) Principios propios

El Derecho Procesal Civil tiene sus propios axiomas y por cuestión didáctica, los juristas han distinguido en principios del proceso y del procedimiento, los que serán expuestos en títulos más adelante.

e) Autonomía didáctica

Se ha instituido una cátedra en las Facultades de Derecho, cuenta con propios métodos de enseñanza, teniendo como base un programa mínimo en el que se estudia una parte general introductiva y actualmente en algunas Universidades han comprendido en su currícula como nuevo curso la *Teoría Procesal Civil*, y estamos seguros que posteriormente se extenderá el estudio de la parte general de la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, luego el estudio de la parte especial y su objeto de estudio está clasificado en tres teorías: a) **Teoría del proceso de cognición** (*proceso de conocimiento-ordinario, proceso abreviado y proceso sumarísimo*), b) **Teoría del proceso de ejecución** (*proceso ejecutivo, proceso de ejecución propiamente dicho: proceso de ejecución de resoluciones judiciales y proceso de ejecución de garantías*), y c) **Teoría del proceso cautelar** (*puede ser medida cautelar antes del proceso principal, dentro del proceso y en ejecución de sentencia*)

f) Autonomía jurisdiccional

Haciendo una vista panorámica histórica del Derecho Procesal, encontramos que se ha desarrollado paralelamente la jurisdicción civil y penal, denominado *fuero común*, teniendo en cuenta la evolución histórica de la sociedad, ha dado lugar al surgimiento de jurisdicciones especiales para casos también especiales muy bien aceptados en las legislaciones, pero en la actualidad se encuentra en proceso de desaparición, por ejemplo el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, el Fuero Privativo Militar, por la necesidad de la *unidad y exclusividad de la función jurisdicción estatal*.

5. NATURALEZA JURÍDICA

La *teoría procesal civil empresarial*, teniendo en cuenta la clasificación clásica general del Derecho, está ubicado dentro del Derecho Público, y sus normas son de orden público con observancia obligatoria por las partes de la relación procesal y auxiliares jurisdiccionales, siempre que no afecten a la determinación de la certeza objetiva ni se encuentran en oposición a los derechos fundamentales de la persona humana. Nos preguntamos *¿cómo puede estar ubicado el Derecho Procesal Civil Empresarial dentro de la clasificación de Derecho Público, si generalmente busca la solución de los conflictos jurídicos de derecho privado?* Respondiendo el enunciado, es porque la impartición de justicia es función exclusiva del Estado y de imperiosa necesidad de la sociedad, y porque el derecho privado no se encuentra al margen del interés de la sociedad.

6. RELACION CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

La *Teoría Procesal Civil Empresarial* está vinculada con otras disciplinas del Derecho, porque el Derecho constituye una unidad sistemática, doctrinaria y legislativamente en el Derecho Interno e Internacional, por la simple razón que las relaciones jurídicas no solamente se generan dentro de un Estado, sino en toda la comunidad internacional en busca del bienestar y la convivencia pacífica de la humanidad con justicia materializada en la equidad logrando la

seguridad, el bien común y la paz social, aplicando el Derecho material de las distintas disciplinas y el Derecho adjetivo.

6.1. Relación con el derecho civil

El Derecho procesal civil surgió para hacer efectivo el derecho subjetivo de la seguridad jurídica en materia civil cuando son vulnerados sometidos al órgano jurisdiccional, y por la estrecha vinculación se consideró que el Derecho Procesal Civil es el instrumento para hacer efectivo el derecho de acción. No solamente las teorías del Derecho Civil son congruentes con el Derecho Procesal Civil, sino que los Principios de aquél son fuentes del Derecho Procesal en la interpretación y aplicación de las normas procesales en la dialecticidad del proceso.

Por ejemplo, tenemos la *teoría del abuso del derecho*, el *principio del favor debitoris*, el *principio de buena fe*, la *interpretación contractual*, etc.

6.2. Relación con el derecho administrativo

El *Derecho Procesal Civil Empresarial* está vinculado con el Derecho Administrativo, además que el Poder Judicial está regulado por la Ley Orgánica, pero también en el campo de la Administración de este Poder, en su organización y funcionamiento está regulado por el Derecho Administrativo. Desde el punto de vista jurisdiccional, los actos de la administración que causan estado en los derechos de los administrados, son objeto de la acción contenciosa administrativa de competencia de los Órganos jurisdiccionales, aplicándose la *Teoría Procesal Civil Empresarial* y el Derecho Positivo.

En el Perú tenemos la Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo como en la legislación comparada, estableciendo un procedimiento con ciertas particularidades orientado a cuestionar la invalidez y ineficacia de los actos de la administración pública.

Por otra parte, los Órganos de la Administración están obligados a dar cumplimiento a las resoluciones judiciales, sin calificación alguna bajo responsabilidad.

6.3. Relaciones con el derecho societario

El Derecho Societario está relacionado con el *Derecho Procesal Civil Empresarial*, cuando se producen conflictos de intereses internos entre los Socios y la Sociedad, promueven acción jurisdiccional, el Juzgador tiene que aplicar la *Teoría Procesal Civil Empresarial* y la teoría del Derecho de Sociedades. Por ejemplo: la impugnación y oposición a los acuerdos de las Juntas Generales de Socios, tales como la Fusión de Sociedades, la distribución de utilidades, la oposición a la disolución y liquidación de la Sociedad, etc.

6.4. Relación con el derecho penal

La Relación del Derecho Penal con el *Derecho Procesal Civil Empresarial*, consiste en algunas conductas de los sujetos de la relación procesal (*justiciables, juez, secretarios, auxiliares jurisdiccionales, etc.*) observan conductas que cumplan con las hipótesis de los tipos penales. Por

ejemplo: fraude procesal, delito contra la administración de justicia, delitos contra la fe pública, prevaricato, etc., que se adviertan en un proceso civil.

6.5. Con el derecho constitucional

El Derecho Constitucional sienta las bases para la función jurisdiccional instituido como uno de los tres Poderes del Estado, y la problemática doctrinaria cómo encontrar la formula de la independencia en la impartición de justicia, al margen del Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, por constituir cada vez más el ente de control por excelencia de los actos de estos dos Poderes del Estado.

La Constitución es la *fuerza formal principal* del Derecho Procesal General, y en forma específica del *Derecho Procesal Civil Empresarial*, partiendo de la institucionalidad del Poder Judicial, los Órganos de nombramientos de los Magistrados, como en el Perú el Concejo Nacional de Magistratura, quien establece las normas del proceso de calificación y selección de los Magistrados, el Derecho Constitucional determina la jurisdicción y competencia, establece los Principios Generales de la actuación jurisdiccional de los Magistrados en la solución de los conflictos de intereses normados por la Constitución Política, reglamentadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial de cada Estado. La función jurisdiccional tiene que ser ejercida teniendo en cuenta las *garantías constitucionales* a los justiciables, como el debido proceso, el derecho de defensa, la imparcialidad del juzgador, etc.

*Héctor Fix-Zamudio*⁴⁰ dice que la relación del Derecho Constitucional y Derecho Procesal es tan vinculante, pero ambas tienen por objeto el examen desde distintas perspectivas de las categorías procesales, se entrecruzan con frecuencia, lo que implica la necesidad de una constante colaboración entre cultivadores de estas disciplinas. *Kelsen* fue el sistematizador de la disciplina del *Derecho Procesal Constitucional* y el destacado cultivador de la *filosofía y Teoría General del Derecho*, así como del derecho público, mientras que *Couture* trazó los fundamentos de la rama constitucional, fue un destacado procesalista, dejando bien clara la vinculación recíproca de estas disciplinas.

Tal es la importancia de la vinculación del Derecho Constitucional con el Derecho Procesal, que el *Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* realizado en México los días 25 a 30 del mes de agosto de 1975, aprobó como primera de sus conclusiones la recomendación siguiente: «*Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que comprende las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial*»⁴¹

La relación de la *Teoría del Derecho Constitucional* y la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, no solamente tiene por finalidad dar seguridad a los justiciables en la impartición de justicia, sino

⁴⁰ FIX – ZAMUDIO, HÉCTOR. *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional*, en Rev. Ius et veritas, año V, No. 8, Edit. por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 90.

⁴¹ PRIMER CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *La función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977, p. 201.

las garantías a los magistrados en la autonomía e independencia en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, así como la inamovilidad del lugar de su puesto en el cual ha sido nombrado, salvo de ser llamado a ocupar funciones como magistrado en otro órgano superior. Estas garantías en la administración del Poder Judicial en el Perú, durante la década del 90 del Siglo XX han sido violentadas, además de la destitución arbitraria, no se ha respetado el derecho de inamovilidad trasladándose de un lugar a otro, ni menos se ha respetado el derecho a la estabilidad en el puesto al cual fueron nombrados, es decir no se respetó la especialidad de los jueces civiles, siendo removidos a juzgados contrarias a su especialidad. Por ejemplo, los jueces penales fueron removidos a jueces civiles o laborales, etc., creando zozobra en ellos mismos y alterando la función jurisdiccional, perjudicando a la eficacia de la impartición de justicia en agravio de la sociedad y el descrédito de la función jurisdiccional.

6.6. Con el derecho procesal constitucional

El Derecho Procesal Constitucional está relacionado con la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, porque en caso de conflicto de las convenciones internacionales con las normas constitucionales, se aplican las primeras, en el conflicto de normas constitucionales, leyes ordinarias y decretos legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo por delegación del Poder Legislativo, se aplican las normas constitucionales, y el conflicto de normas reglamentarias con las Leyes ordinarias y decretos legislativos, se aplicará la ley. El juez recurriendo a los Principios del Derecho Procesal Constitucional, de conformidad con el *Sistema del control difuso de la constitucionalidad*, declarará inaplicable al caso concreto la norma violatoria de orden normativo constitucional del sistema piramidal conforme a la *teoría kelseniana*, observando el principio de jerarquía de las normas jurídicas.

Además, las teorías e instituciones de la *Teoría Procesal Civil Empresarial* son comunes al Derecho Procesal Constitucional, sus normas son aplicables supletoriamente al proceso constitucional conforme prescriben las Leyes y Códigos Procesal Constitucionales. En el caso del Perú, el *Código Procesal Constitucional*⁴² Ley 28237 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo del 2004 y entró en vigencia a los seis meses de su publicación (1-12-2004), en el art. IX del T. P. prescribe:

«Artículo IX.- Aplicación Supletoria o Integración

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos de Procedimientos afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En caso de defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios general del derecho procesal y a la doctrina»

Las normas procesales del C.P.C. se aplicará supletoriamente en los proceso de acción de amparo, acción de habeas data, acción de cumplimiento, acción popular y acción de inconstitucionalidad.

⁴² LEY 28237. Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo del 2004, y entró en vigencia a los seis meses de su publicación (1-12-2004), de conformidad con la Segunda disposición transitoria y derogatoria.

6.7. Con el derecho internacional público

La *Teoría Procesal Civil Empresarial*, tiene relación con el Derecho Internacional Público, especialmente cuando el emplazado domicilia en territorio Extranjero, ya sea nacional (peruano) o extranjero, la notificación con la demanda tendrá que practicarse en el Estado donde domicilia a través del Cónsul del Perú acreditado en ese Estado receptor por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme a las Convenciones Internacionales de Derecho Internacional Público, debiendo librarse exhorto para ser diligenciado y devuelto. Igual procedimiento se seguirá cuando se acusa rebeldía, saneado el proceso se notifica la resolución que señala día y hora para la audiencia de conciliación, y se notificará con la sentencia si el emplazado no se apersonó al juzgado de la jurisdicción territorial requiriente, con la finalidad de garantizar el principio contradictorio y el derecho de defensa.

6.8. Relación con los derechos humanos

La *Teoría del Derecho Procesal Civil Empresarial*, con las nuevas tendencias filosóficas de socialización del Derecho, el Derecho Privado debe guardar armonía con el interés social, posiciones de los jus filósofos como *León Duguit, Radbruch, Ihering, etc.*, pensamiento filosófico que se materializó en la *Constitución Política Mexicana* promulgada en 1917 y la *Constitución Política de Weimer* de Alemania en 1919 reconocida como la más moderna de Europa, influenciando en la mayoría de países europeos y americanos, impregnadas de la *Teoría Social del Derecho* con las nuevas concepciones de *seguridad jurídica y bien social*. En la época contemporánea y más que todo a partir de la Segunda mitad del siglo XX, todas las legislaciones tienen que guardar armonía con *Teoría de los Derechos Humanos*, con mayor razón la *Teoría General del Proceso* y a la que no pueden sustraerse las *Codificaciones Procesal Civil Empresariales*.

La *Teoría Procesal Civil Empresarial* no ha escapado a esta corriente filosófica, y ha dado lugar la gestación de nuevas y modernas codificaciones procesales y materiales, orientada por la concepción proteccionista o tuitiva de la parte débil de la relación jurídica material. Esta corriente ha influenciando en los Códigos Civiles modernos, como el novísimo Código Civil Brasileño ha normado que el interés máximo del crédito bancario anual, controlando el abuso del derecho de las entidades financieras.

El *Teoría Procesal Civil Empresarial* está relacionado con la *Teoría de los Derechos Humanos* por dos presupuestos fundamentales: la *administración de justicia en armonía con el interés de la comunidad internacional* y el *límite del abuso del poder estatal*. La *Teoría Procesal Civil Empresarial* tiene por finalidad la verdadera administración de justicia dentro de estos presupuestos, observando las diversas Convenciones y Tratados Internacionales a partir de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de Francia de 1872, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en la resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General con la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9.

La Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, Resolución aprobada por la Asamblea General 53/144 de la ONU. La *Declaración de Teherán Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968*, la que en las Declaraciones 10 y 11 expresa:

«10. La denegación general de los derechos humanos que acarrear los actos de agresión produce indecibles sufrimientos humanos y provoca reacciones que podrían sumir al mundo en conflictos cada vez mayores. Es obligación de la comunidad internacional cooperar para erradicar tales azotes;

11. La notoria denegación de los derechos humanos derivada de la discriminación por motivos de raza, religión, creencia o expresión de opiniones ofende a la conciencia de la humanidad y pone en peligro los fundamentos de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo»

La *Declaración sobre los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

El abuso del poder estatal, principalmente por el objetivo de interés político de mantener y desarrollar una política económica de interés de grupos de poder, históricamente a producido muchas consecuencias negativas no solamente en los derechos inherentes a la persona, sino también afectando gravemente su economía. Esta realidad ha obligado a la ONU materializar la declaración de principios fundamentales para las víctimas. La Declaración garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y exige a los Estados a crear mecanismos y condiciones procesales de rápido acceso, trato justo y lo menos costoso posibles, *principios* que se encuentran prescritos en las *declaraciones 4 y 5*:

«4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos»

El abuso de poder siempre afecta a los derechos materiales y procesal civil empresariales y aún contra las mismas personas, cuando el poder estatal dicta leyes que afectan al derecho de defensa y el debido proceso, e incluso con la finalidad de hacer prevalecer el abuso, destituye y

condicionan jueces que respondan al interés del Poder político sin respeto a la constitucionalidad, las instituciones democráticas, las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos.

La definición de *víctimas del abuso de poder* y la obligación de incorporación en la legislación está prescrito en las declaraciones 18 y 19:

«18. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos»

«19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios»

La *Declaración de Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General de la ONU mediante las resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Esta declaración en el último considerando expresa:

«Los **siguientes principios básicos**, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se han elaborado teniendo presentes principalmente a los jueces profesionales, pero se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces legos donde éstos existan»⁴³

⁴³ Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, ONU Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 p. 59 (1985). ...

Independencia de la judicatura

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley

La *Declaración Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, aprobado en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

6.9. Con el derecho internacional privado

El *Derecho Procesal Civil Empresarial* aplica las norma jurídicas de *Derecho Internacional Privado* en los conflictos de intereses de nacionales o extranjeros en el Derecho de Personas, Derecho de Familia (*matrimonio, divorcio, filiación matrimonial y extramatrimonial*), Derecho de Obligaciones, Derecho de Contratos, Derecho de Sociedades, Derecho de Sucesiones, cuando se encuentren en conflicto aparente de normas jurídicas nacionales con las extranjeras y otros conflictos de intereses, se aplicará el Derecho Internacional Privado conforme a las Convenciones y tratados de *Derecho Internacional Privado*, y han sido incorporados en los Códigos Civiles, como en el caso del Perú está regulado por el Libro X del C.C. de 1984.

Los Tratados y Convenciones Internacionales de Derecho Internacional Privado tenemos la *Convención sobre Procedimiento Civil* adoptada el 01 de marzo de 1954 por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la *Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial* adoptada por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en la Haya el 18 de Marzo de 1970, la *Convención de Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros y anexo*, adoptada en la Haya el 5 de Octubre de 1961 por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, etc.

6.10. Del derecho marítimo y aeronáutico

La *Teoría Procesal Civil Empresarial* se relaciona con el Derecho Marítimo y Aeronáutico, en las transacciones comerciales de navegación, la responsabilidad civil por perdidas de mercadería, incumplimiento de contratos de transporte marítimo y aeronáutico, responsabilidad por accidentes, el lucro cesante, las pólizas de seguro, etc. al ser sometidas al

5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes...

Condiciones de servicio e inamovilidad

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.

12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto... **Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo.**

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

Órgano Jurisdiccional, el Juzgador tiene que aplicar los principios y normas del Derecho Marítimo y Aeronáutico.

6.11. Con el derecho procesal internacional

El *Derecho Procesal Internacional* es un conjunto de teorías, principios y normas jurídicas contenidas en los Tratados y Convenciones Internacionales que regulan la función jurisdiccional internacional de los *Tribunales supranacionales*, en las diversas materias conforme a los Estatutos y normas reglamentarias, cuando los fallos o la función jurisdiccional interna (*iniciar procesos sin que se haya agotado la jurisdicción interna*) afectan el derecho de los sujetos de la relación procesal con repercusión en la Comunidad internacional.

La función jurisdiccional internacional ejercida por los *Tribunales Supranacionales* han dejado de tener competencia exclusiva en los conflictos entre Estados, sino que se ha expandido y sigue expandiéndose a los particulares, principalmente sobre violación de derechos humanos, económicos, sociales y políticos. Así tenemos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal de la OMC por *Acuerdo de Marrakech*,⁴⁴ etc.

El *Derecho Procesal Internacional* tiene por objeto de estudio la teoría de la jurisdicción, de la competencia, de la litispendencia internacional, la eficacia de las sentencias extranjeras, la teoría de los actos procesales, la prueba de los actos jurídicos amparados por el derecho material, la cooperación judicial internacional, la aplicación del derecho extranjero y los recursos procesales impugnatorios.

Los Fueros Jurisdiccionales Nacionales al declararse competentes aplicarán el Derecho Procesal Civil Nacional, observando las normas de Derecho Internacional Público y Privado de conformidad con los Tratados, Convenciones y Declaraciones Internacionales.

6.12. Relación con el derecho tributario

El *Derecho Procesal Civil Empresarial* tiene estrecha vinculación con el Derecho Tributario, porque la administración tributaria en cumplimiento de su objetivo la recaudación conforme a la política tributaria del Estado, en muchos casos de fiscalización para la determinación de la deuda tributaria si el contribuyente ha cumplido con sus obligaciones, requiere de la incautación de libros contables, los funcionarios recaudadores tienen que concurrir al Poder Judicial solicitando la autorización para este acto administrativo de fiscalización, en consecuencia el Representante legal de la Administración Tributaria tiene formular su solicitud observando los presupuestos de admisibilidad conforme a las normas del procedimiento civil empresarial. El fundamento es que la incautación constituye acto de confiscación, atentando

⁴⁴ NACIONES UNIDAS – CENTRO DE INFORMACIÓN. *El Acuerdo de Marrakech, Uruguay, fue aprobado el 15 de abril de 1994, redactado en un solo ejemplar en español, francés e inglés, que es el resultado de las negociaciones de de 1986 a 1994.* www.marrakech.htm

contra el derecho a la propiedad privada amparada constitucionalmente, y como tal, menoscaba el *derecho de reserva del secreto contable* empresarial.

Además, en los casos de procesos contenciosos administrativos tributarios, una vez agotada el proceso administrativo en su última instancia, el contribuyente tiene el derecho a impugnar las resoluciones promoviendo la acción contenciosa administrativa de nulidad o ineficacia de resolución administrativa tributaria, orientada por la *Teoría Procesal Civil Empresarial* aplicándose las normas procesales, a pesar que en muchos Estados se han promulgado normas procesales que regulan este proceso contencioso, no significa que es un derecho procesal especial, sino que está comprendido dentro de la *Teoría Procesal Civil Empresarial*.

Capítulo IV

Fuentes del Derecho Procesal

1. DEFINICIÓN

El término *fuerza* proviene de las voces latinas «*fon*», «*fontis*» que significan manantial de aguas que brotan de la tierra, y figurativamente fuerza es el principio, fundamento u origen de una cosa.

El jurista **Claude Du Pasquier**⁴⁵ tratando de definir dice que el término *fuerza* «*Crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuerza de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho*»

Para Mario Alzamora Valdez,⁴⁶ «Fuerza significa: principio u origen de algo. En el orden jurídico las fuentes del derecho están constituidas por todo lo que es punto de partida y excusa de sus manifestaciones, ya sea que se trate de los hechos determinantes o de las manifestaciones, consideradas en sí mismo y reguladas por el propio derecho» Por su parte **Aníbal Torres Vásquez**⁴⁷ sostiene que en la literatura jurídica se entiende por *fuerza del derecho* al principio, fundamento u origen de las disposiciones normativas de las relaciones sociales, en especial del derecho positivo vigente en una determinada sociedad y época.

Podemos definir a las fuentes del *Derecho Procesal Civil Empresarial*, como aquellos fenómenos sociales, económicos y políticos manifestados en conflictos, y como consecuencia la necesidad de su ordenamiento mediante normas jurídicas fundamentadas en *estimativas axiomáticas*, con la finalidad de restituir el equilibrio social a través de la resolución de conflictos jurídicos sometidos a los órganos jurisdiccionales.

⁴⁵ DU PASQUIER, CLAUDE. *Introduction a la Théorie Générale et á la Philosophie du Droit*, Neuchatel, 1937. p. 34.

⁴⁶ ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 1987, 10ª edic., p. 233.

⁴⁷ TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL. *Derecho civil. Parte general*, Edit. Cultural Cuzco S.A., Lima-Perú, 1991, p. 219.

2. CLASES DE FUENTES

En la doctrina hay diversos criterios para clasificar a las fuentes del derecho, así tenemos: fuente material o real y fuente formal, fuentes internas y externas, fuentes originarias y derivadas. **Mario Alzamora Valdez**,⁴⁸ partiendo de su concepción idealista del mundo, ha propuesto la «*división tripartita de fuentes: como fundamento del Derecho (Dios, el espíritu humano), como sinónimo del grupo social que crea el derecho (el Estado, iglesia, sindicatos, colegios profesionales, etc.) y como la autoridad o fuerza social que por reconocimiento del mismo Derecho, defiere a la norma los caracteres necesarios para su vigencia*» En conclusión consideramos que por su importancia las fuentes se clasifican en dos, fuentes materiales y fuentes formales que fue introducida por la posición de **Julien Bonnetcase**.⁴⁹

3. FUENTES MATERIALES Y FORMALES

3.1. Fuentes materiales

Se denominan también fuentes reales, son todos los factores sociales, económicos, culturales, religiosos, tradiciones, posiciones ideológicas, morales y políticas dominantes en determinada época del desarrollo histórico social de una Comunidad estatal y universal.

En tal sentido es necesario que el legislador deba conocer primero la realidad social y tomar posición consciente de esta realidad.

Eduardo García Maynez⁵⁰ opina que «*encontrándose determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley esté destinada y sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común. Todos estos factores y muchos otros factores indeterminados determinan la materia de los conceptos jurídicos, en tal sentido, asumen el carácter de fuentes reales*»

Así mismo **Du Pasquier**⁵¹ refiriéndose a las fuentes materiales afirma que «*son el conjunto de fenómenos sociales que contribuyen a formar la sustancia, la materia del derecho (movimientos ideológicos, necesidades prácticas, etc.)*»

Las fuentes materiales principales del *Derecho Procesal Civil Empresarial* son los grandes conflictos producidos en las múltiples y sofisticadas relaciones jurídicas empresariales con la predominancia del abuso del derecho del poder económico, social o político en cada etapa del dinamismo de la sociedad estatal y universal, que exigen la solución por los órganos jurisdicciones, trayendo como consecuencia la formulación de principios, normas, y el desarrollo del conocimiento científico jurídico y filosófico como sustento del *Derecho Procesal Civil*

⁴⁸ ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Introducción al derecho*. Op. cit. p. 234

⁴⁹ BONNETCASE, JULIÁN. *Introducción al estudio del derecho*. Trad. José M. Cajica, edit. J.M. Cajica, Jr. Puebla, México, 1944, p. 131-132.

⁵⁰ GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. *Derecho Subjetivo*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*.

⁵¹ DU PASQUIER, CLAUDE. *Introducción al derecho*. Trad. Julio Ayasta, Justo Valenzuela, Edit., Lima 1983, cit. por TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL, en *Derecho Civil, Primera Parte*, op. cit. p. 220.

Empresarial teniendo como *finalidad inmediata* la impartición de justicia, y en consecuencia alcanzar la *finalidad mediata* con la estabilización del equilibrio de la sociedad en su desarrollo hacia el bienestar.

3.2. Fuentes formales

Para *Aníbal Torres Vásquez*,⁵² «Cuando hablamos de fuentes formales nos referimos al origen del derecho positivo, a las formas predeterminadas que tienen que adoptar las reglas de conducta para imponerse socialmente, a los actos mediante los cuales una sociedad crea su derecho positivo» Se denominan fuentes formales por la forma que revisten y no por la índole de los mandatos que contienen.

Las fuentes formales son las formas o modos de manifestación de las fuentes materiales expresadas en normas jurídicas, constituyendo el derecho positivo. *García Maynes*,⁵³ en cuanto a las fuentes formales dice «que podría explicarse diciendo que las segundas representan el *cause o canal por donde corren y se manifiestan las primeras*»

La *característica fundamental* de las fuentes formales generalmente es su obligatoriedad por disposición del ordenamiento jurídico, pero esto no significa que pueden existir normas facultativas.

En la dogmática jurídica se ha determinado que las *fuentes formales del Derecho procesal* son las normas constitucionales, tratados y convenciones internacionales, las leyes orgánicas, leyes ordinarias y sus equivalentes, las Sentencias del Tribunal Constitucional, las Sentencias de los Tribunales internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia, así mismo se puede considerar a los plenos jurisdiccionales procesales, como estudiaremos a cada una de estas fuentes.

4. CLASES DE FUENTES FORMALES

4.1. La Constitución Política del Estado

Las fuentes formales por excelencia son las normas constitucionales por ser normas de la más alta jerarquía del sistema jurídico en la *pirámide de Kelsen*, por su naturaleza especial de primera expresión de la nación representada por la *Asamblea Constituyente*. La tutela jurisdiccional es función exclusiva del Estado como producto de la evolución histórica de la estructura de la estatal, concluyendo con la división en tres poderes: el *Poder Ejecutivo*, el *Poder Legislativo* y el *Poder Judicial*.

La Constitución del Estado generalmente estructurada en dos parte: la parte dogmática con la declaración de los principios, derechos y garantías de la persona, y la parte estructural u orgánica del Estado, en la que regula la organización y delimita las funciones jurisdiccionales

⁵² TORRES VASQUEZ, ANÍBAL. Derecho civil, parte general, op. cit., p. 222.

⁵³ GARCIA MAYNES, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, México, 1949, cit. por ANIBAL TORRES VÁSQUEZ, en *Derecho Civil, Parte general*, op. cit. pág.222

del Poder Judicial, las garantías del acceso a una tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, con la independencia e imparcialidad en la administración de justicia. Todas las normas de menor jerarquía tienen que encontrarse dentro del marco general de las normas constitucionales, y en caso de ser contradictorias, el juzgador declarará inaplicables de conformidad con el principio del control difuso de la constitucionalidad declarado en la mayoría de las constituciones.

4.2. Las Convenciones y Tratados Internacionales

Nuestra sociedad sintió la necesidad de garantizar los derechos humanos vulnerados como práctica cotidiana en todos tiempos, tipos y formas de Estado. Sin remontarnos a las materializaciones históricas del reconocimiento de los derechos humanos, el pensamiento filosófico que data desde Aristóteles y el pensamiento universalizado de los derechos humanos de **John Locke**⁵⁴ con sus dos obras cumbre : *Ensayo sobre el Entendimiento Humano* (1690) y *Pensamientos sobre Educación* (1692), filósofo de la libertad y fundador del empirismo moderno, y **Cristian Wolf**⁵⁵ que en el S. XVIII ejercieron tanta influencia en el antiguo y nuevo mundo y muy controvertido con otras posiciones políticas antes de la Revolución francesa.

⁵⁴ LOCKE, JOHN. Nació cerca de Bristol, Inglaterra, un 29 de Agosto de 1632. Se educó en la Westminster School y en la Christ Church de Oxford. En 1658 se convirtió en tutor y profesor de Griego y Retórica. Más tarde volvió a Oxford y estudió medicina. Tras algunas vicisitudes en el mundillo de la política internacional, que le valieron no pocos problemas, Locke volcó la experiencia de su vida intelectual en dos obras cumbre: *Ensayo sobre el Entendimiento Humano* (1690) y *Pensamientos sobre Educación* (1692). filósofo de la libertad y fundador del empirismo moderno, empezara a discutir cuestiones económicas.

⁵⁵ WOLF, CHRISTIAN. Pensador alemán, nació en Breslau (actual ciudad polaca) el 24 de febrero de 1679 y muere en Halle el 9 abr. 1754. Hijo de un artesano, estudió Teología y Filosofía en un gimnasio luterano. Desde 1699 cursó estudios de Física y Matemáticas en Jena. En 1702 se trasladó a Leipzig, donde se doctoró en Filosofía (1703) con la tesis *Philosophia practica universalis mathematica methodo conscripta*. Obtuvo la cátedra de Matemáticas en la Univ. de Halle (1706), por recomendación de Leibniz. Su pensamiento y su lección *Oratio de Sinarum philosophica practica* (1721), sobre la filosofía de los chinos, motivó que diversos profesores de Teología y pietistas le acusaran, entre otras cosas, de ateo, por lo que fue destituido (1723) por orden de Federico Guillermo I de Prusia. El trabajo fundamental de *Wolf* fue la divulgación e interpretación de la filosofía de Leibniz, aunque se aparte de la idea de la mónada y sustituya la armonía preestablecida por la teoría de Spinoza de la correspondencia entre orden del pensamiento y de la realidad. Las controversias entre católicos y protestantes, por un lado, y por otro, sobre todo, Leibniz y Descartes le inspiraron su método filosófico; es decir, quería que fuese el mismo que el de las Matemáticas, con ello queda *Wolf* inscrito en el más agudo racionalismo, bienintencionado y poco original, con poderosa capacidad de sistematización, se limitó a difundirlo en sus clases y manuales, con más profundidad que el llamado movimiento de la Ilustración en el s. XVIII. La moral es igualmente racionalista (*Philosophia moralis sive Ethica*, 5 vol., Halle 1750-53). En *Ius naturae* (8 vol., Leipzig 1740-48) desarrolla su teoría del Derecho natural, en la línea racionalista de *Pufendorf* y entronca también con el iusnaturalismo. Establece la correlación entre derecho y deber. Considera que el hombre tiene deberes hacia sí mismo, hacia la sociedad y hacia Dios. Uno de los principales deberes del hombre es perfeccionarse y conseguir la felicidad. Del mismo modo, también debe el hombre promover la perfección y la felicidad de sus semejantes. Pero en todo ello, su racionalismo no le permite comprender bien las relaciones y diferencias entre entendimiento y voluntad, entre libertad y responsabilidad, entre esencia y acto de ser. Su idea del Estado paternalista influyó en el despotismo ilustrado. También se advierte la huella de *Wolf* en el Contrato social (1762) de *Rousseau*. En cuanto a la división de las ciencias según *Wolf* de trascendencia para la lengua alemana fue el uso científico que de ella hizo, contribuyendo a fijar la terminología filosófica germánica. El que *Wolf* llamase «*filosofía perenne*» a su pensamiento contribuyó a que engañados por ese nombre, muchos neoescolásticos del s. XIX se dejaran influir por él, lastrando en parte el realismo más propio de la tradición

La praxis de los movimientos sociales en busca de libertad y justicia con el respeto a la persona humana, dieron origen a la Primera declaración de derechos humanos, la **Declaración de Virginia**,⁵⁶ del 12 de junio de 1776, en el Art. 2º prescribe:

«Que todo poder reside en el pueblo, y, en consecuencia, deriva de él; que los magistrados son sus administradores y sirvientes, en todo momento responsables ante el pueblo»

Emile Boutmy⁵⁷ dice que *«Las garantías judiciales constituyen una parte importante de esta Declaración. Encontramos en ella la mención del jurado, la prohibición, dirigida a los tribunales, de imponer multas o fianzas excesivas»*

La **Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**, proclamados por la Asamblea Nacional constituida por los Representantes del *Pueblo Francés* el 26 de Agosto de 1789, propuesto por el Marqués **La Fayette**,⁵⁸ en el Preámbulo expone las causas y la importancia de la declaración en protección de los cuatro derechos fundamentales: *la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*, expresando:

«Los representantes del pueblo francés reunidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han decidido exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración esté presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social y les recuerde sus derechos y deberes; para que los actos del poder legislativo y ejecutivo, al poder ser comparados en cualquier momento con la finalidad de toda institución política sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en Principios simples e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y el bienestar de todos»

Esta Declaración es la expresión de los conflictos del poder abusivo de los monarcas y la nueva clase social, la burguesía, en cuya revolución participaron hombres y mujeres, sin embargo cuando **Olimpia de Gouges**⁵⁹ escribió los **Derechos de la mujer y de la ciudadana** en

escolástica, y llevándoles a ciertas polémicas especulativas poco útiles, que comenzaron a superarse en el s. XX. A *Wolf* se debe, por ejemplo (con sus obras *Psychologia empirica*, Leipzig 1732 y *Psychologia rationalis*, ib. 1734), que haya perdurado por mucho tiempo el equívoco nombre de «*Psicología racional*» como distinta de la «*empírica*» a la que debe llamarse más bien «*Psicología filosófica*», que es también empírica.

⁵⁶ MAGLIO, FEDERICO MARTÍN. 1776: *Declaración de derechos de Virginia*, www.fmmeduacion.com (11 de septiembre, 2005).

⁵⁷ BOUTMY, EMILE. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y M. Jellinek*, trad. AMUCHÁSTEGUI, JESÚS G., p. 164. www.biblijuridica.org (11 de septiembre, 2005).

⁵⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, RÈPUBLIQUE FRAÇAISE. www.justice.gouv.fr. (11 de septiembre, 2005).

⁵⁹ OLIMPIA DE GOUGES. Su nombre verdadero *MARIE GOUZE*, nació en Montauban en 1748 Francia y en 1793 fue condenada a pena de muerte en juicio popular por sus compañeros de lucha de la Revolución Francesa siendo guillotizada, por haber publicado la **Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana** en respuesta a la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Es revolucionaria francesa considerada una de las

1793, fue guillotinado por sus compañeros de lucha, es decir que la declaración de los derechos de la mujer constituyó grave agravio a las tradiciones culturales de la estructura de la sociedad en esa época.

Partiendo de los diversos antecedentes históricos y legales, por los efectos de los crímenes de la primera y segunda guerra mundial, la Organización de las Naciones Unidas tuvo la necesidad de la proclamación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*,⁶⁰ adoptada y aprobada por Resolución de la Asamblea General 217 A del 10 de diciembre de 1948. La Declaración comprende las garantías procesales y jurisdiccionales en los Arts. 8 y 10.

La declaración expresada en el art. 8 garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

«Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la Ley»

El art. 10 reconoce los Principios fundamentales de la *Teoría Procesal*, que se constituyen en garantías de los sujetos de la relación jurídica procesal y axiomas de observancia obligatoria por los órganos jurisdiccionales, que inducen a tomar decisiones jurisdiccionales justas.

«Artículo 10

Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal»

En este artículo declara el derecho a la igualdad procesal de los justiciables, el *Principio del juzgamiento público* como seguridad a la garantía de sus derechos materiales en conflicto, el *Principio de independencia* del órgano jurisdiccional, es decir que el juzgador no puede actuar bajo la presión o la orientación de los demás poderes del Estado respondiendo a las políticas económicas, ni sujeto a ninguna institución o funcionario más que a la Constitución del Estado y la Ley conforme al *Principio de imparcialidad* del juzgador, y el *Principio de decidir con justicia*.

En el Art. 30 contiene una norma imperativa de interpretación de las normas proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

«Artículo 30

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o

precursoras del feminismo, escribió numerosas obras teatrales, novelas y artículos político-sociales; dirigió el periódico *L'impatient*, fundadora de la *Société populaire de femme*.; adversaria de ROBESPIERRE, publicó la Carta *Pronostic de Monsieur Robespierre pour un animal amphibie*, acusada de intrigas cediocosas; www.olimpia.html

⁶⁰ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, www.unhcr.org/refugees/refugees/frn.htm trad. CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR, (11 de septiembre, 2005).

realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas por esta declaración»

Generalmente en la administración de justicia civil empresarial, se ha venido impartiendo justicia sin tener en cuenta las convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, porque los conflictos de intereses o incertidumbres es de derecho privado principalmente de contenido económico, sin considerar que se viene afectando derechos fundamentales de la persona humana, amparando el abuso del derecho y el enriquecimiento indebido de los grupos de poder perjudicando los intereses difusos o colectivos, asimismo al no resolver los conflictos e incertidumbres generalmente por la formación formalista del juzgador, crea la intranquilidad emocional del justiciable, y pueden afectar durante todo el resto de su vida y su generación sin que estas resoluciones judiciales se constituyan en fuentes de conmoción social.

Por otra parte tenemos la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*⁶¹ suscrita en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica del 07 al 22 de noviembre de 1969. En el art. 8 prescribe las garantías judiciales fundamentales que garantizan los derechos inherentes a la persona y el debido proceso. Este artículo recoge los principios declarados por los arts. 8 y 10 de la *Declaración de los Derechos Humanos*, y proclamando otros Principios que no han sido previstos, constituyendo fuente fundamental del Derecho Procesal Civil Empresarial y con nombre propio «*Garantías judiciales*», expresado en el numeral 1:

«Artículo 8.- Garantías judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, y con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter»*

En esta Convención se introduce dos máximas de garantía del derecho a la tutela jurisdiccional: el *principio de celeridad procesal*, porque la prestación de la tutela jurisdiccional tiene que ser pronta y eficaz, y el otro Principio de garantía a los derechos materiales que se encuentran en conflicto, tienen que ser resueltos por un *juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por ley*. Esta última garantía es justamente para evitar el nombramiento de jueces *ad hoc*, para decidir los conflictos de intereses producidos cuando el Estado tiene interés político o para beneficiar a una de las partes justiciables que tienen el control del Gobierno de turno.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*,⁶² adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entró en vigencia en enero de 1973, ratificado por el Perú por D.L. 22129

⁶¹ OFICINA DE DERECHO Y PROGRAMAS INTERAMERICANOS-OEA. *Convención Americana sobre derechos humanos – Pacto de San José*, www.oas.org/juridico/sapanish (12 de septiembre, 2005)

⁶² HOUT COMMISSARIAT AUX DROIT DE L'HOMME - ONU. *Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels*, www.unhchr.ch/french (13 de septiembre, 2005).

de 28 de marzo de 1978. En el primer apartado del preámbulo fundamenta la razón de la aprobación del Pacto, el mismo que busca el respeto a los derechos humanos reconocidos por la *Carta de Naciones Unidas*, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen como base «*el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables*» y tiene como objetivo hacer efectiva la declaración *Universal de los Derechos Humanos*.

El Art. 3º expresa que «*Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales*» Así mismo ha establecido como norma imperativa la seguridad en la interpretación de las normas del Pacto, como supremacía sobre cualquier norma nacional del Estado adherido que restrinja o menoscabe los derechos humanos, como expresa el Art. 5º:

«Artículo 5

1. *Ninguna disposición del presente Pacto será interpretado en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el pacto, o a su limitación en la medida mayor que la prevista en él.*

2. *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado»*

Este artículo es fuente del Derecho Procesal, por el reconocimiento del *principio de lo más favorable a la persona en la administración de justicia*, si el Estado ha reconocido derechos humanos mediante leyes, tratados y convenciones internacionales, reglamentos nacionales, convenciones colectivas y que no estén reconocidos por el Pacto o que estando se encuentren en menor grado que la normatividad nacional, se aplicará las normas nacionales. Es decir que en caso de conflicto de normas nacionales con las normas del Pacto Internacional de los Derechos Humanos, se aplicarán las normas del Pacto, y si los derechos humanos no reconocidos por el Pacto pero sí por el derecho material nacional, o que sean reconocidos con mayor grado, los jueces aplicarán la normatividad nacional.

La *Carta de las Naciones Unidas* suscrita el 26 de junio de 1945 en San Francisco al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, entró en vigencia el 24 de octubre del mismo año. El *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* es parte integrante de la Carta.

La *Carta* fue enmendada por primera vez el 17 de diciembre de 1963, los artículos 23, 27 y 61, aprobada por la Asamblea General entrando en vigencia el 31 de agosto de 1965. El 20 de diciembre de 1971, la Asamblea General aprobó otra modificación al artículo 61 entrando en vigor el 23 de septiembre de 1973, y Finalmente la Asamblea General aprobó la modificatoria del artículo 109 el 20 de diciembre de 1965, entrando en vigencia el 12 de junio de 1968. La Carta en el preámbulo expresa:

«Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos

A preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles,

A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,

A crear condiciones bajo las cuales pueden mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional,

A promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad»

La **Proclamación de Teherán**⁶³ por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU en Teherán el 13 de mayo de 1968. Esta declaración concluye en los siguientes términos:

«La Conferencia Internacional de Derechos Humanos,

1. *Afirmando su fe en los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales sobre la materia,*
2. *Exhorta a los pueblos y gobiernos a consagrarse a los principios contenidos en la Declaración de Derechos Humanos y a redoblar sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos una vida libre y digna que les permita alcanzar un estado de bienestar físico, mental, social y espiritual»*

Las 19 declaraciones de *Teherán* están orientadas al exterminio de los abusos de los derechos humanos, y dentro de las cuales la Declaración 13 expresa:

«La Conferencia Internacional de Derechos Humanos...
Declara solemnemente que:

...

13. *Como los derechos humanos y las libertades son indivisibles, la realización de derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.*

La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social»

⁶³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Proclamación de Teherán*, en *Instrumentos Internacionales de derechos humanos*, 1996-2002, Ginebra, Suiza, www.unhchr.ch/spanish (17 de septiembre del 2005).

La *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* aprobado por la ONU -U.N. Doc A/CONF/39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, firmada en Viena el 23 de mayo de 1969, prescribe las normas de cumplimiento de los tratados aprobados por la ONU de los Estados miembros.

El *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la Asamblea General por Resolución 2200 (XXI) que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Este protocolo tiene por finalidad garantizar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el artículo primero prescribe:

«Artículo 1

Todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto»

El art. 2º del Protocolo exige como *presupuesto de admisibilidad* el agotamiento de la jurisdicción interna, expresando:

«Artículo 2

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita»

El Protocolo es fuente del Derecho Procesal, porque establece principios y normas obligatorias de amparo a los derechos fundamentales de los justiciables que deben ser observados por los tribunales, y en caso de los fallos violatorios de estos derechos, los justiciables están facultados para ejercer el derecho a la tutela jurisdiccional internacional, por lo que se han establecido las instituciones que garanticen la jurisdicción internacional efectiva.

También tenemos la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas*,⁶⁴ el art. 8, inc. 1 de la declaración expresa:

«Artículo 8

1. *Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, en otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas y políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades»*

⁶⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas*, A/RES 53/144 del 8 de marzo de 1999.

El **artículo 4º** de la Declaración, prescribe que la interpretación de sus normas no puede ser en sentido contrario a los propósitos y principios de la *Carta de Naciones Unidas*, ni limite la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de los Pactos internacionales de los derechos humanos, o de otros instrumentos y compromisos internacionales.

En el *Séptimo Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y del Delincuente* celebrado en la ciudad de Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, aprobó la ***Declaración de Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura***⁶⁵ adoptada por la Asamblea General de la ONU por Resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985, que obliga a los Estados a garantizar la independencia de la función jurisdiccional, y que los jueces garanticen el debido proceso a los justiciables, así mismo garantiza la idoneidad de los jueces, la forma de nombramiento y la estabilidad en el puesto y en la función. Garantiza a un debido proceso a los jueces que sean sometidos a procesos de medidas disciplinarias, suspensión y separación, el derecho a la defensa y a la revisión del proceso que ha tomado la decisión declarando la responsabilidad.

Otra fuente del Derecho Procesal tenemos la ***Declaración de Principios básicos sobre la Función de los Abogados***⁶⁶ aprobado en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre

⁶⁵ UNIVERSITY OF MINNSOTA. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, ONU Doc. A/CONF. 121/22/Rev. 1, p. 59, 1985, www.umn.edu/hmnarts (17 de septiembre del 2005). También en www.orden.juridico.gob.mx/TraInt (19 de septiembre del 2005). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, ONU Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 p. 59 (1985).

⁶⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LA NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Principios básicos sobre la función de los Abogados*, 1996 – 2002, Ginebra Suiza, www.unhcr.ch/spanish (21 de septiembre del 2005).

«Garantías para el ejercicio de la profesión»

16. Los gobiernos garantizarán que los abogados a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

17. Cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada.

18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones.

19. Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.

20. Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo.

21. Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible. 22. Los

prevención del Delito y tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana, garantiza la observancia del *Principio de no indefensión*, el derecho de toda persona para ser asistida por su abogado independiente y no favorezca al Estado, como declara en el *noveno considerando*:

«Considerando que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales que todo persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a los servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente»

Los artículos 1º y 2º de la Declaración prescriben como normas obligatorias que deben ser observadas por los Estados, no solamente garantizar, sino establecer los procedimientos eficientes y mecanismos adecuados eficaces para garantizar el derecho a la defensa efectiva de toda persona sea nacional o extranjera, expresando:

«1. Toda persona tiene que estar facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal»

«2. Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, como discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica y otra condición»

El derecho a la defensa como uno de los derechos inherentes a la persona humana, reconocido por las Naciones Unidas con la Declaración de Principios Básicos de la función de los Abogados, con la finalidad del ejercicio de la defensa efectiva, los *Estados están obligados garantizar la función de los Abogados, en forma independiente y sin presiones ni persecuciones, reconociéndole la inmunidad del Abogado.*

gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.

Libertad de expresión y asociación

23. Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos, así como a unirse o participar en organizaciones locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita. En el ejercicio de estos derechos, los abogados siempre obrarán de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión»

Estos Principios están reconocidos en el **Art. 16° y 20°** de la Declaración:

«16. Los gobiernos garantizarán que los abogados: a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro del país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión»

El art. 20 reconoce el Principio de **inmunidad civil y penal del abogado** por las declaraciones de buena fe orales o escritas que formulen, o al comparecer ante cualquier tribunal u órgano administrativo, declarando:

«20. Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano administrativo»

La Defensa siempre a sido afectada principalmente en los regímenes políticos dictatoriales, incluso los *derechos* de los Abogados son recortados y al extremo de la persecución política como autores intelectuales de supuestas conductas delictivas creadas por el poder estatal para consolidar la dictadura, las desapariciones y las ejecuciones extrajudiciales de los Abogados, y siempre vienen sucediendo, hechos que también han sido experimentados frecuentemente el Perú.

También tenemos el **Protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los Poderes**, aprobado por la Séptima Conferencia Internacional Americana la Resolución N° XLVIII, abierta a la firma en la Unión Panamericana el 17 de febrero de 1940, celebrado en Washington, Estados Unidos. Este Protocolo regula la validez de la representación general y especial en la celebración de los actos jurídicos civil - empresariales y la eficacia en la representación jurisdiccional y administrativa en cualquiera de los Estados americanos. Así mismo el **Convenio sobre reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras**, aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958, regula el *Exequátur de laudos arbitrales en el extranjero*.

El **Convenio del 15 de noviembre de 1965 sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en materia Civil o Penal**, redactado en la Haya, regula en tratamiento jurisdiccional o administrativo que los Estados darán el curso de tramitación a través de sus instituciones de la materia en cada Estado.

Las Comunidades Europeas (*Documen. 204 de 2/8/1975*), suscribiendo el **Protocolo sobre la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 17 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**.⁶⁷ El **Convenio Europeo acerca de la Información del Derecho Extranjero**, de 07 de junio de 1968.

⁶⁷ IBERLEX. Documento 1975/80185, Protocolo sobre la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 17 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y la ejecución de resoluciones

La **Convención de Viena sobre Relaciones Consulares**,⁶⁸ en el *art. 5* prescribe las funciones de los Cónsules, y en los *incs. f, i, j* especifica las funciones relacionadas con la administración de justicia:

«**Artículo 5**

Funciones consulares

Las funciones consulares consistirán en:

- f. actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;*
- i. representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;*
- j. comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor»*

Consideramos importante el inc. f, porque el Cónsul ejerce funciones de Notario y Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en consecuencia son documentos públicos con eficacia probatoria, salvo que se haya declarado la nulidad de estos documentos públicos protocolizados por el Cónsul.

Los tratados y convenciones internacionales son fuentes formales de primer orden del Derecho Procesal Civil Empresarial, en los cuales se encuentran los principios fundamentales del Derecho Procesal, que es la materialización de la *Teoría General del Proceso* y de la *Teoría Procesal Civil Empresarial*.

4.3. La Ley

La *Ley* es una prescripción dictada por el órgano competente del Estado según las formas establecidas por la Constitución Política del Estado, la que manda, prohíbe o faculta en consonancia con la justicia y para bien de la comunidad.

judiciales en materia civil y mercantil, suscrito por la Comunidad Europea, www.boe.es/g/es/iberlex (01 de octubre del 2005).

⁶⁸ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, suscrita en Viena, Austria, el 24 de abril de 1963, www.migacioninternacional.com

El término *Ley* etimológicamente deriva del latín «*lex*», expresión que a su vez deriva de «*legis*» y «*leges*» en plural, pero muchos autores afirman que la verdadera raíz latina se encuentra en el verbo «*legere*» que significa *escoger*, y para otros significa *leer*. Esta última aseveración parece ser la más acertada, porque el término «*ley*» selecciona ordenando, prohibiendo o facultando algo, que puede ser hacer o no hacer como dice Aníbal Torres Vásquez, para utilidad pública porque se leía al pueblo con la finalidad de - +++informarle de su contenido y contribuir a la más cabal vigencia.

La Ley es la fuente principal del derecho, entendiéndose como el conjunto de normas jurídicas, si bien es cierto que la Ley es el **continente** y la norma es el **contenido**, sin embargo en el manejo doctrinario se utiliza generalmente la expresión *norma jurídica* para referirse a Ley y a la norma.

La fuente principal del Derecho Procesal Civil es la Ley, que puede ser una Ley ordinaria, Decreto legislativo, Decreto Ley en épocas de dictaduras, Decreto Supremo, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Directivas jurisdiccionales y Plenos jurisdiccionales (aunque estos últimos no obligan al Juzgador).

Históricamente en el Perú como en los Países hispanoamericanos y otros países, la fuente principal del Derecho Procesal Civil han sido los códigos de enjuiciamiento civiles, incluso en el Brasil por la influencia del sistema francés. En el Perú el Código de Procedimiento Civil ha tenido vigencia desde 1912 elaborado con la doctrina y filosofía exegética del Código de Napoleón, lógicamente con una serie de modificaciones para adaptarse a las nuevas circunstancias concretas, hasta su derogación por el *Código Procesal Civil* en 1992.

Es necesario recordar que en el *Sistema Francés* la fuente más importante del Derecho es la ley, adoptado por la mayoría de Estados europeos, iberoamericanos, parte de Asia y África por condiciones históricas de las conquistas imperiales de los pueblos.

4.4. La costumbre

La costumbre sin duda es la fuente primaria del origen del Derecho. En las relaciones de los seres humanos en sociedad, tribus, comunidades campesinas y nativas, estamentos, clases sociales, la comunidad internacional en el Derecho internacional privado, etc. han requerido de ciertas normas que se idealizaron para determinar ciertas conductas de sus miembros en su convivencia, denominadas *normas consuetudinarias*.

Se define la *costumbre* como determinados comportamientos de los miembros de una comunidad reiteradamente repetidos y de observancia obligatoria por sus miembros reconociendo derechos y obligaciones recíprocas. Torres Vásquez⁶⁹ dice que en la costumbre hay un elemento material consistente en una práctica repetida, y un elemento ideal o intelectual, *opinio iuris*, como la aceptación obligatoria que el grupo social confiere.

⁶⁹ TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL. Op. cit., p. 123.

*Aida Noelia*⁷⁰ dice que las normas consuetudinarias se identifican como tales, si reúnen dos factores: el *elemento material*: la práctica, y otro denominado la *opinio iuris sive necessitatis* u *“opinio iuris”*, concepto polémico originado en el Siglo XIX y desarrollado por la escuela historicista alemana, que es *“la convicción que han de tener los sujetos que realizan una práctica, de observarla como si se tratara de una norma jurídica”* de carácter obligatorio, con la convicción que se origina en una norma de derecho y los sujetos creen como existente, o convencidos de la necesidad de observar cierto uso o práctica determinada, o de que la observan como un deber impuesto por la moral, la justicia o el Derecho natural, según las distintas opiniones.

La *práctica*, requiere la repetición de actos humanos o abstenciones de cierta generalidad, observados en forma ininterrumpida y constante en un determinado ámbito espacial. Los sujetos que deben realizar la práctica pueden ser personas naturales, instituciones nacionales e internacionales como organizaciones estatales y tribunales internacionales.

El Maestro de la Universidad Nacional de Trujillo (UNT), *Florencio Mixán Mass*,⁷¹ cuando se refiere a su evolución de las normas consuetudinarias, afirma que la costumbre en los primeros años indudablemente brotaron y se consolidaron como necesarios medios de vinculación para la convivencia y supervivencia, y se consideraron sin ninguna coerción externa, afirmando: *«Por eso, a las reglas de la costumbre siempre se las consideró de índole netamente social, natural, cuya obligatoriedad se fundaba en el consenso»* la coercibilidad de las normas de la costumbre es meramente social.

La costumbre considerada *puramente costumbre*, no constituye fuente del Derecho, requiere del presupuesto fundamental de ser *recogida por el Estado y convertirlas en ley*, con el atributo fundamental de la coerción como toda norma jurídica. Las costumbres *contra legem*, no son fuentes del Derecho, pero entendida en términos conservadores, posición que es muy discutida como veremos más adelante que no es tan cierta la afirmación negativa de fuente del Derecho.

Mixán Mass,⁷² hace una diferenciación entre fuente del Derecho y costumbre jurídica: *«Cuando eventualmente esas reglas consuetudinarias son acogidas por el Estado y luego convertidas en ley o sirven de inspiración, motivación, para proyectar y formular una norma jurídica, se dice que aquellas pautas de la costumbre han operado como «fuente de Derecho»* En cambio, cuando el Estado a través de sus órganos especializados en la aplicación del Derecho resuelve ciertos problemas jurídicos aplicando también una pauta de la costumbre, o cuando mediante ley autoriza a los sujetos de la regulación jurídica a adecuar también sus actos a las reglas de la costumbre predominante en su sector o área de actividades, se trata de la llamada *«costumbre jurídica»*, que a su vez, resulta a fin con el precedente jurídico»

⁷⁰ NOBLIA, AIDA. *Fuentes del derecho informático*, en Rev. de Derecho informático, edit. Alfa-Redi, N° 054, Uruguay, enero-2003. www.alfa-redi.org/rdi

⁷¹ MIXÁN MASS, FLORENCIO. *Lógica jurídica*, Edit. Marsol Perú Editores S.A., Trujillo, Perú 1988, p

⁷² MIXÁN MASS, FLORENCIO. Op. cit., p. 25.

*Jonatas Luiz Moreira de Paula*⁷³ dice que en la expectativa de que el derecho positivo viene persiguiendo aún más las relaciones jurídicas cómo reglamentar las emergencias, manifestándose la necesidad de la doctrina investigar el papel de la costumbre ante el derecho preliminar del nuevo siglo.

La costumbre cumple *tres funciones* en el Derecho: la de *inspirar al legislador* normalizar conductas, la de *suplir las lagunas de la ley*, y a *servir de parámetro para la interpretación de la ley*. En suma, la costumbre presenta tres fases: como *f fuente de la norma a ser legislada*, como *f fuente supletoria de la ley* y como *f fuente de interpretación*.

Por esta razón la doctrina realza el aspecto social dentro de la ciencia jurídica, las funciones de la costumbre no pueden ser consideradas pasivamente, sino que es necesario darles mayor impulso para que pueda tomar posición prominente mediante la dinámica legislativa. Este impulso puede ser ejercido por el examen de la costumbre *contra legem* a través de las normas legislativas.

La costumbre *contra legem* es la práctica reiterada por la sociedad con la consecuencia de estar creando un nuevo orden de conductas conscientemente contrariando el precepto legal. La costumbre *contra legem* clásicamente también puede ser denominada *costume ab rogatorio*, por estar implícitamente revocando disposiciones legales por resultar inaplicables en virtud del desuso de la ley por no responder a las expectativas necesarias que exige el dinamismo social.

La admisibilidad de la costumbre en el ordenamiento jurídico históricamente es muy polémica. Los partidarios de la *Escuela Histórica del Derecho*, a excepción de *Savigny*, admiten la costumbre *contra legem* al extremo de exclamar la revolución contra los códigos.

Además se debe tener en cuenta el enorme descompaz que existe entre los avances sociales con la ciencia y tecnología, la lenta dinámica legislativa. Encontramos normas legales insertadas en Códigos o leyes extravagantes e inaplicables mediante la interpretación realista del Derecho o fundamentados en nuevos principios jurídicos.

La inercia legislativa genera la fuerza de la inmovilización de las conquistas de nuevos derechos, entrando en profundas contradicciones el *Derecho oficial* denominado también *Derecho de Estado con el Derecho Emergente* denominado también *Derecho suboficial*, y las consecuencias se manifiestan en acciones de amplios sectores de la sociedad orientados por posiciones ideológicas y políticas que concluyen en tremendo desequilibrio estatal, actuando estos sectores sociales *per si* con la finalidad de plasmar el derecho emergente con la legitimación.

La costumbre *contra legem*, también es fuente del Derecho y del enriquecimiento de la *Teoría de las ciencias jurídicas* dando origen a nuevas disciplinas jurídica, ejerciendo fuerza sobre el Estado para el reconocimiento de su integración al Derecho oficial. Dentro de las experiencias

⁷³ MOREIRA DE PAULA, JONATAS LUIZ. *O papel do costume contra legem em FACE da legalidade do Direito*, www.uepg.br/rj/a1v1at11.htm (27-03-07).

en el Perú, tenemos el reconocimiento como órganos jurisdiccionales a las *Comunidades Campesinas y Nativas* y el reconocimiento de las Rondas Campesinas como medios auxiliares de coacción en el ejercicio de la función jurisdiccional, esta costumbre *contra legem* que ha venido practicándose ancestralmente, siendo legitimada por el art. 149° de la Constitución Política del Estado de 1993.

*Antonio Carlos Wolkmer*⁷⁴ refiriéndose a la costumbre *contra legem* dice:

«Las nuevas exigencias, necesidades y conflictos en espacios sociales y políticos fragmentados tensos y desiguales, envolviendo clases, grupos y colectividades importan en la utilización de nuevos procedimientos, nuevas formas del accionar comunicativo y del entendimiento. Es en esa interrupción que aparecen nuevas identidades colectivas capaces de introducir derechos que no pasan ni por la positivación estatal ni por identidades representativas convencionales. Se trata del pluralismo de formulaciones jurídicas provenientes directamente de la comunidad, emergiendo de varios y diversos centros de producción normativa, adquiriendo un carácter múltiple, informal y mutable. La validez y eficiencia de ese 'Derecho Comunitario, que no se sujeta al formalismo histórico de las fuentes tradicionales (ley escrita y jurisprudencia de los tribunales), está basado en los criterios de una nueva legitimidad generada a partir de los valores, objetivos e intereses de todo comunitario, e incorporado a través de toda movilización, participación y representación de los movimientos sociales»

La acción contraria a la ley por la sociedad tiene la posibilidad de crear el Derecho (*acción contra legem*), la voluntad popular no solamente dice que esas normas no le sirven, sino que también inspira al legislador la elaboración de otras adecuadas normas.

En conclusión, queda demostrada la gran importancia de la costumbre *contra legem* en el legalismo jurídico como función vital de la sociedad en la creación del Derecho. Entonces con la concepción moderna del Derecho y específicamente el Derecho procesal influenciado por las Escuelas modernas del Derecho, la *costumbre contra legem* tiene que ser consideradas aquellas costumbres que afectan a los intereses y a la moral de la mayoría de la sociedad, sin interesar el texto expreso de la ley.

Esta es la razón por la que es preciso advertir que el desorden y la inseguridad jurídica no están autorizados en la legislación oficial o estatal. La sociedad al oponerse a la norma escrita, solamente podrá hacer conforme a los elementos para la existencia y reconocimiento de la costumbre: *uso continuado* (elemento objetivo) y la *opinio juris necessitatis* (elementos subjetivo).

Con el sistema francés la costumbre ha dejado de ser fuente principal del Derecho Procesal, perdiendo toda relevancia jurídica dejando al margen los usos y costumbres *secundum legem*, dependiendo su aplicabilidad de la explícita determinación legal. Los usos y costumbres *contra legem* no son aplicables por ser contrarios a la ley, por ejemplo las costumbre de poligamia de las tribus aguarunas, shipibos, etc., no se puede reconocer como un derecho esta costumbre, o el

⁷⁴ WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *A função da crítica no redimensionamento da filosofia jurídica atual*, Faculdades do Brasil, 2003.

procedimiento de sanción contra las costumbres en las tribus de la selva peruana cuya responsabilidad comprobada, se sancione con el garrote o el látigo.

*Gian Antonio Micheli*⁷⁵ niega cualquier significación jurídica a los usos y costumbres, precisando que las normas procesales, al regular el ejercicio de determinadas funciones estatales, no tiene por objeto sino la materia precisamente disciplinada por la ley. Generalmente este es el criterio manejado en la doctrina ya superada.

En los sistemas codificados de la normatividad jurídica como en el nuestro, la costumbre no tiene mucha relevancia, solamente constituye una fuente supletoria del Derecho, pero sí en el sistema jurídico del *common law*, la *costumbre es fuente principal* de las relaciones sociales. Esto no significa que todas las costumbres tienen que estar amparadas por la legislación para tener la categoría de norma jurídica, sino que el juzgador aplicará la costumbre de cada pueblo, y tiene que atender a los usos de ciertos sectores de la sociedad que son bien recibidos por la sociedad, como conductas justas aún *contra legem*.

4.5. Los principios generales del derecho

Los *Principios generales del Derecho*, es objeto de estudio tanto de la filosofía como de la dogmática jurídica, existiendo abundante bibliografía, sin embargo estamos convencidos que entre ambas disciplinas existe estrecha conexión, sin que haya dejado de tener el carácter de subjetivo.

El término *Principio* es de origen latino *principium*, el que está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa «lo antiguo», «lo valioso» y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* –tomar–, y en el sustantivo *caput* –cabeza–, como sostiene Ángel Sánchez de la Torre.⁷⁶ Tiene un sentido histórico («lo antiguo»), un sentido axiológico («lo valioso») y un sentido ontológico («cabeza»). El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua ha determinado el significado del término «Principio» «punto que se considera como primero en una extensión o cosa», «base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia» «Causa, origen de algo», «cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes»

En la actualidad nos encontramos con cierta dificultad con dos expresiones sobre Principios del Derecho, *Principios Generales del Derecho* y *Principios Jurídicos*. Este problema se acentúa con las codificaciones, porque antes de estos acontecimientos históricos existían solamente los *Principios Jurídicos*, será tal vez por agregarse el término *generales* o realmente existen diferencias entre estas dos expresiones.

⁷⁵ MICHELI, GIAN ANTONIO. *Curso de derecho procesal Civil*, trad. por Santiago Sentis Melendo, tom. I, 1970.

⁷⁶ SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL. *Los principios generales del derecho como objeto de investigación jurídica*; en *Los Principios generales del derecho, Seminario de la sección de filosofía del derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*; Madrid, 1993, Edit. Actas, S.L., p. 17; cit. por MARINO JIMENEZ CANO, ROBERTO-MERINO en *Sobre principios generales del derecho. Especial Consideración en derecho español*, Madrid-St. Cugat del Vallés, octubre de 1999.

La codificación es el punto de partida para la evolución del pensamiento en torno a los *Principios Jurídicos*, como sostiene **Consuelo Martínez-Sicluna**⁷⁷ «con anterioridad a los Códigos, sólo podía hablarse de Principios Jurídicos, y esto con cierta uniformidad por parte de los autores. No tenía además ningún sentido polemizar sobre el contenido de tales Principios, resultado como decimos de distintos elementos, entre los que no serían menos importantes el Derecho Romano y el Derecho Natural»

Los elementos principales de los *Principios Generales del Derecho* están determinados por la concepción clásica de *principios*, dando significación de especial preeminencia los *tria iuris precepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) donde el Derecho Romano y el Derecho Natural confluyen. **Sánchez de la Torre**⁷⁸ dice que «La tradición iusfilosófica nos aporta una serie de Principios Jurídicos: *tria precepta iuris*, donde la propia palabra *precepta* se nos aparece como semánticamente idéntica al plural *principia*» Los tres preceptos del Derecho son enunciados por primera vez por **Ulpiano** en sus *Instituciones* y recogido posteriormente en el *Corpus iuris civilis* con las expresiones «*Iuris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» En la legislación española recogido por **Raimundo de Peñafort** en sus *Summa iuris* y por la Partida 3ª, Título I, Ley 3ª llegando hasta el Siglo XIX. **Escrache**⁷⁹ afirma «Los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes; pero se distinguen con este nombre tres Principios Generales desde que nace como de su fuente toda la doctrina del Derecho, y son: 1º *vivir honestamente, «honeste vivere»*; 2º *No hacer mal a otro, «neminem laedere»*; 3º *Dar a cada uno lo suyo, «suum cuique tribuere»*»

El objeto del primero es hacer un *hombre de bien*, el objeto del segundo es hacer un *buen ciudadano*, y el objeto del tercero es hacer un *buen magistrado*. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo, el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción.

El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: «*Non omne quod licet, honestum est*» El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo «*sive in bonis, sive in fama, sive in corpore*», de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones como honestidad, imparcialidad y equidad.

⁷⁷ MARTINES – SICLUNA Y SEPÚLVEDA, CONSUELO. *Concepto y contenido de los principios generales del derecho*, en Los principios generales del derecho, Seminario de la sección de filosofía del derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, op. Cit., p. 29.

⁷⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, ANGEL. Op.cit., p. 20.

⁷⁹ ESCRICH. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo III, Madrid, 1845, 2ª edic., pp. 338 y 339, cit. por REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, Edit. Dykinson, S.L., 1987, pp. 51 y 52.

Jiménez Cano,⁸⁰ entendiendo que la distinción entre Principios Jurídicos y Principios Generales del Derecho, parte de la contradicción de Derecho Natural y Derecho Positivo, actualmente se han multiplicado las referencias a los «*Principios Jurídicos*» sin el calificativo de «generales» y sin hacer referencia a los Principios del Derecho Natural.

Creemos que esto se debe unas veces por entender que los Principios Jurídicos son positivos y cosa distinta a los Principios Generales del Derecho que son iusnaturalistas, otras veces por evitar una posible insinuación iusnaturalista que puede tener la expresión aun cuando se acepte el término «*generales*» pero desde una visión positivista, en fin, para referirse a principios de contenido deontológico, pero intentando desligarse del «*fantasma*» del Derecho Natural. *Jiménez Cano dice* que si con anterioridad a la Codificación la cuestión sobre los Principios Jurídicos era pacífica —*pues se entendía por tales a los de Derecho Romano y a los de Derecho Natural*— y después no, ¿*qué ocurrió en esta época histórica-jurídica?* Se pregunta el autor.

Para *Arce y Flores Valdés*⁸¹ «*La idea de Principio ya implica, por sí misma, una notable dosis de abstracción, pero al adjetivarlo con el calificativo de general no estamos reiterando una misma idea, sino que vigorizamos su ya inicial significado de universalidad. La yuxtaposición, en la expresión "Principio General", no será, por tanto, una redundancia, ni menos una tautología [repetición inútil y viciosa, expresando lo mismo de distintas maneras]; más bien se trata de un pleonasma [en el sentido gramatical de vocablo innecesario que da vigor a la expresión]. Y cuando esta expresión la conectamos al término Derecho, estamos delimitando el ámbito objetivo de referencia: se trata de expresar aquellas proposiciones más abstractas que dan razón de ser, o prestan base y fundamento al Derecho*» Pero el problema está cómo dan base o fundamento al Derecho o mejor dicho, de dónde surge esa base o fundamento.

Ante el origen de los *Principios Generales del Derecho* (prescindiendo de las concepciones que niegan su existencia) pronto se tomaron dos posturas enfrentadas, acontecimientos que se repiten en tantos aspectos de la *filosofía jurídica*, la historicista —o positivista— y la filosófica —o iusnaturalista— *Legaz y Lacambra*⁸² hace referencia a la «*dualidad doctrinal*» que escinde a los científicos del Derecho en dos campos: a) el de los que consideran que los principios generales del Derecho son sencillamente aquellos que informan un ordenamiento jurídico dado, y b) el de los que, por el contrario, piensan que se trata de principios filosóficos *a priori*, o sea, de una normatividad iusnaturalista.

Según la *concepción historicista*, si los *Principios Generales del Derecho* fueran de Derecho Natural, la vaguedad de estos Principios propiciaría el arbitrio judicial, y por lo tanto se produciría una falta de seguridad y certeza jurídica que son uno de los fines de la codificación.

Es por ello que para la *concepción positivista* los *Principios Generales del Derecho* son Principios deducidos del ordenamiento jurídico por analogía (*analogía iuris*).

⁸⁰ JIMENEZ CANO, ROBERTO-MARINO. *Sobre principios generales del derecho. Especial Consideración en derecho español*; op. cit., p. Madrid-St. Cugat del Vallés, octubre de 1999, pp. 2 y 3.

⁸¹ ARCE Y FLORES – VALDES, JOAQUÍN. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, 1990, edit. Civitas, S.A., p. 63.

⁸² LEGAZ Y LACAMBRA, LUÍS. *Los principios generales del derecho*, en Rev. Del Instituto de derecho comprado, N° 19, Julio-diciembre 1962, p. 51.

Las lagunas se evitan y se cierra completamente el sistema, si en defecto de la ley y la costumbre aplicables al caso se acude a la analogía.

Sin embargo, la concepción iusnaturalista remarca la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo y la necesidad de acudir a los Principios del Derecho Natural, pero para reducir la arbitrariedad judicial al mínimo, los Principios Generales del Derecho sólo han de ser aplicados en defecto de Ley y de la analogía con respeto a los expresados en el ordenamiento jurídico.

La posición filosófica seguida por los civilistas *Mucius Scaevola*,⁸³ el iusfilósofo **Recaséns Siches** desde el punto de vista deontológico tiene tres variantes, la que desde planteamientos kantianos entienden que los Principios son «razón pura», los iusnaturalistas estrictos que piensan que son *principios de un Derecho natural inmutable* (iusnaturalismo clásico) o cambiante, de «contenido variable» (Stammler) o «contenido progresivo» (Renard) y por último, los que apoyan los Principios Generales del Derecho en la equidad o en ciertos valores como la justicia, la libertad, la igualdad y la dignidad humana,⁸⁴ principios enunciados en las Constituciones del Estado.

*Jiménez Cano*⁸⁵ sostiene que la posición *historicista* tiene asimismo tres vertientes: a) la que entiende que son principios del Derecho Romano (*Sánchez Román y Reinoso Barbero*), b) la que aboga por su creación por parte de la doctrina científica (*en parte De Buen*), y c) los que piensan que son obtenidos por inducción (abstracción o sucesivas generalizaciones) legislativa (*Clemente De Diego*).

⁸³ MUCIUS SCAEVOLA, PUBLIUS. (ROMANO) En primer lugar, cónsul en el 133 a. C., época de activa represión de la revolución de los Gracos, en la que, sin embargo, no quiso participar, pues rechazó en tanto puro jurista interesado en el ius civile, los poderes excepcionales que el Senado le ofrecía. Se le conoce, en unión de *Manio Manilio* y *Marco Junio Bruto*, como uno de los fundadores del ius civile, cuya tradición continuó su primo Quintus Mucius Scaevolo (llamado el Augur) y, sobre todo, su hijo Quintus *Mucius Scaevolo* (el Pontífice), que también fue cónsul en el 95 a. C.

Este último enriquece la tradición aprendida de sus antepasados con las posibilidades del método dialéctico griego, que plasma en una obra monumental en 18 libros, en la que por primera vez se expone sistemáticamente el ius civile. Aun cuando se escribieron comentarios de esta obra hasta el s. II d. C. (Gayo y Pomponio), sin embargo, no fue conocida por los compiladores del Corpus Iuris Civilis (v.), de manera que sólo nos han llegado de ella muy escasos y aislados pasajes, que se encuentran citados por juristas muy posteriores y en algunas fuentes literarias. A pesar de todo, podemos conjeturar con bastante aproximación el sistema de la obra de Quintus M. S., que, según parece, estaba dividida en cuatro partes: herencia (sucesión testamentaria y ab intestato), personas (matrimonio, tutela, patria potestad, esclavitud), cosas (posesión civil y usucapión, desuso y usucapio libertatis) y obligaciones (préstamos, contratos, derecho real de servidumbre y obligaciones delictuales). El valor de la obra de Quintus M. S. radica en que fue el único jurista de la época republicana que nos dejó una ordenación del ius civile por materias, en contra de la natural tendencia de los demás, poco preocupados, por lo general, de cuestiones sistemáticas. Sin embargo, su esfuerzo sistematizador halló un continuador en Sabino, que vivió en el s. I d. C., que lo modificó, adelantando al libro tercero la parte de obligaciones y relegando al último la de cosas.

⁸⁴ ARCE Y FLORES – VALDES, JOAQUÍN. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, op. cit., p. 93 y ss.

⁸⁵ MARINO JIMENEZ CANO, ROBERTO-MARINO. *Sobre principios generales del derecho. Especial Consideración en derecho español*; op. cit., p. 6

Teniendo en cuenta lo expuesto citamos algunas definiciones. Así tenemos a *De Castro*⁸⁶ el que define que son «*las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación*» *Joaquín Arce y Flores Valdés*⁸⁷ define como «*las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadoras, interpretativas y supletorias respecto de su total ordenamiento jurídico*»

El Jurista y filósofo *Karl Larenz*⁸⁸ trata de diferenciar los principios jurídicos y los *principios ético-jurídicos*, considerando al primero como directrices de la regulación jurídica existente o para la producción normativa, y el segundo como pautas de orientación al juzgador los que justifican sus decisiones jurisdiccionales. El autor define diciendo que *los Principios Jurídicos* «*son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible, y los Principios ético-jurídicos son «pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden "justificar" decisiones jurídicas*»

a) Diferencias de los principios generales con las normas

En el estudio de los *Principios Generales del Derecho*, encontramos posiciones controvertidas si estos principios deben estar legislados o son irreductibles a las normas jurídicas. Sobre esta materia *Martínez Muñoz*,⁸⁹ desde una óptica ius naturalista y apoyándose mucho en *Dworkin*, propugna la tesis que los *Principios* son irreductibles a normas y establece numerosas desigualdades entre ellos (válidas quizá desde la óptica que los Principios Generales del Derecho son normas pero diferentes de otros tipos de normas), de las cuales pasamos a señalar sucintamente, las más importantes:

1ª *Una diferencia estructural*: los Principios tienen una estructura más compleja, pues como elementos ontológicos del Derecho son fundamentos originarios del mismo y no presuponen *nada jurídico previo*, siendo lo contrario con las normas, y como elementos cognoscitivos son independientes y no se derivan unos de otros, al contrario que ocurre con las normas y por último, «*en la realización del Derecho los Principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas*», ofreciendo «*soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares suponen la causación de injusticia*»

2ª *Una diferencia funcional*: las *normas* funcionan como medida (*nomos*) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales, son instrumentales. Los *Principios* determinan la existencia de lo justo y el deber de hacer algo.

⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho civil de España*. Parte general, t. I, Madrid, 1949, 2ª edic., p. 420.

⁸⁷ ARCE Y FLORES – VALDES, JOAQUÍN. Op. cit., p. 79.

⁸⁸ LARENZ, KARL. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, 1985, 1ª edic., p. 32, reimposición 1993; 3ª ed., y 1ª edic. por edit. Ariel, 1994, p. 418).

⁸⁹ MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO. *Principios del derecho y normas jurídicas, en Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; op. cit. pp. 92 yss.

3ª *Unas diferencias genéticas*: las *normas* proceden de la organización estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido, los *Principios* tienen su origen en la propia naturaleza del Derecho y obtienen su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el Derecho aparece.

4ª *Unas diferencias aplicativas*: mientras que las *normas* se aplican o no se aplican, como dice *Dworkin*⁹⁰ «las normas son aplicables a la manera de disyuntivas» y si se aplican se puede hacer en forma inmediata, los Principios pueden aplicarse o no y precisan concretarse a un caso concreto.

5ª *Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculación*: mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los Principios obligan en cuanto son imperativos de justicia para garantizarla. «Llamo "*Principio*" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»⁹¹

6ª *Una diferencia de validez*: un Principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, pero sí ocurre en caso de antinomias donde una norma desplaza a otra, como sostiene *Dworkin*.

7ª *Una diferencia justificativa*: pues las normas siempre necesitan de una justificación, los Principios no.

8ª *Una diferencia exegética*: los Principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas, pero las normas no.

No podemos dejar de precisar las funciones de *los Principios Generales del Derecho*. En España uno de los más destacados es *De Castro*, quien sostiene la triple función de los Principios Generales del Derecho: a) como *fundamento del orden jurídico*, b) como *orientadores de la labor interpretativa*, y c) como *fuentes en caso de insuficiencia de la ley y la costumbre*.

Los Principios como fundamento cumplen una función informadora, al respecto *Arce y Flores*⁹² sostiene que «Cuando los Principios Generales del Derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como *superfuente* o *fuentes de las fuentes*» e indirectamente están presentes en la ley o costumbre aplicables. Como orientadores de la labor interpretativa cumplen la función de criterio interpretador de la ley y la costumbre, como fuente cumple una función integradora.

⁹⁰ DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Barcelona, 1993, edit. Planeta-De Agostini, S,A, trad. MARÍA GUSTAVINO, y *Ensayo sobre Dworkin*, por ALBERT CALSAMIGLIA. Op. cit., p. 75.

⁹¹ IBIDEM, op.cit., p.72.

⁹² ARCE Y FLORES – VALDES, JOAQUÍN. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, op. cit., p. 59.

En este sentido en la actualidad se encuentran declarados en todos los Códigos Civiles, habiendo evolucionado en su redacción. Por ejemplo, el Código Civil Español de 1889, con la reforma de 1974 en el art. 1, inc. 1º expresa que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los Principios Generales del Derecho» y en el inc. 4º declara que «los Principios Generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley y costumbre, sin perjuicio de su *carácter informador* del ordenamiento jurídico»

b) Aplicación de los principios generales

Los Principios Generales del Derecho son aplicables teniendo en cuenta los siguientes presupuestos como sostiene *Reynoso Barbero*:⁹³

- a) El Principio no debe ser contradictorio a la ley ni a la costumbre, puede decir lo mismo pero no puede contravenirlas.
- b) El Principio debe ser susceptible de aplicación al caso concreto, aplicándose directamente en defecto de la ley y la costumbre o indirectamente cuando procede aplicar la ley o la costumbre.
- c) El Principio debe ser considerado como tal en el Derecho Romano, o en el Derecho Nacional. En este sentido el art. VII del T.P. del Código Civil Peruano de 1984 expresa: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los *Principios Generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano*»

Los Principios Generales tienen que ser aplicados por todos los jueces y tribunales en todas las instancias y no es necesario que los justiciables tengan que invocarlos o probar su existencia.

En conclusión, podemos decir que los *Principios Generales del Derecho* son *axiomas* fundamentales que orientan el ordenamiento del derecho ya existente o para su producción normativa, y como instrumento interpretativo de las normas jurídicas para el juzgador en la impartición de justicia, por ejemplo los Principios de buena fe, la equidad, la confianza, la honestidad, el mutuo respeto, la libertad de contratación, etc.

Los *Principios Generales del Derecho* son principios básicos orientadores del ordenamiento jurídico positivo, constituyen *fuentes del derecho procesal* al ser aplicables a las hipótesis no previstas en la ley y aún si la ley es contraria a la equidad.

Algunos autores se refieren a la analogía *juris*, consistente en la inferencia de Principios comunes a un conjunto de normas aplicables a hipótesis semejantes no previstas. *Wilson de Sousa Campos Mathala* dice que la *analogía juris* invade las esferas de los principios generales del derecho.

⁹³ REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op- cit., pp. 114 y 115.

c) Funciones de los principios generales del derecho

Los Principios Generales del Derecho cumplen dos funciones:

Como *informadores o inspiradores de las normas jurídicas del derecho positivo*, recogidos y materializados en las normas jurídicas, por ejemplo: las prescripciones del Art. 1354° del C.C. peruano garantiza la libertad de contratación: «*Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo*» En este caso los principios generales forman parte del derecho positivo.

La *Corte Constitucional colombiana*⁹⁴ referente al *principio nemo auditur propriam turpitudinem allegans fe (nadie puede alegar su propia culpa)* y el *principio de buena fe* que no se encuentra expresado en ninguna norma jurídica colombiana, el juez al invocar este principio está administrando justicia conforme al sistema jurídico, y el principio de buena fe declarado por el art. 83 de la Constitución Colombiana de 1991.

«¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans fe*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlos, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe»

Como *normas aplicables subsidiariamente en caso de encontrar vacío en la ley*, el juez aplicará los Principios Generales del Derecho, en términos amplios sin especificar cuál de los principios, lógicamente tiene que ser el que corresponda al caso concreto. Por ejemplo el Art. VIII del T.P. del Código Civil prescribe como norma imperativa: «*Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano*» Así mismo el Art. III, 2ª parte del T. P. del C.P.C. vigente expresa que «*En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los Principios Generales del Derecho procesal...*»

⁹⁴ RIASCOS GÓMES, LIBARDO ORLANDO. *Corte Constitucional de Colombia*, Lorgesp@yahoo.com
Lorgomez@col2.telecom.com.co

4.6. La analogía

Los juristas han coincidido en la definición de la *analogía* al afirmar que es la aplicación de una norma especial a un caso diferente de aquél para el que fue promulgada, fundamentándose en el *Principio habiendo identidad de razones, debe haber la misma disposición*. En otros términos, la analogía jurídica consiste en aplicar a un caso no previsto por el legislador, la norma que rige el caso análogo, semejante. Esta es una de las razones que fundamenta la posición de muchos juristas que la analogía no es una interpretación jurídica propiamente dicha, sino que es la integración de la ley, su finalidad es justamente suplir las lagunas de la ley. La analogía está estrechamente vinculada con la interpretación de la norma para su aplicación y los vacíos o lagunas normativas.

La analogía es un término que revela la idea de proporción, de correspondencia, de semejanza. En filosofía la analogía se refiere al significado de términos que denominan cosas que no son unívocas ni equívocas, pero que sugieren semejanza.

Cinthia Rodrigues Menescal Palhares,⁹⁵ afirma que al derecho público subjetivo de petición consagrado en la Constitución de la República, hade corresponder necesariamente la garantía asegurada por la misma Constitución, por la cual, en cualquier hipótesis el juez está obligado a juzgar, de ser lo contrario estaría negando el derecho a la justicia.

Esta es la facultad de cualquier ciudadano de invocar la tutela jurisdiccional cuando es lesionado o simplemente amenazado un derecho individual o colectivo. En otros términos el autor sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional está garantizado, aunque la norma jurídica no sea clara o exista vacío normativo, el juez tiene que administrar justicia en mérito al *principio de non liquen*.

Como ya hemos expuesto, la complejidad de los fenómenos producidas en las relaciones sociales dentro de las cuales es imposible prever todos los aspectos en las normas jurídicas, pero muchas veces el legislador deja de regular situaciones jurídicas, que ser por deficiencia técnica legislativa, intención de no regular por interés de poder político, imprevisibilidad de todas las situaciones posibles de la elaboración e interpretación *ab-rogante*.

Esta semejanza no puede ser puramente exterior, de ahí la advertencia formulado por *Alain*,⁹⁶ «Un reloj se asemeja a un voltímetro, pero no es, de forma análoga a éste. Un voltímetro es análogo a un electroimán, pero no son semejantes. Un barómetro de esfera es semejante a un reloj de pared, sin ninguna analogía; al contrario, un barómetro de esfera es análogo a un barómetro de mercurio, en semejanza». *La conclusión a que se llega, partiendo de tales ejemplos, es que la analogía se encuentra en orden del conocimiento, muy encima de la semejanza aparente. Es equivocado considerar la analogía como una semejanza imperfecta.*

⁹⁵ RODRIGUES MENESCAL PALHARES, CINTHIA. *A integração no Direito Tributario: considerações acerca do emprego da analogía*, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3103> (29-03-2007).

⁹⁶ ALAIN. *Eléments de Philosophie*, p. 112, cit. en www.cristianemarinhocivil.vilebol.com (16 de enero, 2006).

En el campo jurídico, la *analogía* puede ser definida como *proceso lógico* por el cual el aplicador de la ley adapta la norma jurídica que tiene el mismo fundamento a un caso concreto no previsto por el legislador, También puede ser definida como la *operación* que consiste en aplicar a un caso no previsto la norma jurídica concerniente a una situación prevista, desde que entre ambos exista semejanza y la misma razón jurídica para resolver de igual manera.

Los romanos decían: *Ubi eadem ratio ibi idem jus*, significando que *donde hubo el mismo fundamento habrá el mismo derecho*, o también, *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*, es decir, *donde impera la misma razón debe prevalecer la misma decisión*.

La invocación del proceso analógico requiere de *dos presupuestos fundamentales*: a) el *primer presupuesto*, la disposición legal invocada debe ser susceptible de extensión y, b) el *segundo presupuesto*, en el caso omiso, debe ser verificada la paridad de las razones que gobiernan las disposiciones en el caso expreso de la ley.

Por otra parte, la *analogía* no se confunde con la *interpretación extensiva*, consistente en la técnica de interpretación de la ley que extiende el alcance a los casos que el legislador ha previsto, pero no consiguió expresar su inclusión en el texto legal, que en la expresión romana es *minus dist quam voluit*. La analogía presupone una omisión involuntaria del legislador.

La *analogía* como *técnica de integración del derecho*, es la sustitución de la laguna de la ley, es necesaria cuando al decidir un conflicto de intereses sometidos al órgano jurisdiccional, el juez no encuentra la norma adecuada. El proceso analógico deja de ser necesario cuando no existe laguna u omisión de la ley, porque como sostiene *Oscar Tenorio*,⁹⁷ aplicar la analogía cuando para el caso existe norma, es dejar de aplicar la ley, trasgresión que legitima la *acción rescisoria de la sentencia* o la interposición del recurso adecuado.

*Karl Larenz*⁹⁸ resalta la aplicación de analogía como *método de integración* con la finalidad de llenar las lagunas de la ley, afirmando:

«Se trata de una laguna de la ley existente, la integración acontece, la mayor parte de veces, por medio de la analogía o del recurso a un principio inherente en la ley. También es posible una orientación a la naturaleza de las cosas. Entendemos por analogía la transposición de una regla, dada una ley en la ley para la hipótesis legal (A), o para varias hipótesis semejantes, en otra hipótesis B, no regulada en la ley, 'semejante' a aquella. La transposición se funda, debido a la semejanza, ambas hipótesis legales han de ser idénticamente valoradas en los aspectos decisivos para la valoración legal; quiere decir, que se funda en la exigencia de la justicia de tratar igualmente aquello que es un recurso a un principio inherente en la ley, se funda en que la situación de facto no regulada expresamente en la ley es aquella a la que el principio (igualmente) se refiere, sin que aquí intervenga un principio contrario»

⁹⁷ TENORIO, OSCAR. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*, p. 110, cit. en www.cristianemarinhocivil.vilebol.com (16 de enero, 2006).

⁹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, p. 461

Las lagunas o vacíos en el Derecho es rechazada por el *normativismo* de **Hans Kelsen**,⁹⁹ quien afirma que la norma jurídica es el único objeto de estudio de la ciencia del Derecho, constituyendo las normas jurídicas «una ficción utilizada por el legislador con la finalidad de limitar el poder de interpretación de los tribunales cuando este constata *'falta'* de norma jurídica dentro del sistema»

En la doctrina el problema de la *existencia de lagunas* o vacíos del Derecho todavía no se encuentra resuelto, como afirma el jurista y filósofo **Cháin Perelman**,¹⁰⁰ «La laguna en derecho corresponde, dentro de un sistema formal, la noción de incompletud. Es decir que un sistema formal es incompleto desde que, a partir de los axiomas y reglas de inferencias del sistema, es imposible de demostrar una proposición que se pueda formular dentro de este sistema y que es igualmente imposible de demostrar su negación, en otros términos, si hay una proposición de sistema en el cual no puede prever ni la verdad ni la falsedad»

En la época del liberalismo, no interesó la interpretación de las normas jurídicas, lógicamente menos se consideró a la analogía, porque el juzgador estaba obligado a preponderar la valoración de la ley como máxima expresión del de Derecho, considerada clara y precisa preveedora de todos los conflictos humanos, y prohibido el juez de cualquier valoración al margen del texto legal. **Montesquieu** ya afirmaba que *serán los jueces la boca que pronuncia la palabra de la ley, no cabiendo limitar su vigencia o rigor.*

Finalizando con este conflicto sobre los vacíos o lagunas de las normas jurídicas, es importante la distinción entre *interpretación e integración*, **Savigny** fue quien hizo esta diferenciación, afirmando que la interpretación sería el método de aprehensión del verdadero pensamiento de la ley, y **François Geny** trató de profundizar la distinción, estableciendo la ley y la voluntad del legislador como límites de la interpretación.

Se debe tener presente, que en la analogía existe una *regla general* implícita para casos semejantes pero no idénticos, porque si fueran idénticos, estarían dentro de los previstos por el legislador.

El *objetivo general de la analogía* es guardar vitalidad del derecho escrito, impidiendo que las relaciones sociales queden desamparadas por la ley. Por otro lado, la *remisión expresa* de una norma a otra norma jurídica que trata de dispositivos semejantes al primero, no opera la analogía.

La analogía no se aplica en el Derecho Penal, salvo en el caso de la analogías *in bonam partem*, es decir para favorecer al reo, pero jamás para agravar la pena. En el Derecho penal no existen lagunas, porque las conductas delictivas solamente son calificadas como tales, cuando están exactamente descritas por las hipótesis de la norma penal.

Los autores distinguen entre *analogía legis* y *analogía juris*. En la *analogía legis*, existe un precepto legal que se aplica a casos semejantes (*ubi eadem ratio ibi idem jus*), en el caso de la

⁹⁹ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 3ª edição, Coimbra, 1974, p. 341

¹⁰⁰ PERELMAN, CHAÏN. *Essai de synthèse, Le Problème des Lacunes en Droit*, Bruxelles: E. Bruylant, 1968, p. 537, trad. Chávez Vallejos, Héctor.

analogía juris surge un instituto enteramente nuevo, siendo necesario recurrir a disposiciones sistemáticas o generales.

La *analogía legis* es aquella extraída de la propia ley, cuando la norma es cogida de otra disposición legislativa, o de un complejo de disposiciones legislativas. La norma aplicable a un determinado caso concreto, requiere extracción de los elementos que autorizan su aplicación a otro caso concreto no previsto, sin embargo son semejantes.

Cuando la *analogía juris*, es extraída filosóficamente de los principios generales que diseña determinado instituto jurídico, la norma es extraída de todo el sistema legislativo. La *analogía* no se confunde con la interpretación extensiva, porque la invocación constata la imprevisión del legislador, es la laguna de la norma, mientras que la *interpretación extensiva* presupone que el legislador ha previsto pero no reglamentó expresamente, estando autorizado el juzgador a interpretar en los límites de la norma aparentemente con vicios de lagunas.

La Corte Constitucional de Colombia¹⁰¹ define a la analogía como fuente del Derecho:

«La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

«Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogía legis*, y se la contrasta con la *analogía juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada»

Por otra parte recomienda **Paulo Dourado de Gusmão**,¹⁰² que la *analogía* no debe ser confundida con los *Principios Generales del Derecho*, en el caso de *analogía* existe norma expresa para un caso semejante aplicable al caso no previsto, mientras que para aplicar los *principios* es necesaria la inexistencia de norma expresa análoga para recurrir a tales principios. Agotado el

¹⁰¹ RIASCOS GÓMEZ, LIBARDO ORLANDO. *Jurisprudencia constitucional. Régimen de las fuentes de derecho público*, Sentencia No. C-083-95, Marzo 1, emitida por el Tribunal Constitucional de Colombia, Lorgesp@yahoo.com
Lorgomez@col2.telecom.com.co (25 01 - 2007)

¹⁰² DOURADO, PAULO DE GUSMÃO. *Elementos de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1969, p. 43

proceso analógico, sin existir norma escrita o consuetudinaria a ser aplicada, al juez le queda únicamente recurrir a los *Principios Generales del Derecho*.

En conclusión, algunos juristas consideran la *analogía* como fuente del derecho, pero más que todo constituye un *método de aplicación* del derecho que consiste en aplicar determinado precepto a la hipótesis no prevista en la normatividad jurídica, pero que presentan aspectos coincidentes considerados axiológicamente relevantes denominada específicamente *axiología juris*.

La analogía no procura demostrar desde el punto de vista lógico la igualdad de situaciones no semejantes en ciertos puntos, trata de evidenciar la justicia de tratamiento igual para situaciones diferentes teniendo en cuenta la identidad de uno o varios aspectos de situaciones.

Al *argumentum a pari*, base de la aplicación analógica de la ley, se opone el argumento a *contrario sensu* sustentado. Las decisiones por uno u otro argumento, dependen no de argumentos lógicos, sino de una toma de posición *axiológica (estimativa)*.

4.7. La equidad

Partiendo de la *teoría tridimensional* desarrollada por *Miguel Reale*,¹⁰³ el derecho tiene su fundamento en el orden axiológico, fundamentándose en esta teoría *Pedro Donaires Sánchez*¹⁰⁴ quien sostiene que el derecho no es un valor pero es una realidad valiosa –*afirmación que tiene razones fundadas, aunque aparentemente pareciera que no*. El derecho tiene sentido por su vocación a realizar un auténtico orden de valores en las relaciones de la vida social, que alcanza su objetivo en el perfeccionamiento de la persona humana (*realización material, racional y espiritual*). Los objetivos de la vida social y de las normas que la regulan no pueden ser sino objetivos valiosos. Lo *fáctico*, lo *normativo* y lo *valioso* se armonizan en el crisol del derecho, aún cuando el positivismo de *Kelsen* excluía al primero y al último.

La *equidad* para *Aristóteles* citado por *Máximo Pacheco*,¹⁰⁵ es considerada como la legítima corrección del derecho – *legitimi enmendatio*, como suplemento de la ley –*legis supplementum*, a la cual debe recurrir el juzgador para interpretar la ley y que debe hacer prevalecer en caso de duda según diversos aforismos romanos. *Cabanellas*¹⁰⁶ dice que la equidad ha sido objeto de muchas consideraciones sui géneris, dentro de las cuales tenemos: *el sueño de los que sufren, el tacto moral del juez, cual la razón intrínseca del derecho, la previsión que contenga la fuerza de la ley, la influencia benéfica que le da una ductilidad convincente, la compañera de la justicia, la conciencia de la verdad moral, el difícil discernimiento de lo justo y de lo injusto, el derecho adaptado a las relaciones de hecho, la atmósfera de equilibrio que preside la formación del derecho, su aplicación y observancia*.

¹⁰³ REALE, MIGUEL. *Teoría tridimensional del derecho*, editorial Tecnos S.A., trad. de ÁNGELES MATEOS, Madrid, 1997, p. 119 y ss.

¹⁰⁴ DONAIRES SÁNCHEZ, PEDRO. *La vigencia de la justicia y la equidad*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 7, 2003/2004, ISSN 1575-7382, www.filosofiyderecho.com (26 – 01 2007).

¹⁰⁵ PACHECO GÓMEZ, MAXIMO. *Teoría del Derecho*, 4ª edic., edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 220.

¹⁰⁶ CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, 1982, edit. Heliasta S.R.L., tomo III, p. 491.

Con *Pacheco*¹⁰⁷ encontramos que la equidad ha sido considerada como *juris legitimi emmendatio* (legítima corrección del derecho) según *Aristóteles*, como *legis supplementum* (suplemento de la ley) que debía suplir a la ley, a la cual debía acudir para interpretar ésta y que había de prevalecer en caso de duda según diversos aforismos romanos y justinianos. Ha sido caracterizada como el sueño del que sufre, como el tacto moral del juez, cual la razón intrínseca del Derecho (*Mayans*), "la previsión que templada la fuerza de la ley, la influencia benéfica que le da una ductilidad conveniente, la compañera de la justicia" (*Gutiérrez*), la conciencia de la verdad moral, el difícil discernimiento de lo justo y de lo injusto, "el Derecho adaptado a las relaciones de hecho" (*Windscheid*), "la atmósfera de equilibrio que preside la formación del Derecho, su aplicación y su observancia" (*Bortolotto*), "la consideración de la individualidad en las personas y relaciones" (*Puchta*), "un principio de interpretación, no una fuente de Derecho" (*Giner de los Ríos*). *Pacheco* dice que incluso se llega a sostener que es la rectitud y hasta la justicia, aunque esto último no es de acepción mayoritaria, se encuentran muchas diferencias entre *justicia* y *equidad*.

*Legaz y Lacambra*¹⁰⁸ dice que en la actualidad en casi todos los ordenamientos jurídicos se percibe un retorno a la equidad: «Un siglo de legalismo y de justicia puramente formalista ha mostrado los serios inconvenientes que le son consustanciales; por eso han surgido en esta época diversos movimientos enderezados contra la rigidez del imperio de la norma genérica y abstracta y en favor de la consideración de los elementos individualísimos que definen cada caso como una entidad irreductible a las demás»

*José Gastán Tobeñas*¹⁰⁹ tratando de la equidad sostiene: «Todo el movimiento de ideas que se agrupa hoy bajo las banderas de la Escuela del Derecho libre, de la teoría sociológica del Derecho y de la jurisprudencia de intereses, ha logrado abrir a la equidad los ventanales de la interpretación y la aplicación del Derecho al proclamar, como canon fundamental, que el juez debe investigar minuciosamente las circunstancias y situaciones sociales, que son como el subsuelo del caso jurídico sometido a su consideración, y para poder juzgar adecuadamente todas estas particularidades debe gozar, frente a las reglas del Derecho, de la mayor libertad posible»

La *equidad* es la aplicación de la justicia al caso particular, la *justicia* exige soluciones genéricas, mientras que la *equidad* busca amoldarse a las circunstancias específicas del caso concreto. La *aplicación* de la equidad es la excepción a las reglas generales del derecho, que sólo es justificado en casos particulares y la autorización expresa de la ley, la generalización de la equidad causa el arbitrio, la negación del Derecho.

¹⁰⁷ PACHECO GOMEZ, Máximo. *Teoría del derecho*, Editorial Jurídica de Chile. 4ta. Edic. Santiago, 1990, p. 418, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 7, 2003/2004, www.filosofiyderecho.com (26 -01-2007).

¹⁰⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch, Barcelona, 1953, p. 464.

¹⁰⁹ GASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ GASTÁN. Citado por PACHECO GOMEZ, MÁXIMO. *Teoría del derecho*, editorial Jurídica de Chile. 4ta. edic., Santiago, 1990, p. 419.

Los sistemas jurídicos obligan a los jueces aplicar la ley, la costumbre, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo en ciertos casos el juez puede resolver un conflicto de acuerdo con criterios de justicia que a su entender es la mejor solución, entonces el juzgador está fallando en *equidad*.

En parte la doctrina limita la aplicación de la equidad como hemos expuesto, posición recogida por el Código Civil español en el art. 3.2 prescribiendo:

«Art. 3

2. *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»*¹¹⁰

La afirmación anterior de la doctrina, más que todo es la expresión del temor del exceso del juzgador, porque el derecho privado principalmente estaba fundamentado en las teorías individualistas al margen del interés social actualmente superadas grandemente, por lo que la *equidad* es el instrumento *cualificador* de la impartición de justicia, constituyendo la columna vertebral de los Códigos procesal civiles, es decir, se ha superado la excepcionalidad de la aplicación de la equidad para convertirse en la obligación del juzgador. En este sentido los jueces emplean la *equidad* como instrumento en la aplicación del ordenamiento jurídico, adaptando la generalidad y rigor de las normas jurídicas a las circunstancias de casos concretos. El art. 3, inc. 2 del C.C. citado ha previsto estas hipótesis aparentemente contradictorias al prescribir: «*La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas*»

La *equidad* tiene que ser aplicada por el juez siguiendo la orientación general del ordenamiento jurídico, conforme a las concepciones doctrinarias y filosóficas del Derecho de conformidad con la realidad objetiva y la dinámica social que requiere el desarrollo histórico de la sociedad, de lo contrario la función jurisdiccional constituirá una aberración jurídica.

Precisamos que la *justicia* a través de la historia está en constante evolución en su aplicación, tomando diversas dimensiones con el perfeccionamiento de la concepción del hombre y la sociedad regidos por las leyes que gobierna la dinámica social, produciendo en muchos casos cambios profundos en la estructura de los Estados.

También es verdad que los ordenamientos jurídicos continúan vigentes, y en otros casos en sus bases fundamentales han sufrido esenciales reformas, pero la *equidad* continúa siendo aplicada por los juzgadores como una exigencia de la sociedad contemporánea especialmente de las últimas décadas del siglo XX y en presente siglo. En este sentido la concepción moderna de la *Teoría procesal civil empresarial*, la *equidad* es admisible no solamente *secundum legem*, sino también *contra legem* y *praeter legem* (no está regulado por la ley) que la teoría procesal conservadora es contraria a esta realidad jurídica.

¹¹⁰ CODIGO CIVIL ESPAÑOL (APROBADO POR R.D. DEL 24 DE JULIO DE 1889). *Artículo redactado por el D. 1.836/1.974, de 31 de mayo (B.O.E. del 9 de julio), por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil.*

4.8. La jurisprudencia

La jurisprudencia ha sido considerada en cuanto a su definición desde distintos puntos de vista. En el derecho romano, la jurisprudencia fue definida como la ciencia del derecho, **Ulpiano** definió diciendo que la *jurisprudencia* es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto (*Jurisprudentia est divinorum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*). Siguiendo la concepción ulpiana, en las Universidades se instituyeron las Escuelas y Facultades de Jurisprudencia, y el grado de doctor en jurisprudencia.

La *jurisprudencia* se puede definir como la doctrina legal establecida por los tribunales en sus fallos de manera reiterada y uniformemente al interpretar y aplicar las leyes, llenar los vacíos legislativos, aplicar la costumbre de un pueblo determinado y los Principios Generales del Derecho al resolver determinada cuestión jurídica, siendo aplicables a casos semejantes constituyéndose en verdaderos precedentes.

Mario Alzamora Valdez¹¹¹ dice que según algunos autores una sola resolución judicial puede ser considerada como fuente de derecho, y según otros es necesario la repetición de los fallos (en el mismo sentido).

Consideramos que uno de los presupuestos es la *reiteración* en el mismo sentido de los fallos, amparadas en una sentencia como antecedente en la solución de una cuestión jurídica similar sometido al juzgador.

La doctrina liberal considera que la sentencia del juez es un simple *silogismo deductivo*, en el cual el caso materia de la controversia queda subsumido dentro de la ley, y el fallo es la conclusión del razonamiento como sostiene **Mario Alzamora Valdez**,¹¹² la sentencia constituyen simple aplicación de las normas legales, y el juez representa una «*máquina de subsumaciones*» En cambio para otra corriente doctrinaria opuesta a la primera, la jurisprudencia significa una actividad creadora, como afirma el jurista **Carlos Cossio**¹¹³: «*Es cierto que el intelectualismo dominante en sus formas de racionalismo y empirismo, llevado a una ideología de seguridad jurídica, ha ocultado la existencia y la naturaleza de ese inmenso poder que detenta el juez, al presentar a los magistrados como autómatas silogísticos de los preceptos legales*»

Hay una tercera posición denominada ecléctica, afirma que el juez realiza una función creadora sólo cuando llena las lagunas de la legislación, y en los demás casos en que se limita a aplicar la ley, su papel es simplemente declarativo. **Cossio** sostiene que «*Es indiscutible que la función judicial, no es sólo lógica. El juez no se limita únicamente a «juzgar». Su actividad principal es la valoración, y en ejercicio de esta tarea es un verdadero creador*»

En el Derecho Procesal, la jurisprudencia puede servir de fuente material de nueva legislación, pero no es fuente formal independiente de derecho positivo, porque el juzgador puede apartarse del precedente judicial aunque provenga del más alto tribunal. En los países anglosajones, la jurisprudencia es considerada como una verdadera fuente de derecho, en este

¹¹¹ ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Introducción a la ciencia del derecho*, op. cit., p. 245.

¹¹² IBIDEM. Op. cit., p. 245.

¹¹³ COSSIO, CARLOS. *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1945.

régimen el juez no es el intérprete de la ley, sino como la autoridad que declara la costumbre, principalmente las sentencias de las Cortes Superiores constituyen un precedente que en el futuro obligan incluso al mismo Tribunal que emitió la sentencia, por este sistema de administración de justicia le da el carácter de un *Derecho eminentemente judicial*, como por el derecho inglés.

El estudio de la jurisprudencia hemos realizado de diversos ángulos, de la dogmática jurídica y de la filosofía del Derecho, sin embargo no hemos tenido en cuenta las formas de creación de la jurisprudencia. *Carla Huerta Ochoa*¹¹⁴ hace un estudio reflexivo muy interesante sobre esta materia, afirmando que existen tres formas de creación de jurisprudencia, dos tradicionales: la *reiteración*, la *resolución de contradicción de tesis*, y la tercera: la *modificación como procedimiento especial*.

Explicaremos las dos primeras para posteriormente hacer la interpretación correspondiente de la Ley de Amparo que nos permitirá afirmar la existencia de este tercer procedimiento, apoyándonos en la interpretación de la jurisprudencia existente.

a) La reiteración

El procedimiento de creación de jurisprudencia por reiteración se funda en la consideración de una continuidad en la forma debe resolverse un problema legal refleja un mayor grado de certeza. En el sistema jurídico nacional mexicano la regla general es la repetición de cinco criterios de interpretación que se integren en cinco ocasiones con motivo de casos individuales.

La parte de la resolución judicial que conformará la jurisprudencia se refiere a los criterios contenidos en la parte considerativa de la resolución de casos similares o idénticos, cada una de dichas resoluciones configura un precedente y adquieren el carácter vinculante de observancia obligatoria por los órganos jurisdiccionales.

La *continuidad* a la que nos referíamos significa la no interrupción por un criterio diverso, que no necesita ser contrario, pero que se refiera a la misma materia dando una mayor seguridad jurídica, puesto que evidencia una uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas.

La Ley de amparo de México establece diversas reglas para la elaboración de la jurisprudencia, las cuales varían dependiendo de la conformación del órgano jurisdiccional *Carla Huerta Ochoa* dice que respecto de la votación afirma que se trata casi siempre de una mayoría calificada o de unanimidad y cuyo fundamento es una presunción de mayor acierto. Es importante señalar que si bien los requisitos de votación están establecidos en la ley, se llevan a cabo dos votaciones distintas: una para efectos de la resolución del caso (parte resolutive) y otra para efectos de jurisprudencia (parte considerativa, en la cual se encuentran los criterios interpretativos y los argumentos que justifican la resolución). El acto procesal tiene como

¹¹⁴ HUERTA OCHOA, CARLA. *La jurisprudencia como técnica*, Biblioteca Virtual, Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM, www.juridicas.unam.mx (26 -01 - 2007).

presupuesto fundamental para efectos de la formación de jurisprudencia es la *parte en que realiza la interpretación*, no la forma en que se resuelve, de donde se extraerán los criterios comunes para uniformarlos y crear la jurisprudencia que tendrá efectos obligatorios a partir de su publicación.

La no interrupción es un requisito fundamental en la formación de la jurisprudencia, dado que debemos reconocer que si la naturaleza del derecho es ser dinámico y regular su propio cambio, la jurisprudencia al ser concebida como norma no puede ser estática, y la interrupción del criterio permite a los jueces cambiar de opinión, les confiere independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esto se debe al tiempo que puede transcurrir hasta que se reúnan cinco casos similares o bien, a que si existe una opinión divergente permite la reflexión para estar seguro si la interrupción se debe a un cambio en la realidad o simplemente a una diferencia de opinión.

Si la jurisprudencia no es estática, es variable por la naturaleza del dinamismo del derecho, surge la necesidad de cambiar la jurisprudencia, aunque la norma que fue interpretada que generó la jurisprudencia no haya sido modificada como sostiene *Carl Schmitt*¹¹⁵ al tratar el problema de la mutación constitucional, la variabilidad de la jurisprudencia es el fundamento de la figura denominada *interrupción*, la que tiene como finalidad dejar sin efecto la obligatoriedad de la jurisprudencia, pero tiene que ser justificada sustentando las razones que se tuvieron para establecer la nueva jurisprudencia que se interrumpe. Las razones argumentadas y convincentes determinarán el cumplimiento de la *reiterancia* y transformarán a los fallos en jurisprudencia

En el proceso de interrupción, surge la interrogante: *¿Quiénes pueden modificar o apartarse de la jurisprudencia?* La regla general de la interrupción solamente puede hacerlo el órgano jurisdiccional que emitió la ejecutoria convertida en jurisprudencia, sin embargo, los jueces pueden apartarse de la jurisprudencia, pero tienen que argumentar las razones que llevan al apartamiento de la jurisprudencia.

b) Contradicción de tesis

*Carla Huerta Ochoa*¹¹⁶ en el estudio que hace a la jurisprudencia como técnica, en México se ha llegado a normar la contradicción de tesis de la jurisprudencia con las sentencias de Salas, para concluir estableciendo una nueva jurisprudencia de observancia obligatoria por los tribunales y jueces de todas las jerarquías.

La Ley de Amparo de México ha regulado la contradicción de tesis estableciendo los requisitos prescrito por los artículos 197 y 197-A, es la denuncia de las tesis o jurisprudencias en las cuales se encuentran los criterios divergentes, siempre y cuando se refieran a resoluciones

¹¹⁵ SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982.

¹¹⁶ HUERTA OCHOA, CARLA. *La jurisprudencia como técnica*, Biblioteca Virtual, op.cit., www.juridicas.unam.mx (26 -01 -2007).

definitivas, deben proceder de diferentes órganos de la misma jerarquía y no puede existir jurisprudencia de órgano superior en relación con el punto debatido en la contradicción.

Se trata de un caso de excepción a la regla general de formación de jurisprudencia por reiteración, ya que la resolución de la contradicción de tesis forma jurisprudencia con una única resolución. Esto se debe a que el órgano superior va a determinar qué tesis debe prevalecer. En el caso de México, sería absurdo esperar que se denunciara cinco veces seguidas la contradicción para que dicho órgano resuelva cuál es obligatoria. Por otra parte, se debe señalar que en principio no se trata de resoluciones que emitiría en el ejercicio de sus competencias ordinarias, sino que resuelve sobre la materia en virtud de la contradicción de tesis. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que necesariamente debe resolver en el sentido de alguna de las tesis denunciadas, ya que puede hacerlo en alguno de los sentidos de éstas o en otro diverso. La Ley establece para este caso también la obligación de sujetarse al principio de *definitividad*¹¹⁷ de las sentencias.

En el Perú el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial artículo 22°, ha declarado el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial así se den los presupuestos para el apartamiento de la jurisprudencia por los magistrados, pero no se ha institucionalizado la *contradicción de tesis jurisprudencial*. Este artículo prescribe:

«Artículo 22°.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan»

¹¹⁷ PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD. Consiste en la obligación que tiene el quejoso de agotar todos los recursos o medios de defensa existentes en la ley que rige el acto reclamado antes de iniciar la acción de amparo. Con este principio se obliga a los gobernados a impugnar los actos de autoridad utilizando los recursos ordinarios de modo que el amparo sea un medio que proceda sólo en forma extraordinaria. Estos recursos ordinarios o juicios, que es necesario agotar, deben tener por efecto modificar o revocar los actos que se impugnen, pues si no tienen ese fin, su utilización no es obligatoria. Sin embargo, este principio no es absoluto, ya que su aplicación y eficacia tiene excepciones importantes.

c) La modificación

El problema que se deriva del procedimiento de contradicción de la tesis en general, es la resolución que determina cuál es la jurisprudencia obligatoria, emana de un órgano superior, en relación con la competencia de los órganos inferiores, sin embargo éstos no pueden interrumpirla porque es obligatoria y el órgano que la emitió no puede variar el criterio, porque dicha facultad no se encuentra dentro de sus competencias ordinarias.

En virtud de que el sistema jurídico no puede establecer procedimientos que atenten contra de su propia naturaleza dinámica, la resolución de contradicción de tesis es inmodificable, implicaría una interpretación contraria a la coherencia del sistema jurídico. En este contexto, el término modificación significa otra forma de creación de jurisprudencia que permite al órgano jerárquicamente subordinado solicitar la realización de un cambio en los criterios de resolución. A esta conclusión llegamos por aplicación del *Principio de racionalidad legislativa*,¹¹⁸ ya que si se hizo una distinción, es porque el legislador pretendía un significado diverso, su intención no puede ser redundante.

Por las razones que mencionamos, la *modificación* en sentido estricto es un procedimiento distinto que se motiva en función de un caso concreto, en virtud del cual los magistrados competentes deben señalar las razones por las cuales consideran que la jurisprudencia ya no corresponde a la realidad que regula.

Por otra parte, la jurisprudencia puede modificarse en función de una *rectificación*, que no significa una nueva interpretación sino una corrección de posibles errores, éstas se publican generalmente en los informes, pero no pueden implicar el cambio de significado de una norma. Así vemos cómo el término modificación adquiere otro significado más.

Existe otra forma de modificar la jurisprudencia mediante adiciones o complementaciones, es decir, mediante notas que invalidan la publicación anterior, asimismo existen tesis aclaratorias o relacionadas, como en el caso de la *rectificación* no producen una alteración del significado de la norma, sino una corrección.

La fuerza de fuente del Derecho es a partir de la publicación en el diario oficial del Estado, en el Perú es el diario oficial *El Peruano*, si se ha rectificado o modificado la sentencia, es a partir de la nueva publicación oficial.

Muchos juristas niegan a la jurisprudencia el carácter de fuente formal del Derecho, más bien comprenden dentro de las fuentes materiales. Esta posición la fundamentan en que ésta carece de *fuerza vinculante*, es decir que para ser fuente formal su aplicación tiene ser obligatoria al propio tribunal supremo que emitió la ejecutoria y a los tribunales inferiores.

¹¹⁸ PRINCIPIO DE RACIONALIDAD. La Racionalidad implica que las conductas prescritas por las leyes y los fines de la éstas sean susceptibles de justificación ética, tutelen los valores, que sean justas y proporcionadas, que busquen el bien común, que preserven la seguridad jurídica, que sean axiológicamente justificables, que la ley sea moral en el sentido publico.

*Ludeña Benites*¹¹⁹ refiriéndose a la doctrina española dice que «ningún precepto (*hasta la nueva LEC*) ha establecido de una manera expresa que la Jurisprudencia (mejor dicho, cierto tipo de Jurisprudencia) tenga valor vinculante. La mayor parte de la doctrina, hasta esta nueva ley, ha generado que la Jurisprudencia en general sea vinculante. El hecho de que una doctrina se encuentre formulada y reiteradamente aplicada, puede ser un índice o una pauta para el comportamiento futuro, pero el Tribunal Supremo es libre de variar o dejar sin efecto dentro de la legalidad.

La otra posición ha venido sosteniendo que la jurisprudencia es fuente formal del derecho, posición que en las legislaciones modernas están ganando espacio, como en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) Española, Ley 1/2000. Esta ley en el art. 477 prescribe como una de las causales para la interposición del recurso de casación cuando la sentencia recurrida se oponga a la *doctrina jurisprudencial*, que le denomina *interés ocasional*. El inc. 3 del artículo citado define al interés ocasional:

«Se considerará que un recurso presenta interés ocasional cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva punto o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor; siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido»

Esta posición doctrinaria históricamente continúa desarrollándose, porque las condiciones de nuestra sociedad actual exigen a los magistrados la *calidad*, responsabilidad que los fallos constituyan la abstracción de la realidad objetiva aplicado a un caso particular, pero que los efectos devuelva el orden y la tranquilidad colectiva. Además que nuestra sociedad a través de diversos medios ejerce el control de la administración de justicia, es muy natural que la jurisprudencia vaya adquiriendo valor vinculante, porque las decisiones jurisdiccionales garantizan el bien común, la seguridad jurídica y la paz social.

4.9. Las directivas jurisdiccionales

Consiste en los acuerdos tomados por la Sala Plena de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de todo el Poder Judicial, sobre interpretación de las normas jurídicas o cuando existen vacíos legislativos, teniendo en cuenta las Ejecutorias (Sentencias emitidas por el Tribunal Superior y Tribunal de la Corte Suprema que han resuelto determinados casos concretos).

La Corte Suprema del Perú siempre ha emitido Directivas procesales jurisdiccionales constituyendo normas procesales de observancia obligatoria como reglamentación de las normas procesales imprecisas sin que constituyan normas esenciales.

¹¹⁹ LUDEÑA BENITES, OSCAR DANIEL. *El valor vinculante de la jurisprudencia antes y después de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil*, comentarios y aplicaciones informáticas, Edit. Leggio, S.L., <http://noticias.juridicas.com> (17 de enero del 2006).

4.10. Los plenos jurisdiccionales

Los plenos jurisdiccionales son los acuerdos tomados por el Poder Judicial convocados por la Corte Suprema con representantes de todas las instancias jurisdiccionales, para debatir y aprobar formas de aplicación de las normas de derecho material o procesal, con la finalidad de *uniformar* el criterio de los jueces al resolver similares casos.

Los acuerdos son tomados por unanimidad o por mayoría, sin embargo no son de observancia obligatoria, los jueces pueden apartarse de su aplicación fundamentando su decisión. La razón del carácter facultativo está principalmente fundamentado en que conforme al régimen político que hemos experimentado en el período 1990 -2000, en el Perú muchos magistrados actuaron con parcialidad para favorecer a los intereses del poder político corrupto, lógicamente nos referimos al poder económico favorecido por el gobierno, de tal manera que muchas directivas jurisdiccionales que hasta ahora continúan vigentes, han violado la ley material y formal y el principio constitucional de la jerarquía de las normas jurídicas.

Estos acontecimientos de violación al *principio de independencia del Poder Judicial*, produjo una degeneración en la jurisprudencia, porque los tribunales superiores y Supremos han emitido ejecutorias tan contradictorias, perdiendo credibilidad como fuente de investigación científica del Derecho y de la propia impartición de justicia.

4.11. La doctrina

La doctrina es el conjunto de teorías formuladas por los juristas como abstracción de la realidad objetiva y las diversas opiniones y argumentaciones que realizan sobre el Derecho los juristas, abogados, filósofos, sociólogos, etc., interpretando, analizando y orientando la formulación de nuevas normas jurídicas conforme a los fines del Derecho en concordancia con los fenómenos sociales del desarrollo histórico social.

La doctrina no es fuente formal del Derecho, sin embargo tiene gran importancia en la formación legislativa, como en la elaboración de los Códigos Civil, Penal, Tributario, Procesal Civil, Procesal Penal, etc. como producto de grandes debates doctrinarios que dan origen a las nuevas normas jurídicas, así como también en la formulación de las sentencias que se convierten en jurisprudencia.

No se considera fuente directa a la doctrina, porque carece de autonomía para crear normas, siendo facultativa la decisión del Juzgador tener en cuenta la doctrina o no al momento de decidir la solución de determinado conflicto de intereses sometidos al órgano jurisdiccional. Este criterio viene siendo superado teniendo en cuenta que algunos Códigos Procesales de diversas materias exigen al juzgador la fundamentación de los fallos en la doctrina y en la jurisprudencia en caso regulación normativa.

*Aníbal Torres Vásquez*¹²⁰ dice que en el período clásico del Derecho romano, la doctrina fue la principal fuente del Derecho que eran las enseñanzas de los jurisconsultos.

¹²⁰ TORRES VASQUEZ, ANIBAL. Op. cit., p. 226.

En esa época funcionó como una institución procesal el «*respondere*», consistente en las opiniones que presentaban las partes al jurisconsulto sobre un caso concreto. **César Augusto** concedió a algunos jurisconsultos el privilegio del «*ius responde ex auctoritate principis*» al inicio este privilegio se le otorgó a los jurisconsultos del Senatorio. El magistrado era vinculado por los «*responsa*» que son las opiniones de los juristas privilegiados referentes a las causas que tenían pendientes de resolver.

Del Veccio, G. y Recasens Siches, L. afirman que en la *Constitución de Teodocio II* (426 a.c.) se creó el «*Tribunal de los muertos*», con la que se impuso a los jueces la obligación de aplicar las opiniones de *Papinian, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino*, y en caso que hubiere empate de opiniones opuestas, tenían que aplicar las opiniones de *Papiniano*, quien era considerado como el Presidente del Tribunal Imaginario. En la legislación de *Justiniano*, el *Digesto* es la compilación de fragmentos de las obras de los jurisconsultos, y en la edad media la doctrina de los jurisconsultos romanos que se encontraba inactiva desde Justiniano, recobró autoridad con **Bartolo y Baldo**.

En conclusión, como afirma el jurista peruano **Enrique Vasri Rospigliosi**,¹²¹ en la actualidad no hay mucha esperanza en la normas, la solución de los grandes conflictos de intereses refiriéndose a las deficiencias legislativas en la proyección científica que tienen que ver con los derechos de la persona y la proyección del género humano, precisando que la encargada de dar solución a los grandes conflictos de intereses sociales es la doctrina jurídica.

Pues negar a la doctrina su importancia en la creación del derecho, y que no es fuente formal del derecho, es una concepción que se ha venido manejando con la corriente filosófica del liberalismo, con el método exegético del Derecho, que los juristas y jueces se limitaron a interpretar exactamente la expresión de la norma, sus alcances y fines puramente normativa, de tal manera que la dogmática jurídica rompió con el método, interpretando la norma conforme a los fines del derecho y aplicando la que corresponde al caso concreto dentro de un orden social encaminado a la justicia, totalmente prohibido en el liberalismo. En tal sentido, históricamente la doctrina siempre a sido fuente del derecho, sin embargo se sigue negando su importancia, pese a que en muchas legislaciones se ha considerado a la doctrina como fuente del derecho al obligar al juzgador a aplicar los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia en caso de vacío o defecto legislativo.

El Código Civil Suizo constituye una obra legislativa monumental por el reconocimiento de la doctrina como fuente del derecho, expresando en el Art. 1º «La ley regula todas las materias a que se refieren la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez se pronuncia al derecho costumbrista y, en la falta de costumbre, según la regla que estableciera si tuviese que actuar como legislador, *se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia*».

El Código Procesal Civil Peruano, ha recogido este antecedente legislativo en el Art. III, 2º párrafo del T.P., obligando al juzgador a aplicar la doctrina y la jurisprudencia, prescribiendo:

¹²¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. *Bioética y derecho constitucional comparado*, Conferencia dictada en el Auditorio de la Universidad Privada San Pedro, Filial Trujillo, org. por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, el 24 de mayo del 2003.

«En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso»¹²²; El legislador de igual forma ha reconocido a la dogmática jurídica como fuente del derecho tributario, y el Código Tributario recoge en la Norma III, inc. h): «Son fuentes del Derecho Tributario: h) La doctrina jurídica.

El Código Civil Español, en el Título Preliminar, Capítulo I FUENTES DEL DERECHO también considera a la doctrina como fuente del Derecho, prescrito por el art. 1, inc. 6, prescribiendo:

«Artículo 1.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho»

Como se puede apreciar los legisladores han tomado conciencia que no se puede seguir negando la importancia de la doctrina como fuente formal del derecho, en mérito del reconocimiento de la norma citada del C.P.C., ha sido ubicada en la redacción del texto en el orden normativo después de los principios generales procesales y antes de la jurisprudencia. La justificación de la ubicación en el texto de este artículo tiene su fundamento en que los Tribunales para emitir sus fallos necesariamente recurren a las orientaciones doctrinarias para la interpretación de las normas y sus alcances dentro del sistema jurídico.

¹²² ZAVALETA CARRUITERO, WILVELDER. *Código procesal civil*, tomo I, Lima, 1997, edit. Manuel Chahu E. I. R. L., 3ª edic., p. 19.

Capítulo V

Las Normas Procesales

1. GENERALIDADES

La norma jurídica en términos generales, es objeto de estudio de las corrientes filosóficas y específicamente por la dogmática jurídica, así tenemos a la Teoría de *Hans Kelsen* que revolucionó las concepciones filosóficas del Derecho en el Siglo XX. *Carlos Miguel Herrera*¹²³ sostiene que para *Kelsen* «la ciencia construye su objeto», y que «los cimientos del normativismo kelseniano reposan sobre el dualismo entre el ser (*sein*) y el deber (*sollen*)» *Kelsen* reivindicó la filosofía kantiana, tal como la conoció el neokantismo alemán de finales del XIX. Asimismo, consideraba que la distinción entre *ciencia natural/ciencia del espíritu* podía ser reemplazada con más precisión metódica por la dualidad *ciencia causal/ciencia normativa*.

Kelsen se refería a la norma fundamental (*Grundnorm*) y la interpretaba en base al principio de economía del pensamiento que él encontró en la filosofía positivista de *Mach*¹²⁴ Herrera

¹²³ HERRERA, CARLOS MIGUEL. *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, edit. Presses de l'Université de Laval, Québec, 2004, en Revista de estudios histórico-jurídicos, online, 2006, XXVIII, n° 28, 2007 Ediciones Universitarias de Valparaíso Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2007, pp. 704 – 705, www.scielo.cl/scielo.php

¹²⁴ MACH, ERNST. **Ernst Mach** (Turas, Morávia, 18 de fevereiro de 1838 — Haar, 19 de fevereiro de 1916) físico y filósofo austríaco. Sus obras filosóficas y científicas (*Die Geschichte und die Wurzel des Satzes von der Erhaltung der Arbeit* –La historia y el origen del principio de la conservación de la energía- de 1872, *Die Mechanik in ihrer Entwicklung* –A Ciência da Mecânica- de 1883, *Beiträge zur Analyse der Empfindungen* –Contribución al análisis de las sensaciones- de 1886, *Die Principien der Wärmelehre* –Principios de la termonlogía- de 1896, *Erkenntnis und Irrtum* –Conocimiento y error- de 1905), ejercieron profunda influencia en el pensamiento del siglo XX. Sus primeros libros contienen los fundametros de una nueva teoría filosófica, el *empirocriticismo*, defendió la concepción *positivista:ninguna proposición de las ciencias naturales es admisible si no por posible verificación empíricamente*.

Continuando con el pensamiento de *Hume*, se negó a pronunciarse sobre la naturaleza de la realidad (psíquica o física) para mantenerse en el plano fenoménico. *Mach* sostiene que todas las afirmaciones empíricas, incluido las científicas, podrían ser reducidas a afirmaciones sobre las *sensaciones*, porque cualquier ley científica es simplemente descriptiva. El pensamiento positivista fue una de las fuentes del *positivismo lógico*.

afirma que «el concepto de Derecho natural kelseniano estaba asociado a la problemática del momento o bien a la idea de lo justo» Para el jurista austriaco lo que permitiría calificar una conducta humana como ilícita sería que estuviese contemplada en la norma jurídica la condición de una consecuencia específica: *el acto estático de obligación*. Aunque Kelsen estudió en profundidad la norma, dejó a un lado el problema de la estructura de la misma para centrarse en sus funciones.

De este modo, diferenció cuatro funciones normativas: *mandar, habilitar y permitir* (las conductas humanas) de un lado, y *abrogar* (otras normas), de otro.

En la primera de ellas sería donde nos encontraríamos la función específica de la norma; mientras que la habilitación estaría ligada a la atribución del poder para imponer las normas. La abrogación por el contrario, no afectaría directamente a la conducta humana, sino a las normas, y finalmente Kelsen afirmaba que "permitir" una conducta en el sentido positivo era «reducible a la función de la abrogación»

A juicio de *Kelsen*, el Derecho constituía un orden y en tanto orden, se presentaba como un sistema de normas jurídicas. Al mismo tiempo apelaba a la validez (*Geltung*) de las normas que constituía el modo de existencia específica de las normas, si bien la validez de un orden jurídico dependía en gran medida de un mínimo de eficiencia, ello no implicaría establecer una confusión entre ambas nociones. Todo orden jurídico estaría constituido por una jerarquía, representado por *Kelsen* con la imagen de su conocida *pirámide de las normas*; pero uno de los principios en los que se ha inspirado su filosofía era que una norma jurídica tenía *validez* en tanto que hubiera sido *creada conforme a una regla precisa de carácter superior*.

El filósofo austriaco de renombre universal sostenía que el Estado era idéntico al orden jurídico y que el Estado y el Derecho eran coincidentes, incluso que el *Estado es un orden jurídico centralizado*, poniendo de este modo fin a la doctrina jurídica tradicional que establecía una separación ontológica entre Estado y Derecho. Por otro lado, la definición *kelseniana* de la Constitución se caracteriza por una cierta simplicidad: *Constitución será la norma que regulara la elaboración de las leyes*.

Para *Kelsen*¹²⁵ el objeto de estudio del Derecho es la *Norma jurídica*, la que contempla exclusivamente una relación de *imputación*, entendiendo que sólo expresa un *deber ser*. La imputación, que según esta doctrina distingue a las "*ciencias normativas*", significa que la voluntad de alguien *atribuye* una consecuencia a un hecho, niega la relación de causalidad y efecto. *Kelsen* interpreta que las ciencias sociales normativas entre las que incluye no sólo al Derecho sino también a la Ética, «no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales» El estudio de tales relaciones corresponde, afirma *Kelsen*, a otras ciencias sociales tan *causales* como las tradicionalmente llamadas *ciencias naturales*, y entre las que engloba a «la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar las conductas humanas estableciendo relaciones de causa a efecto entre ellas»

¹²⁵ KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, 4ª edit, Eudeba, Buenos aires, 1999, p. 25 y 26.

Kelsen entendía que la pureza era «el principio lógico o epistemológico de la evitación de cualquier sincretismo metódico»¹²⁶ estimó imprescindible remitir la realidad social a disciplinas causales como la Economía, la Psicología o la Sociología, y negar rigor científico a la consideración de los valores por creerlos subjetivos, arribando así a una *simplicidad pura* que ciñe el Derecho estrictamente al aspecto normativo.

*Miguel Reale*¹²⁷ destacado *jusfilósofo* brasileño que desarrolló la *Teoría tridimensional del Derecho*, afirma que «*Kelsen excluye de los dominios propios de la Ciencia del Derecho -no sin reconocer su fundamental importancia a los estudios psicológicos y sociológicos sobre el Derecho, así como las consideraciones éticas sobre los ideales jurídicos- en consecuencia «deja al Derecho suspendido en lo abstracto, en el plano de la pura normatividad lógica»*

Para la teoría pura, la *persona* es un concepto elaborado por la ciencia del Derecho, un instrumento del cual sirve para describir su objeto. No tiene existencia real y por tanto podría prescindirse de ella, ya que lo único indispensable es siempre remitirse a las normas que regulan las conductas de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La *doctrina kelseniana* afirma que la **persona** no es más que «*un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas*»¹²⁸

De esta forma, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, no existiendo ninguna diferencia esencial entre ellas,¹²⁹ se trata de un concepto lógico y coherente con el postulado de la norma como relación de imputación, pero inidóneo, a nuestro modo de ver, para reflejar la trascendencia que el ser humano tiene como piedra angular del Derecho. Para la teoría pura, la persona es un concepto elaborado por la ciencia del Derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto. No tiene existencia real y por tanto podría prescindirse de ella, ya que lo único indispensable es siempre remitirse a las normas que regulan las conductas de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos.

*Mariano H. Novelli*¹³⁰ dice que la justicia para *Kelsen*,¹³¹ al igual que el resto de los valores, es subjetiva. Constituye un mero ideal, un hermoso sueño de la humanidad, que «*por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional*»¹³² Sin embargo admitía que la justicia podía configurarse como prioridad o *standard* en un orden social dado, debido a que

¹²⁶ KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho y teoría egológica*, trad. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, en “La Ley”, t. 72, p. 751.

¹²⁷ REALE, MIGUEL. *Fundamentos del Derecho*, trad. JULIO O. CHIAPPINI, edit. Depalma, Bs. As., 1976, págs. 124 y 25.

¹²⁸ KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 10 .

¹²⁹ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Los beneficiarios del Derecho*, en *Revista del Centro del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 27, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, Argentina, 2003, págs. 47.

¹³⁰ NOVELLI, MARIANO. La teoría trialista frente a la teoría pura. reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes, www.cartapacio.edu.ar (03-02-2007).

¹³¹ KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, trad. Leonor Calvera, Leviatán, Bs. As., 1991, p. 1

¹³² KELSEN, “Teoría pura del derecho” cit., p. 49.

muchos individuos pueden coincidir en sus juicios evaluativos, porque todo sistema de valores se constituye como resultado de influencias individuales recíprocas. Pero esta circunstancia si bien determina que cada sociedad puede contar con un complejo axiológico propio eventualmente uniforme, no resultaría incompatible con la referida índole subjetiva de los valores, y según *Kelsen*, «que varios individuos concuerden en un juicio de valor no prueba de ningún modo que ese juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo»¹³³

En conclusión *Kelsen* consagra definitivamente una noción de justicia claramente relativa, no sólo *externa al Derecho* sino también acientífica, como todo plexo axiológico.

La *teoría trialista o teoría tridimensional del derecho*, tiene su origen en el pensamiento filosófico europeo de los valores como elemento fundamental para llevar a cabo una debida comprensión del fenómeno jurídico, nace y adquiere sus primeros impulsos en el marco de la denominada *Escuela de Baden*,¹³⁴ por el máximo representante del existencialismo *Heidegger*, la cual se desarrolló en las primeras décadas del siglo XX bajo los postulados del neokantismo cultural, y estuvo dirigida por los filósofos del Derecho de la talla de *Georg Jellinek*, *Emil Lask*¹³⁵ *Gustav Radbruch* y *Max Ernst Mayer*,¹³⁶ quienes ejercieron su labor investigadora y

¹³³ KELSEN, "¿Qué es la justicia?" cit., p. 40.

¹³⁴ HEIDEGGER, MARTIN. (1889-1976), filósofo alemán que desarrolló la *fenomenología* existencial y considerado como el filósofo más original del siglo XX. Nacido en Messkirch, Baden, el 22 de septiembre de 1889, estudió teología católica y después filosofía occidental en la Universidad de Friburgo, donde fue alumno de Edmund Husserl, el fundador de la fenomenología. Heidegger comenzó a enseñar en Friburgo en 1915. Después de impartir clases durante cinco años en Marburgo, llegó a ser profesor de filosofía en Friburgo en 1928. Murió en Messkirch el 26 de mayo de 1976. *Ser y tiempo* Como *Husserl*, *Heidegger* estuvo influenciado sobre todo por los presocráticos de la *filosofía griega*, por el filósofo danés *Sören Kierkegaard*, y por el filósofo alemán *Friedrich Nietzsche*. En su obra más importante e influyente, *Ser y tiempo* (1927), *Heidegger* se preocupó de lo que consideraba la cuestión filosófica (y humana) esencial: ¿Qué es ser? Esto le llevaba a la pregunta, qué clase de ser (*Sein*) tienen los seres humanos. Éstos, decía, son arrojados a un mundo que no han creado pero que consiste en asuntos útiles en potencia, incluyendo tanto la cultura como los objetos naturales. Puesto que esos objetos y artefactos resultantes llegan a la humanidad desde el pasado o se utilizan en el presente para alcanzar metas futuras, en su interpretación *Heidegger* propuso una relación fundamental entre el modo de ser de los objetos y de la humanidad, y de la estructura del tiempo. El individuo está, sin embargo, siempre en peligro de ser sumergido en el mundo de los objetos, la rutina diaria, y en el convencional y superficial comportamiento de la multitud. El sentimiento de temor (*Angst*) lleva al individuo a una confrontación con la muerte y el último sin sentido de la vida, pero sólo por este enfrentamiento puede adquirirse un auténtico sentido del ser y de la libertad. *Obra posterior* Después de 1930, *Heidegger* volvió, en trabajos como *Introducción a la Metafísica* (1953), a la particular interpretación de las concepciones occidentales del ser. Sentía que, en contraste con la reverente concepción del ser dominante en la Grecia clásica, la sociedad tecnológica moderna ha favorecido una actitud elemental y manipuladora que ha privado de sentido al ser y a la vida humana, un estado que llamaba *nihilismo*. La humanidad ha olvidado su verdadera vocación, que es recuperar la más profunda comprensión de la existencia lograda por los primeros griegos y perdida por filósofos posteriores. *Pensadores del siglo XX*, Cuadernos materiales, <http://www.filosofia.net/materiales/rec/sxx.htm>

¹³⁵ LASK, EMIL. (Waldiwice, 1875-en el frente ruso, 1915, filósofo austriaco, fue miembro de la escuela de Baden y discípulo de *W. Windelband* y de *H. Rickert*) autor de los *Tratados Filosofía jurídica* (1905), *La lógica de la filosofía y la teoría de las categorías* (1912) y *La teoría del juicio* (1913),

docente en la Universidad de Heidelberg, Alemania, *llegando a su apogeo con Goldschmidt, pero ha sido consolidada por la Filosofía del Derecho Iberoamericana.*

*Carlos de la Torre Martínez*¹³⁷ afirma que es justo mencionar en este momento que los máximos avances y los mejores frutos que se han obtenido de esta reflexión, conocida también bajo el título de *Axiología o Estimativa jurídica*, se han dado en el ámbito de la Filosofía del Derecho iberoamericana, en parte gracias a la labor académica de muchos exiliados españoles así como de Italia, en la mitad del siglo XX fueron portadores de las nuevas corrientes filosóficas que se cultivaban en Europa especialmente en Alemania, pero también gracias al acceso directo que muchos estudiosos iberoamericanos tuvieron acceso a la fuentes originarias del pensamiento europeo. Los más destacados filósofos del Derecho iberoamericanos son el uruguayo *Juan LLambías de Azevedo*,¹³⁸ el español exiliado en México *Luis Recaséns Siches*,¹³⁹ el mexicano *Eduardo García Máynez*¹⁴⁰ y el brasileño *Miguel Reale*,¹⁴¹ pudieron realizar una recepción explícita de la Filosofía de los valores, y aplicaron el concepto del valor para resolver algunos de los principales problemas de los que se ocupa la Filosofía del Derecho, como son: el problema del *objeto de su conocimiento*, el de la *validez y la finalidad* del Derecho. Los postulados fundamentales de la concepción *triádica* del Derecho o *trialismo* jurídico fueron desarrollados por estos filósofos a través de muchos años dedicados a la *reflexión y enseñanza* del Derecho, por

¹³⁶ MAYER, MEX ERNST. *Tratado de Filosofía del Derecho*, p. 51. «La cultura es, pues, una situación que ha de ser considerada bajo el signo de un perfeccionamiento; su concepto exige que se le mire como una evolución constante en el sentido de valores cada vez más elevadas» El ordenamiento jurídico reconoce implícitamente, como justo lo que se reputa como tal según las buenas costumbres, exigiendo de los tribunales la aplicación de las normas de cultura en cuanto han sido reconocidas por el Estado. Por lo que atañe al ejercicio de intereses legítimos, resulta decisivo que esos intereses y la manera como se le trata de hacer valer, estén reconocidos por una norma de cultura que a su vez haya sido reconocida por el Estado.

¹³⁷ RECASÉNS SICHES, LUÍS. (1903- fallece en México, 1977). Jurista español, profesor en la Universidad de Santiago de Compostela y en la Complutense de Madrid. Al final de la guerra civil española se trasladó a México, donde enseñó en la Universidad Nacional Autónoma. Escribió numerosas obras, en las que expuso su interpretación de la filosofía del derecho en función de la existencia humana, pero regida por un conjunto de valores universales. Entre ellas destacan *Vida humana, sociedad y derecho*. *Fundamentación de la filosofía del derecho* (1940) e *Introducción al estudio del derecho* (1970). DE LA TORRE MARTÍNEZ, CARLOS. *una nueva forma de entender el derecho: la concepción triádica de la norma*, www.cartapacio.edu.ar (04-02-2007).

¹³⁸ LLAMBÍAS DE AZEVEDO, JUAN. *Eidética y Aporética del Derecho*, edit. Abeledo-Perrot, 19582, Buenos Aires, 1940. trad. Giovanni Ricci, *Filosofía del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1956. trad. al español del primer volumen a cargo de Jaime Brufau y Angel Herreros Sánchez, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979.

¹³⁹ RECASÉNS SICHES, LUÍS. *Vida humana, Sociedad y Derecho*; *Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, edit. FCE, México 1940, 1945 y *Tratado General de Filosofía del Derecho*, edit. Porrúa, México, 1959.

¹⁴⁰ GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho*, edit. Imprenta Mundial, México, 1935; *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, edit. Stylo, México, 1948, y *Filosofía del derecho*, edit. Porrúa, México, 1974.

¹⁴¹ REALE, MIGUEL. *Teoria Tridimensional do diretio*, edit. Saravisa, São Paulo, 1968; *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. al español de ÁNGELES MATEOS, Madrid, Tecnos, 1997, y *Filosofía do Directo*, edit. Saravia, São Paulo, 1953, trad. al italiano y al español.

lo que es necesario resaltar *cuatro de sus ideas principales*, las cuáles también pueden ser consideradas como las grandes aportaciones de la *Axiología jurídica* al estudio del Derecho.

La *primera idea* se refiere al problema del *método y el objeto* propio de la Filosofía del Derecho, en este sentido lograron distinguir con precisión al menos dos formas de aproximarse al Derecho: la *primera*, tiene por objeto *el Derecho tal y como es*, propia de la Teoría fundamental del Derecho, y la *segunda*, se preocupa por determinar cómo *debe ser* el Derecho, es decir *hacia qué valores debe orientarse*, y constituye el objeto propio de la denominada *Estimativa o Axiología jurídica*. Siendo así, es justo constatar que la Filosofía del Derecho elaborada por los pensadores iberoamericanos, es un serio intento de superación de algunos postulados del positivismo jurídico en base a la plena aceptación del *elemento axiológico*, reivindican el importante papel que adquiere la *Filosofía del Derecho* en el análisis crítico del Derecho, advirtiendo además que un análisis lógico de la norma jurídica no es suficiente, sino que también es necesario emprender un *análisis teleológico* de la norma, con fundamento en el valor que cada una en concreto busca realizar y aportar el *sentido* mismo de la norma.

La *segunda idea* aborda el difícil problema de la *validez del Derecho*, pues estimaron que un análisis filosófico del Derecho no podía contentarse, como lo hace el formalismo jurídico con una validez meramente formal, dada por la interconexión formal de todas las normas jurídicas en un sistema jurídico que goza de una eficacia real en una sociedad concreta. Sin embargo tenemos que preguntarnos por el fundamento último del Derecho, pregunta que es equiparable a la cuestión *del porqué* estamos obligados a cumplir las normas jurídicas. A este respecto suscribieron la tesis de *Scheler* y *Hartmann*¹⁴² la que sostiene que todo *deber* encuentra su

¹⁴² MAX SCHELER. Siguiendo el método fenomenológico de Husserl, (v.) dio el mejor impulso a la axiología en su obra *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*. *Scheler* está de acuerdo con Kant al rechazar la «ética de bienes», pero esto no tiene que llevar a una aceptación de la «ética del imperativo categórico». Hay que distinguir entre bienes y valores. Así como podemos hablar del eidos o esencia del color rojo, sin tener en cuenta que exista o no fácticamente en una cosa roja, también hay valores como esencias, prescindiendo de que existan o no bienes portadores de tales valores. El hombre puede intuir la esencia de un valor, el cual es independiente de su realización fáctica en la forma de bienes (o «cosas valiosas»). La intuición de los valores es independiente de la empiría. La ética no puede suponer bienes o cosas (en esto da la razón a Kant), mas también tiene que basarse en un contenido determinado (con lo cual se hace material y se enfrenta a la ética de Kant). Además la jerarquía de los valores es a priori y en esto concuerda con Kant; pero las leyes esenciales que regulan las relaciones entre valores no son de índole formal o indeterminada en su contenido. Por tanto, se precisa una ética material. Es decir, Kant confundió lo a priori con lo formal; para Scheler esto es imperdonable. Mas Kant cometió un segundo error: confundió lo a priori con lo racional. En verdad, los valores no son captados por la razón, sino por el sentimiento. La razón capta las esencias significativas lógicas. En el querer se establece una relación con el mundo concreto; pero el sentimiento nos abre a las esencias alógicas o valores sin ser una experiencia empírica. Para Scheler, todo acto que realiza un valor debe ser definido precisamente como manifestación de una persona. El verdadero soporte de los valores morales es la persona humana y sólo ella puede ser buena o mala. De ahí el personalismo de la a. scheleriana.

NICOLAI HARTMANN, sigue una línea paralela a la de *Scheler*. Pero considera únicamente la persona individual, rechazando el concepto de persona colectiva o divina: hay que sacrificar la relación a la ética, ya que la dignidad de la persona humana consiste en transformar el deber ser (axiológico) y deber obrar (ontológico). Los valores morales constituyen un reino axiológico independiente: la persona humana es mediadora entre el orden de los valores y el de la realidad. Los valores son como afirma también Scheler esencias irracionales, estando la norma y el deber fundados en el ser independiente de los valores. No hay una prioridad del deber respecto de los valores, sino que el valor precede al deber y lo condiciona. Los valores poseen el carácter de esencias originales, independientes de la representación y del deseo. Son objetos ideales, aprehensibles en una visión intuitiva a priori, independiente de toda

fundamento en un *valor* a realizarse o en un *desvalor* a evitarse, para apuntar que debido a que toda norma jurídica prescriptiva tiene que estar fundada en un valor, la validez material de todo orden jurídico viene dada por los valores que realiza y a los cuales se orienta.

La *tercera idea* consiste en la plena aceptación del concepto de valor para comprender correctamente el fenómeno jurídico, lo que les llevó a entender el Derecho en *una triple dimensión*: como *hecho*, como *norma* y como *valor*.

Es necesario advertir que esta triple consideración no es meramente declarativa, sino que constituye la base metódica para obtener una adecuada y completa comprensión del fenómeno jurídico, en el sentido que no podemos entender cabalmente cualquier manifestación jurídica, sino recurrimos a las disciplinas jurídicas que tienen como objeto estos tres elementos específicos: la *Sociología y la Historia del Derecho*, la *Teoría del Derecho* y la *Filosofía del Derecho*.

El *trialismo jurídico* nos permite obtener una comprensión más profunda y menos simplista o reduccionista de algunos fenómenos propiamente jurídicos, como pueden ser por ejemplo, el de la creación y aplicación del Derecho.

Respecto al primer fenómeno nos enseña que en el momento en que el legislador crea la norma, no puede solamente tomar en consideración el hecho empírico que pretende regular, sino que además tiene que considerar el valor que se pretende realizar en el momento de la aplicación o del respeto de dicha norma, a la vez que no sólo puede tomar en cuenta la situación ideal que intenta crear con el respeto y aplicación de la norma, también tiene que tomar muy en consideración la realidad empírica que intenta regular. De esta manera llegaron a la conclusión que la *norma jurídica* es el resultado de la mezcla armónica entre el hecho empírico que se intenta regular y el valor que se pretende plasmar en la realidad, por lo que se concretiza y se manifiesta en una proposición normativa que establece un deber o un derecho concreto.

En cuanto al fenómeno de la aplicación del Derecho, conviene extenderse un poco más sin lugar a dudas, el reconocimiento que desde hace algunas décadas se ha hecho que la actividad de interpretación y aplicación del Derecho, deben de tenerse en cuenta tanto los *valores contenidos en la norma*, como los diversos *juicios de valor que realiza el juez* al momento de aplicar una ley al caso concreto, ha puesto de manifiesto que la *actividad jurisdiccional* no puede ser entendida meramente como una actividad mecánica en la que el juez, a manera de un silogismo de la Lógica formal, se limite a aplicar una premisa mayor que estaría representada por la norma jurídica, a una premisa menor que sería el enunciado de los hechos, siendo la sentencia la conclusión lógica de ésta operación con un resultado injusto que no remedia la alteración de la paz entre los justiciables y la sociedad.

En la actualidad se reconoce que la actividad jurisdiccional cuenta también con una *dimensión creativa*, la cual tiene que sustentarse en un *razonamiento estimativo o axiológico*, el juez además de elegir la norma adecuada y calificar jurídicamente los hechos, al aplicar una norma

experiencia. Hartmann se vincula así a la teoría platónica de las ideas: «En cuanto a su modo de ser, los valores son ideas platónicas. Forman parte de ese otro reino del ser, descubierto por Platón, aprehensibles por intuición espiritual, aunque no visibles con los ojos ni palpables con las manos» (Ethik, Berlín 1926, 108).

al caso concreto tiene que *ponderar* si se están produciendo o no los efectos pretendidos por la norma jurídica, así como estimar si el valor que constituye el fin de la norma se está plasmando efectivamente en la realidad. Así se pone de manifiesto, que toda *actividad jurisdiccional* requiere una serie de cualidades y elementos que trascienden al puro razonamiento lógico, entre los que se destacan: *la capacidad de comprender el sentido de la conducta humana, la capacidad de situarse en el contexto de una determinada situación histórica, la apertura a la dimensión axiológica del Derecho, la capacidad de relacionar fines y valores* así como medios y objetivos, finalmente, *la capacidad para aplicar las enseñanzas extraídas de la experiencia de la vida humana y de la experiencia histórica.*

La *cuarta y última idea* se refiere a la especial atención que dedican al problema de la *realización de los valores por el Derecho*. Pues, aunque en un principio estos filósofos del Derecho partieron de una concepción objetivista de los valores, en el desarrollo de sus obras fueron matizando sus posiciones hasta que todos sin excepción y por distintos caminos –*Recaséns* apoyado en el raciovitalismo de *Ortega y Gasset* y *García Máynez* en el relacionismo valorativo objetivo de *H. Henkel* y *Miguel Reale* en su personalismo axiológico- llegaron a reconocer una cierta *relatividad* o *relacionalidad* de los valores propios del Derecho. Esto les permitió por una parte, *adecuar los valores jurídicos* a las circunstancias históricas concretas en las que se realizan, y por otra parte, seguir sosteniendo que los *valores son pautas trascendentes* al Derecho positivo que pueden proporcionar un criterio objetivo sobre su rectitud y justicia.

Estas son las idas fundamentales que constituyen la esencia de la comprensión *triádica del Derecho*, como hemos intentado destacar en esta exposición, constituye una nueva forma de entender el Derecho. Sus principales aportaciones al estudio del fenómeno jurídico ya han quedado aquí esbozadas con motivo del análisis realizado acerca de su desarrollo histórico. *Carlos de la Torre Martínez* dice que por ello sólo queda resaltar que es *su mayor aportación a la reflexión filosófica del Derecho*, constituye uno de los argumentos más sólidos que pueden oponerse a la pretensión del *positivismo* y *formalismo* jurídico de excluir la dimensión *axiológica* del estudio del Derecho. La *dimensión axiológica* consiste en haber demostrado con suficiente claridad, que los valores concretos como los de *justicia, igualdad, libertad, seguridad, dignidad* de la persona humana y *bien común*, constituyen *criterios materiales objetivos* a los cuales el Derecho positivo debe orientarse. De manera que estos valores, además de dotar de un *fundamento material* al orden jurídico, *operan como principios* para juzgar la validez material de las normas jurídicas y como pautas que orientan la creación y la aplicación del Derecho positivo.

Goldschmidt sostiene dentro de su concepción los *repartos* de potencia e impotencia que favorece o perjudica al ser y especialmente la vida (*dimensión sociológica*), descriptos e integrados por captaciones lógicas (*dimensión normológica*) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*).

*Miguel Ángel Ciuro Caldani*¹⁴³ dice que según la propuesta *trialista* más actual, las captaciones lógicas de los repartos se refieren a repartos proyectados y constituyen al fin reglas

¹⁴³ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios*, www.centrodefilosofia.org.ar (03-02-2007).

y normas de comprensión en general como dimensión normológica. Las descripciones y las integraciones lógicas son simultáneas, al captar los repartos proyectados, las reglas y las normas los describen y los integran. Las *reglas* son captaciones hechas desde el punto de vista de los protagonistas y se expresan en términos de deber ser, por eso sólo pueden ser verdaderas o falsas en cuanto al contenido de la voluntad de los autores, pero no al cumplimiento. Las *normas* son captaciones hechas desde el punto de vista de terceros, por esto pueden llamarse captaciones *neutrales* y pueden ser verdaderas o falsas no sólo en cuanto al contenido de la voluntad de los repartidores (legisladores) sino respecto de su cumplimiento.

Por su carácter más comprensivo, nos referiremos principalmente a las normas. Las captaciones de los repartos proyectados pueden presentarse en normas más o menos completas, es decir más o menos precisas y reglamentadas, o necesitadas de precisión o reglamentación, e incluso estar en meros *principios* necesitados de desarrollo.

La *construcción trialista* del objeto del pensamiento jurídico tiene su más relevante expresión en el *funcionamiento normativo*, motivado por la exigencia de los repartos proyectados de convertirse en repartos realizados. El *funcionamiento normativo* abarca tareas muy diversas y cargadas de dificultades: el *reconocimiento*, la *interpretación*, la *determinación*, la *elaboración*, la *argumentación*, la *aplicación* y la *síntesis*.

Cabe reconocer un *funcionamiento real* y otro *conjetural*, es decir, en la conciencia general de la sociedad. El funcionamiento conjetural puede influir en el funcionamiento real, éste no sólo influye en el funcionamiento conjetural, cuando interviene, en principio lo excluye.

En el funcionamiento normativo la precisión y la reglamentación de las normatividades y el desarrollo de principios son en general tareas de *determinación*. El campo problemático de la *determinación* es uno de los que más desenvolvimiento ha tenido en los últimos tiempos, en parte porque la indeterminación es requerida por un cambio histórico tan significativo, y de ciertos modos porque permite introducir elementos afines al jusnaturalismo y ocultar el creciente protagonismo de los encargados del funcionamiento (por ejemplo, los jueces) o incluso los referentes informales (por ejemplo, los comunicadores sociales).

La atención a los *principios* es asimismo significativa para la *elaboración* de las normas y las reglas que integra las lagunas históricas y axiológicas del ordenamiento, muy vinculadas al cambio social, sea que se trate de principios de Derecho Positivo afines a los que aparecen en la determinación pero más abstractos, o de principios meramente valorativos (*autointegración* y *heterointegración*). El *trialismo originario* subraya, a nuestro parecer correctamente, los principios necesitan *desarrollo* en la determinación e incluso pueden servir para la elaboración, pero estudios de los últimos tiempos han evidenciado también con acierto, que son en general *mandatos de optimización* que requieren *ponderación*.

Los *principios* están también más allá de las normatividades completas (*a veces llamadas reglas*), los principios pueden utilizarse *gradualmente*. Las normatividades completas reclaman directamente aplicación, los principios necesitan determinación o pertenecen al campo de la elaboración, a veces a través de la ponderación. La *ponderación es una tarea especial del funcionamiento de los principios*, luego la normatividad producida necesita aplicación.

El jurista *Miguel Ángel Ciuro Caldani*¹⁴⁴ continúa diciendo: «*Estimamos que las perspectivas de la propuesta de la teoría trialista del mundo jurídico, sobre todo en cuanto se refieren a valores, significan múltiples aportes de gran relieve para el esclarecimiento de la ponderación de los principios, y de cierto modo son valores positivizados o no*»

La dinámica de los *valores y principios* puede reconocerse en términos de la *teoría de las respuestas jurídicas y vitales* en general. En este sentido, es posible apreciar que los principios se *desenvuelven* en *plusmodelación*, *minusmodelación* y *sustitución (fáctica y conceptual)*. Atendiendo a los *alcances* y las *jerarquías* que les *adjudicamos*, las *relaciones* entre *valores* y consecuentemente entre *principios* pueden ser de *coadyuvancia* o de *oposición*. La *coadyuvancia* puede presentarse en sentidos de *contribución* ascendente o descendente o de *integración* en el mismo nivel. La *oposición* puede manifestarse en sentidos legítimos.

En conclusión precisamos las tres dimensiones de la *Teoría tridimensional*:

a) *Dimensión sociológica del mundo jurídico*. Esta en el campo de las adjudicaciones de potencia e impotencia (*lo que favorece o perjudica al ser y especialmente la vida*), son jurídicas cuando se relacionan con seres humanos. Los *repartos* son uno de los despliegues de las adjudicaciones jurídicas, las que provienen de la conducta de seres humanos determinables.

Las adjudicaciones jurídicas abarcan no sólo *repartos*, sino *distribuciones* producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Los repartos realizan del valor *conducción* y las distribuciones el valor *espontaneidad*.

Podría sostenerse que básicamente la protección de la propiedad se vincula más con la *conducción* repartidora, y en cambio el resguardo de la vida humana, al menos en situaciones de extrema necesidad, se orienta más a la realización de la *espontaneidad* de la naturaleza y las influencias humanas difusas. Es posible que en alguna medida la *conducción* sea más ponderable para el legislador y el juez, la *espontaneidad* para el contratante.

b) *Dimensión normológica*. Según la *teoría trialista* las *normas* son captaciones de repartos proyectados hechas desde el punto de vista de terceros, las *reglas* son captaciones desde el punto de vista de los protagonistas. Las captaciones normativas describen los contenidos de la voluntad de los autores y su cumplimiento, y al mismo tiempo integran los repartos incorporándoles contenidos que promueven comportamientos diversos de los que corresponderían a la mera realidad. Por la descripción de los contenidos, las captaciones normativas pueden ser *fieles*, por la descripción correcta de su cumplimiento pueden ser *exactas* y por la integración pueden ser *adecuadas*. La capacidad de sus repartos de cambiar el resto de la realidad, las captaciones normativas son *impactantes*.

La *Fidelidad*, *exactitud*, *adecuación* e *impacto* son despliegues que también pueden referirse a los principios y perspectivas de su ponderación. Las posibilidades respectivas pueden llevar a preferir unos u otros. En el caso de los principios tomados como ejemplo, puede ser que la *protección de la propiedad* resulte más *fiel*, *exacta*, *adecuada* e *impactante* que la *protección de la vida*,

¹⁴⁴ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL. Op. cit.

cuya *noción es más indefinida* y su *preservación general es más difícil*, y en el *capitalismo menos impactante*.

En general, las captaciones normativas del legislador son más impactantes y las del juez y el contratante son más fieles y exactas. Sin embargo, en esta época muchas veces las sentencias son muy impactantes en la sociedad y también lo son las grandes contrataciones. La adecuación arranca con frecuencia de la tarea del legislador.

Los tres tipos de fuentes poseen distintas cercanías con la protección de la propiedad y la vida. Tenemos que resaltar que los contratos se remiten más a la propiedad, las leyes y las sentencias pueden estar más cercanas a la vida.

Las *fuentes reales* donde se originan las normas son materiales o formales. Las *fuentes materiales* son los repartos mismos que las normatividades captan.

Sin embargo, debajo de los repartos se desenvuelven fuentes más profundas que son distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Las *fuentes formales* son autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, resoluciones, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Según la mayor o menor facilidad para su cambio, las fuentes formales pueden ser flexibles o rígidas conforme a su elaboración con procedimientos de intervención mayor o menor, las fuentes pueden ser más o menos participativas y atendiendo a la posibilidad de adecuación a nuevas circunstancias, pueden ser más o menos elásticas, y al mismo tiempo las fuentes pueden tener diferentes jerarquías. Con frecuencia las leyes son más rígidas, menos participativas, más elásticas y más jerarquizadas y los contratos son más flexibles, más participativos y menos elásticos y jerarquizados. Aunque los principios son en general flexibles y elásticos, puede resultar que la *flexibilidad* y la *rigidez*, la mayor o menor *participación*, la *elasticidad* o *in elasticidad* y la *jerarquía* mayor o menor de las fuentes que los establecen sean también perspectivas de su ponderación. Pese a que resulte sorprendente, en el bloque constitucional argentino la protección de la propiedad está en el texto constitucional propiamente dicho, que es más rígido y tiene más jerarquía que los tratados que establecen el resguardo del derecho a la vida. El legislador, el juez y el contratante suelen ponderar los principios contenidos en sus respectivas fuentes.

Además de las fuentes reales existen *fuentes de conocimiento*, que constituyen la *doctrina (ciencia jurídica)*. La ponderación de los principios del Derecho positivo tiende a pasar por el tamiz doctrinario de la búsqueda de lo que se considera verdad.

c) *Dimensión dikelógica (valorativa)*. La propuesta trialista incluye en la consideración jurídica un complejo de valores culminante en la *justicia*. Aunque el debate respecto de este valor es muy grande, creemos que su comprensión y desarrollo son posibles entre quienes adopten un punto de partida común al respecto.

En tal sentido, aceptamos la propuesta *goldschmidiana* de considerar como *principio supremo de justicia*, adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona.

Además, por sobre el complejo especialmente jurídico, no se podrá de dejar de considerar al *deber ser de lo humano* en cada individuo, es decir, el *valor humanidad*. Los valores resultan

enfoques relativamente coincidentes con los principios y su ponderación hace en consecuencia, a la ponderación de principios. La *protección de la propiedad* instala primariamente en la relación de la *justicia* con la *utilidad* y de *modo indirecto* en vinculación con la humanidad, el resguardo de la vida se refiere más a la justicia y a la *humanidad*. Aunque la humanidad es en principio superior a la utilidad, cabe señalar que según las circunstancias la humanidad puede requerir su concreción a través de la propiedad y la utilidad. Los contratantes suelen ponderar más la utilidad, los legisladores por la estabilidad del poder, los jueces tienden a orientarse más por la justicia y los científicos por la verdad. Nuevamente se advierte que el contrato por su despliegue utilitario, resulta el ámbito más idóneo para la protección de la propiedad, no para el resguardo de la vida.

Como se ha expuesto, los principios en su afinidad con los valores pueden coadyuvar y sustituirse, pero una indebida preferencia por uno de ellos puede comprenderse en términos de arrogación. En su calidad de valor, la justicia posee tres despliegues: *vale, valora* y *orienta*. En el Derecho, *el material estimativo de la justicia* es sobre todo el conjunto de las *adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras*. La justicia es una categoría *panótonoma* (*pan=todo, nomos=ley que gobierna*). Sin embargo como esa totalidad no es inaccesible, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla produciendo así seguridad jurídica.

La *Teoría Ecológica* formulada por el filósofo y jurista argentino *Carlos Cossio* materializada en su obra denominada *Teoría Ecológica del Derecho* publicada en 1944 la primera edición, dando por concluida su teoría con la segunda edición de 1964. *Carlos Cossio* revolucionó el pensamiento filosófico del Derecho del Siglo XX, siendo motivo de enfrentamientos ideológicos, persecuciones y apartamiento de las Cátedras universitarias, pero ha continuado realizando sus investigaciones y críticas filosóficas sin que haya variado la *Teoría*. *Martín Laclau*¹⁴⁵ dice que el planteamiento de *Cossio* produjo una verdadera conmoción teórica y una profunda renovación de los estudios, un cambio revolucionario en el panorama jusfilosófico argentino.

La denominación de esta Teoría tiene su fundamento en el pensamiento de *Husserl*, la *fenomenología* quien utilizó el término ecológico y el *existencialismo* de *Heidegger*, a pesar que estas posiciones filosóficas son contrarias entre sí como sostiene *Abel Aritegui*,¹⁴⁶ y siguiendo a otros filósofos como *Dilthey* y *Rickert*, distinguió las ciencias del espíritu de las ciencias naturales y profundizó en la concepción de los objetos culturales, así mismo estudió la *teoría de los valores* de *Max Scheller*. *Cossio* fue defensor de la *Teoría Pura de Kelsen* y toma parte de esta concepción para incorporarla en su *Teoría ecológica*, pero ha mantenido una posición crítica como así demuestran los debates realizados por *Carlos Cossio* y *Hans Kelsen*.

El filósofo jamás a negado a las fuentes que sirvieron para la formulación de su Teoría, como reconoce expresamente en la Segunda Edición de su obra *Teoría Ecológica del Derecho*: «Sin embargo, corresponde a mi lealtad declarar que para llegar a la total inteligencia de la concepción ecológica del Derecho creo necesario un adecuado conocimiento de *Kant, Husserl* y *Heidegger* -además

¹⁴⁵ LACLAU, MARTÍN. *Carlos Cossio (1903-1987)*, Anuario de Filosofía jurídica y social, N° 17, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 128.

¹⁴⁶ ARÍSTEGUI, ABEL. *Oposiciones fundamentales a la Teoría Ecológica del Derecho*, La Plata, Ed. Platense, 1968.

de Kelsen- que desgraciadamente por razones de espacio no puedo poner en este libro al alcance de los juristas, pero que ha de encabezar el Tratado que alguna vez he de escribir»¹⁴⁷

La *Teoría Egológica* sostiene que el Derecho es la conducta de los hombres, es en definitiva, aquella misma libertad con la que unos interfieren o pueden interferir en la conducta de los otros. Esta tarea ha sido mostrada como la que media entre el *ser* propio de la naturaleza y el *deber* - o *deber ser* - característico del Derecho y de la Moral.

Hasta la aparición de **Cossio** en la escena histórica, la diferencia aparece como *categoría mental* (tal como lo podemos encontrar en *Kant* y en *Kelsen*). Desde las categorías inauguradas por la filosofía existencial, la *Egológica* señala una diferencia en el objeto y no de orden meramente conceptual entre las ciencias jurídicas y las ciencias naturales, siendo la *vida humana* en su libertad para las primeras, y la vida biológica para las segundas.

Enrique Aftalión, F. Olano García y Vilanova¹⁴⁸ dicen que para **Cossio**, el *deber ser* no es una *mera categoría mental* sino que la conducta existe como un *deber ser existencial*, puesto que el hacer del hombre es siempre un *proyecto anticipado a su futuro*.

En cuanto a la *interpretación de la norma jurídica*, **Carlos Cossio** sostiene que *no es la ley, sino la conducta humana a través de la ley*. **Ariel Álvarez Gardiol**¹⁴⁹ afirma que la teoría de **Cossio** parte del concepto de que el derecho es «*la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia*» en otras palabras, «*la conducta humana*» Entiende que éste es el punto de partida de toda elaboración de la *Teoría de Cossio* y el *objeto del derecho*.

Werner Goldschmidt en su comentario a esta teoría, considera que la teoría de **Cossio** tiene una doctrina sociológica de la interpretación, según la cual el objeto de la interpretación no es la norma sino la conducta por medio de la norma, dice **Goldschmidt** explicando la *teoría egológica*, la *norma* no es sino el medio comparable al lenguaje, a través del cual conocemos el verdadero objeto de la interpretación que es la conducta. Lo que el autor entiende es lo que **Cossio** tiene en mente, cuando habla de la interpretación de la conducta a través de la norma, no es en realidad la interpretación de la norma, sino su aplicación, porque que mientras que la *interpretación* de la norma tiende un puente de la *norma a la voluntad de su autor*, la *aplicación de la norma tiende un puente entre ésta y la conducta* a enjuiciar.

José Silva Cueva¹⁵⁰ invoca el surgimiento en el Perú de una nueva corriente filosófica denominada *Teoría Pluridimensional del Derecho* sostenida por **José Antonio Silva Vallejo**,¹⁵¹

¹⁴⁷ COSSIO, CARLOS. *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2a. ed., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 14.

¹⁴⁸ AFTALIÓN, ENRIQUE, OLANO GARCÍA, F Y VILANOVA, J. *Introducción al Derecho*, edit. El Ateneo, Buenos Aires, 1999, p. 854.

¹⁴⁹ ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL. *Manual de Filosofía del Derecho*". Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1979, p. 195.

¹⁵⁰ SILVA CUEVA, JOSÉ. *Visión tridimensional del Derecho*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, www.filosofiyderecho.com/rtd/numero6 (05-02-07).

¹⁵¹ SILVA VALLEJO, JOSÉ ANTONIO. (Chiclayo, 12.02.1936). En 1960 se recibe como Bachiller en la UNMSM con la tesis *La Mala Fe en el Proceso Civil* y de Doctor en Derecho, en 1970, con la tesis *Teoría General del Proceso*. Vocal de la Corte Suprema, publica la obra *La Ciencia del Derecho Procesal*. edit. FECAT, Lima, 1991

para quien el Derecho no sólo abarca normas, hechos y valores, incluye afinidades e ideologías. En su conferencia «*La Teoría Pluridimensional del Derecho*» ofrecida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, señaló que el *Derecho no está constituido sólo por normas, hechos y valores, sino también por factores como el tiempo y el espacio jurídico, y la historia junto con sus afinidades e ideologías*. Afirma que es complicado dar una definición precisa del Derecho, pues son diversas las respuestas como las escuelas, las doctrinas, los juristas y el ciudadano mismo, a tal grado que pretende identificarse al Derecho con la ley.

Mencionó que el Código Francés y la Escuela de Exégesis Francesa fueron los que se encargaron de proponer una solución al problema de la supuesta identidad entre el derecho y la ley, mediante el planteamiento de la explicación. Otros autores han señalado que para el jurisconsulto, abogado o juez, sólo existe un solo derecho: el *derecho positivo*.

La *Teoría pluridimensional* ha sido reconocida por muchos filósofos del Derecho, sin embargo la norma jurídica no es estática, sino que se encuentra en constante dinamismo en la regulación de las relaciones jurídicas materiales o adjetivas, es decir, en la aplicación de la norma jurídica en el tiempo, la realidad objetiva, circunstancias y condiciones históricas, ideológicas y políticas ya no soy las mismas que crearon la necesidad de ser legisladas por el órgano estatal competente, pero en su interpretación para la aplicación de la norma jurídica tiene que hacerse considerando las nuevas condiciones objetivas de la época de la aplicación, la que tiene que ser siempre justa en bien de la paz social.

2. DEFINICIÓN DE NORMA JURÍDICA

Con las *Teorías del Derecho* brevemente expuestas, se puede concluir en términos generales que se han establecidos tres concepciones de la norma jurídica formuladas por cada una de las *Teorías filosóficas del Derecho*.

Para *Kelsen*,¹⁵² (*Teoría pura del Derecho*) considera al Derecho desde dos puntos de vista:

a) El derecho considerado desde el punto de vista *estático*, el derecho es solamente el sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no su consentimiento. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionan sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

b) El derecho considerado desde el punto de vista *dinámico*, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refiere las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres, y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación.

¹⁵² KELSEN, JANS. *Teoría pura del derecho*, 14° edic. Edit.EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 197, pp. 43 y 44.

Goldschmidt y Reale (Teoría tridimensional del Derecho), los máximos exponentes de esta *Teoría*, consideran la triple dimensionalidad de la estructura del mundo jurídico, como ya hemos expuesto.

Goldschmidt,¹⁵³ dice que «La norma contiene la descripción de las ordenanzas, tanto de los mandamientos como de las órdenes. Los mandamientos se captan en las normas generales y las órdenes en normas individuales. La captación lógica se lleva a cabo por una persona que se considera tercero en la situación, aunque realmente no lo fuere» agrega que «la norma tiene además de la función prescriptora, la función integradora»

Carlos Cossio (Teoría egológica del Derecho), sistematizó como doctrina sociológica que el objeto de la interpretación no es la norma sino la conducta humana por medio de la norma. La norma no es sino el *medio comparable al lenguaje* a través del cual conocemos el verdadero objeto de la interpretación que es la conducta.

Afirma que la norma jurídica es el reflejo de las relaciones intersubjetivas de los sujetos ya existentes, por lo que considera que el *objeto del Derecho son las conductas intersubjetivas* y no la norma jurídica como sostiene la *Teoría de Kelsen*.

Para *Teoría pluridimensional* siendo su representante **José Antonio Silva Vallejo**, la norma jurídica es la expresión de las circunstancias económicas, sociales, culturales, ideológicas y culturales de determinado momento histórico que se promulgó la norma jurídica.

En conclusión, como se puede ver que no es fácil expresar la esencia de la norma jurídica, teniendo en cuenta la síntesis expuestas de las teorías filosóficas del Derecho.

En un intento de expresar algunas características esenciales, *definimos a la norma jurídica como regla u ordenación del comportamiento humano dictado por el órgano estatal competente con criterio axiológico prescribiendo deberes y derechos de observancia obligatoria, y en caso de incumplimiento tiene como consecuencia una sanción que se hace efectivo con la coerción.*

La *norma jurídica* diferencia de otras normas de conducta por su carácter bilateral, heterónomo y coercible, la interpretación y aplicación tendrá como fundamento las condiciones y circunstancias del dinamismo histórico social concreto, aplicado al caso particular en cumplimiento con su objetivo mediato, el *equilibrio de la convivencia social*.

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al Derecho (Estructura del mundo jurídico)*, Edit. Aguilar, Buenos Aires, 1962, p. 197.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA JURIDICA

Es necesario recordar las características de la norma jurídica que son las siguientes:

a) Imperatividad

Consiste en un mandato imperativo dirigido al sujeto de derecho para adoptar determinado comportamiento ordenando o prohibiendo. El *imperium* de la norma se encuentra implícito en el juicio hipotético, por ejemplo el supuesto A debe ser B, sin necesidad que la norma esté redactada en expresiones imperativas. Se tenga presente que toda norma tiene su correlativo que obliga a los demás el cumplimiento de un deber.

También tenemos las normas *permissivas o facultativas* que no mandan ni prohíben, y para algunos autores no constituyen normas imperativas, como afirma *Aníbal Torres Vásquez*,¹⁵⁴ la norma permisiva existe solamente para limitar o definir un mandato o una prohibición preexistente que se encuentra prescrito dentro del sistema del ordenamiento jurídico.

Consideramos que no excluye a estas normas el carácter coercitivos, porque nadie puede impedir el ejercicio del derecho facultativo o permisivo bajo responsabilidad civil, penal o administrativa, en aplicación del principio *nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni está prohibido de hacer lo que la ley permite*, tienen implícito la obligación de la observancia por terceros la libertad del ejercicio de sus derechos facultativos, o permisivos.

b) General y abstracta

La norma jurídica regula las relaciones jurídicas de todos los sujetos nacionales o extranjeros domiciliados en el país que se encuentren dentro de las hipótesis normativas, los destinatarios de las normas jurídicas son indeterminados y todos están obligados a observarlas.

El art. 2º, inc. 2 de la Constitución Política del Perú en vigencia, prescribe esta característica de la norma jurídica, sin embargo, también prescribe las excepciones a la generalidad, esta norma constitucional declara el *derecho fundamental de la persona humana*, expresando:

«Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole»

La Carta magna no ha podido dejar al margen la prevención de realidades objetivas que requieren regulación con leyes especiales, porque así exigen la naturaleza de las cosas. Está prescrito por el art. 103º de la Constitución:

«Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas»

¹⁵⁴ TORREZ VÁSQUEZ, ANÍBAL. Op. cit., p. 70.

Esta norma constitucional es concordante con el art. 187º, 2ª parte de la Carta magna: «*La ley contiene disposiciones especiales para facilitar el voto de los peruanos residentes en el extranjero*» Esta norma está orientada a garantizar el derecho de sufragio.

La norma jurídica es *abstracta*, porque es aplicable a todos los casos que sean similares, es decir que reúnan los mismos requisitos del supuesto de hecho contenido en la norma del cual depende la consecuencia jurídica que formula la hipótesis normativa, es imposible la regulación normativa para cada caso específico.

También nos encontramos ante una realidad objetiva, existen normas que no tienen el carácter de *generalidad y abstracta*, son las denominadas normas jurídicas individuales, por tener *particulares categorías de destinatarios* y son las que se dirigen a una o varias personas determinadas, por ejemplo: los ascensos militares, la sentencia judicial, el laudo arbitral.

Es necesario resaltar que la norma jurídica pierde su carácter general y abstracto, cuando por su aplicación se convierte en mandato o prohibición concreta, pero no significa que la norma se ha extinguido por este acto, como en el caso de la sentencia, el laudo, etc.

c) Coercibilidad

La norma jurídica prescribe una sanción a los destinatarios que no han observado las hipótesis normativas, expresa una amenaza de sanción, es la fuerza externa que se ejerce sobre el sujeto que ha violado el mandato o la prohibición. Sin embargo, no toda norma jurídica implica una sanción, en estos casos la sanción está prevista por otras normas del sistema jurídico. Por esta razón *Aníbal Torres Vásquez*¹⁵⁵ sostiene que es más apropiado hablar no de normas coactivas, sino de *sistemas jurídicos coactivos*, porque es el sistema el que contiene normas coactivas, sin que por esto todas sus normas deban contener sanciones.

4. DEFINICIÓN DE NORMA PROCESAL CIVIL EMPRESARIAL

La definición de *norma procesal* es también otro problema, partiendo de la complejidad de sus funciones al poner en movimiento la función jurisdiccional con el inicio del proceso. Podemos definir a las *normas procesales* como aquellas que regulan la función jurisdiccional del Estado estableciendo la organización, jurisdicción y competencia, creando derechos y obligaciones garantizando el derecho de defensa y el debido proceso, la regulación de la relación jurídica procesal y la dinámica procesal en la prestación efectiva de la tutela jurisdiccional en materia civil empresarial, desde la etapa postulatoria hasta la decisión jurisdiccional con la sentencia u otra resolución homologada, garantizando la seguridad jurídica con la doble instancia jurisdiccional.

Esta definición adoptada permite distinguir las normas constitucionales que regulan la función jurisdiccional, las normas orgánicas constituidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Códigos Procesales en materia Civil Empresarial (*Código Procesal Civil en el Perú, Código*

¹⁵⁵ TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL. *Derecho civil*, op. cit., p. 72-73.

Procesal Civil y Comercial en Argentina, Ley de Enjuiciamiento Civil en España), y normas reglamentarias.

5. CLASES DE NORMAS PROCESALES

La doctrina también ha establecido varios criterios de clasificación de las normas procesales, dentro de ellos citamos al jurista *Alberto Gonzáles Quiroga*,¹⁵⁶ quien pretende hacer una clasificación de las normas procesales desde el punto de vista formal, material y del punto de vista orgánico. En sentido *formal*, son las que regulan el procedimiento, en sentido *material* regulan la capacidad de las partes y en el sentido *orgánico*, regulan a los órganos jurisdiccionales y competencia conforme a la Constitución Política del Estado.

Partiendo del objeto de regulación de las normas procesales, se clasifican en normas constitucionales, normas orgánicas y normas de procedimiento.

a) Normas procesales constitucionales

Son las normas jurídicas previstas por la Constitución Política del Estado, en términos generales determinan las bases fundamentales de la función jurisdiccional, la constitución de los Órganos jurisdiccionales y los principios fundamentales que garantizan la prestación efectiva de la tutela jurisdiccional por el Estado con la impartición de justicia, y se ejerce exclusivamente a través del Poder Judicial, en aplicación de la teoría clásica de la división de poderes, y actualmente ha revolucionado la concepción de la independencia del Poder Judicial como un derecho, garantía y seguridad de la sociedad.

El *art. 138°* de la Constitución Política del Estado de 1993 expresa, que la administración de justicia emanada del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes.

Generalmente en diversas Constituciones del Estado se ha establecido el sistema de control constitucional difuso o cerrado como el sistema austriaco, y en otros el sistema de control constitucional mixto, como en el caso del Perú, para que los jueces apliquen las normas constitucionales cuando se produce incompatibilidad con una norma legal, y la aplicación de la norma legal sobre toda norma de rango inferior.

Las *normas procesales constitucionales* han elevado a norma constitucional los principios que rigen la función jurisdiccional, como la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la independencia de los magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso, la publicidad de los procesos con las excepciones que la ley prescribe, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias con mención expresa de la norma aplicable y los fundamentos de hecho, salvo las resoluciones de mero trámite, la pluralidad de instancia, el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, el principio de inaplicabilidad por *analogía* de la ley penal y de normas jurídicas que

¹⁵⁶ GONZALES QUIROGA, ALBERTO. *Derecho procesal* (México), me//A.Monografias_com-Derecho Procesal (México).

restringen derechos (*pueden ser civiles, laborales, tributarios, etc.*), el principio de la gratuidad de la administración de justicia, la prohibición de ejercer función jurisdiccional por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la Ley, etc.

Las *normas procesales constitucionales*, determinan los Órganos jurisdiccionales jerárquicamente establecidos, garantizan los derechos de los Magistrados en el ejercicio de su función, la independencia y autonomía de la administración de justicia, y prescriben los requisitos para el nombramiento. En el caso del Perú la Constitución de 1993, en el art. 147° prescribe los requisitos exigidos para ser magistrados de cada jerarquía, así mismo con la finalidad de garantizar la independencia de la administración de justicia como garantía fundamental de la sociedad en un Estado de Derecho, ha instituido el *Consejo Nacional de la Magistratura* para el nombramiento y control disciplinario de los Magistrados, ejerciendo la función administrativa y función jurisdiccional de conformidad con la Ley Orgánica del CNM.

b) Normas procesales orgánicas

En términos generales son las normas jurídicas que reglamentan las normas constitucionales y en el caso del Perú tienen la misma jerarquía con las normas ordinarias, pero para su aprobación se requiere más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, de igual modo no puede ser derogada por una norma ordinaria, como prescribe el art. 106° de la Constitución Política del Estado, expresando:

«Artículo 106°. Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso»

Embargo teniendo en cuenta las exigencias de aprobación de la votación de más de la mitad del número legal de congresistas, por lo que sentido lógico jurídico, la Ley Orgánica es considerada como una figura intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, de tal manera que dentro del sistema de fuentes, ostenta un nivel jerárquico superior, lo que implica que una ley ordinaria no podría derogar aquella. Ante la situación planteada, es necesario tener en cuenta la eficacia del *principio derogatorio*, según el cual la derogación de una norma legal sólo puede verificarse por una norma jurídica de categoría igual o superior y ha de efectuarse mediante los trámites formales que corresponden a la norma derogatoria en cuestión, es decir, la ley ordinaria no podría derogar a la orgánica, cuando regulen la misma materia. En casos de conflictos derogatorios se produce la acción de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional a través de su fallo en su función de garantizar la aplicación de las normas de la Constitución, se justifica por razones de seguridad jurídica, que exige la certeza de un sistema de fuentes dentro del ordenamiento jurídico orientado hacia la vigencia de los postulados constitucionales.

Las normas procesales orgánicas son las normas jurídicas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ley reglamentaria de las normas constitucionales sobre la organización y funciones del Poder Judicial. Estas normas jurídicas establecen la estructura del Poder Judicial,

los distritos judiciales, la competencia especializada y territorial, los deberes y derechos de los magistrados, de los justiciables y de los auxiliares jurisdiccionales, como secretarios, peritos, abogados, etc. partiendo de los principios fundamentales que garantizan la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

c) Normas procesales civil empresarial

Las normas jurídicas procesales generalmente están contenidas en los Códigos Procesales Civiles, son las normas de procedimiento por excelencia, reguladoras del derecho a la prestación efectiva de la tutela jurisdiccional en materia civil empresarial en la solución de los conflictos de intereses o incertidumbres, regulando las instituciones del proceso como jurisdicción, competencia, capacidad procesal, y la conducta de las partes de la relación jurídica procesal (*litigantes y juez*), el dinamismo de los actos procesales desde la etapa postulatoria hasta la ejecución de las sentencias o resoluciones homologadas con este carácter.

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS PROCESALES

La naturaleza esencial de las normas jurídicas procesales es el carácter *instrumental*, y tienen por finalidad hacer posible la actuación de los derechos garantizados por normas materiales en la solución de conflictos de intereses. Esta característica todavía sirve de sustento para algunos juristas que mantienen su posición negativa del carácter científico del Derecho Procesal.

Los juristas han tratado de explicar la naturaleza jurídica de la norma procesal, dentro de los más destacados autores citamos a *Chiovenda*,¹⁵⁷ quien denomina a la norma *ley procesal* como «la ley reguladora de los modos y condiciones de la situación de la ley en el proceso, así como de la relación jurídico-procesal» Es de derecho público, porque regula una actividad pública, sin embargo formula la hipótesis si el conflicto es principalmente de interés de las partes, la ley procesal está obligada a tomar en cuenta la voluntad de las partes. Concluye el autor, que *las leyes procesales pueden ser dispositivas porque el incumplimiento por las partes pueden ser subsanadas en forma expresa o tácita, y absolutas o impositivas son las que su cumplimiento es obligatorio con consecuencias negativas a las partes*.¹⁵⁸

*Kart Binding*¹⁵⁹ (alemán que justificó la ley de la eutanasia), hace un análisis de la norma procesal penal, expresando que ésta aplica la sanción no porque haya sido inobservada, sino porque ha sido cumplida, y partiendo de este presupuesto, afirma que la norma procesal penal es una *norma de determinación*, porque no contiene ningún juicio de valor, sino ejecuta lo que otra norma previa ha previsto una norma de conducta, denominada *norma de valuación*. El autor

¹⁵⁷ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de E. GÓMEZ DE ORBANAJE, vol. I, op. cit., p. 74.

¹⁵⁸ IBIDEM. Vol I, Op. cit. «No existe, pues, un proceso convencional, lo que quiere decir que el juez y las partes no pueden gobernar a capricho el proceso; pero en casos determinados las partes son libres de no atenerse a una norma procesal, ya sea poniéndose de acuerdo para ello expresa o tácitamente ya sea omitiendo el hacer resaltar su inobservancia».

¹⁵⁹ BINDING, KART. *Die Normen und ihre Übertretung*, cit. por PIERO CALAMANDREI en *Estudios sobre el proceso civil*, edit. Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina 1961, p. 25.

distingue entre estas normas, diciendo que las *normas de valuación* contienen juicios hipotéticos genéricos como patrones de conducta, mientras que las *normas de determinación precisan la conducta considerada conforme o contraria a la norma de valuación*.

Francesco Carnelutti¹⁶⁰ ha formulado la tesis de la *instrumentalidad* de la norma procesal, afirmando que todas las normas jurídicas constituyen reglas de conducta que componen un conflicto de intereses, haciendo la distinción de las *normas materiales* que establecen relaciones jurídicas de *derecho de obligaciones*, produciéndose conflictos en las relaciones jurídicas materiales, mientras que las normas procesales denominadas *instrumentales* se caracterizan porque atribuyen un poder e imponen una sujeción en la relación jurídica procesal, y entre estas normas se entrelazan.

Como expone **Carnelutti**, resalta la diferencia de *sujeción y obligación*. La *primera* es la ineficacia de querer para sí algo y está sujeto a ciertas condiciones a las que tiene que someterse para adquirir una utilidad, es la expresión del poder sobre el sujeto pasivo en la relación jurídica reconociendo su ubicación en el lugar inferior del otro que tiene el poder, y la *segunda* es la limitación de la libertad para decidir. Afirma **Carnelutti** que el *poder* y la *sujeción* no puede ser violada, *contrario sensu* el derecho y la obligación son posibles de inobservancia, por ser fenómenos endógenos o psicológicos de los sujetos.

En cuanto al derecho facultativo, el autor sostiene que es la *antítesis* de la obligación, porque es la capacidad de obrar en el campo de la libertad, y por tanto el *derecho subjetivo* no es otra cosa que un interés protegido por una facultad.

Finalmente el jurista concluye que la *norma material* también cumple la *función de instrumental*, y de igual manera la *norma instrumental* cumple la *función de norma material*, por la interrelación entre éstas.

Piero Calamadre¹⁶¹, en cuanto a la naturaleza de la norma procesal también parte su posición de la teoría de *Binding* como **Carnelutti**, afirmando que la norma material no está dirigida al juez sino a regular las relaciones jurídicas materiales mientras no le dirige mandato, en cambio la *norma procesal impone* incluso *al Juez el deber de sentenciar* en los términos previstos en la norma procesal, resaltando que «*La norma de derecho privado no habla al juez: manda a los ciudadanos en prevención de que obedezcan, y no supone previamente la hipótesis de su rebelión. Destinatario de las voluntades concretas derivadas de la norma es siempre el particular, el juez, como tal,*

¹⁶⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina 1944, edit. UTEHA, tomo I, p. 60. Al final concluye el jurista que la norma procesal y material cumplen funciones de material e instrumental conforme a la cita: «a) Hemos visto, por una parte, que para llevar a cabo la obligación puede la ley atribuir un poder (derecho) al titular del interés protegido. En tal caso, se puede penar que la norma material obra, además, como norma instrumental porque compone un conflicto de intereses atribuyendo un poder al interesado. Este es un primer punto de contacto entre normas materiales e instrumentales que permitiría hablar de normas materiales con eficacia instrumental. b) En segundo lugar, se verá mediante la actuación del poder y de la sujeción la ley puede constituir obligaciones y derechos (al ejercicio del poder). En tal caso, por un motivo contrario al considerado en a) la norma instrumental obra también como norma material y es justo que entonces se hable de normas instrumentales con eficacia material»

¹⁶¹ CALAMANDREI, PIERO. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Argentina, 1961, Edit. Bibliográfica, p. 24 y 25.

no es nunca destinatario de las voluntades de la ley nacidas con ocasión de la relación jurídica que constituye el objeto, el tema de su decisión»

Goldschmidt, considera que el Estado en cumplimiento de la función jurisdiccional entabla relación jurídica con el individuo o justiciable, la misma que está regulada por un derecho judicial.

La relación jurídica se clasifica en *relación judicial material* y *relación judicial formal* y a cada una corresponde un tipo de derecho.

El *derecho judicial material* está constituido por normas materiales denominadas también *sustanciales*, son las que describen determinadas conductas en una relación jurídica privada determinada, a través de las cuales el Estado otorga tutela jurídica. El *derecho judicial formal* está constituido por normas que tienen como destinatarios a los jueces, para regular la formalidad de pedir justicia al Estado.

Para el autor, *este no es otra cosa sino el Derecho Privado considerado y complementado desde un punto de vista jurídico y público. Detrás de cada precepto del derecho privado se encuentra su proyección en el Derecho judicial material*¹⁶²

Clemente A. Díaz,¹⁶³ llamado también **Carlo Carli**, define a la norma procesal «*como una norma jurídica que contiene facultades, poderes y deberes procesales impuestos al justiciable y al juez o que se vinculan directamente con el justiciable y el juez*» El jurista distingue como características más saltantes de la norma procesal las siguientes: a) *pertenece al derecho público*, b) *es instrumental*, y c) *es autónoma*. Además para el autor, existen tres clases de normas jurídicas:

a) **Normas que tienen un juicio de valor** de la conducta humana, por ejemplo el art. 1356° del C.C. peruano prescribe «*Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas*» También el Art. 168° del C.C. expresa: «*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*» Estas son *normas de valoración* de la conducta de los sujetos de la relación jurídica material.

b) **Normas de decisión**, son las que establecen una sanción al incumplimiento de las normas de valuación. Por ejemplo el art. 1556° del C.C. citado tiene el carácter de norma de decisión: «*Cuando se resuelve la compraventa por falta de entrega, el vendedor debe rembolsar al comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado e indemnizarle los daños y perjuicios*» Asimismo la norma prescrita por el art. 1954° del C.C. expresa: «*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a indemnizarlo*»

c) Las **normas de organización**, son las que no contienen juicios de valor, ni ayuda al juez a decidir, porque tienen por finalidad planificar la estructura el sistema jurídico dentro del cual el juez tiene que decidir aplicando la norma de valuación.

¹⁶² GOLDSCHMIDT, JAMES. *Teoría general del proceso*, Barcelona, España, 1936, Edit. Labor S.A., p. 26.

¹⁶³ CARLI, CARLO. *La demanda civil*, Buenos Aires, Argentina, 1973, Edit. Lex, p. 60.

Las normas de organización a su vez se clasifican en subtipos:¹⁶⁴

i) Las *normas de valuación de organización*, como el derecho al debido proceso recogido por el art. 139º, inc. 3 de la Constitución del Estado de 1993 considerado como principio:

«**Artículo 139º.**- Son Principios y derechos de la función jurisdiccional: ...

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

El art. I del T.P. del Código procesal civil peruano declara esta garantía: «*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*»

ii) Las *normas de decisión de la organización*, son las que viabilizan al juez para tomar decisión dentro del proceso. Por ejemplo, ordenar de oficio la actuación de pruebas, como prescribe el art. 194º, primer párrafo del C.P.C.

«*Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes*»

En vía de excepción, este artículo en el segundo apartado faculta al juez a ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una audiencia especial, porque los menores de edad pueden comparecer al órgano jurisdiccional a través de sus representantes legales, padres y tutores.

Clemente A. Díaz diferencia las normas de proceder de la organización que también las denomina *normas procesales por excelencia*, son las encargadas de regular los actos procesales desde el inicio del proceso hasta la ejecución de la sentencia.

7. INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES

La interpretación de las normas jurídicas procesal civil empresarial tienen que hacerse teniendo partiendo de su carácter intrínseco de *instrumentalidad*, debiendo ser entendidas en relación a los fines que persiguen. La interpretación debe obedecer a criterios genéricos de interpretación que requiere toda norma jurídica.

Wilson de Sousa Bathala Campos¹⁶⁵ afirma que la doctrina tenía como finalidad buscar en la interpretación de la norma la voluntad del legislador. **Savigny**¹⁶⁶ estableció como elementos

¹⁶⁴ DIAZ, CLEMENTE A. *Instituciones de derecho procesal*, Buenos Aires, 1972, edit. Abeledo Perrot, p. 68.

¹⁶⁵ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. *Instituições de direito judiciario do trabalho*, op. cit., p. 126.

¹⁶⁶ SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON. Jurista alemán, fundador de la escuela histórica del derecho alemana. Fue profesor en las universidades de Marburgo y de Landshut y el primer catedrático de Derecho romano en la Universidad de Berlín. A partir de 1848 se dedicó exclusivamente a realizar trabajos científicos publicando *De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la*

metodológicos el *gramatical, lógico, histórico y sistemático*, sin embargo con la interpretación no se investiga la voluntad psicológica del legislador, sino la voluntad normativa. La expresión clásica del espíritu de la norma, pretende hacernos comprender a la norma como un ente viviente que se adapta a determinadas circunstancias históricas.

Esta forma de entender a la esencia de la norma jurídica es metafórica, la interpretación consiste en la adecuación de las normas a circunstancias concretas de espacio y tiempo determinados, diferentes a aquellas en que fueron dictadas por el Poder Legislativo.

Esto justifica la vigencia del derecho objetivo en el tiempo, adecuándose a la dinámica de la sociedad tan cambiante expresados en los fenómenos sociales, económicos, culturales y políticos, a pesar que muchas normas jurídicas estuvieron dirigidas a mantener determinada seguridad jurídica, siendo traspasadas por fuerzas imperantes de cambios dialécticos del poder suboficial de una sociedad estatal. Los jueces interpretan la norma para su aplicación confrontando con la realidad objetiva concreta, conforme al avance la materialización histórica de la justicia.

Esta es la explicación por lo que en muchos casos las normas jurídicas continúan vigentes por varias décadas e incluso han superado siglos, como la Constitución Política de Estados Unidos de Norte América aprobada el 17 de septiembre de 1789 continúa vigente, y en otros casos también han fenecido en poco tiempo, tenemos las denominadas leyes muertas, sin necesidad de derogación expresa o tácita.

Como afirma *Wilson de Sousa Campos Batalha*,¹⁶⁷ la interpretación de la norma consiste fundamentalmente en reconducir la ley a la vida, porque la ley al surgir fue vida viviente: objetivándose pasó a ser *vida ya vivida*, vida que se tornó estática y objetiva: la interpretación la encamina nuevamente a la vida, inyectándole *vida revivida* en consonancia con las circunstancias renovadas de cada momento.

*Gian Antonio Micheli*¹⁶⁸ con gran conocimiento de causa, señala que la interpretación de las normas procesales son complicadas por su carácter de *instrumentalizadas*, señalando que la «*naturaleza instrumental de las normas procesales se refleja sobre todo en la dificultad de someter dichas normas a una interpretación evolutiva (posible, sin embargo, en otros campos del derecho), cuando el perdurar en el tiempo de ciertas normas hace necesaria su adecuación a las eventuales modificaciones, que hayan tenido lugar en los principios generales del ordenamiento jurídico. El carácter instrumental y forma de las normas procesales hace, a mi entender, dichas normas indiferentes respecto de cambios de ese*

jurisprudenciaa, (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft), Heidelberg, 1814; *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin (1840-1849); trad. *Sistema del derecho romano actual*: Analecta editorial, Pamplona, 2004.

¹⁶⁷ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit. p. 126.

¹⁶⁸ MICHELI, GIAN ANTONIO. *Curso de derecho procesal civil*, tomo I, op. cit., p. 118. MICHELI vivió en Italia, nació en 1913 (Milão) falleció en 1980 (Roma). Fue profesor de Derecho Procesal Civil en las Universidades de Parma, Messina, Urbino, Bari y Firenze y de Derecho Tributario en Roma. Dirigió la Escuela Ezio Vanoni de Roma y co-director de las *Rivista diritto finanziario e scienza delle finanze (1967-80)*; Banca, borsa e titoli di credito; Rivista di diritto processuale; e Giurisprudenza costituzionale.

género» Así mismo agrega el autor «El cambio de la ley procesal civil hace necesario al intérprete recurrir a la nueva ley procesal, aunque el proceso ante el juez especial esté reglado por una ley anterior a la entrada en vigor de la nueva ley civil entendida como ley general»

La interpretación tiene su inmediato correlativo que es la aplicación de la norma, es decir que la norma procesal en abstracto es indispensable verificar su adecuación a la hipótesis en examen como primer momento, entonces es el segundo momento de aplicación en que lo abstracto se convierte en concreto al conjugarse la *quaestio juris* con la *guaestio facti*, concluyendo con un proceso axiomático para su aplicación.

Sobre el problema de la interpretación ha sido discutida y expuesta por muchos tratadistas como **L. Prieto Castro**.¹⁶⁹

8. ANTINOMIA NORMATIVA

8.1. Definición y características

La doctrina define a la antinomia jurídica como la oposición que se produce entre dos o más normas total o parcialmente contradictorias, emanadas de autoridades competentes en el mismo ámbito normativo, las cuales sitúan al destinatario en una posición insustentable por la ausencia o inconsistencia de criterios aptos para permitirle una salida en los cuadros del ordenamiento dado, como sostiene **Víctor F. Kumpel**¹⁷⁰. Entre varias clasificaciones de las antinomias se destacan: las *antinomias reales*, las que no tienen regla jurídica inmediata en el ordenamiento jurídico para la solución del caso concreto, sin que esto signifique que incide el *non liquet* para la hipótesis, porque cada caso necesita ser resuelto en forma particular. Las *antinomias aparentes* son aquellas para las cuales el ordenamiento encuentra forma sistemática de solución.

La antinomia normativa no es aceptada por la *Teoría Kelseniana*. **Bobbio** dice que para la comprensión específica del fenómeno de las antinomias, es el recorrido *de la parte al todo* resultaría afectado, es decir, si para dotar de eficacia a este recorrido se habría de pasar de la observación de *la particularidad del caso*, de la parte, a la construcción genérica de criterios *efectivos* de resolución de las antinomias que permitan restaurar la propiedad de coherencia que se le predica al ordenamiento jurídico. El fenómeno de las antinomias en los sistemas normativos constituye la presencia de *choques* entre dos normas incompatibles pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico, como dice **García Maynes**,¹⁷¹ ya sea (a) porque un determinado comportamiento está regulado por dos normas incompatibles, ya sea (b) porque para un mismo comportamiento están previstas consecuencias jurídicas incompatibles.¹⁷² En

¹⁶⁹ PRIETO CASTRO, L. tomo I, op. cit., p. 130.

¹⁷⁰ KUMPEL, VÍCTOR F. *A antinomia de segundo grau e o novo código civil brasileiro*, NF Online / Maio 2004, www.noticiasforenses.com.br/artigos/nf189/online/vitor-kumpel-189.htm (04-04-07).

¹⁷¹ GARCÍA-MAYNEZ, E., *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, pp. 31-32.

¹⁷² GUASTINI, R. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 409-410.

consecuencia, afirma **Teresa García Bravo**,¹⁷³ al término “*antinomia* se le pueden atribuir múltiples sentidos en el lenguaje jurídico (un *sentido lógico*, un *sentido empírico* o *incoherencia instrumental*, un *sentido valorativo* o *antinomias impropias*, etc.).

Norberto Bobbio se muestra partidario de ampliar el concepto estrictamente lógico de antinomia para alcanzar el de *contradicción normativa*, con la finalidad de poder incluir en él *la norma al orden del recorrido normativista de la parte al todo*, pero también una de las principales diferencias de **Bobbio**¹⁷⁴ con **Kelsen**, para quien serían jurídicos únicamente aquellos *órdenes constituidos* de normas jurídicas. *Las antinomias como exponente privilegiado de las problemáticas conexas a la constitución de un sistema normativo*. **Teresa García Bravo**¹⁷⁵ se formula la interrogante: si para la comprensión específica del fenómeno de las antinomias, este recorrido *bobbiano de la parte al todo* resultaría afectado, es decir, si para dotar de eficacia a este recorrido tendría que pasar de la observación de *la particularidad del caso*, de la parte a la construcción genérica de criterios *efectivos* de resolución de las antinomias que permitan restaurar la propiedad de coherencia que se le predica al ordenamiento jurídico.

El fenómeno de las antinomias en los sistemas normativos constituye la presencia de “choques” entre dos normas incompatibles pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico ya sea (a) porque un determinado comportamiento está regulado por dos normas incompatibles, ya sea (b) porque para un mismo comportamiento están previstas consecuencias jurídicas incompatibles, como sostiene **Guastini**.¹⁷⁶ En consecuencia, al término *antinomia* se le pueden atribuir múltiples sentidos en el lenguaje jurídico, es decir, y así sostiene **Iturralde Sesma**,¹⁷⁷ un *sentido lógico*, sostiene un *sentido empírico* o *incoherencia instrumental*, un *sentido valorativo* o *antinomias impropias*, escribe **Conte**,¹⁷⁸ etc.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado anterior, **Norberto Bobbio** se muestra partidario de ampliar el concepto estrictamente lógico de antinomia para abrazar así el de *contradicción normativa*, con la finalidad de poder incluir en él el mayor número posible de supuestos de contradicción, si bien no empírica ni valorativa entre enunciados normativos. Esta ampliación conceptual del fenómeno antinómico ilustraría extraordinariamente bien una de las principales diferencias que separan a **Bobbio** de las directrices generales de la actitud positivista, particularmente de **Kelsen**¹⁷⁹ y **Ross**, en el modo de determinar el contenido de la

¹⁷³ GARCIA-BRAVO, TERESA. *Decálogo de las principales aportaciones de Norberto Bobbio al tratamiento de las antinomias*, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/14garciaberrio.pdf (10 – 04 – 2007).

¹⁷⁴ BOBBIO, NORBERTO. *Prólogo a la primera edición*, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, trad. Alfonso Ruíz Miguel, p. 12 .

¹⁷⁵ GARCÍA BRAVO, TERESA. *Op. cit.*

¹⁷⁶ GUASTINI, R. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 409-410.

¹⁷⁷ ITURRALDE SESMA, V. *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 79 y ss.

¹⁷⁸ CONTE, A. G. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962, p. 59.

¹⁷⁹ GUASTINI. (2004), *op. cit.*, p. 115-116.

Filosofía jurídica y de concebir la Ciencia jurídica, es la discusión con **Bobbio**.¹⁸⁰ Por su parte **Hans Kelsen** considera una cuestión puramente lógica, afirmando que todo ordenamiento jurídico tiene que ser necesariamente coherente, en cambio para **Bobbio** esta afirmación para que sea coherente o incoherente depende únicamente de su contenido normativa.

Teresa García Bravo ¹⁸¹ dice que resultaría ser «una cuestión meramente empírica, un hecho, el que las normas que componen un orden jurídico no sean coherentes y, es más, que éstas nunca puedan llegar a serlo en la medida en que proceden de autoridades normativas diversas que persiguen políticas de derecho en conflicto permanente» **Troper**¹⁸² dice que es partidario de la construcción de la Teoría del Derecho como parte de una filosofía del Derecho *de los juristas*, desde la observación de la propia experiencia jurídica y la mera descripción de las prácticas jurídicas, es la firme posición de **Bobbio**,¹⁸³ manifestándose consciente de la imposibilidad efectiva de poder calificar, en la Filosofía del Derecho actual, dice **Gustini**,¹⁸⁴ a los ordenes jurídicos contemporáneos como sistemas puramente dinámicos en el que los únicos criterios de validez serían estrictamente formales. **Bobbio** no es tolerante de las antinomias jurídicas, afirmando que un ordenamiento jurídico constituya un sistema propiamente dicho, no debería coexistir en él normas incompatibles, porque el Derecho no tolera las antinomias, responsabilizando a quienes desempeñan un papel activo en las prácticas jurídicas con ingerencia en la producción y aplicación de las normas, los legisladores como productores de normas, al juez como aplicador de normas por excelencia en calidad de de aplicador-creador, a quien se le debe dar preferencia a la hora otorgar una serie de criterios, no tanto para la individualización de las antinomias en un discurso normativo, sino sobre todo para su resolución.

Bobbio considera a la determinación de antinomias normativas y su solución, como «dos problemas o tareas distintas que deben mantenerse siempre bien diferenciadas» El autor define la antinomia normativa, diciendo que es la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez. Esta concepción coincide básicamente con la de **A. Conte**, quien también explica que para que exista una antinomia jurídica, además de ser lógicamente incompatibles, las normas han de satisfacer dos requisitos: a) pertenecer al mismo ordenamiento jurídico, y b) tener los mismos ámbitos de validez temporal, espacial, personal y material.

¹⁸⁰ BOBBIO, NORBERTO. *Nature et fonction de la philosophie du droit*, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1962, pp. 7-8. KELSEN, HANS, Qu'est-ce que la Philosophie du droit?", en *op. cit. supra*, p. 131-132. Para Ross: v. Bobbio, "Être et devoir-être dans la science du droit", in *Essais de Théorie du droit*, cit., pp. 185-206. Ross, A., *On Law and Justice*, Londres, 1958, pp. 50-111. Para ambos autores: v. Champeil-Desplats, V., "Al Ross: droit et logique", in *Droit et Société*, 50, 2002, pp. 38 y 39.

¹⁸¹ GARCIA-BRAVO, TERESA. *Decálogo de las principales aportaciones de Norberto Bobbio al tratamiento de las antinomias*, op.cit.

¹⁸² TROPER, M. *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2003, p. 12-13. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 220 y ss.

¹⁸³ BOBBIO, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 40-43.

¹⁸⁴ GUASTINI, R. *L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues*, *Analisi e diritto*, 2000, pp. 92-93.

8.2. Calificación de antinomia normativa

*Mario Ruiz Sanz*¹⁸⁵ sostiene que los presupuestos para determinar una antinomia jurídica, según *Giacomo Gavazzi*¹⁸⁶ son los siguientes: En principio, cabría delimitar en qué supuestos existe una antinomia jurídica. Para ello, deben darse una serie de requisitos previos. *G. Gavazzi* señala que se produce una antinomia jurídica desde los siguientes presupuestos: a) Que sean normas jurídicas, b) que se encuentren vigentes, c) que pertenezcan al mismo sistema y, d) que formen parte del mismo ordenamiento jurídico.

Las exigencias anteriores pueden reconducirse a las características de juridicidad, vigencia y sistematicidad.

En concreto, siguiendo las tesis de *Norberto Bobbio*,¹⁸⁷ las condiciones en las cuales aparece una antinomia jurídica son básicamente tres:

a) Que se trate de dos normas que contemplen comportamientos lógicamente incompatibles (*la más importante*).

b) Que las dos normas (al menos) pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico.

c) Que las dos normas tengan el mismo ámbito de validez en su aplicación. En una norma pueden distinguirse cuatro ámbitos de validez: temporal, espacial, personal y material.

En función de su extensión o ámbito de aplicación, las *inconsistencias* normativas pueden ser como expone *Alf Ross*¹⁸⁸ y recogen, entre otros *Bobbio* y *Gavazzi*, de tres tipos:

1º) Inconsistencia total-total o incompatibilidad absoluta, cuando en ningún caso una de las dos normas puede ser aplicadas sin generar conflicto con la otra.

2º) Inconsistencia parcial-parcial (o superposición de reglas), si cada una de las normas tiene un campo de aplicación que entra en conflicto con el de la otra, y a su vez un campo de aplicación dentro del cual el conflicto normativo no existe. Sería una relación de incompatibilidad del tipo.

¹⁸⁵ RUIZ SANZ, Mario. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, edit. Dykinson, 2002, <http://premium.vlex.com/doctrina/Sistemas-juridicos-conflictos-normativos/2300-189,030.html> (11-04-2007).

¹⁸⁶ GAVAZZI, GIACOMO. *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959.

¹⁸⁷ BOBBIO, NORBERTO. BOBBIO, N., *Derecho y lógica*, trad. A. Rossi, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México D.F., 1965.

¹⁸⁸ ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963; *Lógica de las normas*, trad. de J. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971.

3º) Inconsistencia total-parcial o inconsistencia entre la regla general y la particular, en la situación en la que una norma tiene un ámbito de validez en parte igual y en parte diferente a otra norma. En este supuesto, existiría una antinomia jurídica total de la primera respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera, es decir, que la primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda, mientras que la segunda tiene un ámbito de aplicación que no se superpone con la primera y no crea una situación de incompatibilidad.

8.3. El problema de solución de antinomias jurídicas

Finalmente entraremos al somero análisis del *problema de solución* de la *antinomia normativa*, que también constituye un problema para el juzgador. **Mario Ruiz Sanz**¹⁸⁹ dice «bien distinta al reconocimiento de una antinomia normativa es la de su resolución, puesto que tras identificar las inconsistencias, hay que examinar las técnicas o métodos posibles que pueden ser usados para eliminarlas. A este respecto, se trata de saber si las antinomias pueden ser resueltas mediante unos criterios intrasistemáticos o reglas dispuestas a tal fin, y qué características y peculiaridades tienen las mismas, o si por el contrario, el propio ordenamiento jurídico no es capaz de dar cuenta del problema de las antinomias. En este sentido, podría afirmarse que el ordenamiento jurídico es coherente siempre y cuando existan unos criterios que permitan solucionar las antinomias; en caso contrario, la coherencia lógica o consistencia sólo se puede entender como un ideal inalcanzable, de imposible realización»

Entre los criterios más adecuados de solución de las antinomias tenemos:

a) El **criterio jerárquico**, por medio del vocablo *lex superior derogat legi inferiori* (la norma superior revoca la norma inferior), es decir, en el conflicto de la norma superior y la norma de menor jerarquía se aplica la norma superior, conforme a la pirámide de **Kelsen**.

b) El **criterio cronológico**, en aplicación del principio *lex posterior derogat legi anterior* (norma posterior deroga la ley anterior), como prescribe el art. I del T.P. del C.C. expresando que «La ley se deroga sólo por otra ley»

c) El **criterio de especialidad**, en aplicación de la expresión *lex especiales derogat legi general* (la norma especial revoca la norma general).

Los criterios de solución expuestos son aplicables a los casos de las denominadas *antinomias aparentes*, pero la dificultad en la solución de las *antinomias reales*, calificadas como de segundo grado. Estas antinomias son aquellas cuyos criterios de solución expuestos son insuficientes para resolver el conflicto, teniendo en cuenta en el hecho de envolver dos criterios simultáneos de solución, como en el caso de una norma superior anterior en conflicto con una norma inferior jerarquía posterior. El sistema es preparado para solucionar las *antinomias de primer grado o simples* haciendo uso de los criterios expuestos. Las *antinomias de segundo grado* implican el conflicto entre los tres criterios de solución, el criterio jerárquico es soberano en el conflicto con los demás, significa que la norma superior prevalece siempre.

¹⁸⁹ RUIZ SANZ, MARIO. Op. cit.

El gran problema se presenta en el caso de una norma general posterior en conflicto con la norma especial anterior. El C.C. brasileño resuelve el problema con el *criterio cronológico* y no con el *criterio de la especialidad*.

Para **Bruno José Ricci Boaventura**,¹⁹⁰ las antinomias normativas de segundo grado «significa, en otras palabras, que, en el caso de un conflicto en el cual no se pueda aplicar ninguna de los tres criterios, la solución del conflicto es confiada a la libertad del intérprete, podríamos cuasi hablar de un auténtico poder discrecional del intérprete, al cual cabe resolver el conflicto según la oportunidad, valiéndose de todas las técnicas hermenéuticas usadas por los juristas por una larga y consolidada tradición y no limitándose a aplicar una regla»

Maria Helena Diniz¹⁹¹ dice de una manera más general, en el caso de conflicto entre dos normas, para el cual no vale ni el criterio cronológico, ni el jerárquico, ni el de la especialidad, si el intérprete sea el juez o el jurista, tiene a su alcance tres posibilidades: 1) *eliminar una*, 2) *eliminar las dos*, y 3) *conservar las dos*.

Norberto Bobbio¹⁹² toma una posición frente a la deficiencia de la solución de las antinomias de segundo grado, con el *criterio de la libertad de interpretación*: «Esa incompletitud de los medios de solución de autonomías jurídicas conduce a la conclusión de que el conflicto normativo no podrá ser solucionado por criterios lógicos, o por procedimientos hermenéuticos pero podrá ser suprimidos por la edición de una norma derogatoria que opte por una de las dos normas antinómicas, o resolviendo por el empleo de una interpretación correctivo-equitativa o corrección. De este modo entre dos normas plenamente justiciables se debe opinar para permitir la aplicación del derecho con sabiduría, justicia, prudencia, eficacia y coherencia con sus principios»

En estos casos, el jurista precisa la actitud del juzgador que debe adoptar: «El juez deberá, por tanto, ante el *non liquet*, habiendo real antinomia normativa, optar por la norma más justa al solucionar el conflicto, orientándose por criterios seguros, pudiendo servirse hasta de criterios meta-normativo, superior a la norma, pero contenido en el ordenamiento jurídico, apartando la aplicación de una de las normas en beneficio del fin social y del bien común»

Las posibilidades del intérprete en busca de solución al conflicto normativo por la utilización del *criterio interpretativo*, será siguiendo las tres reglas ya expuestas: eliminar uno de las normas, eliminar las dos normas o conservar las dos normas.

¹⁹⁰ RICCI BOAVENTURA, BRUNO JOSÉ. *O fenômeno da antinomia jurídica*, Texto inserido no Jus Navigandi nº 678 (14.5.2005). <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6707&p=3> (31-03-2007).

¹⁹¹ DINIZ, MARIA HELENA. *Diccionario Jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1998. V. I. p. 211; .DINIZ, Maria Helena. *Conflicto de normas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5-6.

¹⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

a) *La primera posibilidad: eliminar una de las normas.* Es la denominada también interpretación *ab-rogante* impropia. Sobre esta posibilidad **Bobbio**¹⁹³ dice: «Mas se trata, en verdad, de ab-rogación en sentido impropio, porque, si la interpretación es realizada por el jurista, él no tiene el poder normativo y por tanto el jurista sugiere soluciones a los jueces y también al legislador. Si la interpretación es realizada por el juez, este en general, en los ordenamientos estatales modernos tiene el poder de no aplicar la norma que considera incompatible en el caso concreto, pero no el de sacarla del sistema (de ad-robarla), asimismo porque el juez posterior, teniendo que juzgar el mismo caso (caso similar), podría dar al conflicto de normas una solución opuesta y aplicar bien aquella norma que el juez precedente había eliminado»

La caracterización de *ab-rogación impropia*, tiene su fundamento en que el juez declara inaplicable determinada norma jurídica expresa o tácitamente al aplicar otra norma al caso concreto, sin que esto signifique la pérdida de su vigencia, que puede ser aplicada por otro juez en otro caso concreto, incluso puede ser aplicado en otro caso por el mismo juzgador. Esto porque el único que tiene la potestad de derogar la norma jurídica es el Parlamento o el Poder Ejecutivo por delegación constitucional.

b) *La segunda posibilidad: eliminar dos normas opuestas.* También **Bobbio** afirma que se produce cuando la cuestión del conflicto es de contrariedad y no de contradicción.

Las normas censuradas por el *axioma mayor del derecho*, su real finalidad de existencia, la *justicia*. No teniendo cómo aplicar al caso concreto la justicia por la selección de una de las normas, el intérprete debe *ab-rogar* las dos normas. Es decir si el juez se encuentra con dos normas contradictorias con la justicia, el juez no debe aplicarlas, declarándolas inaplicables, resolución que debe ser debidamente juramentada.

c) *La tercera posibilidad de conservar las dos normas.* Esta posibilidad es considerada por **Bobbio** y descartada por la doctrina moderna. Para el jurista la conservación de las normas y no la *ab-rogación* se daría por proceso interpretativo criterioso y descubrirá que las dos normas no están en condición de antinomia real, sino de antinomia aparente. Con este criterio se busca solución para los casos de normas inconciliables, para los criterios objetivos y lógicos.

María Helena Diniz sostiene que cualquiera de las clases de normas autónomas jurídicas tiene no una solución sino varias: «Como en el caso de laguna de conflictos, de antinomia de segundo grado, o de simple conflicto entre dos normas, existen varias soluciones incompatibles, no hay solución unívoca, por eso habrá discrecionalidad del órgano aplicador, que hoy puede aplicar una de ellas.

8.4. Conflicto entre criterios de solución.

A parte de las reglas de solución de las antinomias de segundo grado, surgen también conflictos de criterios en la solución de antinomias normativas de segundo grado. Sobre este apartado, el filósofo y jurista contemporáneo **Norberto Bobbio**, precisa que estos conflictos son los que generan las llamadas antinomias de segundo grado, establecidos los fundamentos para la resolución de estos conflictos. Los conflictos se producen al resolver las antinomias

¹⁹³ BOBBIO, NORBERTO. *Teoría do ordenamento jurídico*, op.cit., p. 101.

normativas de normas jerárquicamente superiores con las inferiores, las normas generales y especiales, así como el conflicto de estas normas por el orden cronológico, el conflicto de criterios tienen que resolverse con criterios no solamente lógicos, sino tendiendo sobre todo el valor justicia que es la aspiración de la humanidad, que es el fin del Derecho y como instrumento materializador de este valor, objetivo inmediato que constituye el medio fundamental para la solución del conflicto de criterios en la solución de antinomias de segundo grado.

Bobbio¹⁹⁴ afirma que «No se pueden aplicar al mismo tiempo poscriterios: los dos criterios son incompatibles. Aquí tenemos una incompatibilidad de que hablamos hasta ahora, entre normas, más de la incompatibilidad entre los criterios válidos para la solución de la incompatibilidad entre las normas. Al lado del conflicto entre las normas, habrá el conflicto de los criterios para la solución de las antinomias, que da lugar a una antinomia de segundo grado»

Pero **Bobbio**¹⁹⁵ precisa que la gravedad del conflicto deriva del hecho de que están en juego dos valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico, o del respeto al orden que exige el respeto de la jerarquía, y por tanto, el criterio de superioridad, y el de la justicia que exige adaptación gradual del Derecho a las necesidades sociales, y por tanto, respecto del criterio de especialidad.

No existiendo establecido una regla apropiada, la solución será siempre buscar la justicia e impartirla al quien es acreedor satisfaciendo los objetivos sociales. En este sentido afirma **Maria Helena Diniz**¹⁹⁶ que «En caso extremote falta de un criterio que pueda resolver la antinomia de segundo grado, el criterio para solucionar el conflicto normativo sería el principio supremo de la justicia: Entre dos normas incompatibles se debe escoger la más justa. Es así porque los referidos criterios no son axiomas, visto que gravitan en la interpretación al lado de consideraciones valorativas, haciendo que la ley sea aplicada de acuerdo con la conciencia jurídica popular y con los objetivos sociales. Por tanto, excepcionalmente, el valor *justum* debe logar entre dos normas incompatibles»

En la doctrina y en la casuística jurídica se han establecido varios criterios para resolver estos conflictos en la aplicación de las antinomias normativas, las que veremos más adelante al hacer el estudio de la sentencia.

Bobbio parte del tratamiento de las antinomias principalmente partiendo de la parte y el todo, talvez desde el punto de vista de la filosofía marxista que lo particular está comprendido en lo general. Para calificar o resolver el problema que estudiamos, parte de lo particular a lo general, es decir, la norma jurídica comprendida dentro del sistema jurídico, lo que significa tener que «abandonar la norma individual por el ordenamiento jurídico», con la finalidad de llegar a entender del fenómeno del derecho.

¹⁹⁴ BOBBIO, NORBERTO. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos, op. cit., p. 107.

¹⁹⁵ IBIDEM. Op. cit., p. 109.

¹⁹⁶ DINIZ, MARIA HELENA. Op. cit.

9. LA VIGENCIA DE LA NORMA PROCESAL

Las normas jurídicas son dictadas por el Estado para regular las relaciones jurídicas de la sociedad estatal dentro de los límites espaciales en los cuales ejerce la soberanía y jurisdicción, con límite en el tiempo.

9.1. Vigencia de la norma en el espacio

El Estado tiene como uno de los elementos fundamentales, aunque históricamente no indispensable, para ejercer su soberanía y jurisdicción, el espacio territorial debidamente delimitado en donde se asienta la sociedad estatal, y la normas jurídicas dictadas son obligatorias para todas las personas nacionales o extranjeras domiciliadas en territorio peruano.

El espacio territorial comprende el suelo, subsuelo y el dominio marítimo (mar adyacente a sus costas, su lecho y subsuelo) y el espacio aéreo que cubre el territorio y mar adyacente de conformidad con las leyes y las convenciones internacionales.

Las normas procesales tienen vigencia en todo el territorio peruano, y todas las personas domiciliadas y no domiciliadas que se encuentren en el territorio estatal, nacionales y extranjeras tienen derecho a la tutela jurisdiccional y están obligados a comparecer a los órganos jurisdiccionales cuando son requeridos, de conformidad con las normas procesales en los conflictos de intereses sometidos a la jurisdicción, con excepción de los Diplomáticos acreditados en el Estado, que se rigen por las normas de Derecho Internacional Público, salvo en casos de relaciones jurídicas establecidas en el Estado receptor a título de persona natural.

9.2. Vigencia de la norma en el tiempo

La vigencia de la ley en el tiempo, tiene su sustento en el principio: *la ley rige para el futuro*. El proceso de formación de las normas jurídicas concluye con la promulgación y publicación y su vigencia depende de la regulación constitucional de cada Estado. Generalmente la ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, sin embargo por su gran incidencia en las relaciones jurídicas de la sociedad, la *misma ley prescribe el plazo* para entrar en vigencia, por ejemplo en el Perú tenemos el Código Procesal Penal que además de haber señalado un plazo para entrar en vigencia, a requerido de otras normas jurídicas de plazo ampliatorio para su vigencia, y finalmente se está experimentando con los planes pilotos con la vigencia experimental en algunos distritos judiciales.

Los plazos de vigencia de las normas jurídicas están previstas, por ejemplo en el Perú, la Constitución Política de 1979 en el art. 195° prescribía que la ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley, la Constitución de 1993 en el art. 109° expresa que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley la postergación de su vigencia en todo o en parte, la Constitución Política española aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978 y ratificada en Referéndum Nacional de 6 de diciembre del mismo año, en el art. 91° expresa que el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes y las promulgará ordenando su inmediata publicación, esta Constitución no ha previsto

expresamente la fecha de la obligatoriedad de la ley, entendiéndose que entra en vigencia al día siguiente de su publicación, como textualmente expresa:

«**El Art. 91º.- Sanción y promulgación de las leyes.**

El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación»¹⁹⁷

La ley se deroga solamente con otra ley en forma expresa o tácita, a excepción que la misma ley prescriba el límite de su vigencia en el tiempo (leyes temporales), y por haberse declarado la inconstitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional, o de algunas de las normas contenidas en la ley.

Las normas procesales al entrar en vigencia regulan la función jurisdiccional para el futuro con el carácter de irretroactividad, y son de aplicación inmediata.

Consideramos necesario tener presente las teorías que explican el problema de la aplicabilidad del principio de irretroactividad de la ley, las que veremos más adelante.

10. VACANCIA DE LA LEY PROCESAL

La vacancia de la ley se denomina *Vacatio legis*, es el período comprendido entre la promulgación de una ley y la fecha de entrada vigencia, es decir la fecha de inicio de su obligatoriedad de sus normas y durante este período de tiempo es aplicable la ley anterior. Si se trata de normas complejas el tiempo puede ser de varios días o meses, por ejemplo el Código Procesal Civil fue promulgado el 29 de febrero de 1992 con el D. Leg. 768, y en el art. 2º prescribe que entrará en vigencia el 1º de enero de 1993, este artículo fue modificado por el art. 7º del Decreto Ley 25940, expresando que entrará en vigencia el 28 de julio de 1993.

En el caso del C.P.C. Peruano, el período de la Vacancia de la ley ha tenido una duración de 17 meses, durante el cual se ha venido aplicando el Código de Procedimiento Civil de 1912. La Vacancia de la ley tiene por finalidad que la norma llegue a conocimiento de todos los miembros de la sociedad estatal, finalidad no alcanzada en territorio iberoamericano, porque en realidad un gran porcentaje de la población ignora la existencia de una nueva ley, como los pueblos apartados con difícil acceso a los medios de comunicación social, es el caso del Perú las comunidades nativas y campesinas, sin embargo por el principio de publicidad se presume el conocimiento de la nueva ley y tiene fuerza obligatoria a partir de su vigencia para todos los personas de la sociedad estatal y extranjeros dentro del territorio nacional.

¹⁹⁷ ARGUVAL. *Derechos humanos, Constitución española, Estatuto de Andalucía, España*, 1994, edit. Arguval, 4ª edic., p. 59.

11. CONFLICTO DE NORMAS PROCESALES EN EL TIEMPO

Como toda norma jurídica, la norma procesal tiene un supuesto de hecho denominado también presupuesto o antecedente y una consecuencia jurídica denominada también efecto o resultado jurídico, que se concreta en un derecho subjetivo, estado o situación jurídica. La nueva ley puede introducir modificaciones en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica.

El conflicto de la ley nueva y de la derogada, se produce cuanto la nueva ley procesal tiene que regular actos procesales y situaciones jurídicas ejecutadas con la vigencia de las normas procesales de la ley derogada, si la nueva ley deja sin efecto o los adecua a la nueva ley, o se aplica ultractivamente la ley derogada. El problema no es sencillo, pero la solución tiene que partir considerando uno de los fines del Derecho que es la *seguridad jurídica*.

La doctrina ha planteado tres criterios para solucionar el conflicto de leyes en el espacio, como señala *Aníbal Torres Vásquez*¹⁹⁸:

a) *Aplicación inmediata* de la nueva ley a todos los hechos y consecuencias que se produzcan a partir de su vigencia, y la ley derogada debe aplicarse a los hechos consumados durante su vigencia.

b) La *aplicación retroactiva* de la nueva ley a hechos y consecuencias que se produjeron durante la vigencia de la ley derogada.

c) La *aplicación ultractiva*, es decir que permite la vigencia de la ley derogada para los hechos y efectos de los actos consumados, sin permitir la aplicación inmediata ni retroactiva de la nueva ley.

Partiendo del *Principio de la irretroactividad* la ley rige para el futuro (*ex-nunc*), la nueva ley es de inmediata aplicación, pero muchos confunden con la retroactividad cuando se trata de hechos y consecuencias jurídicas adquiridos o consumados con la ley derogada. En la solución de este conflicto, la doctrina ha establecido tres teorías: *Teoría de los derechos adquiridos*, *Teoría de los hechos consumados*, *Teoría de la naturaleza y finalidad social de la nueva ley*.

Sin entrar en el fondo de estas teorías, se resuelve con los siguientes criterios:

A) Los actos procesales practicados con la ley derogada, tienen plena eficacia después de la promulgación de la nueva ley, aunque introduzca nuevos preceptos de diferente contenido. Aplicando el Principio *tempus regit actum*; es decir que la ley procesal establece supuestos jurídicos futuros, rige los actos procesales todavía no realizados al tiempo en que se inició su vigencia.

B) Los actos procesales practicados con la ley anterior, no pueden ser afectados por la nueva ley por el *Principio de irretroactividad de la ley procesal*, salvo en los casos de disposiciones referentes a la jurisdicción y competencia que son de inmediata aplicación.

¹⁹⁸ TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL. Op. cit., p. 415.

C) En los casos de los procesos en giro se aplicará la nueva ley a los actos procesales que no han sido practicados, solamente si las normas procesales derogadas fueren deficientes.

D) El *modus procedendi*, es decir los procesos que se encuentran todavía con la resolución admisorio de demanda, al entrar en vigencia la nueva ley procesal, si éste contempla en sus disposiciones finales, pueden ser calificadas conforme al tipo de procedimiento que le corresponda (*de cognición: conocimiento, abreviados o sumarísimos, de ejecución: ejecutivos, de ejecución de resolución judicial, arbitral, ejecución de garantías reales, o proceso cautelar*), se aplicará la nueva ley adaptándose el proceso al nuevo procedimiento.

E) Las pruebas y el *onus probandi*, en cuanto a su admisibilidad y la forma, se rigen por la ley vigente en la época de su producción. Por ejemplo, el C. de P. C. no reconoció la prueba del ADN, pero sí reconoce el Nuevo Código, se aplicará la nueva ley procesal.

F) Los recursos impugnatorios se regulan por la ley procesal derogada y observando algunos requisitos formales vigente a su interposición, como la fundamentación de los errores fácticos y jurídicos.

G) En los procesos de ejecución amparados en título judicial, se sujetan al *Principio de la incidencia de la nueva ley*.

Los conflictos de leyes en el tiempo, generalmente el legislador resuelve con las disposiciones transitorias, y en muchos casos los procesos que se encuentran en giro continúan aplicando ultractivamente la ley derogada hasta la ejecución de sentencia, como en el caso del Perú con la derogación del C. de P. C., incluso hasta ahora todavía existen procesos que se encuentran en ejecución de sentencia, pesar que el C.P.C. vigente va a cumplir dos décadas de vigencia.

Capítulo VI

Jurisdicción y Competencia

1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1.1. Concepción general contemporánea

La *función jurisdiccional* en la actualidad se encuentra sujeta a una revisión total surgiendo esta necesidad a partir de la segunda guerra mundial, superando la concepción tradicional de considerarla como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, transformándose en uno de los servicios esenciales del Estado contemporáneo, habiéndose introducido factores sociales, económicos, culturales y políticos, porque en definitiva el Poder Judicial toma decisiones esenciales en los órganos de Poder, como los conflictos entre el Poder Legislativo, Ejecutivo e instituciones autónomas, sin soslayar los conflictos del poder oficial y el poder subordinado de la sociedad.

La función jurisdiccional responde a la dinámica de la sociedad estatal, actuando como cimentador de la solidez del Poder Estatal, o en determinadas circunstancias dar la razón a las clases sociales que fueron maltratados en sus derechos, cuando las fuerzas sociales se encuentran en desequilibrio entre el poder oficial y sub oficial. La función jurisdiccional, largamente ha sido considerada como aquella que necesariamente tiene que ser ejercida por jueces apolíticos, sin embargo la historia nos ha demostrado siempre lo contrario, que los jueces han sido designados ya sea directamente o por concurso, siempre han sido favorecidos los postulantes de la posición política gobernante, con la finalidad de afianzarse en el poder aplicando las leyes anticonstitucionales, tal como ha experimentado la sociedad peruana el apogeo de la dictadura en la década del noventa del siglo pasado, la manifestación política del Poder Judicial en la solución de los conflictos de intereses que afecten al Estado favorecedor de un grupo que controla el Poder estatal y la corrupción. Las fuerzas sociales a través de una serie de medios, como las críticas de destacados profesionales del campo del Derecho y otras ciencias y muy poco empujados por la filosofía, algunos medios de comunicación masiva y la acción de la sociedad en todas sus formas, como en el Perú la *marcha de los cuatro suyos* en el año dos mil que puso fin a la dictadura de la década del noventa del siglo XX. El Poder político siempre viene ejerciendo con firmeza el control de la *función jurisdiccional* y la sociedad

gobernada ejerce cada vez mayor el control de la función jurisdiccional con independencia y autonomía con criterio de justicia en bien de la sociedad.

La *función jurisdiccional*, como toda institución, es objeto de las transformaciones dialécticas impulsadas por los fenómenos sociales en su conjunto, habiéndose vertebrado firmemente principalmente con la parte dogmática del sistema constitucional, como el máximo logro de la transformación de la función jurisdiccional de la segunda mitad del siglo XX.

Sobre la función jurisdiccional, históricamente la sociedad siempre ha tenido desconfianza, sin embargo la formalidad con la que se impartía justicia estrictamente aplicando la norma jurídica, estando prohibidos los magistrados de impregnar su criterio o interpretación, y en con el transcurso del tiempo ante tremendas dificultades que ponía límite al juzgador, surgió la obligación de juzgador de dar cuenta al legislador de las deficiencias de la ley. Esas dificultades crearon la nueva corriente que los jueces deberían interpretar las normas, dando lugar a la *exégesis*.

Posteriormente la interpretación judicial adopta la corriente Norteamérica, empezando a emplear no solo como instrumento para resolver problemas, sino también la función de integración del derecho. Pero lo más importante de la evolución de la función jurisdiccional es el *control constitucional*, por la consolidación e la Constitución como Norma Suprema del ordenamiento jurídico, instituyéndose dos sistemas de control difuso y control cerrado de la constitucionalidad, con las que surge la jurisdicción constitucional.

El surgimiento de la justicia constitucional típicamente se identifica en dos tradiciones: Por una parte se encuentra la estadounidense que suele reconocer el caso *Marbury vs. Madison* como el precedente inicial, y por la otra, la europea, con la propuesta de un tribunal constitucional y su expansión con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

*López Ayllón*¹⁹⁹ dice que las funciones jurisdiccionales en un Estado de Derecho, se puede destacar las principales funciones:

a) *Funciones inmediatas o por antonomasia*, se caracterizan por estar estrechamente relacionada estrechamente con los asuntos que resuelven cotidianamente los órganos jurisdiccionales, poniendo fin a los conflictos que se presentan en la sociedad, y se desarrollan necesariamente dentro de los presupuestos fundamentales previstas por la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto de San José: un *juez independiente aplicando normas jurídicas preestablecidas, en un procedimiento contradictorio, al final del cual se generará una decisión dicotómica* en la cual a una de las partes se le dará la razón justa y a la otra se declarará jurídicamente no tener la razón.

b) *Funciones mediatas*, se producen como el resultado agregado de la acción de los poderes judiciales en la solución de los conflictos en particular. Los resultados de esta función pueden identificarse tomando en consideración los efectos de las resoluciones, los requerimientos para iniciar nuevos procesos y la previsibilidad del comportamiento de los

¹⁹⁹ LÓPEZ AYLLÓN. *Sobre las características del proceso jurisdiccional*, 1988 y GARAPON, 1997.

integrantes del Poder Judicial, entre otras variables. En todo caso, las funciones mediatas indican que la acción de los poderes judiciales difícilmente se circunscribe a la esfera de las partes involucradas en los procesos, sino que generalmente los resultados de los procesos tienen importantes implicaciones para la sociedad en general.

La función jurisdiccional se materializa en las decisiones jurisdiccionales, las que tienen que estar fundamentadas en la realidad concreta y proyectada al futuro que permita consolidar cada vez más la libertad en sociedad y la democracia, descubriendo las verdades de los conflictos de intereses y sometida a la acción axiomática partiendo de los acontecimientos históricos (*la sociedad*), presentes (*realidad-valoración-interpretación y aplicación de la norma jurídica*) y previsión futura del orden y paz social.

Abelardo F. Rossi²⁰⁰ prologando el Libro de de varios autores sobre la *función jurisdiccional*, dice que «*La verdad práctica se da en lo singular y contingente, hay que plasmarla cada vez en juicios prudentiales conformes a las infinitas circunstancias de tiempo y lugar, es una ciencia de resultados y sus juicios son de futuro. El juez deberá, por cierto, analizar y apreciar hechos pasados, interpretar leyes ya existentes y valorar las situaciones sociológicas, pero todo ello no tienen sentido ni razón de ser por sí mismo, sino que debe hacerlo en función de un juicio final imperativo de conducta humana concreta diciendo el ius (iurisdictio), en virtud de lo cual decide lo que alguien debe dar, hacer o no hacer...Y la equidad, virtud específica del magistrado, no es sino la prudencia actuando en el ámbito de la justicia, en función de encontrar y decidir la medida concreta de lo justo de cada uno en el caso particular. Yerran, pues, quienes confunden la equidad con un sentimiento, con apreciación subjetiva o con caprichoso voluntarismo. La equidad es la más objetiva, la más intelectual, lúcida y valiosa virtud del juez, que jamás debe abdicar de ella en el ejercicio de su delicada misión del "ius suum cuique tribuendi"» En este sentido **Ulpiano**²⁰¹ afirma que «*Institia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*»*

El cumplimiento de la función jurisdiccional por los tribunales y la impartición de justicia se encuentran encerrados entre dos *posiciones* o *parámetros* de la sociedad:

a) Por *una parte*, los magistrados son objeto de muy serias críticas permanentes sobre su actuación y capacidad en el cumplimiento de su deber de impartir justicia por la lentitud de la dinámica procesal, son muy costosos dificultantes del acceso a la justicia y derecho de defensa, y las *resoluciones sesgadas* por el condicionamiento de los fuertes poderes reales del Estado (emitidas por jueces presionados). Este parámetro es ejecutado por los medios de comunicación social y los estudios críticos de los especialistas en Derecho, políticos, sociólogos, organizaciones sociales de todo tipo. Esta realidad pertenece a los poderes judiciales de todos los Estados, por encontrarse en una tremenda crisis de la que se trata de salir, principalmente con las fuerzas sociales que ya han llegado a un significativo grado de conciencia.

La solución de la eficacia de la función jurisdiccional es tarea de todos, siendo los actores más inmediatos con conocimiento de causa somos los Abogados en forma organizada por

²⁰⁰ ROSSI, ABELARDO F. *Prólogo a La función jurisdiccional* de AA.VV. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, CARLOS IGNACIO MASSINI, BERNARDINO MONTEJANO, JULIO E. SOLER MIRALLES, RODOLFO LUIS NIGO, 1ª edic., edit. Depalma, Buenos Aires, 1981.

²⁰¹ ULPIANO. *Digesto- Digesta*, lib. I, tít. 1, p. 10, cit. SILVA LIMA, MÁRITON. *O direito, os juizes e os antigos processos bíblicos*, www. Jus2.uol.com.br (08-09-07).

nuestros Colegios de Abogados y con nuestro quehacer diario, haremos prevalecer la autonomía e independencia del Poder Judicial como patrimonio cultural de nuestra sociedad universal históricamente conquistada con tanto sacrificio de vidas humanas y aún continúa este sacrificio perdiendo la libertad y sus vidas en los gobiernos que han violado la democracia o utilizan la máscara de la democracia para justiciar las dictaduras, como los últimos acontecimientos de la muerte de los Abogados defensores de en Irak.

b) El otro parámetro, la sociedad está tomando conciencia del reconocimiento de la gran importancia del Poder judicial, consideran a los jueces como los únicos que estabilizarán el equilibrio de los conflictos sociales desde lo particular de un caso concreto, hasta la gran magnitud de los conflictos de intereses de los amplios sectores de la sociedad estatal y universal que se encuentren en conflicto, con las resoluciones judiciales justas y entendidas de esta manera por la mayoría de la sociedad. Es decir, con la reorientación de la concepción de la función jurisdiccional formulada por la *Teoría procesal moderna*, ésta tiene dos finalidades: la *satisfacción inmediata* al resolver el conflicto de intereses de los casos particulares sometidos al órgano jurisdiccional competente, y la *satisfacción mediata* cuando el caso particular a sido resuelto con justicia, conlleva a la tranquilidad de la comunidad y sociedad en general.

La función jurisdiccional en la época contemporánea a superado ampliamente a la justicia formal, los tribunales cada vez más imparten la justicia material que exige la sociedad, como dice *Max Weber*, *la justicia formal se deriva exclusivamente de las reglas del sistema jurídico, es justo lo que se establece y es conforme a la letra o a la lógica del sistema. La justicia material tiene en cuenta elementos extrajurídicos y obtiene su validez de valores exteriores al sistema jurídico. Una justicia exclusivamente material significaría, si se lleva al extremo, la negación del derecho. Al mismo tiempo, jamás ha existido una justicia puramente formal que pueda abstenerse de consideraciones ajenas al derecho. Se trata de oposiciones "ideales" que buscan ayudar a comprender la tensión permanente del juez.*

La necesidad de la *justicia material*, obliga a la sociedad atribuir a los *magistrados* las grandes responsabilidades de protección de las libertades y la democracia como realización de la persona útil a la sociedad, considerando a los jueces como los únicos con capacidad de poner freno a los abusos de los *poderes públicos y privados*, son los responsables últimos de la *eficiencia de la economía* y la *producción de certeza* en un mundo que enfrenta con dificultades el *riesgo* y la *incertidumbre*. Los poderes judiciales vertebrados por el *constitucionalismo*, se constituyen entonces en guardianes de la práctica social democrática, y es la única *institución* capaz de sobreponerse a las mezquindades del mundo de la política y los negocios. Para que los *magistrados* materialicen en este sentido la *función jurisdiccional*, necesitan la acción responsable principalmente de los *abogados* e instituciones sociales y la acción de la sociedad en su conjunto, ante la intromisión del poder político que persigue sesgar la función jurisdiccional para afianzar la acción política oficial, generalmente contraria al interés de sociedad y en beneficio de ciertos sectores económicos.

1.2. Globalización de la función jurisdiccional

No podemos perder de vista el fenómeno de la globalización, no solamente el principal factor economía globalizada con el *planeta tierra - mercado universal*, sino también los procesos de transformación de la organización temporal y espacial de las relaciones y transacciones

sociales, culturales, políticas y del *Derecho*. La globalización ha generado la nueva concepción de la *función jurisdiccional territorial*, en muchos casos las decisiones de los *Tribunales* traspasan el espacio territorial estatal al espacio regional y universal en aplicación de los tratados internacionales. Además el Poder Judicial ha creado medios para la interacción a nivel regional que refuerzan su interdependencia y favorecen el intercambio de experiencias, sin perder de vista la revisión de los fallos por los Tribunales con el análisis crítico-doctrinarios de los fallos internacionales.

La dinámica de la sociedad con mayor fuerza y creciente poder suboficial, es la impulsora de la praxis cada vez más justa de la función jurisdiccional, y la *Teoría procesal moderna* ha formulado nuevas concepciones científicas de las instituciones del Poder Judicial y de las instituciones funcionales de la administración de justicia, tal como la *función jurisdiccional* ejercida exclusivamente dentro del espacio territorial de un Estado libre e independiente, sin la intervención de otros órganos estatales extranjeros de cualquier naturaleza, es decir el carácter de cosa juzgada de los fallos de los jueces. Actualmente este esquema de la función jurisdiccional ha cambiado sustancialmente, por haberse reconocido el derecho de los justiciables a recurrir a los *Tribunales internacionales* cuando consideran que los fallos perjudican sus derechos, esta realidad no ocurre solamente en América, sino que es extendida universalmente, y finalmente la *competencia universal* sobre sujetos que han violado derechos humanos. Los Tribunales nacionales tienen la obligación de amparar las accionantes aunque estas violaciones se hayan producido en otro territorio estatal sin necesidad que el demandado sea nacional o extranjero, como en el caso de los Tribunales penales españoles, y otros países, y esperamos que esta competencia jurisdiccional la instituya en todos los Estados.

Una de las funciones esenciales de la soberanía es la llamada *jurisdiccional* que atiende a la solución o prevención de situaciones contenciosas que han de producirse entre los ciudadanos o entre estos y el Estado. *La función judicial* tiene dos características: i) *es un poder que proclama auténtica y definitivamente el Derecho*, y ii) *impone con toda fuerza y eficacia de la autoridad soberana*. Los intereses más preciados dentro de una democracia, la paz, el orden, la vida, la honra y la hacienda, están encomendados a la protección del Poder Judicial. Así como afirma **Jorge Mario Quinzio Figueiredo**²⁰² «*La justicia es una necesidad social más que política, entendiéndolo por social la convivencia armónica y pacífica del reinado de la justicia*»

La clásica concepción de un Poder Judicial detector de la superior función jurisdiccional es inherente al clásico concepto de Estado de Derecho, en esencia es elemento entre otros los actos de la autoridad, cualquiera sea su rango, están sujetos al control de su conformidad con el ordenamiento jurídico, en cuanto éste mira el bien común, no habrá más instancia que la Corte Suprema de Justicia. El problema aparece cuando la soberanía nacional poco a poco pasa a ser un mito por la internacionalización general del Derecho al haber introducido esenciales modificaciones y profundamente esenciales en los ordenamientos jurídicos tanto internos como

²⁰² QUINZIO FIGUEIREDO, JORGE MARIO. *Las resoluciones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos en relación con el ordenamiento jurídico interno*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXIII, Valparaíso, Chile, 2002, www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_23.pdf (20-04-2007).

en el Derecho Internacional, por la suscripción y ratificación las declaraciones, tratados y convenciones los que han obligado a los Estados introducir modificaciones en las Constituciones políticas con sujeción las normas internacionales. En el caso del Perú la Constitución Política vigente incorpora en forma genérica y extensiva a estos instrumentos como normas constitucionales.

La función jurisdiccional siempre será *monopolio estatal*, no puede estar en manos de particulares (personas naturales o jurídicas), aunque existen los *tribunales arbitrales* que imparten justicia, tiene por finalidad especialmente en materia económica y que no afecten los derechos inherentes a la persona humana y los intereses de la colectividad, pero están amparados por las normas constitucionales como delegación de la función jurisdiccional, sin embargo de toda manera están supeditados a los órganos jurisdiccionales, institución que será materia de otro estudio minucioso. Nos encontramos con otro problema, si la función jurisdiccional es ejercida única y exclusivamente por el Poder Judicial, como parte estructural del Estado, cómo explicamos la función jurisdiccional de los Tribunales internacionales. La respuesta es sencilla, estos Tribunales han sido creados por acuerdo de los Estados miembros de los organismos internacionales como la ONU, la OEA, el Tratado Europeo de Roma la Comunidad Andina de Naciones (CAN), etc., es decir que estamos ante organismos supra territoriales que ejercen jurisdicción sobre todos los Estados y las sociedades estatales, estableciendo en sus Estatutos los medios necesarios para que los Estados cumplan con los fallos de los Tribunales internacionales.

Todos estos grandes acontecimientos de la globalización de la economía con las características ya anotadas, ha generado consecuencias cada vez más agresivas al bienestar de la humanidad y la destrucción de la solidaridad, paralelamente se han desarrollado los factores contradictorios como expresión de la necesidad de protección y defensa de los derechos inherentes a la persona y la sociedad, ciertos sectores sociales con la *praxis filosófica* se han concentrado en las esferas del Poder de cada Estado la obligación de garantizar la *seguridad y el bienestar de la apersona humana y de la sociedad*, materializándose en la creación de instituciones internacionales que obligan a los Estados miembros a garantizar los derechos amenazados, y para mayor seguridad, la creación de los *Tribunales internacionales*, con los que los Estados ven recortados la autonomía e independencia de la función jurisdiccional.

Los gobernados siempre son víctimas de los abusos del poder político, no por negligencia o impericia, sino conscientemente por los que ejecutan la política económica del Estado, esta la razón que induce irresistiblemente a los gobernantes que violan los derechos humanos en sus distintas naturalezas, a lanzar duras críticas a los Tribunales supranacionales y amenazan la denuncia a los tratados internacionales, buscando la confusión a la opinión pública para encontrar sustento justificatorio en la sociedad imperita por estar sometida a su total que hacer cotidiano, ignora la importancia de la jurisdicción internacional.

El *carácter monopolístico* de la jurisdicción estatal, está siendo disminuida por la universalización de los derechos humanos, fenómeno desarrollado vertiginosamente en nuestra época unida a la *internacionalización política y jurídica*, porque los *derechos del hombre ha dejado de ser objeto de la humanidad solamente desde el punto de vista histórico, filosófico y doctrinario, convirtiéndose en un tema que interesa política y jurídicamente a la Comunidad Internacional*. Este fenómeno dinamiza la jurisdicción internacional no sólo de los Tribunales Internacionales

creados por los Tratados y Convenciones suscritos por los Estados miembros, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también otros órganos jurisdiccionales que imparten justicia como el Tribunal Internacional Europeo, el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, etc.

La internacionalización de la función jurisdiccional, parte de la protección de los *derechos humanos*, para hacerse extensivo al desarrollo de la *actividad empresarial* como factores elementales para la realización de la persona humana, aplicando los tratados y convenciones internacionales que regulan las transacciones empresariales en la comunidad internacional, los jueces dejando de aplicar la ley nacional aplican los tratados internacionales. Por ejemplo, el caso de la Unión Europea, cuando por primera vez en Francia que se produjo una situación como lo expuesto con el fallo del caso *Jacques Vabre* dictado por el Tribunal de Casación el 24 de mayo de 1975, basándose en el principio de la libre circulación de las mercancías entre los países signatarios del Tratado, no aplicó una ley posterior a dicho Tratado que determinaba el establecimiento de impuestos sobre los productos importados de Bélgica con un tipo superior al aplicado sobre productos idénticos fabricados en Francia.

Por otro lado, el artículo 177 del Tratado permite que un tribunal nacional consulte al Tribunal de Justicia de Luxemburgo respecto a la interpretación de una disposición legal en el derecho comunitario. En el Perú tenemos muchos casos que los fallos de los nuestros Tribunales han sido revocados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica.

1.3. Concepción clásica

Después de estas reflexiones, nos avocamos a la problemática de la función jurisdiccional planteada por los *clásicos procesalistas*.

La *razón de ser* de la jurisdicción, es resolver los conflictos de intereses que se generan en la sociedad como resultado de la inobservancia del orden jurídico instituido en sus *relaciones intersubjetivas*, y que el *Derecho Procesal* denomina *conflicto de intereses*. *Carnelutti* dice que estos conflictos ocurren cuando la situación favorable para la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable para la satisfacción de otra necesidad.

La imposibilidad de *autosolución* del conflicto de intereses, crea la necesidad de intervención del Estado aplicando coactivamente la norma jurídica objetiva al caso concreto, ya sea de derecho público o privado.

*Ugo Rocco*²⁰³ partiendo del objeto de la actividad jurisdiccional, dice que la jurisdicción es la realización coactiva y concreta de los intereses tutelados en abstracto por norma de derecho objetivo, cuando por la incerteza o inobservancia de las mismas normas no son directamente satisfechas por aquellos. El autor señala como corolarios las siguientes facultades o poderes:

a) Una facultad o un *poder de decisión* para la cual el juez tiene el poder de conocer, de proveer y de decidir con el objetivo de acertar cual sea la tutela que el derecho objetivo concede a determinados intereses.

²⁰³ ROCCO, HUGO. *Curso di teoría e pratica de proceso civile*, tomo I, 1951, pp.49.

b) Una facultad o un *poder de imperio*, por el cual los órganos jurisdiccionales, particularmente en la fase de la ejecución coactiva del derecho, es decir la ejecución forzada, es la posibilidad de obligar mediante la fuerza colectiva del Estado para hacer cumplir los preceptos normativos a través del ejercicio de la función jurisdiccional en su concreta actuación.

c) La facultad inherente y correlativa a las dos anteriores, de proceder a la documentación de todos los acontecimientos en el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional. Es el expediente que se forma con los documentos que contienen los actos procesales en la dialecticidad de cada proceso jurisdiccional.

Para este jurista, el elemento específico y característico de la actividad jurisdiccional consiste en la *sustitución a la actividad directa de los titulares de los intereses individuales* en conflicto jurídicamente protegidos, por la *actividad del Estado* a través de sus órganos jurisdiccionales. La función jurisdiccional es una actividad que substituye a la actividad de los individuos en la actuación del derecho.

Teniendo en cuenta estos criterios, **Ugo Rocco**²⁰⁴ formula la definición de la *función jurisdiccional* diciendo que «*jurisdicción es la actividad con la cual el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a pedido de los sujetos de los intereses jurídicamente protegidos, se substituye a los mismos en la actuación de la norma que tutela aquellos intereses, acertando, en su lugar, el cual tutela una norma que concede a determinado interés, imponiendo al obligado, o contrario del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de la fuerza colectiva, en lugar del titular del derecho, directamente aquellos intereses, cuya tutela ha sido legalmente acertada*»

La definición citada encierra aspectos contradictorios por su extensión y por su limitación al deslindar las controversias entre particulares, cuando la Teoría Procesal Civil Empresarial se orienta a resolver los conflictos de intereses no solamente producidos entre particulares, sino también al deslinde y ejecución compulsiva de controversias entre particulares y el poder estatal (*como con el mismo Poder Judicial*), incluso entre las propias instituciones públicas. Por otra parte la definición no comprende la amplia esfera de la actividad jurisdiccional que no se limita a concretizar solamente la norma abstracta, sino que la *función jurisdiccional* se orienta a la creación de ciertos derechos dentro de límites previstos por las normas del ordenamiento jurídico positivo.

Finalmente se debe señalar que el aspecto *substitutivo* de la actividad de las partes, no agota el contenido de la función jurisdiccional, por ejemplo las acciones constitutivas en que la interferencia judicial es indispensable, porque el derecho no reconoce a simples manifestaciones de la voluntad de los interesados como suficientes para la producción de ciertos efectos jurídicos.

²⁰⁴ ROCCO, HUGO. *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo I, 1969, p. 243 y ss.

Wilson de Sousa Campos Batalha²⁰⁵ hace una conclusión de las definiciones doctrinarias de la función jurisdiccional, agrupando a los juristas con criterios afines, que nosotros resumimos en tres definiciones:

a) *Una primera opinión*, la jurisdicción es la actividad según la cual el Estado provee la tutela del derecho subjetivo, es decir la reintegración del derecho amenazado o violado (Gerber, Hellwig, Kisch, Manfredini, Simoncelli, Castellari, Carmmeo).

b) *Una segunda opinión*, sustenta que la jurisdicción es una actividad del Estado dirigida a la actuación del Derecho objetivo, mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y a través de la realización forzada de la propia norma general (Wach, Schmidt, Langheineken, Chioyenda, Betti, y Raselli).

c) *Otra opinión* de Scialoja,²⁰⁶ dice que tanto en la jurisdicción como en la administración, se encuentran un juicio lógico y un acto de voluntad, sin embargo la *actividad jurisdiccional* se caracteriza por la *circunstancia* de que en ella el *juicio prevalece sobre lo voluntarístico*, al contrario de lo que ocurre en la actividad administrativa.

d) *Según otra posición* (Laband, Bornack), la actividad jurisdiccional no tiene contenido propio, apenas cuenta con caracteres formales y particulares, no hay manera de distinguir la jurisdicción, sino mediante referencia a la cualidad del órgano estatal que actúa.

La jurisdicción es la actividad del juez, órgano imparcial e independiente, subordinado apenas al derecho objetivo.

²⁰⁵ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. *Instituições de direito judiciario do trabalho*, op. cit., p. 37; trad. del portugués por HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS.

²⁰⁶ SCIALOJA, VITTORIO. Jurista y político italiano. Nació en Turín el 24-04-1856 y falleció en Roma el 19 -09-1933. Cursó estudios de Derecho en Roma, docente universitario en Camerino para pasar al poco tiempo a Siena y en 1884 a Roma, donde enseñó Derecho romano durante cuasi de medio siglo y fundó en 1888 el *Instituto de Derecho Romano*. Fue senador (1904), Ministro de Gracia y justicia (1909-10), sin cartera (1916-17), del Exterior (1919-20) y de Estado (1927). En la posguerra presidió la delegación italiana en la Sociedad de Naciones. (1921-32). La obra jurídica de Scialoja está dedicada esencialmente al Derecho romano y se orienta, en parte, a la enseñanza del mismo. Las primeras obras *Appunti di diritto romano* de 1889, le seguirán: *Diritto romano. Lezioni* en 1899, *Diritto romano* (1910) y el *Corso di istituzioni di diritto romano* (1912). Además otras producciones en obras monográficas dentro de la misma materia: *Successioni in diritto romano* (1909), *Diritto ereditario romano, concetti fondamentali* (1914), *Teoría della proprietà nel diritto romano* (1928). En otras materias jurídicas: *I negozi giuridici. Lezioni* (1892), *Diritto pratico e diritto teorico* (1911). En el plano político son asimismo de gran interés sus *Discorsi alla Società delle Nazioni* (1932).

Su dedicación al estudio y dedicación al *Derecho romano* heredó Scialoja dos ideales que informaron su actuación legislativa: la *unidad y universalidad del Derecho*. En consecuencia, persuadido de la necesidad de una *alianza legislativa europea*, trabajara en el proyecto de un único Código de las Obligaciones (1927) elaborado por una comisión de juristas italianos y franceses presidida por él.

e) *Para otros autores (Plosz, Ranelletti, Massari)*, la jurisdicción consistiría en la resolución de controversias y su característica consistiría el contradictorio.

f) *Martara*, sostiene que la jurisdicción tiene por finalidad la resolución de un conflicto entre voluntades subjetivas y normas objetivas, conflicto que puede ser real o aparente.

g) *Para Redenti*, la característica de la actividad jurisdiccional es constituir actividades destinadas a aplicar sanciones.

h) *Calamandrei*, sostiene que la jurisdicción actuaría como garantía del derecho, tendiendo a asegurar la observancia práctica del derecho objetivo.

i) Según *Carnelutti*, la función jurisdiccional encontraría su esencia en tener como finalidad obtener la composición de un conflicto de intereses (*lide*), que sería actuada mediante la justa composición de la litis, contenida en la sentencia.

*Lino Enrique Palacio*²⁰⁷ dice que el acto jurisdiccional se caracteriza a través de dos notas esenciales:

a) La *existencia de un conflicto* suscitado por la incompatibilidad colocada, sea entre las posibilidades asumidas por dos o más conductas individuales.

b) Como *consecuencia del conflicto*, dicho pensamiento es expreso de forma indirecta y mediata, a través de la decisión de un órgano que intervienen por delegación de la comunidad. Al contrario el acto administrativo se distingue del acto jurisdiccional porque comporta una expresión directa e inmediata del pensamiento jurídico comunitario.

Partiendo de estos presupuestos, el autor define a la función jurisdiccional diciendo: «el acto jurisdiccional como aquél en cuya virtud un órgano del Estado en sentido jurídico-material (o un órgano al cual el ordenamiento jurídico atribuye funciones equivalentes - el tribunal arbitral), mediante una decisión unilateral motivada por un conflicto, y expresiva, por lo tanto, del pensamiento jurídico comunitario en forma indirecta y mediata, individualiza, en un caso concreto, cualquiera de las mencionadas contenidas en una norma general lógicamente completa»²⁰⁸

*Mario A. Oredigo*²⁰⁹ sostiene que se produce la *función jurisdiccional*, cuando con finalidad ejecutiva, el juez o quien fuere, *dice el derecho subjetivo*, cuando *crea la norma particular* de conducta mediante el reconocimiento del derecho objetivo.

²⁰⁷ PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de derecho procesal procesal civil*, Tomo I, 1973, pp. 92 y sgtes.

²⁰⁸ IBIDEM. Op. cit., p. 99.

²⁰⁹ OREDIGO, MARIO A. *Lecciones de derecho procesal*, tomo I, 1973, p. 195.

Luego quien ejecuta está administrando, sin perjuicio de que pueden presentarse como motivos de ejecución nuevos conflictos que constituirán materia de nuevos actos jurisdiccionales. El jurista italiano *Gian Antonio Micheli*²¹⁰ es del mismo criterio.

El ejercicio de la función jurisdiccional está supeditada a determinadas causas para su accionar, la garantía efectiva de los principios de unidad jurisdiccional, autonomía e independencia del Poder Judicial y de los magistrados para que tenga resultados eficaces que garantice la justa impartición de justicia y el equilibrio de la sociedad.

*Jesús González Pérez*²¹¹ dice que el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: a) el primero en el *acceso a la justicia*, b) el segundo que sea *posible la defensa* y obtener *solución en un plazo razonable*, y c) el tercero, una vez dictada la sentencia, la *plena efectividad de sus pronunciamientos*. Es decir, acceso a la tutela jurisdiccional, el debido proceso y eficacia de la sentencia con la ejecución.

En conclusión, definiendo la *función jurisdiccional*, es la actuación exclusiva de los órganos jurisdiccionales autónomos y jerárquicamente organizados del Poder Judicial y otros órganos particulares investidos de capacidad jurisdiccional (el órgano arbitral) para resolver los conflictos de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, surgidos por la inobservancia del derecho positivo por terceros o por la incertidumbre de sus derechos, a través de un proceso regulado por las normas procesales observando las garantías del debido proceso a los justiciables, concluyendo con la impartición de justicia materializada en la sentencia u otro acto procesal con el carácter de sentencia con la categoría de cosa juzgada, y su ejecución si es necesario utilizando la coerción, restableciendo el orden público y la paz social.

1.4. Presupuestos de la función jurisdiccional

Concebido el derecho a la jurisdicción y establecido el alcance que tiene respecto a la actividad judicial, consecuentemente no quedan dudas acerca de la existencia de requisitos mínimos que aseguren la propia función jurisdiccional como el desarrollo de las garantías que se invocan.

En efecto, el primero de los aspectos contempla los recaudos esenciales para que la magistratura pueda ejercer sin limitaciones ni condicionamientos la función que les fue asignada.

a) La *unidad jurisdiccional* supone que la misión de administrar justicia recae sólo en uno de los poderes del Estado. Fraccionar ese concepto autorizando otro tipo de magistrados equivale a escindir la misma naturaleza que tiene. Por ello, el órgano con funciones jurisdiccionales es único, se puede decir que la función jurisdiccional es monopolio natural del Estado a través del Poder Judicial autónomo e independiente.

²¹⁰ MICHELI, GIAN ANTONIO. *Derecho procesal civil*, tomo I, 1970, p. 8, trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO.

²¹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 39.

El presupuesto de la unidad e independencia del órgano jurisdiccional contrae y exige, por vía constitucional de la organización de un Estado, que la función de juzgar con autoridad de cosa juzgada se *monopolice* en la jurisdicción.

La *exclusividad* manifiesta dos consideraciones trascendentes: Por una parte, solamente quienes ostenten la potestad de juzgamiento, tienen la posibilidad de someter los justiciables a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva el conflicto. Por otra, no es posible pensar en la delegación de esa potestad, quedando inexorablemente la íntima relación entre proceso y jurisdicción.

b) La *independencia judicial* es otro de los mínimos presupuestos establecidos, la ausencia de ella es causa suficiente para desconocer la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional, quedando expedito el derecho del justiciable recurrir a los Tribunales internacionales. La independencia de la función jurisdiccional está fundamentada en el enlace natural de su estructura orgánica conforme a la Constitución Política del Estado y los Códigos o Leyes orgánicas del Poder Judicial, en estricta observancia de la Declaración de los Derechos Humanos y otras declaraciones y tratados internacionales.

Ahora bien, si la *imparcialidad* como principio es la materialización de la *independencia jurisdiccional*, constituye la garantía de los litigantes para obtener un procedimiento razonable y una decisión justa. La *autonomía* que se predica persigue el correcto emplazamiento del derecho en el marco del conflicto, donde el juez obtiene la libertad absoluta para resolver sin interferencias de otros Poderes del Estado ni de otro Magistrado de cualquiera de las jerarquías, teniendo como parámetros la *verdad objetiva* y normatividad jurídica entendida dentro del sistema jurídico sometidos a su *criterio axiológico* y la obligación de *impartir justicia*. En este sentido es interesante lo expuesto por *Oswaldo A. Gozaini*,²¹² quien resalta que la *jurisdicción reclama su autonomía* al conjunto de los poderes del Estado, para desenvolver un criterio propio y hasta una política diversa. La independencia garantizará los derechos constitucionales ante la violación de los derechos fundamentales por las políticas antidemocráticas, que generalmente traen como consecuencia la destitución de los magistrados.

2. LA JURISDICCIÓN

2.1. Definición

Etimológicamente el término *Jurisdicción* proviene de las voces latinas «*jus*» y «*dicere*», significando aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice también «*jurisdictio*» o «*jure dicendo*».

La definición de la jurisdicción se ha problematizado en la doctrina procesal. Algunos juristas entienden el término *jurisdicción* como la facultad conferida a ciertos órganos del Estado para impartir justicia en ejercicio de la función jurisdiccional estatal. Resulta una concepción muy genérica, porque el Poder Ejecutivo también ejerce funciones jurisdiccionales a través de

²¹² GOZAÍNI, OSVALDO A. *Derecho procesal civil*, t. I, vol. 1, cit., p. 189.

sus reparticiones, así como el Poder Legislativo ejerce función jurisdiccional, por ejemplo en el caso del *juicio político*.

Esta es la razón para que otros juristas prefieran la denominación específica de *jurisdicción judicial* a fin de resaltar que la función jurisdiccional por excelencia es ejercida por los órganos del Poder Judicial, y diferenciarla de la *función jurisdiccional administrativa* ejercida por el Poder Ejecutivo y la *función jurisdiccional (juicio político)* ejercida por el Poder Legislativo.

La *jurisdicción* es considerada como poder del Estado de administrar justicia, pero la concepción de *jurisdicción* va más allá del poder, porque es un *poder-deber* teniendo en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción surge como manifestación del interés público y general, orientado a la satisfacción de los intereses colectivos y particulares tutelados por el Derecho. Por esta razón, en la legislación comparada las leyes y Códigos que regulan la función jurisdiccional, se denominan Ley orgánica de la Función Judicial, Función Jurisdiccional como en el caso del Ecuador, la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional de fecha 26 de mayo de 1983, y en el Perú se denomina Ley Orgánica del Poder Judicial.

Partiendo de una *concepción amplia*, la jurisdicción comprende a los tres poderes del Estado, sin embargo la *función jurisdiccional* de impartir justicia como *poder – deber*, es la *seguridad individual y la tutela de los derechos humanos*, porque si un acto del poder ejecutivo fuera declarado jurisdiccional, las personas quedarían privados de la garantía del derecho de revisión por los jueces de los actos administrativos *discrecionales* y *voluntaristas* del Ejecutivo, que constituyen última y máxima garantía que brinda el orden jurídico a las personas frente al poder administrador discrecional del Estado. La función jurisdiccional del Poder Judicial con el principio histórico de la socialización de la administración de justicia, ejerce el control más eficaz del exceso del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. En el caso del control del Poder Legislativo, los jueces declararían la inaplicabilidad de las leyes contrarias a las normas constitucionales y tratados internacionales ratificados por el Estado, generalmente en el sistema del control difuso de la constitucionalidad, es el sistema que mayormente han adoptado las Cartas magnas ante el sistema del control cerrado de la constitucionalidad.

El jurista ecuatoriano **Juan Falconi Puig** cita a **Hugo Alcina**²¹³ quien define a la jurisdicción como «*la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones*» **Falconi Puig**²¹⁴ complementando la definición citada dice «*Necesario es señalar que el acto jurisdiccional tiene el carácter de cosa juzgada y el acto administrativo es, por su propia naturaleza, revocable*»

Para **Couture**²¹⁵ la jurisdicción «*Es función Pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la Ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el*

²¹³ FALCONI PUIG, JUAN. *Código de procedimiento civil*, 2ª Edic., Edit. EDINO, Guayaquil, Ecuador, 1991, p.19-20.

²¹⁴ IBIDEM. Op. cit., p. 20.

²¹⁵ El notable jurista uruguayo nació el 24 de mayo de 1904 y murió el 11 de mayo de 1956. Destaca jurista resaltando sus trabajos reflexivos entre otros en materia de Teoría Procesal como *Estudios de Derecho Procesal, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Trayectoria y doctrina del Derecho Procesal Civil y Diccionario de*

derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución»

La jurisdicción es la potestad exclusiva del Estado para impartir justicia atribuida a los Jueces y Tribunales, interpretando las normas jurídicas conforme a las exigencias del dinamismo histórico social con *criterio axiológico* de justicia en la decisión de los conflictos de intereses o incertidumbre jurídica. Es la actividad estatal denominada *función jurisdiccional*, ejercida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto como resultado la *capacidad de valoración* del juzgador, y no simplemente como resultado de la silogística relación de Norma (premisa mayor) y hecho (premisa menor), posición que ha sido superado con la teoría *tridimensional del Derecho*, revolucionando la impartición de justicia. Esto significa que el juzgador aplica el *criterio axiológico* no solamente a los hechos causantes del conflicto de intereses, sino también a las normas jurídicas para obtener una resolución justa.

2.2. Elementos de la jurisdicción

La función jurisdiccional ejerce facultades históricamente determinadas y constituyen los elementos de la jurisdicción:

a) La *notio*, consistente en la decisión del juez de conocer la pretensión o pretensiones sometidas a su resolución. Por ejemplo, interpuesta una demanda de obligación de dar suma de dinero, el juez calificará si es de su competencia territorial, por la materia, la cuantía y el turno, si cumple con los presupuestos procesales, califica positivamente decide conocer y resolver el proceso. La *notio*, es la noticia que recibe el juez del conflicto de intereses con la demanda, en la doctrina también se conoce también como denuncia civil.

b) La *vocatio*, es la potestad del juez de llamar a los justiciable o a terceras personas a comparecer al proceso civil, procesalmente necesarios y a los auxiliares de justicia.

c) La *coertio*, es la potestad que tiene el juzgador sobre los litigantes y auxiliares jurisdiccionales, mediante apercibimientos y apremios para el cumplimiento de actos procesales ordenados conforme a ley y dentro de la razonabilidad sin que constituya abuso de poder. Es decir la posibilidad de usar la fuerza para el cumplimiento de las órdenes dictadas dentro del proceso.

d) La *juditio*, es la potestad de juzgar emitiendo la sentencia aplicando el derecho al caso concreto.

e) El *imperium o executium*, es el poder que tiene el juez de ejecutar la sentencia aún coactivamente. El *imperium* definida como la potestad de los magistrados para hacer que se

cumplan sus decisiones, incluso utilizando la fuerza pública. *José Alberto Gonzáles Quiroga*²¹⁶ remontándose a la historia, dice que el *imperium* se divide en *mero*, que es el poder para hacer efectivas las sentencias condenatorias a pena de muerte, mutilación o destierro, y *mixto*, potestad para ejecutar las sentencias dictadas en los procesos civiles o en los penales cuando la pena impuesta era inferior a las indicadas en el *imperium mero*.

2.3. Naturaleza de la jurisdicción

Los juristas han tratado de explicar la naturaleza jurídica de la *jurisdicción* de diversos puntos de vista, formulando corrientes teóricas contradictorias con esta finalidad. Las más resaltantes tenemos las *teorías subjetivista, objetivista, organicista* y la *teoría de la sustitución*.

I. Teoría subjetivista

Esta teoría tiene como sus principales autores a *Gerber* y *Hellwig*, quienes afirman que la finalidad de la jurisdicción es la tutela de los derechos subjetivos de los particulares mediante la aplicación de la norma general al caso particular. *Monroy Cabra*,²¹⁷ sostiene que la función jurisdiccional está constituida únicamente por aspectos formales que es el fundamento de la distinción del órgano estatal que actúa.

Resulta contradictoria esta teoría porque existen muchos casos en que los derechos subjetivos no son violados, sin embargo los sujetos pueden someter al órgano jurisdiccional los derechos que requieren una declaración para desvirtuar una incertidumbre, por ejemplo, la sucesión intestada, la declaración de interdicción civil del incapaz, la separación convencional y divorcio ulterior, etc.

II. Teoría objetivista

Los máximos representantes de esta teoría tenemos a *Carnelutti, Enrico Redenti* y *Piero Calamandrei*. La teoría objetivista sostiene que la finalidad de la jurisdicción es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto para dar seguridad a su vigencia. Es decir que la función jurisdiccional muestra el carácter imperativo del derecho objetivo aplicado al caso concreto. Muchas han sido las críticas a esta teoría principalmente por *Wach, Micheli* y *Liebman*, sosteniendo que no hace una delimitación con el derecho administrativo que también aplica la norma al caso concreto, así mismo se observa quiénes son los que promueven la función jurisdiccional, son generalmente promovidos por los justiciables y pocas veces promovida de oficio. Por ejemplo, en el caso del Perú por el Representante del Ministerio Público en los casos expresamente señalados en la ley, o en caso de violación de los principios fundamentales de los derechos humanos.

Esta teoría sostenida por *Carnelutti*, afirma que la función de la jurisdicción es la justa composición de la *litis*, y consiste en el conflicto de intereses sometido al órgano jurisdiccional a

²¹⁶ GONZALES QUIROGA, JOSÉ ALBERTO. Op. cit., p. 3-4.

²¹⁷ MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Principios de derecho procesal civil*, edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 91.

fin de ser resuelto definitivamente, y *Udine*²¹⁸ le denomina también *composición* mediante la actuación del derecho subjetivo pertinente al conflicto específico.

*Monroy Gálvez*²¹⁹ critica a *Carnelutti* por haber incluido en la definición de la función jurisdiccional el término *justicia*, considerando que es un error, porque en cierta forma está desconociendo como función jurisdiccional aquellos actos procesales que declara el derecho pero que no contienen el valor justicia. *No estamos de acuerdo* con esta posición crítica, porque el jurista en su preocupación de la verdadera función jurisdiccional del Estado, ha concebido que los jueces impartirán *justicia* aplicando la norma al caso concreto en armonía con el Principio de Equidad con la confiabilidad en la independencia del Poder Judicial, pero la práctica constante nos demuestra que la justicia en cualquier tipo de sociedad actúa conforme a ese tipo de sociedad, sin perder de vista el *Principio de equidad* por las fuerzas sociales actuantes en el Estado.

Enrico Redenti para definir la función jurisdiccional parte de la *estructura* de la *norma jurídica* y que ésta tiene dos partes: un *precepto* que es una hipótesis de hecho, la que cumplida o incumplida, se presenta la segunda parte que es la *sanción*, para concluir que la jurisdicción es una función que tiene por finalidad aplicar sanciones. Esta posición no resulta adecuada, porque las resoluciones que resuelven un conflicto de intereses o una incertidumbre no siempre es una sanción para el justiciable, porque pueden ser constitutivas, declarativas, etc.

Piero Calamandrei, sostiene que la función jurisdiccional es hacer cumplir el derecho positivo, considerando que las normas jurídicas regularmente son cumplidas en un Estado de derecho, sin embargo en ocasiones no ocurre el cumplimiento, en consecuencia es indispensable contar con una actividad estatal que asegure la vigencia de la norma, porque está en juego la sociedad, y ésta es la función jurisdiccional. El jurista considera a la función jurisdiccional como un complemento de la función legislativa, cuando las normas no son claras, motivan el incumplimiento de su obligatoriedad y el juez resolviendo el conflicto, interpreta la norma para su aplicación al caso concreto.

Haciendo una crítica, no estamos de acuerdo en su totalidad con esta concepción, porque los conflictos de intereses o la incertidumbre que dan lugar a la actuación jurisdiccional, no siempre es porque la norma no es clara, generalmente hechos jurídicos que muchas veces impiden el cumplimiento de las obligaciones pese a la posición consciente de los justiciables de la existencia de la norma jurídica que regula la relación jurídica material. Por otra parte, podemos ver en los casos que no existe norma jurídica, es decir existe el vacío o laguna normativa, en este caso el Juez o Tribunal para cumplir con su deber constitucional necesariamente tiene que recurrir a los recursos jurídicos supletorios, porque no puede dejar de impartir justicia por vacío o defecto de la ley. En estos casos efectivamente la función jurisdiccional es supletoria a la función legislativa.

²¹⁸ MONROY GALVEZ, JUAN. *introducción al proceso civil*, tomo I, edit. Temis S.A. Santa Fe, Bogotá-Colombia, 1996, p.209.

²¹⁹ IBIDEM. Op. cit., p. 209.

III. Teoría organicista

Esta teoría es considerada como una variante de la teoría subjetivista, tiene su fundamento en la división de Poderes del Estado, sostiene que la naturaleza de los actos depende de los órganos que la realizan, y serán actos jurisdiccionales aquellos que emanan de los órganos del Poder Judicial. Esta teoría ha sido criticada duramente por los juristas y dentro de ellos *Francisco Hoyos Henrechson*,²²⁰ porque el Poder Judicial practica no solamente actos jurisdiccionales, sino también actos administrativos contenidos en resoluciones administrativas, y el Poder Judicial cuenta con órganos exclusivamente administrativos.

IV. Teoría de la sustitución

El principal autor de esta teoría es *Giuseppe Chiovenda*²²¹ para quien la jurisdicción es función del Estado, el que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos de la actividad de los particulares o de otros órganos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva.

Actualmente consideramos que se ha superado esta concepción en cuanto a la voluntad de la ley, porque la norma jurídica no tiene voluntad por ser una regla de derecho, pero sí contiene la voluntad del legislador como reflejo de una realidad objetiva, y la función jurisdiccional no es buscar la voluntad del legislador, sino la interpretación de la norma aplicada al caso concreto en determinadas relaciones sociales de cada época, que caracteriza la vivencia de la norma jurídica en el espacio y tiempo, y no es la función del órgano jurisdiccional la simple aplicación de la norma, que *Chiovenda* denomina voluntad de la ley.

Segni siguiendo la misma posición de la Teoría de la sustitución, sostiene que la *función jurisdiccional* consiste en la sustitución del derecho material por el ordenamiento procesal en la solución de conflicto de intereses. La posición de *Segni* incurre en un error al pretender la separación del sistema jurídico material (sustantivo) y el sistema jurídico procesal, porque en el ejercicio de la función jurisdiccional al dirimir un conflicto de intereses o incertidumbre, tanto el derecho material y procesal son juntamente aplicados ambos sistemas jurídicos eligiendo la norma material pertinente a través de la aplicación del sistema jurídico procesal, materializado desde la postulación hasta la emisión de los fallos y su ejecución, son indisolublemente ambos sistemas jurídicos y no como afirma el jurista.

Otro jurista italiano *Salvatore Satta*, afirma que la teoría de la sustitución del ordenamiento jurídico es efectuada por el juez, es decir que el juez sustituye al ordenamiento jurídico. Consideramos que no es correcta esta afirmación, porque las relaciones jurídicas están reguladas por el ordenamiento jurídico material y aplicando las normas procesales el órgano

²²⁰ HOYOS HERECHSON, FRANCISCO. *Temas fundamentales de derecho procesal*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1987, p. 24.

²²¹ CHIOVENDA, GIUSSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. de E. Gómez de Orbaneja, Madrid, 1922, Edit. Reus, p. 2.

jurisdiccional (juez, tribunal o sala civil, etc.) tiene como función el *derecho*, partiendo de la jurisdicción etimológicamente definida.

V. Nuestra posición

Consideramos tan importantes las teorías esbozadas por los grandes maestros de la Teoría Procesal Civil, sin embargo también no podemos negar que en las últimas décadas especialmente la década del 90 del siglo pasado, la convergencia de las grandes fuerzas sociales del universo, a través de concepciones filosóficas del mundo ante la violencia a los derechos humanos producto de las dos grandes fuerzas que dinamizan la acción estatal y la sociedad civil actuante, han llevado a desarrollar la concepción de la función jurisdiccional del *Poder Judicial*, como un órgano del Estado de control del Poder Estatal, determinando un equilibrio entre los poderes legislativos y ejecutivo con los gobernados, limitando el abuso discrecional en agravio de los administrados declarando la ilegalidad de las normas administrativas y la inaplicabilidad de las normas legales emitidas por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo por delegación del Poder Legislativo, aplicando la norma correspondiente que se encuentre en armonía con el interés social de la mayoría de la sociedad estatal, y no la simple literalidad de la norma aisladamente, mucho más cuando se vaya avanzando en la verdadera independencia del Poder Judicial, que sigue siendo el objetivo ideal de la sociedad que se materializa con la praxis y la formulación de nuestras concepciones y teorías con la finalidad del desarrollo socio económico equilibrado en bien de la sociedad y no de un grupo minoritario.

2.4. Clases de jurisdicción

La jurisdicción se clasifica en ordinaria, especial o extraordinaria o privativa, contenciosa, voluntaria, retenida, delegada, legal, convencional, forzosa, prorrogada, secular y eclesiástica.

I. Por excepción a la indivisibilidad de la jurisdicción

La jurisdicción en principio es única e indivisible, pero para casos especiales, se clasifica principalmente en *jurisdicción ordinaria* y *jurisdicción especial*.

A) Jurisdicción ordinaria, denominada también *jurisdicción común*, o *fuero común*, está constituida principalmente por la jurisdicción civil empresarial y penal, para resolver la generalidad de los conflictos de intereses. En el caso del Perú también comprende la Jurisdicción del Trabajo y Agraria las que anteriormente constituían fueros privativos. *La jurisdicción ordinaria*, se ejerce sobre todas las personas y materias sujetas al fuero común.

B) La jurisdicción especial o extraordinaria o privativa, esta institución requiere de un estudio amplio en donde se verá las discrepancias doctrinarias, principalmente sobre su naturaleza jurídica *por estar más cerca al Derecho Contractual o al Derecho Procesal Civil Empresarial*, establecida por la Constitución del Estado y la Ley, otorgando facultades de impartir justicia a los órganos distintos a los ordinarias, encontrándose limitados al conocimiento de casos sui géneris por la materia o por la naturaleza de la función de los sujetos justiciables, y se hace necesaria como garantía del interés colectivo de la sociedad. En la doctrina también se considera como jurisdicción extraordinaria la *jurisdicción constitucional*, la *jurisdicción electoral*, la *función jurisdiccional del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM)*, la *jurisdicción militar* y

jurisdicción arbitral. En algunos Estados la jurisdicción del trabajo continúa siendo especial como Brasil, que en el Perú se denominó Fuero Privativo del Trabajo y Comunidades Laborales.

Los órganos que ejercen jurisdicción privativa clásicamente es el Fuero Militar y la Arbitral, las que son cuestionadas en opinión de los juristas y comentaristas como sociólogos, politólogos, etc., pero la más cuestionada en la actualidad es la Jurisdicción Militar y que se encuentra en proceso de extinción, por la larga experiencia histórica de la humanidad que ha servido para ocultar cuantiosos actos criminales de lesa humanidad en agravio de la sociedad, quedando impunes legitimadamente con las sentencias de los Tribunales militares de favor o de represión política, y en muchos casos sancionados drásticamente los sujetos civiles o militares sometidos a este Fuero para ocultar la oposición manifiesta de los sectores sociales al régimen político antidemocrático, tal como ha vivido la experiencia peruana de la década noventa del siglo pasado incluso se juzgarán a los civiles en los Tribunales militares en el caso de terrorismo, sentencias que fueron declaradas nulas después de la caída del gobierno de Fujimori.

La Constitución Política del Estado de 1993 garantiza la exclusividad del Poder Judicial la impartición de justicia, declarada como *principio y derecho* de la función jurisdiccional declarado por el Art. 139º, inc. 1:

«**Artículo 139º.**- Son Principios y derechos de la función jurisdiccional:

a. *La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación»²²²

La independencia de las jurisdicciones militar y arbitral, de todas maneras están sometidas a los órganos *jurisdiccionales del fuero común* por alguna razón, como la ejecución de los laudos arbitrales en caso de incumplimiento, así como las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar la Corte Suprema conoce en casación de las resoluciones del Fuero Militar, como así expresa el Art. 141º del Constitución Política del Estado.

En el Derecho Positivo Constitucional comparado, tenemos a la Constitución Política Española aprobada por las Cortes el 31 de Octubre de 1978, en el Art. 117º, inc. 5, prescribe:

«**Art. 117º.**- Independencia de la justicia.

Inamovilidad de los Jueces y Magistrados, Unidad Jurisdiccional.

...

5.- *El Principio de unidad jurisdiccional, es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos del estado de sitio, de acuerdo con Principios de la constitución»²²³*

²²² GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La Constitución peruana de 1993*, edit. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, Perú, 1994, p. 178.

²²³ ARGUVAL. *Derechos humanos constitución española estatuto de Andalucía*, Edit. arguval, España, 1994, 9ª edición, p. 69-70.

II. Por razón de la materia

Esta clasificación determina la jurisdicción civil, tributaria, comercial, penal, trabajista, constitucional, contenciosa administrativa, etc. En esta clasificación la jurisdicción civil se subclasifica en *contenciosa* y *voluntaria*.

A) Jurisdicción contenciosa, cuando son sometidos al órgano jurisdiccional los conflictos de intereses bilaterales o multilaterales, es decir siempre hay un opositor. Esta jurisdicción se ejerce sobre personas que acuden al órgano jurisdiccional contra su voluntad por no estar de acuerdo en sus pretensiones.

B) Jurisdicción voluntaria, en estos casos no hay contradicción u oposición, porque todos están de acuerdo sobre el acto jurídico que se pretende practicar, pero es necesario la intervención del juez para dar fuerza a la eficacia del acto jurídico. Por ejemplo, la sucesión intestada, el ofrecimiento de consignación en pago, la licencia para disponer bienes de menores, la declaración de interdicción y nombramiento de curador del incapaz, etc., pero si resultara una oposición o contradicción, se convierte en jurisdicción contenciosa y concluirá con la sentencia.

La *jurisdicción voluntaria* es una especie de jurisdicción civil ejercida de acuerdo con el criterio generalmente admitido, en relación con los actos que por mandato normativo requieren la intervención del juzgador. Los tratadistas en su mayoría niegan el carácter de jurisdicción, afirmando que se trata de una actividad administrativa encomendada a los jueces y dentro de ellos tenemos a *Calamandrei*, quien sostiene que es un acto administrativo ejercido por los órganos jurisdiccionales, criterio que viene siendo rebatido por otros juristas. El *Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León de México* prescribe, que la *jurisdicción voluntaria* comprende todos los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre las partes determinadas.

F. GIMENO GAMARRA²²⁴ afirma, aunque presente ciertos rasgos o características que la diferencian del resto de la actividad administrativa, no hay posibilidad de considerar la jurisdicción voluntaria como una función especial del Estado distinta de la Jurisdicción y la Administración, sino que «*ha de ser considerada como una función administrativa*» En su opinión, la finalidad de la institución es la *administración pública del Derecho privado*, pero especificando que la autoridad judicial opera a fin de integrar la capacidad deficiente o a fin de reparar la situación de peligro de los interesados. En palabras del autor, «*la finalidad de proteger los derechos privados es lo que diferencia la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden al cumplimiento de fines de interés general, y si a veces protegen también los derechos de los particulares, lo hacen de modo indirecto, sin que sea esa su finalidad específica, como lo es de la jurisdicción voluntaria*»

²²⁴ GIMENO GAMARRA, R. *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, Anuario de Derecho Civil, 1953, p. 7.

*Juan Ramón Liébana Ortiz*²²⁵ junto a las consideraciones ya realizadas en torno a la concepción de la jurisdicción voluntaria como administración pública del Derecho Privado, considera que ésta es una actividad administrativa porque en ella el Juez no actúa *supra partes* –por encima de los derechos a proteger– sino situado en la misma línea de intereses que se traten de proteger en cada caso, supone en *primer lugar*, desconocer la imparcialidad objetiva con que ha de actuar en todo momento la Administración Pública. Así, a modo de ejemplo, el Jurado Provincial (*Provincia española*) de Expropiación Forzosa, órgano de estricta naturaleza administrativa encargado de la composición de las posiciones encontradas de expropiado y beneficiario, actúa *supra partes* –la Administración expropiante busca el cumplimiento de la legalidad– en la determinación del justo precio expropiatorio. En *segundo lugar*, el interés público y el privado coexisten en todo acto jurisdiccional, sin que sea posible su graduación respectiva. En consecuencia la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria están impregnados, en efecto, de un interés público predominante que impide dar plenos efectos a los actos realizados por los particulares sin intervención de la autoridad pública, sea o no judicial.

*Coqueijo Costa*²²⁶ dice que la *jurisdicción voluntaria* es la administración pública de intereses privados, porque los actos que los informan interesan a la colectividad, publicándose en virtud de la participación del Estado, y en consecuencia, limitando la autonomía de la voluntad, actividad que puede ser ejercida por el juez u otra autoridad (*notario*). El juez actúa con la finalidad constitutiva para formar nuevas situaciones jurídicas.

Este mismo autor también niega el carácter de jurisdicción por ser de mero trámite, no hace actuar el derecho pero sí constituye situaciones jurídicas, aunque no sustituye derechos pero interviene, no constituye una litis porque no hay conflicto y porque no hay acción.

El problema fundamental es la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, partiendo de la incertidumbre de los derechos que requieren de un mínimo de procedimiento formal para su declaración. En este sentido *Fernández De Buján*²²⁷ procede a agrupar las actuaciones de jurisdicción voluntaria en dos modalidades: a) los supuestos que requieran la preceptiva intervención del Juez, los cuales en su criterio constituyen actuaciones de claro contenido jurisdiccional, y b) aquellos otros que cumplan básicamente una función legitimadora y de publicidad jurídica, en los cuales parece prevalecer, a su juicio, la naturaleza administrativa.

*PRIETO CASTRO*²²⁸ conceptúa la jurisdicción voluntaria como una actividad ejecutiva, en otros términos, una actividad administrativa. En concreto afirma que «*la jurisdicción voluntaria es una actividad ejecutiva, realizada por órganos judiciales o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, desenvolvimiento o modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general*»

²²⁵ LIÉBANA ORTIZ, JUAN RAMÓN. *Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria (a propósito del anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre del 2005)* www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/liebana.pdf (18-02-2007). Profesor Titular E.U. Interno de Derecho Administrativo de la Universidad de La Rioja, España.

²²⁶ COSTA, COQUEIJO. *Direito judiciário do trabalho*, op. cit., p. 29.

²²⁷ FERNANDEZ DE BUJAN. A. *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas, Madrid 2001, p. 82.

²²⁸ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Cuestiones de derecho procesal*, Ed. Reus, Madrid, 1947, p.m 277.

Para *De La Oliva Santos*²²⁹ se denomina jurisdicción voluntaria a «la autoridad y potestad ejercidas por el órgano jurisdiccional en cuya virtud, sin necesidad de proceso contradictorio entre diversos sujetos, se crean, modifican o extinguen estados y situaciones jurídicas, se acredita la existencia de hechos, se pretenden declaraciones a las que se anudan efectos jurídicos, se previene lo que al derecho de los sujetos jurídicos convenga o sea necesario y se llevan a cabo ciertos negocios jurídicos que requieren la intervención del Juez»

En *conclusión* consideramos que sí constituye jurisdicción, porque la ley procesal ha regulado el proceso de determinados derechos para ser declarados por el órgano jurisdiccional por su trascendencia en el orden social instituido, no puede ser de libre disposición del interesado, pese que existe la titularidad del derecho en potencia, tiene que ser declarado por el órgano jurisdiccional o notarialmente, aunque las resoluciones no constituyen cosa juzgada, debido a que terceras personas que se consideren con derecho, pueden recurrir al órgano jurisdiccional promoviendo la jurisdicción contenciosa. Por ejemplo, la petición de herencia promovida por la persona que se considera con derecho y no ha sido declarado heredero en la sucesión intestada del causante, ni menos tiene en su poder la masa hereditaria.

III. Por su origen

Esta clasificación es desde el punto de vista *evolutivo histórico* de la función jurisdiccional, partiendo de los gobiernos monárquicos absolutistas y aristocráticos estando concentrado en el gobernante todo el poder, considerado como el origen de la jurisdicción el jefe de Estado, hasta impartiendo justicia personalmente o delegando a terceras personas de su deseo personal.

A) Jurisdicción retenida, el jefe de Estado imparte justicia en forma personal. Sin embargo con la división de poderes después de la Revolución francesa y el dominio de la corriente liberalista, los jueces ejercían la administración de justicia dentro de su jurisdicción.

B) Jurisdicción delegada o por comisión, propia de los gobiernos monárquicos, era ejercida por personas u organismos que el jefe del Estado creía conveniente, posteriormente en la división de poderes, los jueces administraban justicia por delegación e investidos de todos los poderes. En la teoría moderna del Derecho Procesal, el juez imparte justicia en su *jurisdicción propia* y está prohibido de ejercer jurisdicción por delegación. La potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es indelegable, y un juez no puede delegarla ni siquiera a otro juez.

Pero por *excepción* y porque así exige la naturaleza del acto procesal, los jueces pueden delegar la función jurisdiccional a jueces de otras jurisdicciones territoriales para que practiquen determinados actos procesales, estos jueces pueden ser de igual o menor jerarquía, pero de ninguna manera puede delegar a un magistrado de superior jerarquía. También se denomina *función jurisdiccional por comisión*, por ejemplo, trabar una medida cautelar, practicar la notificación al emplazado, la ministración de posesión en ejecución de sentencia, etc.

²²⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A. Y DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *Derecho procesal civil*, dit. Centro de Estudios Ramón Areces, 7ª edic., Madrid 2002, p. 36.

El art. 1° del C.P.C. prescribe: «La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. **La función jurisdiccional es indelegable** y su ámbito abarca todo el territorio de la República»

IV. Por su ejercicio

A) Jurisdicción legal o propia, es la conferida a los jueces y tribunales conforme a ley por razón de su cargo, es decir que nace exclusivamente de la ley y es ejercida por los magistrados elegidos conforme a la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y los normas reglamentarias de concurso y selección, debidamente juramentados y ejerciendo jurisdicción desde el primer día de tomar posesión de su cargo.

La función jurisdiccional también es ejercida por magistrados provisionales o suplentes hasta que en concurso público sean nombrados los magistrados titulares, siendo designados provisional o temporalmente por el órgano jurisdiccional competente, como en el caso del Perú corresponde al Presidente de Corte. Los Jueces y Vocales provisionales o suplentes, cumplen con dos presupuestos esenciales: nombramiento mediante resolución administrativa de la Presidencia de la Corte Suprema o Corte Superior según el caso, y la prestación de la juramentación para tomar posesión del cargo y ejercer la función jurisdicción.

B) Jurisdicción convencional o arbitral, es ejercida en *sustitución* de la jurisdicción propia reconocida por la Constitución y la Ley orgánica del Poder Judicial y regulada por la ley especial de Arbitraje, tiene competencia solamente en materia de derecho patrimonial principalmente contractual. La jurisdicción convencional denominada también *jurisdicción delegada arbitral*, nace de la voluntad contractual de las partes en someterse a un Árbitro o Tribunal Arbitral para ser dirimidos los conflictos que se deriven de los actos contractuales. Pero la jurisdicción arbitral no solamente ejerce jurisdicción en materia de derecho privado, sino también en materia de derecho público, como en el caso del Perú cuando se produce conflicto surgido de las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios del Estado, será resuelto por el Tribunal Arbitral.

Los árbitros son personas naturales o jurídicas particulares. Estos ejercen jurisdicción al ser nombrados por las partes y a su aceptación quedan investidos de potestad jurisdiccional de impartir justicia arbitral conforme a las leyes generales y especiales de arbitraje, sus laudos arbitrales tienen el carácter de Sentencias.

C) Jurisdicción forzosa, porque no puede ser prorrogada ni delegada, porque la naturaleza de los bienes jurídicos en conflicto deben ser dirimidos en su propia jurisdicción.

D) Jurisdicción prorrogada, ésta puede ser *convencional y tácita*. El art. 3°, apartado 5° del Código de Procedimientos Civiles ecuatoriano define la jurisdicción prorrogada expresa que *es la que ejercen los jueces sobre las personas o en asuntos que no estando sujetos a ellos permiten en sometérselos o quedan sometidos por disposición de la ley*. Consiste en el mutuo acuerdo y conforme a ley, las partes se someten a determinada jurisdicción renunciando a la jurisdicción de su domicilio - *jurisdicción convencional* - salvo que la ley declare improrrogable, o son comprendidos en el proceso por la reconvencción de los emplazados al sometimiento

obligatorio. Por ejemplo, Pedro domiciliado en la ciudad de Trujillo (Jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) demanda a Máximo en el Juzgado Civil de la ciudad de Lima en donde domicilia, sobre obligación de dar suma de dinero, y Máximo en vía de reconvencción demanda a Pedro y se le notifica con la demanda mediante exhorto librado a la ciudad de Trujillo.

En este caso se produce la *jurisdicción prorrogada por reconvencción*, la que no es voluntaria ni tácita, sino obligatoria. Pero también el accionante o el emplazado se someten a jurisdicción distinta de la que corresponde, denominada *jurisdicción prorrogada tácita*.

Entonces existen dos clases de jurisdicción prorrogada: jurisdicción convencional y tácita.

a) *La prórroga convencional*

i. *Definición*

Denominada también *sumisión expresa*, cuando las partes convienen por escrito someterse a la jurisdicción distinta a la que corresponde. Estos casos generalmente se dan en los contratos de crédito, que en sus inicios constituía garantía para el acreedor, pero el surgimiento de las grandes sociedades comerciales de bienes y servicios, someten al deudor a cláusulas que perjudican el ejercicio de su derecho de cumplimiento de sus obligaciones. Por ejemplo, en el Perú surgieron varias empresas importadores de vehículos, captando clientes con una suma determinada de dólares como inicial y el pago mensual del precio que supuestamente costaría el vehículo al ser importado, generalmente nunca llegó el automóvil, y en el contrato estipulaba la cláusula de renuncia a su jurisdicción y someterse a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Lima, lamentablemente los compradores no pudieron ejercer su derecho de exigir el cumplimiento del contrato por la incapacidad económica para trasladarse de las provincias a la ciudad de Lima a promover acción judicial, mucha gente no ha podido recuperar su dinero. En estos casos, si se advierte el *abuso del derecho* del acreedor manifestada en la estipulación de la cláusula convencional de renuncia a su jurisdicción de la parte débil en la relación contractual, *el juzgador debe amparar competencia territorial natural como garantía efectiva al ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional*.

El art. 25° del C.P.C. peruano prescribe:

«**Art. 25°.-** Las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia territorial de un Juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable»

La *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)* de España denomina *sumisión expresa*, definida en el art. 55:

«**Artículo 55°.-** Sumisión expresa.

Se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren»

Las legislaciones procesales modernas como la nueva ley *procesal española* le ha dado *prioridad* a la jurisdicción prorrogada convencional, salvo aquellas que la misma ley declara improrrogables o alternativamente determina la opción de elegir la competencia jurisdiccional territorial por el demandante, pero está fijada por la ley.

Si bien es cierto que los contratos tienen el carácter de ley entre las partes, sin embargo en la legislación procesal comparada la prórroga de la competencia territorial está limitada, por ejemplo en España, la nueva LEC²³⁰ en el art. 54 expresa el carácter dispositivo de las normas de competencia territorial, y en el *inc. 1* prescribe que «*Las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción*»

Esto significa que las partes pueden someterse a la jurisdicción territorial que consideren conveniente, y pueden ser convencional o tácita, sin embargo se ha establecido reglas de jurisdicción improrrogable, en las que no tienen eficacia la jurisdicción prorrogada convencional.

ii. Límites de la sumisión expresa

La legislación procesal moderna actual no es de libre disposición de la voluntad de las partes para pactar la prórroga de la competencia, sino que está limitado a las acciones que la ley procesal no considera de jurisdicción improrrogable. Esto significa que el juzgador tendrá que calificar previamente el documento en el que se ha estipulado la cláusula de prórroga de jurisdicción para determinar si se admite o rechaza la demanda.

Los límites de la sumisión expresa, tiene su fundamento en la protección del principio de igualdad de los sujetos litigantes, la que debe entenderse como facilitar las condiciones de posibilidad de ejercer sus derechos con los menores esfuerzos económicos y morales en la defensa de sus intereses durante el proceso, partiendo de la *teoría contractual moderna de la desigualdad de las partes contratantes*, y evitar el abuso del derecho de en agravio de la parte débil, como en el caso de *cláusulas generales de contratación, los contratos de adhesión, la defensa del consumidor*, etc.

La LEC española, es tuitiva en esta materia, al no dar validez a la prórroga de la jurisdicción territorial convencional cuando se trate de cláusulas contractuales de adhesión, o que tengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. Es muy importante la adecuación de la LEC español a las nuevas

²³⁰ *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000, pp. 575-728. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14-04-2000, p. 15278 y BOE núm. 180, de 28-07-2001, p. 27746), **Modificada** por la *Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios* (BOE núm. 259, de 29-10-2002, pp. 37922-37933). <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/LEC/default.htm> (21-02-2007).

necesidades de la sociedad, habiendo también regulado la jurisdicción territorial en los casos de *acciones de intereses difusos*, como prescribe el art. 54, segunda parte:

«**Artículo 54.-** *Carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial.*

2. *No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios»*

b) **Prórroga tácita**

Se produce el sometimiento de cualquiera de las partes a la competencia jurisdiccional territorial distinta de la que corresponde – *jurisdicción prorrogada tácita*– ya sea por interponer la demanda ante juzgado de competencia territorial distinta y el emplazado por no cuestionar la competencia dentro del plazo de ley, o por contestar la demanda o simplemente es declarado rebelde. La LEC citada prescribe los supuestos de sumisión tácita:

«**Artículo 56.-** *Sumisión tácita.*

Se entenderán sometidos tácitamente:

1º *El demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda.*

2º *El demandado, por el hecho de hacer, después de apersonado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria»*

El C.P.C. peruano en el art. 26º prescribe las hipótesis que pueden darse que configuran la *jurisdicción prorrogada*:

«**Art. 26º.-** *Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante, por hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia»*

V. Por su antecedente histórico medieval

En la época del feudalismo la jurisdicción se clasificó en secular y eclesiástica.

A) Jurisdicción secular, funcionaba para todas las personas que no estaban vinculadas dentro de la jerarquía eclesiástica. Esta se dividía en *común*, cuando se ejercía por causas de interés general.

B) Jurisdicción eclesiástica (*ya no existe*), estaba reglamentada por el *Código canónico* cuando se violaban normas de orden religioso. Tuvo su auge en la época del oscurantismo, los jueces ejecutaron las sentencias penales con la hoguera, la guillotina, el garrote, principalmente

a los opositores de los dogmas religiosos. La historia de nuestra sociedad peruana también es parte de estas horribles ejecuciones jurisdiccionales, como así atestiguan los archivos regionales de la historia peruana de la época colonial.

3. LA COMPETENCIA

La competencia muchas veces es confundida con la jurisdicción, utilizando las expresiones competencia territorial, competencia penal, competencia civil, etc. La función jurisdiccional del Estado es ejercida en el espacio de dominio territorial, pero por la multiplicidad de conflictos surgidos por la dinámica social en el desarrollo histórico social, ha creado la *necesidad histórica* de la división del trabajo estableciendo límites en la función jurisdiccional, denominada competencia jurisdiccional con la finalidad que la prestación de la tutela jurisdiccional sea pronta, eficaz y justa.

3.1. Definición

La *competencia* entendida por la mayoría de la doctrina, se encuentra plenamente vinculada a la jurisdicción, por lo que la *competencia* es considerada con la *continencia* y la *jurisdicción* como el *continente*. La competencia es la medida de la función jurisdiccional, también se dice que la jurisdicción es el género y la competencia es la especie.

Los clásicos juristas como *Carnelutti, Mattiolo, Ugo Roco, Prieto Castro, Oderigo, Micheli, Calamandrei, Chiovenda* y otros juristas sostienen que la jurisdicción es el poder de declarar el derecho aplicando a los hechos o fijar normas aplicables por consideraciones de equidad, y la competencia es la medida de la jurisdicción. Todos los órganos del Poder Judicial tienen jurisdicción, y la competencia es delimitada en razón a diversos criterios que más adelante expondremos.

João Monteiro dice que la competencia es el orden de distribución del poder jurisdiccional por las autoridades judiciales, o el poder que tiene el juez de ejercer la jurisdicción sobre ciertos negocios, ciertas personas y en cierto lugar. Así tenemos la competencia *ex ratione materiae, ex ratione personae y ex ratione loci*.

La *primera (ex ratione material)*, es fijada de acuerdo con las relaciones jurídicas en discusión (*pueden tener su origen en hechos o actos jurídicos*), puede ser definida cualitativamente (*proceso civil, penal, del trabajo, etc.*) o cuantitativamente (*competencia por el valor*). La *segunda (ex ratione personae)*, es determinada teniendo en cuenta a las personas de las partes justiciables. La *tercera, (ex ratione loci)* se determina teniendo en cuenta el lugar donde ocurrieron los hechos o ciertas circunstancias.

Se puede definir la *competencia* como la medida de la función jurisdiccional por la cual está distribuida entre los diversos Tribunales y Juzgados por razón territorial, por la materia, por las personas y la jerarquía funcional también por el turno, pero consideramos que no es de esencial relevancia, ni existe error en el turno, parece que no es razón suficiente para retardar la impartición de justicia, se concluye que todos los jueces y tribunales tienen jurisdicción, pero no todos tienen igual competencia.

3.2. Determinación de la competencia

Como hemos expuesto que la competencia está determinada en razón del territorio, la materia, la cuantía, por las personas en cuanto a su jerarquía funcional, por el turno, por la distribución de la carga procesal.

A) Por el territorio, el Estado tiene la potestad y el deber de prestar la tutela jurisdiccional a todas las personas del territorio nacional, y para el cumplimiento de su función ha creado las Cortes Superiores con competencia en territorios delimitados, y la Corte Suprema que tiene competencia en el todo el territorio del Estado, como el caso del Perú y todos los Estados han delimitado la competencia territorial.

La delimitación de la competencia territorial, no siempre coincide con la división política del Estado, por ejemplo en el Perú tenemos que la Corte Suprema tiene competencia en todo el territorio, la Corte Superior de Lima Cono Norte y la Corte Superior de Lima Cono Sur, la Corte Superior de la Libertad que tiene competencia en todas sus provincias a excepción de la Provincia de Bolívar, la Corte Superior de Cajamarca tiene competencia en todo el Departamento a excepción de las provincias de Jaén y San Ignacio pero sí con competencia territorial en la Provincia de Bolívar (La Libertad), etc.

B) Por la materia, la competencia está determinada por la especialidad del conocimiento científico en determinada ciencia jurídica, significando un gran avance en la administración de justicia, porque la función jurisdiccional que necesita nuestra sociedad debe ser ejercida por Magistrados con conocimientos especializados en determinadas áreas jurídicas no solamente impartir justicia sino que contribuyan al desarrollo de las ciencias jurídicas, porque los conflictos de intereses versan de una multiplicidad de derechos sustanciales en materias especializadas. Por esta razón en todos los Estados han establecido la *competencia especializada* por la materia: civil, penal, de familia, del trabajo, Constitucional, Contencioso administrativo, etc.

C) Por la jerarquía funcional de las personas, las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, los Códigos orgánicos del Poder Judicial, los Códigos Procesales Civiles, y las leyes especiales, determinan los Órganos Jurisdiccionales como competentes para dirimir los conflictos de intereses originados por los actos ejecutados por funcionarios en ejercicio de sus funciones, y pueden ser de los tres poderes del Estado: a) Poder Ejecutivo, funcionarios de las reparticiones ministeriales, regionales, locales, b) Poder Legislativo, los parlamentarios previo juicio político se les quita la inmunidad parlamentaria, c) Los Magistrados del Poder Judicial y Fiscalías, y d) Otras instituciones autónomas: Miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Electoral (Perú Jurado Nacional de Elecciones), del Concejo Nacional de la Magistratura. No solamente en cuanto a las personas naturales que ejercen estas funciones, sino también las instituciones públicas autónomas como los alcaldes.

En el Perú el TUO de la L.O. del P.J. en el art. 33, inc. 4, declara que la Corte Suprema es competente en *primera instancia* para conocer las acciones por responsabilidad civil en ejercicio de sus funciones contra los Vocales Supremos, Vocales Superiores y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y otros funcionarios conforme a la Constitución y las Leyes.

El art. 40, inc. 3 del TUO de la L. O. del P. J. determina la competencia de Las Salas Civiles de la Corte Superior para conocer las acciones de responsabilidad civil en ejercicio de sus funciones contra los jueces especializados o mixtos, jueces de paz letrados y jueces de paz.

D) Por la cuantía, el monto del petitorio de la demanda determina la competencia, regulada por las normas procesales, estableciendo la competencia para conocer las acciones con pretensiones pecuniarias hasta sumas determinadas. En el Código Procesal Civil Peruano en vigencia, está determinada en Unidades de Referencia Procesal (URP), que constituye el 10% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) fijada al inicio del año fiscal fijada por el Ministerio de Economía y Finanzas con vigencia de enero a diciembre, variando sucesivamente conforme a la Política Fiscal del Estado. La cuantía de la pretensión determina la competencia del juzgador, que puede ser el juez de paz, el juez de paz letrado, el juzgado especializado civil.

El C.P.C. peruano en el art. 10° define la competencia por cuantía y dos supuestos:

«Art. 10°.- La competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio, conforme a las siguientes reglas:

1. *De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir oposición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y,*
2. *Si de la demanda o sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante, el Juez, de oficio, efectuar la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento o la remitirá al Juez competente»*

E) Por el turno, en las grandes ciudades por la demanda de tutela jurisdiccional, se han creado juzgados y tribunales asentados con la misma competencia territorial y material, se establecen turnos por períodos de una semana, quince días o mensual para cada órgano jurisdiccional. En consecuencia si una demanda es recepcionada por error fuera del plazo de su competencia, el Juzgado o Sala Civil remitirá al que se encontró de turno en la fecha de recepción.

Las Tribunales Superiores también están sujetas a los turnos establecidos por las Cortes Superiores generalmente Turnos de 15 días para tener competencia en los procesos que son elevados con Recursos Impugnatorios, o para conocer proceso en primera instancia.

F) Por la distribución de la carga procesal, como se ha expuesto en el punto E), el incremento de la población justiciable en las grandes ciudades, exige la distribución de las demandas a los jueces que tienen la misma competencia, como en el Perú se ha creado la mesa única de partes para la recepción de demandas, expedientes elevados con recursos impugnatorios, los exhortos para ejercer función jurisdiccional delegada (comisiones) son distribuidos en el orden de ingreso formándose un expediente para cada Secretario de Juzgado y sucesivamente hasta concluir el ingreso de toda la jornada diaria de recepción en mesa de partes.

Esta medida parece equitativa mucho más con la ayuda de la cibernética mediante la programación, porque en muchos casos se ha experimentado que los abogados han reservado el ingreso de sus demandas hasta que entre de turno el Juez de su preferencia, principalmente por

su capacidad, eficiencia y pronta resolución, al final resultaba con enorme carga procesal agobiante.

G) Competencia preventiva, esta se produce cuando dos o más jueces son competentes para conocer determinado conflicto de intereses, sin embargo la competencia se determina por quien conoció primero. Esto ocurre en todas las instancias jurisdiccionales. El C.P.C. en el Art. 29° determina la competencia preventiva expresando:

«Art. 29°.- Previene el Juez que emplaza en primer lugar al demandado. En caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento»

3.3. Cuestionamiento de la competencia

La acción jurisdiccional también genera conflictos en la determinación de la competencia quién es el juzgador para conocer el proceso. Partiendo de supuestos básicos para determinarla por la materia, la cuantía, el grado, el turno, la prevención y por el territorio. Este conflicto ha dado lugar a dos instituciones procesales: la *declinatoria* y la *inhibitoria*.

a) La declinatoria

La declinatoria consiste en el cuestionamiento que hace el litigante emplazado al juzgado fundamentando las razones por las que no es competente para conocer el proceso, pero ejerce su derecho ante el mismo juzgado y dentro del plazo que prescribe la ley procesal, si se declara fundada la solicitud el juez remitirá los actuados al competente, y conforme a la moderna teoría procesal civil, quién continuará el proceso en el estado en que se encuentre.

La incompetencia puede ser declarada de oficio o a instancia de parte. *Ex officio* puede declararse incompetente en cualquier estado del proceso, como prescribe el art. 35° del C.P.C. mod. Por Ley 28544, prescribiendo:

«Art. 35°.- La incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio, esta última cuando es improrrogable, se declarará de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción»

Este artículo es cuestionable por su carácter imperativo en la hipótesis que será declarada de oficio la inhibición en cualquier estado del proceso, porque resulta excesivo y contraveniente a los principios de celeridad y economía procesal. En estos casos lo razonable es que debe estar *limitada* a los plazos previstos para el cuestionamiento de la competencia por la parte emplazada. La declinatoria de oficio además perjudica al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al declarar la nulidad de todo lo actuado, porque si el proceso se encuentra para sentencia sin que el interesado haya cuestionado la competencia dentro del plazo de ley, el daño a los intereses del justiciable hasta se puede convertir en irreparable. El art. 36° del C.P.C. modificado por Ley 28544 expresa:

«Art. 36°.- Efectos de la incompetencia

Al declarar su incompetencia, el Juez declarará asimismo la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, con excepción de lo dispuesto en el inciso 6) del artículo 451°»

El artículo 451°, inc. 6, adicionado por el artículo 2° de la Ley 28544, solamente ha salvado de la nulidad de todo lo actuado y que continúe el proceso el juez declarado competente, cuando se ha cuestionado la *competencia territorial* a instancia de parte mediante excepción:

«Art. 451°.- Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446°, el cuaderno de excepciones de agrega al principal y produce los efectos siguientes:

6) Remitir los actuados al Juez que corresponda, si se trata de la excepción de incompetencia territorial relativa. El Juez continuará con el trámite del proceso en el estado en que éste se encuentre. Si lo considera pertinente, aún cuando la audiencia de prueba hubiera ocurrido, puede renovar la actuación de alguno o de todos los medios probatorios atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50°»

En la legislación comparada, como en Argentina, el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*²³¹ no admite la declinatoria de la competencia de oficio, tiene que ser promovida por el emplazado, tramitándose solamente en vía de excepción, o se cuestiona mediante la inhibitoria si se trata de cuestionamiento a la competencia territorial, pero pueden cuestionarse alternativamente como declinatoria o inhibitoria y dentro del plazo de quedar consentida la competencia.

El art. 7 del *Código Procesal Civil de la Nación Argentina*, expresa:

«7. Procedencia. Las cuestiones de competencia sólo podrán promoverse por vía de declinatoria con excepción de las que se susciten entre jueces de distintas circunscripciones judiciales en las que también procederá la inhibitoria. En uno y otro caso la cuestión sólo podrá promoverse antes de haberse consentido la competencia de que se reclama. Elegida una vía no podrá en lo sucesivo usarse de otra»

Es la declaración de incompetencia del juzgado que está conociendo un proceso por cualquiera de las razones que determinan el cuestionamiento dentro del mismo proceso o por vía de excepción, siendo lo más recomendable la excepción a fin de no paralizar el proceso. Pero también puede declararse la declinatoria de oficio, como prescribe nuestro C.P.C., que todavía arrastra rasgos conservadores, pero en la práctica por el bien de la justicia, los jueces no aplicarán esta norma.

²³¹ CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, con las reformas introducidas por la Ley 25.48 Sancionada el 24 de octubre de 2001- Promulgada el 19 de noviembre de 2002, Página de los Abogados Argentino, Fojas Cero, febrero 22 del 2007 <http://www.fojas0.com/Codigo.htm> (22-02-07).

b) La inhibitoria

Es el cuestionamiento a la competencia por el emplazado apersonándose al juzgado que considera ser competente para conocer el conflicto de interés que está conociendo el juez que le ha emplazado directamente o por comisión, este derecho será ejercido dentro de los plazos que establece la ley procesal de cada Estado, y si el juzgador admite la inhibitoria comunicará al otro juzgador remitiendo copias certificadas de la solicitud de inhibitoria y de todo lo actuado.

Al promoverse la inhibitoria, genera la contienda de competencia *positiva y negativa*. La primera cuando el juez requerido acepta la inhibición y remite el expediente al Juez requirente. En el segundo caso, el Juez requerido también se considera competente, en consecuencia remite el proceso a la Sala Civil de turno para que resuelva la contienda de competencia, suspendiéndose los actos procesales hasta que la Sala Superior resuelva la *contienda negativa* de competencia. Si la contienda negativa surge entre Salas Civiles Superiores, la Sala requerida remitirá a la Sala Civil de la Corte Suprema para que resuelva la contienda. Si la contienda de competencia negativa surge entre jueces de primera instancia por cuestionamiento a la competencia territorial de distintos Distritos Judiciales, el juez requerido remitirá a la Corte Suprema para su resolución.

Estos conflictos están previstos por los arts. 38°, 39°, 40° y 41° del C.P.C.

Capítulo VII

Órganos Jurisdiccionales

1. GENERALIDADES

Nos hemos ocupado del estudio de las instituciones fundamentales de la teoría procesal y específicamente de la Teoría Procesal Civil Empresarial, ahora estudiaremos a las instituciones morales de derecho público instituidos específicamente para la impartición de justicia que constituyen el Poder Judicial, de igualdad jerárquica con el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo de conformidad con la estructura política del Estado regulado por la Constitución, y conforme al avance de la organización social nacional e internacional, se está logrando el sueño filosófico de la igualdad e independencia del Poder Judicial, tan importante para la convivencia de la humanidad y sus instituciones.

Los órganos jurisdiccionales son objeto de estudio de diversas disciplinas, no solamente por las ciencias jurídicas, como el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal o Derecho Judicial como también se conoce, el Derecho Internacional, la Teoría de los Derechos Humanos, y en fin por la filosofía general y filosofía del Derecho, la Politología, Sociología, Antropología, incluso las ciencias económicas, las ciencias naturales y físicas cuando tienen que ver con la liberación de objetos en los estudios relacionados con los intereses difusos de la humanidad, etc. En lo correspondiente a nuestra materia nos limitaremos a la estructura institucional autónoma e independiente, adecuada a la función jurisdiccional pronta, efectiva y eficaz.

2. ESTRUCTURA ORGANICA

Por la *jerarquía*, los órganos jurisdiccionales están organizados verticalmente en aplicación del *principio de la doble instancia*. Por la *distribución geográfica de la población*, los órganos jurisdiccionales están distribuidos horizontalmente, como las Cortes Superiores. Por la *carga procesal*, se produce la multiplicidad de órganos jurisdiccionales en la misma competencia territorial y en las diversas jerarquías, por ejemplo: varios Juzgados especializados civiles en la misma provincia y distrito judicial, incluso en la misma ciudad.

Es necesario precisar cuáles son los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial por la jerarquía. Conforme a la Constitución del Estado y la L. O. del Poder Judicial, son:

1º La *Corte Suprema*, es el Órgano Jurisdiccional máximo y ejerce competencia en todo el territorio nacional, constituida por Salas Civiles, Salas Penales, Salas Constitucional y Social, cuyo número está determinado por la L. O. del P. J. y otras directivas del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema, han creado Salas Supremas Transitorias por la existencia de las necesidad de resolver las cargas procesales.

2º Las *Cortes Superiores*, son órganos jurisdiccionales de inmediata inferior jerarquía de la Corte Suprema, está constituido por Salas Especializadas o Mixtas con competencia en cada Distrito Judicial.

3º Los *Juzgados de Primera Instancia*, que pueden ser Especializados en materia penal, civil, de trabajo, constitucional, etc. y mixtos en cada distrito judicial, se encuentran en la tercera categoría jerárquica.

4º Los Juzgados de Paz Letrados que se encuentran en la cuarta categoría de la jerarquía jurisdiccional.

5º Los Juzgados de Paz o jueces legos, anteriormente con la L. O. del P. J. derogada se denominaba Jueces de Paz no Letrados, es la última categoría del orden jerárquico jurisdiccional.

La función de cada uno de los órganos jurisdiccionales en sus distintos niveles jerárquicos tienen una gran particularidad, a diferencia de los órganos jerárquicos de la administración pública, están regidos por el *Principio de la Autonomía funcional*; es decir, que las resoluciones que emiten los jueces dirimiendo los conflictos de intereses o incertidumbres, es el resultado de su criterio de conciencia formado en la aprehensión y análisis en los actos procesales, medios probatorios y la conducta de los justiciables, el conocimiento técnico - científico del Derecho y la interpretación de las normas jurídicas valoradas en su conjunto, sin la presión o influencia del Órgano Jurisdiccional Superior, e *independencia* ante los demás Poderes del Estado (*Ejecutivo y Legislativo*). Más adelante estudiaremos como se manifiesta la autonomía jurisdiccional a través de la historia de la sociedad.

Capítulo VIII

Derechos Subjetivos y Tutela Jurisdiccional

1. DERECHOS SUBJETIVOS

Consideramos necesario volver a estudiar brevemente las concepciones doctrinarias de los derechos subjetivos con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica del *derecho a la tutela jurisdiccional*, si se trata de un derecho *subjetivo* o un derecho *positivo* así como la *acción y pretensión*, precisándose sus relaciones con el derecho objetivo.

El *derecho subjetivo* es objeto de estudio de las diversas teorías filosóficas del derecho sobre su origen y naturaleza en la regulación de las relaciones humanas conjuntamente con el derecho objetivo. Pero previamente delimitaremos la definición de ambas categorías jurídicas.

El *Derecho en sentido objetivo*, es el conjunto de normas imperativas - atributivas que regulando las relaciones humanas, imponen deberes y conceden facultades. Las facultades son los *derechos subjetivos*. El *derecho objetivo* es todo el ordenamiento jurídico, y el *derecho subjetivo* es la facultad conferida por el mismo ordenamiento a la que corresponde correlativamente un deber jurídico. Ante un *derecho subjetivo* se encuentra el *deber jurídico*, que puede ser deber general de abstenerse de perturbar un derecho o el deber de determinada persona de hacer o no hacer, como en los derechos de crédito o recíprocamente en el derecho de familia de la asistencia recíproca, por ejemplo derechos y deberes de la asistencia mutua, como enseña el Tratadista *Ludwig Ennecerus*²³²

Existen normas jurídicas que establecen deberes, cuya observancia es de interés general y su ejecución está a cargo de los órganos del Estado. Puede ocurrir que estas disposiciones sean útiles a los intereses particulares más allá de los intereses generales, aunque el individuo no tenga facultad legal para forzar lo obligado o liberarlo de su obligación. Estas normas no

²³² ENNECERUS, LUDWIG. *Tratado de derecho civil*, trad. BLAS PÉREZ GONZALES Y JOSÉ ALGUER, tomo I, 1947, pp. 288 y 297.

generan derechos subjetivos, pero sí intereses protegidos o meros efectos - reflejos de las normas jurídicas. *Von Tuhr*²³³ afirma que la protección de esos intereses está a cargo del Estado, al paso que el ejercicio de los derechos subjetivos no se realiza por actividad directa de los órganos estatales.

El *deber jurídico*, sostiene *Von Tour*,²³⁴ debe distinguirse de la condición de adquisición o pérdida de un derecho, si el efecto de la inobservancia al cumplimiento de una determinada conducta consiste apenas en perder un derecho o en no adquirir, tendremos no un deber jurídico, sino una condición para la adquisición o pérdida del derecho. El deber constituye reflejo de un imperativo en el interés ajeno, la condición constituye el reflejo de una disposición en el interés propio. Es semejante la distinción hecha en derecho procesal entre el *onus* y los *encargos procesales*, el juez obliga a los justiciables a cumplir con ciertos actos procesales.

Karl Olivecrona,²³⁵ considera el *derecho subjetivo* y el *deber jurídico* como simples ideas místicas, así mismo *Hans Nawiasky* se plantea la interrogante: *Cuál es lo primero, el derecho subjetivo o el ordenamiento jurídico*. A parte de estas preocupaciones, exponemos las concepciones de derecho subjetivo en base a las corrientes modernas que pretenden restringirle la significación o aislarlo de todo contenido ideológico que le han venido introduciendo a través de los tiempos las diversas corrientes filosóficas, jurídicas y políticas.

2. CORRIENTES FILOSOFICAS

2.1. El Individualismo jusnaturalista

La corriente filosófica, estableció una serie de derechos subjetivos anteriores y superiores a la vida social, inalienable e imprescriptible, trincheras a la voluntad legislativa de toda reglamentación.

El carácter individualista coloca al individuo en primera plana, por lo que el Estado y sociedad deberían servir a él, estableciendo barreras infranqueables con los derechos fundamentales e impostergables del hombre, reflejándose en la *revolución francesa*, en la *ilustración* (*AUFKLARUNG*) *germánica*, la teoría anglo - americana de los *legal rights*, como afirma *Roscoe Pound*²³⁶ En las expresiones de *Gioelo Solari*,²³⁷ el destino del individualismo jurídico

²³³ VON TUHR, ANDREAS. *Derecho civil*, trad. de TITO RAVÁ, Vol.-1, 1946, p. 73.

²³⁴ IBIDEM. Op. cit., p. 128.

²³⁵ OLIVECRONA, KARL. *Il diritto como fatto*, trad. por S. CASTIGNONE, 1967, pp. 63, 96 y 99.

²³⁶ POUND, ROSCOE. *Las tendencias del pensamiento jurídico*, trad. JOSÉ PUIG BRUTAU, 1950, P. 209. **Pound, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau. Edición al cuidado de José Luis Montero Pérez (Edit. Comares, Granada, 2004), XXXVIII, 193 págs.** La última forma de interpretación que estudió Pound Roscoe fue la que concebía el Derecho como una obra de ingeniería social (pp. 167 - 193). Efectivamente, había que contemplar otros factores como los siguientes: los hombres que intervenían en el hallazgo y adaptación de los materiales jurídicos, los materiales con los que operaban, las circunstancias bajo las que actuaban y los objetivos que les movían a obrar. Muchos de estos elementos han sido estudiados por la interpretación de la civilización de Kohler, figura destacada en la última parte del siglo XIX. El planteamiento de este jurista consideraba que el Derecho se presentaba como relativo a la civilización y que las leyes eran, en el mismo sentido, atinentes a la civilización propia de cada tiempo y lugar. De hecho, no existía un

parece depender de ciertas concepciones fundamentales que están de acuerdo los jusnaturalistas de todas las escuelas.

Las doctrinas de derechos innatos del estado natural del contrato social, aparecen en todos los sistemas coordinados con las premisas teoréticas del *cartesianismo* y *empirismo*, continuando las dos corrientes del pensamiento filosófico dominantes en el siglo XVII. El *cartesianismo* afirma que el saber derivado del propio espíritu ofrece los medios para dar el nuevo fundamento al derecho objetivo y subjetivo. La idea de lo justo y de los derechos innatos del hombre está implícita en el *cartesianismo*. La *lex externa* para los escolásticos era la expresión de la inteligencia divina, y para los *cartesianos* se encontraba en el espíritu humano y surgía la idea innata de lo justo. La doctrina de *derechos subjetivos* y la *teoría de los derechos innatos* entendidos como facultades subjetivas propias del individuo, fue elaborada por los jusnaturalistas en los antecedentes de *Descartes*. Estas doctrinas consagraron rígidamente el individualismo jurídico, derivar la norma jurídica de la idea innata de lo justo equivalía a abandonarla a un *criterio individual, variable y de objetividad ilusoria*. *Leibniz* trató de atenuar las consecuencias de la doctrina, transformando la idea *innata* de lo justo en racional, procurando obtener una objetivación de universalidad formal y abstracta.

El *Empirismo*, no pudiendo aplicar como fundamento del derecho objetivo la idea *racional o innata* de lo justo, sostuvo que la experiencia de la *utilidad social* de ciertas acciones engendra la idea abstracta de lo justo y el sentido de su obligatoriedad. Los racionalistas y empiristas consideran a los individuos atomísticamente reconociéndoles derechos innatos, anteriores y superiores a cualquier forma de organización política proclamados a través de solemnes declaraciones de derechos.

2.2. El Supra - individualismo

El *supra-individualismo* denominado también *Teoría social del Derecho*, son corrientes filosóficas que colocan al hombre en situación de mero ente despersonalizado en el engranaje colectivo, considerando sobre el valor humano el Estado - sociedad, encontrándose el individuo dentro de este engranaje para servirles. El *supra-individualismo* tiene su fundamentado en la expresión *función social del derecho* utilizada en el Siglo XIX por *Augusto Comte* - padre de la *Sociología*-, formulando la hipótesis que «*Nadie posee otro derecho sino el de siempre cumplir su*

cuerpo universal de instituciones jurídicas y de reglas de Derecho para todas las civilizaciones. Por el contrario, se presentaba una idea universal, como era la civilización humana. Pero esta actividad humana debía ordenarse, y que el sistema _aunque no el Derecho_ estableciera a cada uno sus funciones. De esta forma, se protegerían los valores existentes y se haría viable la creación de otros valores nuevos. Pero Roscoe Pound señalaba que, a pesar de las ventajas que ofrecía esta interpretación, no se presentaba como satisfactoria plenamente, en la medida en que tenía rasgos de idealista, prefiriendo más bien un punto de vista instrumental (p. 177). Pound se acercó más bien a pensar en la jurisprudencia como una ciencia de ingeniería social, "cuya competencia corresponde a aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada" (pp. 178 - 179). Era consciente que una interpretación en términos de ingeniería social pudiera emplearse de forma negativa, pero el verdadero peligro estaba en librarse del pesimismo jurídico del pasado inmediato. Por eso, insistía Pound, en que había que confiar cada vez más en los juristas para llevar a cabo la obra creadora (p. 192).

²³⁷ SOLARI, GIOELO. *Filosofía del derecho privado*, trad. OBERDAN CALETTI, 1946, tomo I, p. 12, tomo II, p. 47.

deber»²³⁸ En el Derecho aparece íntimamente ligada a la concepción de *León Duguit*, quien elaboró una nueva teoría vinculada con la *Regla objetiva del derecho* y el *Funcionalismo Social* como característica del nuevo sistema jurídico, rechazando toda concepción metafísica relacionada con la noción de derecho subjetivo.

*Duguit*²³⁹ sostiene que sólo el derecho objetivo, la regla jurídica, se impone a los mismos gobernantes prescribiéndoles sus deberes y limitando sus acciones, se impone también a los gobernados, a los hombres que viven en sociedad. *Augusto Comte* y *León Duguit* proclamaron que cada uno no tiene otro derecho si no el de cumplir su deber, colocando en el centro de los derechos subjetivos la idea de función social.

*Este jurista*²⁴⁰ por su parte dice: «*El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene, en la sociedad, una cierta función a cumplir, una cierta tarea a ejecutar y ése es, precisamente, el fundamento de la regla de Derecho, que se impone a todos, gobernantes y gobernados*»

El *supra individualismo* como pensamiento filosófico a poner fin al individualismo, parte de la solidaridad como un deber de todo individuo, en consecuencia las comunidades y el Estado es la organización solidaria de la sociedad en la que el individuo pierde el derecho de luchar para sí, sin actuar dentro del interés de la sociedad y el Estado, y éstos tiene la obligación de satisfacer la necesidades de los individuos, como decía *Duguit*²⁴¹ «*La idea de la solidaridad informa su concepción del derecho de asociación y su concepción de los "contratos colectivos de trabajo"*» A pesar que no habla de *Derecho social*, fue uno de los primeros juristas - con su obra *Fundamentos del Derecho* - que apunta la necesidad de situar el Derecho en el hecho social, considera la experiencia jurídica como una experiencia colectiva y solidaria que integra las conciencias individuales. El jurista afirma que la *regla de derecho* es un producto social y por tanto, es la manifestación de la propia sociedad.

*Georges Gurvitch*²⁴² dice que *Duguit* influenciado por el pensamiento de *Durkheim*, sostiene que el derecho objetivo resulta de los choques de conflictos y disputas en el seno de las fuerzas sociales, y las reglas se inician como meras reglas sociales, constituyendo reglas de derecho cuando el hombre de la conciencia individual las considera necesario para asegurar su observancia a través de una sanción social organizada. Entonces el derecho objetivo es el derecho existente en la sociedad que la ley positiva apenas constata y declara.

²³⁸ COMTE, AUGUSTO. *Système de politique positive*, 1980, tomo I, p. 361.

²³⁹ DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, p. 23 y sgtes, cit. en *Tratado de derecho civil*, tomo I, parte general, Vol I, edit. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 178.

²⁴⁰ DUGUIT, LEÓN. *Les transformations générales du droit privé*, 1953, p. 35

²⁴¹ DUGUIT, LEÓN. (1996). *Fundamentos do direito*. São Paulo: Editora Ícone. (trad. Márcio Pugliesi).

²⁴² GURVITCH, GEORGES. (1932). *L'idée du droit social*, Paris: Sirey. La emergência del direito social, ocurrida al final del siglo XIX, cambió la forma radical el panorama de la ciencia jurídica de aquella época. Una de las nuevas ideas del período en cuestión gira en torno de la adversión al legalismo, vale decir, el fenómeno del pluralismo jurídico. Su gran defensor fue el jurista franco-ruso *Georges Gurvitch*, quien fue el primero sistematizador del concepto de *direito social* y de *pluralismo jurídico*, parte de la premisa de que cada grupo tiene la posibilidad de engendrar su propio orden jurídico interno de forma autónoma. Los grupos, de este modo no esperan la intervención estatal para producir, una vez que son considerados autónomos de reglamentación jurídica. En el derecho, diferentes órganos (los denomina *focos*). En el derecho diferentes órganos (*focos*) se oponen, se interpretan, se organizan, se equilibran y se organizan jerárquicamente de diversas maneras.

Para *Duguit* la base objetiva del derecho se encuentra en el *acto social* a través de una *conciencia colectiva*, constituido por la *solidaridad social*. El Estado se debe legitimar mediante prestaciones positivas para minimizar la desigualdad de las relaciones. Entonces la legitimidad del Estado reside en el cumplimiento de su función.

El pensamiento *solidarismo ius-social* es una corriente bastante heterogénea que se hizo paso sobre todo a partir de Francia, y que incluso tiene sus conexiones originarias en la idea de la «*fraternidad*» que formara el conocido típico programático de la Revolución francesa, reflejado en su Declaración de Derechos. El solidarismo en gran medida abrió el camino hacia la construcción de los sistemas del Estado social contemporáneo. Ese influjo, como ahora se demostrará, prendió en *Adolfo Posada* como en muchos otros reformadores sociales de su tiempo. Pretendía como republicano de orientación social, situarse en una posición intermedia entre el individualismo doctrinario y el socialismo. Afirma con *Duguit* que «*la sociedad no subsiste, no se mantiene, sino merced a la solidaridad que une a los individuos que la componen*» Es decir, el Derecho constituye una condición, a la vez que un resultado de la solidaridad social, siendo posible definirse como Derecho la norma (*objetiva*) que responda las exigencias de la solidaridad social.

La solidaridad sostenida por *León Duguit*, sin duda es *condición y debe ser* el constante resultado de la vida social, sin ella no hay verdadera sociedad humana. Mediante el «*luminoso concepto de la solidaridad*» se logra -dice- que la sociedad constituya una conciencia propia, capaz, como la del hombre (*individuo*), de vivir su mundo moral. La solidaridad será la que surja de los movimientos íntimos, convergentes, de los hombres que forma el ser social. Interesa pues destacar que para *ius filósofo* la *solidaridad* es el verdadero fundamento del Derecho. La nueva concepción de la libertad-función fundamenta todas las leyes que imponen al individuo obligaciones positivas. Él postula su aplicación en las «*leyes modernas relativas al trabajo y a la previsión*»²⁴³ El enfoque del «*sindicalismo administrativo*» y el reto renovador en el pensamiento de *Posada* se haría notar manifiestamente el estudio sobre «*La nueva orientación del Estado*» anexo a la obra de *León Duguit*, «*La transformación del Estado*» En este punto, como en el de la organización «*pública*» de la solidaridad, el modo de pensar del autor estriba en el «*intento de elevar las funciones llamadas privadas a la dignidad de funciones públicas*» De ahí su defensa de la «*publicación*» de los sindicatos dentro de la estructura interna del Estado.

*Karl Larenz*²⁴⁴ tratando de atenuar las consecuencias de la doctrina, transformando en racional la *idea innata* de lo *justo* procurando obtener una objetivación y universalidad formal abstracta, pero subsistiendo el peligro de confundirla con la universalidad real de la norma jurídica. Sostiene que esta Escuela del Derecho se aplicó en Alemania nacional - socialista, la idea de comunidad constituía la base de toda la estructura jurídica, donde no subsistía el más mínimo margen para los derechos subjetivos, la libertad significaba cumplimiento del deber con el Estado y la comunidad: la *libertad* era la comunidad suprema.

²⁴³ DUGUIT, LÉON. *Las transformaciones del derecho público y privado*, trad. A. G. Posada y R. Jaén, Heliasta, Buenos Aires, 1975, p.191 y ss.

²⁴⁴ LARENZ, KARL. *La filosofía del contemporánea del derecho y del Estado*, trad. GALAN GUTIERREZ Y TRUBOL SERRA, 1942.

Como se puede ver que esta concepción filosófica supra - individualismo resulta exagerada, al desconocer totalmente el derecho subjetivo. Es muy difícil negar su existencia considerados como poderes jurídicos reconocidos por el derecho positivo a fin de tutelar los intereses humanos, como afirma **Du Pasquier**, «el sentido objetivo y el sentido subjetivo consideran el fenómeno jurídico desde ángulos distintos, pero entre ellos no hay diferencia alguna de naturaleza, pues un derecho (en sentido subjetivo) no existe sino cuando el derecho (en sentido objetivo) lo consagra»²⁴⁵

Bonniecse²⁴⁶ critica esta concepción filosófica del Derecho, sostiene que así como el individualismo era inspirado por la ideología liberal, también el *supra- individualismo* era inspirado por la ideología social. Las ideas *a priori* procuraban justificar los actos en una concepción romántica de la realidad jurídica.

El extremo del pensamiento del *Supra-individualismo* tuvo como finalidad romper el individualismo liberal, sobre poniéndose la necesidad de desarrollo de la sociedad en su conjunto, y que el Estado debe intervenir en las relaciones jurídicas privadas regulándolas y se ejecuten dentro del interés de la sociedad, como la solidaridad, la moral y la buenas costumbre. Ese pensamiento filosófico ha influenciado grandemente en las legislaciones constitucionales y Códigos Civiles, limitando el ejercicio del derecho privado en armonía con el interés colectivo.

2.3. El positivismo

La lucha contra las ideologías individualistas y supra individualistas, surge el *positivismo jurídico*, reduciendo el Derecho a la ley, y los derechos subjetivos por simples reflejos. El fundador de ésta corriente filosófica es **Hans Kelsen** con su obra «*La Teoría Pura del Derecho*» La idea fundamental de **Kelsen** consiste en estructurar la ciencia del Derecho, fundamentada en el derecho positivo en general depurando el contenido ideológico y político del que se ha investido a través de todas las épocas, por lo que también se denomina *Teoría unidimensionalista del Derecho*.

Kelsen combate los dualismos tradicionales y repele la concepción de derechos subjetivos distintos al derecho objetivo, afirmando que el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo aplicado como consecuencia jurídica a un sujeto concreto (*deber*), o cuando se pone a disposición del mismo (*facultad*), quedando eliminado de cualquier abuso ideológico. Considera a la persona como una hipótesis, la expresión unitaria para un conjunto de deberes y facultades jurídicas.

Así mismo para **Hans Kelsen**, el Derecho desde el punto de vista *dinámico*, desempeña el papel esencial en la creación de la norma individualizada consistente en el pronunciamiento judicial: *tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente autorizado a intervenir en la creación de una norma especial, la norma que impone la sanción al individuo que de acuerdo con la resolución del tribunal, cometió el acto antijurídico o violó el deber*²⁴⁷

²⁴⁵ DU PASQUIER, CLAUDE. Op. cit., p. 12.

²⁴⁶ BONNECASE, JULIEN. *Science du droit et romantisme*, 1928, p. 38 y 49.

²⁴⁷ KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, 1950, p. 76.

2.4. El existencialismo

La corriente filosófica del *Existencialismo del Derecho*, tiene su fundamento en la relación *existencia y esencia* de seres y de entes, de *onto-seres* y de *meta-seres* como afirma **Miguel Covián Andrade**.²⁴⁸ Si el *existencialismo* es parte de la teoría fundacional, es para enfatizar la primacía de la *existencia* sobre la *esencia*, por la visión óptica con que nos auxilia a explicar las cosas. Para ser primero se requiere algo que sea, no se puede ser algo sin que exista algo que sea ese algo, y la esencia del algo que es ése su existencia, la misma que hasta no hacerse no es. En la existencia habita el *ser* que es el mundo de posibilidades, el caos que requiere de orden. En la esencia habita el *ente* que es sólo una de las posibilidades del ser, la razón que se harta de tanto orden. Lo *ontológico* está en la existencia que se refiere a lo que está en el *ser*, lo *metafísico* en la esencia, es decir se refiere a lo que está más allá del *ser*. De aquí la dicotomía entre *onto-ser* y *meta-ser*, que nos permite decir que *todo ser es onto-ser*, y que *todo ente es meta-ser*.

El Derecho no pre-existe al humano, el humano crea al Derecho y pre-existe a él. La unidad con mayor poder impone el Derecho a la de menor poder. Es decir, el Derecho no pre-existe al poder, así como tampoco lo crea o lo limita, si acaso le tiende canales que aquél desborda por su enorme caudal. Creado por el poder el Derecho, éste como la materia, guardando las distancias del caso, ya no se recreará o destruirá, sólo se transformará.

Siguiendo la sistemática existencialista, **Legaz y Lacambra**²⁴⁹ parte de la definición de *situación jurídica*. El término *situación* en general, es un elemento de *existencia*, y *existir* es estar en el mundo, darse forma, decidirse entre posibilidades contrarias de conformidad con la libertad radical. La *esencia* de la *existencia jurídica* está en situaciones jurídicas y un poder de darse forma mediante una libertad eficiente para crear nuevas situaciones.

Legaz y Lacambra afirman que la idea de *situación jurídica* busca integrar en un concepto superior el *derecho subjetivo* y el *deber jurídico*, afirmando que el derecho subjetivo no es distinto al derecho objetivo, y la primera forma es el deber jurídico, es decir, la norma en cuanto establece situaciones de deber.

El *existencialismo* niega que el acto facultativo constituya el derecho subjetivo, sino que es la posibilidad jurídica que tales actos facultativos sean el signo que el Derecho establece para un sujeto, una situación que no es la de un deber, si no la de un derecho subjetivo.

Legaz y Lacambra,²⁵⁰ define al *derecho subjetivo* como aquella situación del sujeto de derecho en virtud de la cual una conducta del mismo significa una participación en el proceso creador del Derecho, porque la imposición de deberes jurídicos a otro sujeto y la creación de nuevas situaciones jurídicas en beneficio propio o de terceros se hallan a su disposición.

²⁴⁸ COVIÁN ANDRADE, MIGUEL. *Teoría constitucional*, CEDIPC, 2ª edic., México, 2000, cap. I.

²⁴⁹ LEGAZ Y LACAMBRA. *Horizontes del pensamiento jurídico*, 1947, p. 120; *Filosofía del derecho*, op. cit. 537 y ss.; *Introducción a la ciencia del derecho*, 1943, p. 552.

²⁵⁰ LEGAZ Y LACAMBRA. *Horizontes del pensamiento jurídico*, 1947, p. 120.

2.5. Posición de la teoría egológica

En el siglo XIX se desarrollaron tres grandes acontecimientos históricos del conocimiento científico:²⁵¹ En el Derecho, la *necesidad de la codificación* con posiciones prominentes de identificar al Derecho con la norma, el nacimiento de la *Sociología* como Ciencia, y el surgimiento de la *axiología* como ciencia de los valores. Estos tres acontecimientos gestaron la sistematización de una nueva concepción filosófica del Derecho a partir de la década del cuarenta del siglo pasado (S.XX), con la *Teoría Tridimensionalista*.

Carlos Cossio, jurfilósofo argentino creador de la *Teoría Egológica del Derecho* formuló duras críticas a la Teoría Tridimensionalista de *Miguel Reale*²⁵² (brasileño), quien sostiene que el derecho es la *unidad tridimensional* de *hecho, norma jurídica y valor* que no pueden existir a falta de una de estas tres dimensiones, el *Tridimensionalismo* de *Goldschmidt*²⁵³ (alemán residente en Argentina), concluye que desde el punto de vista filosófico del Derecho, existen *tres elementos o dimensiones diferentes pero estrechamente vinculados*: la *sociológica o fáctica* (hecho), la *normológica* (norma) y la *axiológica o dikelógica* (valor).

Según la *Teoría egológica*, el *derecho objetivo* y *derecho subjetivo* son la misma cosa vista desde ángulos diferentes. El *primero* es la norma en relación al individuo o sujeto, el objeto del Derecho es la conducta humana en interferencia intersubjetiva, siendo la norma simple esquema interpretativo de la conducta. *Cossio* no comparte la oposición de *derecho subjetivo* y *derecho objetivo*, precisando que la distinción debe establecerse entre derecho subjetivo (*stricto sensu*) y deber jurídico.

²⁵¹ A principios de siglo surgió la necesidad del Derecho como norma protagonizado por el movimiento codificador, a pesar que en este siglo se negaba el carácter de ciencia al derecho, por el impulso del avance de las ciencias naturales como la física, la química, la biología, astronomía, específicamente en el siglo XIX *Méndel* descubrió las *leyes de la genética* con su estudio de la *herencia y la hibridación* de los vegetales, y *Pasteur* sistematiza la nueva ciencia natural la *Microbiología*; a mediados de siglo surge la *Sociología* como ciencia con *Augusto Comte* y finalmente a fines de siglo nace la ciencia de los valores y se desarrolló la filosofía de los valores denominada *axiología*. Estos acontecimientos impulsó a los filósofos del Derecho a establecer una relación estas tres disciplinas, la estructura jurídica considerada como norma, sobre lo sociológico o filosófico, estableciendo métodos de su estudio si en forma independiente o conjuntamente según el punto de vista de estudio. Los pioneros de la corriente tridimensionalista del derecho se reconocen al alemán EMILIO LASK (*Filosofía jurídica*, Buenos Aires, 1945), quien trató de lo normativo, lo fáctico y lo justo; el italiano ICILIO VANNI (*Filosofía del derecho*, Madrid, 1941), quien expuso la tridimensionalidad pero para la filosofía del derecho. Sin embargo en la década del cuarenta del siglo XX se hace un estudio sistematizado integrador de las tres perspectivas jurídicas por los trabajos realizados WILHELM SAUER (*Le droit vivant*, París, 1930) y JEROME MAY (*Teoría jurídica integralista*, Buenos Aires, 1951), pero el Tridimensionalismo quedó plenamente sistematizado con las profundas investigaciones de REALE, FERNÁNDEZ SEZAREGO (*Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*, Tesis para graduarse de Bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1950), quien afirma que ciencia jurídica o ciencia del derecho o simplemente derecho, se constituye por tres elementos: *norma –pensamiento–, conducta humana –objeto– y valor –finalidad–*; tres elementos que pertenecen al derecho y que se exigen mutuamente.

²⁵² REALE, MIGUEL. *Filosofía do direito*, São Paulo, 1953.

²⁵³ GOLDSCHMIDT, WERNER. *Intruducción al derecho (Estructura del mundo jurídico)*, Buenos Aires, 1962, edit. Aguilar, p. 197.

La *Teoría egológica* acepta la posición de la teoría pura del derecho en cuanto al carácter de la norma, considerada como un *deber-ser*, porque *Kelsen* distingue la norma *primaria* y *secundaria*, entendiendo por norma *secundaria*: «sobre ciertas condiciones una persona debe conducirse de cierta manera» (Dado A, debe ser P), y la norma *primaria*: «si la persona no se comporta de esa manera, otra persona – el órgano del Estado- debe ejercer contra ella un acto coactivo determinado» (Dado no –P, debe ser S). Con lo expuesto, *Kelsen* considera a la norma *primaria* como juicio hipotético, imputa condición determinada consecuencia de derecho. *Carlos Cossio*, considera a la norma jurídica como juicio *disyuntivo*, según el cual debe distinguirse *perinorma* y *endonorma*, la primera corresponde a la *norma primaria* de Kelsen, y la *endonorma* corresponde a la *norma secundaria*.

Para *Carlos Cossio*²⁵⁴ *perinorma* y *endonorma* no son dos normas, pero sí son dos aspectos de la misma norma vinculados disyuntivamente en una unidad significativa. Concluye que la *estructura de la norma* podría formularse en los siguientes términos: *Dado un hecho, deber ser una prestación, o dada la no prestación, deber ser la sanción*.

*Wilson de Sousa Batalha*²⁵⁵ afirma que «La *Teoría egológica* devuelve al derecho subjetivo en sentido estricto su rango del cual *Kelsen* había desalojado, y muestra nítidamente la integración de *facultad* y *deber* como elementos correlativos e integrantes de la norma jurídica – no hay deber jurídico sin facultad jurídica, y viceversa»

2.6. Diversas teorías sobre derechos subjetivos

Existen muchas otras teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos que no dejan de ser muy importantes, trataremos dentro de ellas a la *Teoría de la voluntad* y *Teoría del interés*.

La *Teoría de la voluntad* representada principalmente por *Windscheid*²⁵⁶ definiendo el derecho subjetivo como un poder de la voluntad desarrollada por *Savigny*,²⁵⁷ quien fue el primero en definir al *derecho subjetivo*, sosteniendo que representa «el dominio de la voluntad libre» y cada relación jurídica aparece como una relación de persona a persona determinada por una regla de derecho, y esta regla establece para cada individuo un dominio en que su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña.

*Windscheid*²⁵⁸ dice que «el derecho subjetivo es un poder de la voluntad o señorío de la voluntad otorgado por el orden jurídico» Ambos juristas sustentan que el derecho subjetivo tal como es concedido por el derecho objetivo, se caracteriza como un poder de la voluntad del sujeto, por lo menos en principio constituye su propia razón de ser y su razón suficiente.

²⁵⁴ COSSIO, CARLOS. *Teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, 1944, p. 300.

²⁵⁵ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. *Comentarios à lei de introducaõ ao código civil*, tomo I, Brasil 1957, p. 184.

²⁵⁶ WINDSCHEID. *Pandektenrech*, tomo I, 1900, p.99.

²⁵⁷ SAVIGNY, FEDERICO CARLOS VON. *Traté de droit romain*, trad. M. CH. GUENOUX, Madrid, 1879, tomo I, pp. 7 y 327.

²⁵⁸ WINDSCHEIDT. Cit. por ATURO VALENCIA ZEA, en *Derecho civil (Parte general y personas)*, edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1979, p. 223.

Esta teoría está en decadencia, porque no alcanza a los sujetos que no pueden manifestar su voluntad, como los niños, el nascituro, y ha sido criticado por muchos autores. Sin embargo han surgido posiciones de defensa, dentro de ellos **Carlos A. Erro y Guillermo Almanza**,²⁵⁹ quienes rechazan la objeción en el sentido que «no son éstos (los incapaces) por sí solos, sino la figura jurídica que forman con sus representantes, el verdadero sujeto. En tal caso la fórmula del sujeto puede sintetizarse así: sujeto = incapaz + voluntad del representante que realiza actos válidos a nombre del representado» **Carnelutti**²⁶⁰ adopta esta posición doctrinaria al afirmar que el sujeto jurídico, en la hipótesis sobredicha, constituye una organización de personas – el menor y su administrador (padre, tutor) y entre otros juristas que siguieron esta corriente doctrinaria tenemos a **Von Tuhr** y **Enneccerus**.

La *Teoría del interés* sostenida por **Rudolph Von Ihering**, como concluye **Fernando de los Ríos Urruti**²⁶¹ en el *Prólogo a la Teoría General del Estado*, el ordenamiento jurídico no tutela la voluntad, sino los intereses humanos y el derecho subjetivo es la concurrencia de dos elementos: «Uno **sustancial** que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que asegura y otro **formal**, que se refiere a ese fin únicamente como medio a saber, protección de derecho, acción de la justicia» **Ihering** resalta los elementos «utilidad, bien, valor, goce, interés»

Con las posiciones de la *teoría voluntarista* y la *teoría del interés*, surge una posición conciliadora entre ambas con **Jellinek**²⁶² al considerar el *derecho subjetivo* como un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual. El autor concluye afirmando que *el derecho subjetivo es el poder de la voluntad humana dirigida a un bien o interés reconocido y protegido por orden judicial*. En este sentido también **Adolf Merkel**²⁶³ considera el derecho subjetivo como un poder conferido en atención a determinados intereses, propuestos por el derecho objetivo y dispuesto como instrumento para su satisfacción.

A todas estas últimas teorías que pretenden establecer una jerarquía del derecho subjetivo como superior o en sentido contrario el derecho objetivo con mayor jerarquía, se ha resuelto con las teorías modernas que explican *la unidad de derecho subjetivo y objetivo*, la *Teoría Pura del Derecho* de **Hans Kelsen** y la *Teoría Ecológica* de **Carlos Cossio**.

3. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

La noción de *derecho subjetivo* no corresponde solamente al Derecho Privado, si no también al Derecho Público. **Senti Romano**²⁶⁴ sostiene que en el Derecho Público existe una serie de obligaciones de los entes públicos a los cuales no corresponde ninguna pretensión a favor de los administrados.

²⁵⁹ ERRO, CARLOS A. Y ALMANZA, GUILLERMO. *El sujeto del derecho*, 1931, pp. 41 – 42, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, en op. cit., p. 60.

²⁶⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema di diritto procesuale civile*, tomo I, 1936, p. 393; *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. JAIME GUASP, 1942, p. 114.

²⁶¹ IHERING, RUDOLF VON. *L'éprit du droit romain*, trad. O. MEULENAERE, tomo IV, 1878, p. 317 y 326.

²⁶² JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*, 1943, p. 40.

²⁶³ MERKEL, ADOLF. *Juristische Enziklopaedie*, 1913, p. 159

²⁶⁴ ROMANO, SENTI. *L'Odinamento giuridico*, 1945, p. 77.

Jean Dabin²⁶⁵ considera que el problema no tiene solución y se formula los siguientes enunciados: *¿Cómo los ciudadanos podrían reivindicar, relativamente al Estado, algún derecho público cuando éstos derechos derivan de la propia voluntad del Estado y no son garantizados, sino por su propia fuerza? ¿Cómo podría ligarse y coaccionarse en relación a sus súbditos? ¿Cómo podría el Estado ser parte y juez al mismo tiempo?* Este jurista resalta que en un Estado de Derecho, todos los órganos del poder público están sujetos al respeto a la Constitución Política del Estado y a la ley, en consecuencia, a los derechos subjetivos que de ella derivan.

Pero *¿Qué ocurre en el caso del legislador constituyente que no está sujeto a norma alguna?* En este caso tiene que observar el *Derecho Político*, es decir los *Principios no escritos* que justifican la existencia del Estado, su competencia y autoridad, el fundamento objetivo de los derechos subjetivos públicos en la exigencia de la realidad objetiva de la sociedad que busca justicia, y que la *teoría existencialista* encuentra su aplicación entre *existencia (ser)* y *esencia (ser-deber)*. La *Teoría jus naturalista* denomina *Derecho Político Natural* a la que se debe recurrir en estos casos según afirma **Dabin**, sin embargo **Jellinek**²⁶⁶ no es difícil caracterizar los derechos públicos subjetivos, teniendo en cuenta la *Teoría de la auto limitación del Estado* sin necesidad de recurrir al *Derecho natural político*, en consecuencia se considera como derecho subjetivo toda facultad reconocida por el ordenamiento vigente, a la que corresponde un deber jurídico, y no es difícil reconocer los derechos subjetivos públicos. No son las normas de Derecho privado como las de derechos públicos reconocen facultades, la que corresponden deberes jurídicos del Estado: *tales facultades constituyen derechos subjetivos públicos*. Poco interesa en la mayoría de los casos estén ligadas a obligaciones del propio sujeto, como el *derecho de sufragio*, desde que el Estado tenga el deber jurídico correspondiente a la facultad, se caracteriza el derecho público subjetivo porque no se confunde con los simple reflejos de las normas jurídicas.

Por su parte **Hans Nawiasky**²⁶⁷ dice *«cuando el derecho público prevé deberes jurídicos de una persona, tanto se favorecen apenas la colectividad, o juntamente con ella, también determinadas personas individuales, este hecho trae consigo generalmente plena garantía de realización de los intereses favorecidos, puesto que los órganos públicos deben actuar, en principio, de oficio. De ahí se concluye que no sea necesario un derecho subjetivo público correlativo al deber jurídico público. Si, no obstante, se quiere conceder tal derecho, se debe declarar expresamente o por lo menos, dar claramente a entender, pues lo que se hace como esto es establecer una salvaguarda adicional para la pretendida realización de los intereses subjetivos afectados, consistente en que el ordenamiento jurídico se sirve del interés privado que existe en la realización de esos intereses»*

Por su parte **Alessandro Groppali**²⁶⁸ sostiene que fue la doctrina del Derecho natural la que formuló la primera tentativa de reconocimiento de los derechos subjetivos públicos, considerando el hombre como titular de derechos originarios e inalienables y el Estado como el fruto de un contrato destinado a asegurar y proteger los mismos derechos. La teoría alemana sostenida por **Geber** en 1852, contrariamente dice que el Estado es soberano, independiente e

²⁶⁵ DABIN, JEAN. *Le droit subjetif*, 1952, p. 80.

²⁶⁶ JELLINEK. *Teoría general del Estado*, op. cit., p. 350.

²⁶⁷ NAWIASKY, HANS. Op. cit., p. 399.

²⁶⁸ GROPPALI, ALESSANDRO. *Doctrina general del Estado*, pp. 210 y ss.

omnipotente, en consecuencia los derechos de los ciudadanos no son más que simples reflejos del Estado.

La doctrina ha reconocido a **Jellinek** como el prominente sistematizador de los *derechos públicos* con sus afirmaciones: *todo derecho implica relación entre dos sujetos, el Estado tiene derecho sobre sus súbditos, por tanto si entre el Estado y los súbditos existe una relación jurídica, necesariamente también los súbditos tienen derecho ante el Estado.*

El Estado al establecer el ordenamiento jurídico, autolimita su soberanía y se coloca en posición de sujeto de obligaciones, las cuales está vinculado por el propio ordenamiento jurídico establecido.

Groppali acepta la *teoría de la autolimitación*, pero formula las siguientes observaciones:

- a) El concepto de autolimitación repugna al concepto de soberanía del Estado.
- b) Es absurdo pensar que el Estado-administrador *pueda ser condenado* por el Estado-juez, es decir al final sea condenado por si mismo.
- c) El Estado que establece el Derecho es el *Estado-sociedad* y el *Estado-conjunto de órganos* se somete al Derecho.

Jellinek, clasifica los derechos subjetivos de conformidad con cuatro *status*:

a) *Status subjectionis*, comprendiendo los derechos que el Estado ejerce sobre los súbditos, correlativos al deber de obediencia.

b) *Status libertatis*, comprende los derechos de libertad, constituido por el poder jurídico de los ciudadanos para disponer de sus personas y de sus propiedades, como de actuar según su voluntad en las zonas de actividad que no están prohibidas o son indiferentes para el Derecho.

c) *Status civitatis*, comprende los derechos cívicos que tienen los ciudadanos frente al Estado para obtener protección jurídica, el uso de los servicios públicos, la aptitud para desempeñar puestos civiles y militares cuando concurren determinadas condiciones.

d) *Status activae civitatis*, comprendiendo los derechos políticos que competen al ciudadano para participar en la vida del Estado, es decir derecho de elección activo y pasivo.

Romano agregó la categoría de los *derechos patrimoniales públicos*, comprendiendo los derechos que nacen sobre una cosa a favor del Estado o de los particulares en las relaciones jurídicas públicas, como el derecho del Estado sobre los bienes públicos, el derecho de expropiación, etc.

Teniendo en cuenta lo expuesto de las *teorías de los derechos subjetivos* y la *teoría de los derechos subjetivos públicos*, trataremos si el *derecho de acción* tiene el carácter de *derecho subjetivo público* para que el Estado cumpla con carácter obligatorio la prestación jurisdiccional.

4. DERECHOS POTESTATIVOS

La *Teoría de los derechos potestativos* constituye uno de los importantes aportes de la Ciencia Jurídica Moderna. Se trata de los derechos *constitutivos* o derechos *formativos*, como señala **Hans Nawiasky**,²⁶⁹ no tienen como correlato un deber de obrar, especialmente un deber de prestar, consisten en una facultad de producir unilateralmente una modificación o extinción de deberes. **Paúl Oertmann**²⁷⁰ dice que se consideran derechos *potestativos*, aquellas facultades del sujeto que contienen algún poder para la producción de efectos jurídicos, y otorgan a su titular la posibilidad de producir mediante la propia actividad y por declaración unilateral, un efecto de derecho.

James Goldschmidt²⁷¹ entiende que el derecho privado potestativo y acción constitutiva se excluyen, por cuando el titular tiene por sí mismo la facultad de constituir, modificar o extinguir la relación jurídica mediante una declaración unilateral de voluntad, no necesita promover acción constitutiva. **Francesco Cornelutti**,²⁷² niega el concepto de derecho potestativo, para él la noción de derecho potestativo es la intuición de que el derecho subjetivo tiene la sustancia de poder; pero el error está en acreditar que sólo algunos derechos tienen esta sustancia.

La definición de **Giuseppe Chiovenda**²⁷³ es la más acertada, dice que hay derechos potestativos que produce el nuevo estado jurídico simplemente en virtud de declaración de voluntad del titular, y otros en los cuales el cambio se determina solamente cuando el derecho potestativo fue verificado por el Juez. Si basta la declaración de voluntad del titular o cuando se exige una sentencia, la ley resuelve por criterios de oportunidades.

5. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Es la potestad y el deber del Estado prestar la tutela jurisdiccional efectiva a todas las personas nacionales y extranjeros domiciliados o no domiciliados que se encuentren dentro de la jurisdicción nacional y en igualdad de condiciones, cuando los derechos materiales han sido vulnerados. La tutela jurisdiccional como deber estatal, implica la observancia del derecho público objetivo y subjetivo antes y después de iniciado el proceso. Por otra parte la tutela jurisdiccional es un derecho subjetivo de los sujetos de exigir al Estado la actuación de la función jurisdiccional a través de la acción judicial, conforme al derecho objetivo procesal que establece los presupuestos procesales y de procedibilidad, para que el órgano jurisdiccional se pronuncie con equidad sobre los conflictos de intereses o incertidumbres sometidos a su jurisdicción.

²⁶⁹ NAWIASKY, Hans. Cit. Por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 66.

²⁷⁰ OERTMANN, PAÚL. *Introducción al derecho civil*, Edit. Labor, 1933, p. 364.

²⁷¹ GOLDSCHMIDT, JAMEZ. *Derecho procesal civil*, trad. L. Prieto, 1936, p. iii.

²⁷² CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoría general del derecho*, op. cit., p.176.

²⁷³ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituzioni di diritto processuale civile*, trad. Guimarães Menegale, 1942, tomo I, p. 81.

La tutela jurisdiccional como deber estatal y derecho material de toda persona, el Estado tiene que observar tomando como punto de partida al proceso:

a) Antes del proceso

Es la obligación que tiene el Estado de proveer todas las condiciones subjetivas y materiales para la prestación de la tutela jurisdiccional a través del proceso como supuestos potenciales posibles de promover acción judicial. **Horacio D. Rosatti**²⁷⁴ dice que «El derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado –monopolizador del servicio de administración de justicia– el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta»

Las *condiciones subjetivas* son las Instituciones del Poder Judicial, la estructura con jerarquías verticales, autonomía y eficacia conforme a la Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y las declaraciones universales de derechos humanos, es decir la organización del Poder Judicial desde el punto de vista administrativo la organización de la Corte Suprema y Cortes Superiores y otros órganos de control de la función jurisdiccional (OCMA, CODICMA internamente).

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) cuya función es el nombramiento, sanción y destitución de Magistrados de todas las jerarquías. La organización jurisdiccional constituida por los Salas Supremas, Salas Superiores, los Juzgados especializados de primera Instancia (civiles, penales, laborales, contencioso administrativos, constitucionales, tributarios, etc.) y juzgados mixtos, los Juzgados de Paz Letrado y Juzgados de paz (*juzgados legos*), los auxiliares jurisdiccionales como los Relatores y Secretarios de Salas, los Secretarios de Juzgado, los peritos judiciales, las oficinas de notificaciones, etc.

El Estado en cumplimiento con su obligación y potestad (*potestad debe entenderse como el poder y no como facultad de hacer o no hacer*) por mandato constitucional establece los órganos jurisdiccionales y su estructura que constituyen el Poder Judicial, con la finalidad de resolver los conflictos de intereses de derecho público y privado al recurrir a los órganos competentes del Poder Judicial, garantizando la independencia y autonomía en la impartición de justicia.

Las *condiciones materiales* son las infraestructuras debidamente acondicionadas, mobiliarios, sistema de cómputo interconectado, materiales de escritorio, etc.

El Estado tiene que contar con la normatividad procesal que regule el ejercicio del derecho a la Tutela Jurisdiccional, principalmente los Códigos procesales o Ley de enjuiciamiento civil (*España*). Además el Estado para estructurar la organización y funcionamiento del Poder Judicial, requiere de una partida presupuestal suficiente para el funcionamiento de las instituciones jurisdiccionales garantizando una remuneración justa y decorosa del Magistrado y de todo el personal, así como el abastecimiento de los materiales de consumo inmediato en la

²⁷⁴ ROSATTI, HORACIO D. *Derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, argentina 1984, p. 47.

prestación del servicio como papel, tinta para las impresoras, movilidad, etc. viabilizando una pronta y eficaz tutela jurisdiccional efectiva.

Las condiciones expuestas como presupuestos elementales para la prestación efectiva de la tutela jurisdiccional, consideramos que puede dirimirse los conflictos en forma oportuna con prontitud y eficacia, garantizando la seguridad jurídica, el bien común contribuyendo a la paz social.

b) Dentro del proceso

La tutela jurisdiccional dentro del proceso, es el derecho de toda persona a promover acción recurriendo al órgano judicial competente para que resuelva los conflictos de intereses, a través de la demanda o denuncia.

El derecho al proceso es indesligable de la coexistencia con la jurisdicción, porque sin proceso no puede existir jurisdicción y sin jurisdicción no existe proceso judicial, en consecuencia no existe tutela jurisdiccional. Además se plantea que existe la tutela jurisdiccional en el ejercicio del derecho al proceso, y tutela jurisdiccional durante el proceso, porque los justiciables tienen garantías constitucionales y legales de observancia obligatoria, denominado *debido proceso*.

Dentro del ordenamiento jurídico constitucional se reconoce como principio y garantía del *derecho de acceso* a la justicia y a la *tutela judicial* efectiva, en virtud de los cuales todo persona puede acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, o de aquellos colectivos o de control difuso, constituyen sin duda alguna la base sobre la cual se erige el *Estado Democrático de Derecho y de Justicia* consagrada en las Cartas Magnas de todos los Estados, y ningún gobierno dictatorial puede desconocer estos derechos fundamentales, como el Congreso Constituyente convocado por el régimen dictatorial cívico militar del fujimorismo, que aprobó la Constitución Política de 1993 reconociendo estos derechos, porque de lo contrario, la presión social nacional y la comunidad internacional garantizan el ejercicio y la garantía de la independencia del Poder Judicial, judicialmente controlado por los tribunales internacionales, y políticamente por los organismos internacionales y los Estados.

No obstante, el ejercicio de tales derechos no podría hacerse efectivo sin la existencia del *debido proceso* como una de las garantías fundamentales de mayor relevancia, porque éste delimita el marco dentro del cual encuadra la totalidad de las garantías constitucionales procesales, cuya observancia asegura el respeto hacia los derechos esenciales del justiciable.

*Elena I. Highton*²⁷⁵ afirma que se trata de derechos fundamentales y sostiene que «El libre e irrestricto acceso a la jurisdicción constituye un postulado ideal que se encuentra condicionado

²⁷⁵ **HIGHTON, ELENA I.** *El acceso a justicia y la defensa pública en cuestiones no penales* <http://www.mpd.gov.ar/def3civcap> (12-03-2007).

por la realidad práctica y por la existencia de obstáculos diversos que lo restringen. Las vallas son económicas (costo del servicio y excesiva duración de los procesos) y culturales (desconocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y falta de confianza en los resortes de la justicia y sus operadores) y la complejidad de los procedimientos judiciales»

Lamentablemente, el acceso a la administración de justicia no es igual para todos, reflejándose una sensación de desprotección del ciudadano común, principalmente de las personas de bajos recursos, además el *estado de derecho* que sujeta al Estado a las normas legales, también le exige al mantenimiento y realización de la justicia. En consecuencia, entre las necesidades y derechos fundamentales que debe satisfacer el Estado democrático no sólo quedan abarcados estándares mínimos con relación a la educación, salud, alimentación, etc., sino que asimismo corresponde reconocer la obligación del Estado de hacer efectiva la igualdad material en cuanto a la garantía de defensa en juicio

El término de *acceso a la justicia* condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como también de directrices político-sociales, a través del cual el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables en las mejores condiciones posibles de acceso económico e inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica.

La *disparidad* de poder entre las partes, su relativa ignorancia en cuanto a aspectos técnicos o jurídicos que hacen a su posición y su derecho o las urgencias inmediatas y precaria posición económica, *contribuyen* a dificultar el acceso al sistema judicial. La igualdad teórica debe convertirse en práctica para vencer la marginalidad, para que la efectividad de la tutela jurisdiccional constituya una verdadera sociedad democrática.

El acceso a la justicia históricamente cuando se ha tratado con el poder económico o político imperante, el acceso efectivo a la justicia siempre ha sido muy crucial y en la actualidad no está disponible para un gran número de personas, como en el caso de los *intereses difusos* del derecho de los *consumidores* y *daños ecológicos* con explotaciones mineras e hidrocarburos, principalmente las comunidades nativas y campesinas. Este acceso tiene un lugar primordial entre los derechos individuales y sociales, ya que la sola posesión teórica de facultades carecería de sentido si no existiesen mecanismos para su aplicación efectiva sin embargo la gran desigualdad siempre se sobrepone con la presión del poder político.

El Estado debe proveer con presupuestos suficientemente como tienen otras ramas del Poder, para poner en marcha un organismo autosuficiente y con personal competente para desempeñar sus funciones de prestación *jurisdiccional pronta, eficaz y eficiente*.

Los derechos plasmados en la Constitución son garantías, pero para constituirse en derechos plenos y operativos, exigen la efectiva realización material. La violación o la falta de virtualidad de estas garantías imponen a la comunidad un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer todas las dificultades del recorrido hacia su materialización.

La *defensa judicial de los derechos* asume su máximo significado, porque su aplicación exige el libre e irrestricto acceso a la posibilidad de resolver adecuadamente el conflicto. Ciertamente la igualdad ante la ley tiene su correlato y se traduce en la igualdad concreta ante la justicia, para estos fines son imprescindibles ciertas instituciones equilibradoras como la asistencia jurídica gratuita a los carentes de recursos, sustancialmente tendientes a la desaparición de todo tipo principalmente los económicos y culturales, que impiden el libre acceso a la jurisdicción.

El *acceso a la justicia* no merece ser conceptualizado como la posibilidad formal de llegar a una institución en particular, sino como la *inserción de estrategias activas* para promover la admisión por parte de individuos y grupos, que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos. Constituye un dato de la realidad que quien cuenta con escasos recursos, tiene una verdadera dificultad de acceso al sistema judicial, sea para reclamar sus derechos, sea para defenderlos en el caso de ser llevado ante los tribunales, y en muchos casos el acceso a la justicia significa primero el juzgador exigir la recabación de tributos para la apertura del proceso.

Existen muchos partidarios de la falsa creencia que las personas de bajos ingresos tienen menos necesidades jurídicas que las de ingresos más elevados. Sin embargo las dos grandes clases sociales realizan permanentemente actividades empresariales generalmente como empresas bancarias, industriales y de todas las áreas de bienes y servicios y las clases de menos recursos económicos en una serie de contratos que en la práctica no se manifiesta la voluntad en las negociaciones, sino que son de adhesión a las cláusulas que establece la gran empresa, terminan siendo víctimas de daños como resultado del abuso del derecho, en consecuencia son víctimas de conflicto de intereses civiles, cautelares, previsionales, laborales o de familia, etc.. La vida de cualquier persona, bajo la óptica de un jurista, indica que la función del asesoramiento y patrocinio en derecho, fortalece personal y económicamente en muchas oportunidades se convierte en vital.

Si existe el *estado de derecho* bajo una autoridad legítima y democrática, la reclamación de poder llegar a la red jurídica deviene imperiosa y la razón es simple. Si las herramientas y las instituciones jurídicas no están disponibles para grandes sectores de la población que se supone están bajo un estado de derecho, el sistema pierde la oportunidad de reivindicarse como una forma de autoridad legítima. En síntesis, la legitimidad para exigir que el ciudadano ordinario no quede al margen de la tutela jurisdiccional presupone que las instituciones jurídicas de acceso a la justicia operen a nivel accesible. Por tanto no sólo debe ponderarse esta garantía del ciudadano y consecuente obligación del Estado con criterio de

respuesta al mero interés de un determinado ciudadano, sino como satisfacción del interés general de la sociedad en su conjunto.

En este sentido, el proceso judicial constituye el instrumento fundamental para alcanzar la justicia, y éste puede ser impulsado por quienes tengan intereses particulares o difusos y por el propio Estado.

Capítulo IX

Proceso y Procedimiento

1. DEFINICIONES

El proceso tiene varias denominaciones en la doctrina, generalmente los juristas clásicos denominan al proceso litigio, juicio, contienda. *Mello Freire*²⁷⁶ dice que el juicio es la legítima discusión y decisión de la causa hecha por el juez competente. Entre otros juristas *Pereira y Sousa*²⁷⁷ formulan semejante definición: «juicio, es la legítima discusión entre las partes litigantes acerca de sus derechos, ante la autoridad pública» También *João Monteiro*²⁷⁸ define el juicio civil contencioso como la legítima dilucidación entre dos o más personas sobre cierta cuestión correspondiente a derechos de orden civil, sustentada ante el magistrado que tiene que resolver el litigio, y complementa su definición con la noción de *instancia*. El término «instancia» puede ser tomada en dos sentidos: en el de *orden o grado de jerarquía judicial*, o en el de *fuero de la causa*, discusión del pedido contradictorio del autor y del reo. En este último sentido, *instancia* es sinónimo de juicio, puede ser definida como la discusión de la causa sustentada por las partes litigantes por ante el juez que debe resolver el litigio.

Asimismo *Manuel Aureliano de Gusmão*²⁷⁹ considera al proceso como la discusión legal entre dos o más personas sobre cierta relación de derecho por ante un juez competente para resolverla, siendo sinónimo de instancia, la cual en el decir de *Vinnius*²⁸⁰ «*est ipsum susceptum iudicium*»

Las definiciones formuladas por los autores clásicos tienen como base el superado tradicional principio privatístico del proceso, considerado como el anfiteatro para que los interesados se disputen por ante la autoridad pública. En las expresiones de *Francisco*

²⁷⁶ MELLO FREIRE. *Instituições judiciária civil*, tomo IV, p. 7, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit., p. 295.

²⁷⁷ PEREIRA Y SOUSA. *Primeiras linhas*, tomo I, p. 2.

²⁷⁸ MONTEIRO, JOÃO. Op. cit., pp. 30 y 78.

²⁷⁹ AURELIANO DE GUSMÃO, MANUEL. *Proceso civil e comercial*, Brasil, 1934, tomo I, p. 221.

²⁸⁰ IBIDEM. Op. cit., p. 399.

*Campos*²⁸¹ la concepción dualista del proceso judicial, el Estado hacía solamente acto de presencia, desinteresándose del resultado y de los medios por los cuales fuera obtenido. Esta concepción del proceso como instrumento de lucha entre particulares, habría de substituirse por la concepción del proceso como instrumento de investigación de la verdad y de distribución de la justicia» Continúa el autor refiriéndose al proyecto del CPC brasileño de 1973 que ha servido de fuente principal para el CPC Peruano de 1992: «Ponderando la verdad procesal no solamente a cargo de las partes, sino confiando una cierta medida al juez la libertad de indagar de ella, rompiendo con el formalismo, las ficciones y presunciones que el denominado principio dispositivo de controversia o contradicción introducida en el proceso, el nuevo Código procura restituir al público la confianza en la justicia y restaurar uno de los valores primordiales del orden jurídico, que es la seguridad en las relaciones sociales reguladas por la ley»

Para definir el término proceso es muy importante conocer el término movimiento y duración. Estas expresiones han sido estudiadas a profundidad desde el punto de vista filosófico por *Henry Bergson*,²⁸² afirmando que la medida del tiempo no da jamás la idea de duración como duración, se cuenta apenas las extremidades de intervalos o momentos, es decir, en suma, paradas virtuales del tiempo.

Normalmente cuando hablamos en el tiempo, pensamos en la medida de duración y no en la propia duración, la duración es flujo indivisible. Agrega el autor, que generalmente estamos habituados a considerar el movimiento como una serie de posiciones. La duración del movimiento se descompone correspondiente a cada una de las posiciones. Entre tanto, los momentos del tiempo y las posiciones del móvil son apenas instantáneos que nuestro entendimiento toma sobre la continuidad del movimiento y de la duración. Así la realidad no se presenta como las sucesivas imágenes de un film cinematográfico proyectado en una pantalla, más como flujo continuo y movimiento indescomponible. El proceso es un movimiento que «insta», es decir, persiste, insiste y *pende*, con cierta duración.

Etimológicamente proviene de las voces latinas: *pro*: adelante, *cedere*: ir; *procedere*: ir adelante. El movimiento constituye un flujo desde el impulso inicial hasta el último acto ejecutorio que puede ser considerado unitariamente, pero se divide en momentos definidos, el movimiento procesal es divisible en una serie de momentos como dice *Bergson* «un cierto nombre de extremos de intervalos es decir, suma de detenciones o virtuales del tiempo» Los diversos momentos procesales constituidos por actos jurídicos procesales, son paradas en el movimiento global que insta y persiste denominado *proceso*.

El impulso procesal se inicia con la postulación y el acto procesal de emplazamiento al demandado, proyectándose en el tiempo a través de una serie de actos y términos procesales concadenados en único movimiento, con intervalos inconfundibles y separados, siguiendo una línea evolutiva, sin admitir retornos o retrocesos, porque cada etapa concluida es irreversible. El extremo de cada intervalo se denomina preclusión, hasta el último acto ejecutorio que es la suprema preclusión de todas las impugnaciones.

²⁸¹ CAMPOS, FRANCISCO. *Exposição de motives ao projecto do código de processo civil*, cit. por BATALHA, WILSON CAMPOS DE SOUSA, en op. cit. p. 295.

²⁸² BERGSON, HENRY. *La pensée et le mouvant*, 27^o edic., France, 1950, p. 7 y ss.

Muchos autores han tratado de delimitar la concepción del *proceso civil*, dentro de los cuales tenemos a **Chiovenda**,²⁸³ *quién define «que es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria» Couture*²⁸⁴ define al proceso judicial «en una primera acepción como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión»

Por su parte **Gelsi Bidart**²⁸⁵ «El proceso es un organismo o (mejor) un sistema estructurado de actos, dispuesto en vista de un fin (formal) común, que es alcanzar el acto conclusivo que culmina el proceso, que es su lógica terminación: la «sentencia» y agrega: «En definitiva y desde el punto de vista jurídico, el proceso aparece como un medio de determinar el derecho de fondo, que se presenta como una estructura y organización de sujetos y actos predeterminados, según la cual se ejercen la jurisdicción y los derechos procesales fundamentales de las partes (acción y excepción)»

El *proceso* y *procedimiento* son términos diferentes. *Proceso* es el movimiento, y *procedimiento* es la forma o manera cómo se desenvuelve el proceso, es su aspecto exterior de éste, afirmando **Piero Calamandrei**,²⁸⁶ el *procedimiento* indica propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal.

Según **João Mendes Junior**,²⁸⁷ el *proceso* es una dirección en movimiento, mientras que el *procedimiento* es el modo de mover y la forma en que es movido el acto, el *proceso* es el movimiento en forma intrínseca, y el *procedimiento* es ese mismo movimiento en su forma extrínseca.

Lino Enrique Palacio²⁸⁸ define al *proceso* como el conjunto de actos recíprocamente coordinados, de acuerdo como reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, alejados al órgano que requerirán la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, por ante los cuales se requirió la intervención.

2. CONCLUSION

Podemos definir al proceso como la actividad jurisdiccional de las partes (litigantes y juez) materializada en la praxis con una serie de actos procesales concadenados y dialécticamente preclusivos desde su inicio con la demanda a instancia de parte o del Representante del Ministerio Público, en la determinación de la verdad o falsedad de los hechos que sustentan las pretensiones y contradictorios, interpretando las normas jurídicas materiales sometiéndolos a

²⁸³ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, op. cit., p. 37

²⁸⁴ COUTURE, EDUARDO. J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina 1985, edit. Ediciones Depalma, pp. 121 y 122.

²⁸⁵ GELSI BIDART, ADOLFO. *Enfoque preliminar del proceso*, en *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, 1936, edit. EDIAR S.A. Editores, pp.246 y 308.

²⁸⁶ CALAMCREI, PIERO. Op. cit., p. 156.

²⁸⁷ MENDES JUNIOR, João. Op. cit., p. 267.

²⁸⁸ PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de derecho procesal civil*, tomo I, 1973, p. 58.

un proceso axiológico, para concluir con la sentencia hasta la ejecución, regulado por los principios y normas jurídicas procesales.

El *procedimiento* es el conjunto de normas que regulan la dinámica del proceso en forma intrínseca y extrínseca, estableciendo presupuestos y formalidades en su iniciación del movimiento dialéctico procesal que las partes procesales (justiciables, abogados, juez y auxiliares) tienen que adecuar su conducta, *sin que la formalidad del procedimiento atente contra los derechos de los justiciables o a la impartición de justicia*.

3. TEORÍAS DEL PROCESO

3.1. Teorías antiguas

El *proceso* ha sido considerado como un *contrato* en el Derecho romano durante el período de las *legis actiones* y en el *período formulario*, porque las partes presentaban sus contradictorios a fin de que el *praetor* estableciese la fórmula verbalmente y escrita en el *proceso formulario*, convenían en los puntos controvertidos propuesta por el *praetor* y las pruebas que el *judex privatus* debería tomar la decisión. La *litis contestatio* en la *legis actiones* era el momento en que las partes invocaban las testimoniales denominados *testes estote* para que éstos declaren ante el *Judex* denominada etapa *in iudicio*. Era indispensable para no ser juzgado sin las garantías de defensa (*indefensus*).

La *litis contestatio* tenía mucha semejanza a un contrato produciendo la composición del proceso (*consumptio accionis*), y éste era objeto de modificación posterior. La característica privatista del proceso tuvo vigencia en el período extraordinario (*extraordinariae cognitiones*), la *litis contestatio* aplicaba la fijación de los puntos controvertidos.

En la modernidad de la *teoría procesal*, muchos autores pretendieron recobrar la concepción contractual del proceso judicial como característica de la *litis contestatio*, como afirma **Prieto Castro**,²⁸⁹ dentro de ellos se encuentra **Pothier**.

Por otra parte, ha surgido otra posición considerando que el proceso es un *cuasi contrato*, destacándose el jurista portugués **José Homen Corrêa Trilles**,²⁹⁰ según esta teoría «la *litis contestación* es un *cuasi contrato*, el cual produce la obligación de estar para la sentencia, y como de ésta pueden nacer acciones, vienen a tener fundamento en aquel mismo *cuasi contrato*» **Luigi Mattiolo**²⁹¹ también es del mismo criterio, diciendo que «Sólo con la clausura de la institución de la causa, el tema de la controversia es irrevocablemente determinado, la *litis* está contestada, el *cuasi-contrato* judicial está formado»

También, como la teoría del contrato, esta teoría ha sido rechazada por la mayoría de los juristas.

²⁸⁹ PRIETO CASTRO, L. *Derecho procesal civil*, tomo I, 1964, p. 61.

²⁹⁰ CORRÊA TRELLES, JOSÉ. *Doctrina de las acciones*, 1918, p. 289.

²⁹¹ MATTIROLLO, LUIGI. *Istituzioni*, p. 12, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, en op. cit. p. 108.

3.2. Teoría del proceso como relación jurídica

En el *liberalismo clásico*, el *proceso* era considerado como una relación jurídica procesal entre el demandante - demandado y el juez como simple espectador del desenvolvimiento de las conductas procesales de los litigantes, surgiendo la *concepción trialista* de la relación procesal: *demandante - demandado y el juez*. Por otra parte se ha desarrollado la *concepción moderna* del proceso, considerado como una *relación dualista*: los litigantes y el Juez de quien exigen la tutela jurisdiccional efectiva.

Conforme a la *concepción moderna dominante*, el proceso es considerado como relación jurídica procesal entre los litigantes y el juez, porque el demandante y emplazado formulan sus pretensiones y contradictorios mutuamente practicando los actos procesales de contrastación para que pronuncie su decisión amparando o no las pretensiones de los justiciables.

Partiendo de esta teoría se han formulado otras teorías con criterios también muy razonables, como la *teoría de la institución*, *teoría del proceso como empresa*, *teoría de proceso como un complejo de relaciones*, las que estudiaremos en forma sucinta.

A) Teoría de la institución

La *teoría de la institución* sostenida por **Jaime Guasp** en la cual queda comprendido todo el complejo de relaciones jurídico procesales que se producen en el desenvolvimiento del proceso.

B) Teoría del proceso como empresa

Esta teoría sostenida por **Mario A. Oderigo**²⁹² partiendo de la teoría de la institución, resalta la concepción de **Guasp** afirmando que empresa es «obra o designio llevado a efecto, especialmente cuando en él intervienen varias personas; porque es la que muestra los dos elementos individualizados; la idea objetiva y la colaboración organizada que la convierte en realidad» y agrega: «Cuando consideramos la estructura del proceso, podremos verificar cómo las leyes lo han organizado de la misma manera que se organizan las demás empresas públicas y privadas; y cómo los llamados principios procesales, no son más que especiales manifestaciones de ideas comunes para toda realización»

C) Teoría del proceso como complejo de relaciones

Esta teoría sostenida principalmente por **Hugo Rocco**²⁹³ partiendo de la caracterización del proceso:

1) Es parte del derecho público, en cuanto intercede entre los ciudadanos y el Estado, el cual actúa en el escenario de una potestad pública y soberana.

2) Es una relación autónoma del derecho sustancial, en cuanto a la conducción del ejercicio y vida completamente diversa de él.

²⁹² ODERIGO, MARIO A. *Lecciones del Derecho Procesal*, tomo I, 1970, p. 320.

²⁹³ ROCCO, HUGO. *Corso di teoría e pratica de processo civile*, tomo I, 1951, ps. 49 y ss.

3) Es una relación trilateral, o sea tres sujetos: actor, demandado y Estado impersonales del órgano jurisdiccional.

4) Es una relación compleja en un doble sentido: ya porque consta de la relación jurídica de la acción y de la relación jurídica de la contradicción del juicio, ya porque cada una de estas relaciones, consta de una serie de facultades de pretender y de accionar y de una serie de obligaciones jurídicas correspondientes, constituyendo exactamente el derecho de acción y del contradictorio en juicio.

5) Es la relación una y única, en el sentido que, una vez puesto en su conocimiento, con la notificación de la demanda judicial, esa relación continúa ya sea que varíe el mismo estadio del juicio, aunque en ella (relación procesal) haya sucesiones»

Rocco criticando la posición del maestro **Carnelutti**, dice que ha negado el carácter de única unidad de la relación jurídica procesal, pero nosotros sí sabíamos conceptualizar dicha relación en su variedad de fases de su desarrollo y con un carácter de única en sus actos (actos procesales), en el estado y en el grado es siempre *una y única*, donde es *única* la relación jurídica en el desarrollo de la actividad jurisdiccional que se viene a formar el proceso.

3.3. Teoría del proceso como situación jurídica

Goldsmichdt²⁹⁴ combatió a la teoría del proceso como complejo de relaciones y formuló la *teoría del proceso como situación jurídica*, afirmando que para el proceso no importa una relación jurídica sino una situación jurídica, porque las partes no tienen obligaciones procesales, y no pueden ser coactadas al cumplimiento de los actos correspondientes a sus funciones, sino que están sometidas a un régimen de encargos, consistente en alternativas de realizar esos actos o cargar con los perjuicios, en consecuencia, *el autor que no se preocupa en producir sus pruebas de los hechos invocados en la demanda, no será compelido ni sustituido por otra persona para la realización de esa prueba, empero perderá el proceso; el demandado que no conteste la demanda, también no será compelido ni sustituido, pero el juez podrá considerar como ciertos los hechos expuestos por el actor.*

Goldsmichdt afirma también que no asisten a las partes derechos procesales, porque en el proceso el derecho es dinámica, en el cual todo es contingente, las partes solamente esperan tener ventajas del proceso mediante la práctica de los actos procesales, expectativas de ventajas fundadas en la actuación defectuosa o falla de la parte contraria y con liberación que devienen de actitudes de la parte contraria, como el reconocimiento de los derechos del autor (*allanamiento*).

La posición de **Goldsmichdt** es exagerada, si bien es cierto que los actos procesales en los que deben participar o practicar los litigantes no *acarrear la compulsión* para ejecutarlos en caso de resistencia, sin embargo en muchos de ellos la conducta omisiva de una o de ambas partes, las consecuencias son contrarias así mismo y una posibilidad favorable al otro u otros litigantes, pero no siempre genera esta consecuencia, por ejemplo: declarar la rebeldía del demandado al no contestar la demanda dentro del término de ley, produce la presunción de verdad legal

²⁹⁴ GOLDSMICHDT, JAMES; Cit. por M. A. ODERIGO. *Lecciones del derecho procesal*, tomo II, p. 10.

amparado por el C.P.C., esto significa que esta presunción no es suficiente para que el juez declare fundada la demanda, tiene que existir elementos probatorios que acrediten que los hechos que sustentan la pretensión, o por lo menos pruebas indiciarias que corroboren la conducta negativa del emplazado de absolver el traslado de la demanda, y constituya el sustento para declarar fundada la demanda.

En la casuística jurisdiccional tenemos muchas experiencias, por ejemplo: la Municipalidad Provincial de Trujillo demanda desalojo por falta de pago a los inquilinos de los predios considerados ejidos municipales o por vencimiento de plazo contractual de arrendamiento, sin embargo no adjuntaba las facturas o boletas de la renta por concepto de arrendamientos impagos, ni mucho menos los contratos que sustenten la pretensión, siendo personas indigentes los inquilinos no podían pagar las tasas judiciales para apersonarse contestando la demanda, las sentencias han sido declaradas infundadas y otras improcedentes porque la presunción legal de verdad no es suficiente para tener por ciertos los hechos expuestos en la demanda. Esto justamente gracias a la *teoría tridimensional* el juzgador tiene que valorar la conducta, la interpretación de la norma procesal que ampara la presunción de verdad en contra del rebelde y la valoración de las hipótesis del accionante contrastadas con los medios probatorios se determina esa realidad objetiva en amparo a la parte débil del proceso.

En la teoría procesal moderna, la *teoría del proceso como situación jurídica* de *Goldsmichdt* no siempre es aplicable.

3.4. Teoría del proceso como complejo de situaciones y actos procesales

Como es sabido que el *proceso* se presenta objetivamente como una serie de actos y términos procesales ordenados consecutivamente, con la finalidad de obtener la prestación jurisdiccional. *Chiovenda*²⁹⁵ define el *proceso desde el punto de vista objetivo, como el complejo de actos coordinados al objetivo de la actuación de la voluntad de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales*. Desde el punto de *vista subjetivo*, el *proceso* es considerado como una serie de situaciones jurídicas unitariamente unidas por el exclusivo objetivo de *prestación jurisdiccional*. *Goldsmichdt*²⁹⁶ define el *proceso*, como el procedimiento para definir la existencia del derecho de la persona que demanda frente al Estado a fin de ser tutelado jurídicamente, y para otorgar esa tutela en caso de existir ese derecho.

*Gian Antonio Micheli*²⁹⁷ dice que el concepto de relación jurídica se revela útil para entender unitariamente posiciones activas y pasivas estrechamente correlacionadas e interdependientes, entre tanto, observa que al poder de una de las partes corresponde la sujeción de otra parte y de los otros sujetos que no caracteriza típicamente relación jurídica. El ejercicio de la acción, mediante el acto introductorio del proceso, no corresponde al adversario una obligación, sino solamente una sujeción, porque el último no puede propiamente oponerse al ejercicio de aquella sino ejercitando poderes procesales. La obligación del juez de proveer la demanda no representa el lado pasivo de una relación jurídica unitaria, porque el ejercicio de la

²⁹⁵ CHIOVENDA, GIOSSEPE. Op. cit., tomo I, p. 71.

²⁹⁶ GOLDSCHMIDT, JAMES. *Derecho procesal civil*, p. 1.

²⁹⁷ MICHELI, GEAN ANTONIO. Op. cit., tomo I, p. 287.

acción constituye ante el presupuesto que torna concreto el deber del juez respecto del Estado, al que se halla vinculado por una relación de carácter orgánico.

Consecuentemente, expone *Micheli*, si se quiere transportar el concepto de relación jurídica al ámbito del proceso, es necesario adoptarlo en una acepción más amplia que la normal, indicando así todo aquel complejo de relaciones entre cada una de las partes y el juez, además dentro de ciertos límites, los terceros que de diverso modo participan del proceso. Se debe observar que el proceso no puede reducirse a una única y compleja relación jurídica procesal que representa otros muchos aspectos del proceso, que no permiten unificar como una relación jurídica única todo el proceso, salvo si se identifica aquella relación procesal como el propio proceso, entonces la *relación jurídica procesal* viene a tornarse como sinónimo del *proceso*.

Wilson de Sousa Campos Batalha,²⁹⁸ dice: «nos parece que el proceso, sobre este aspecto, se caracteriza como un conjunto de situaciones jurídicas agrupadas y reunidas por el objetivo unitario de tender a la prestación jurisdiccional. En este sentido, difiere de la relación jurídica material que en el proceso se discute, asumiendo carácter de absoluta autonomía»

El jurista brasileño incurre en error al considerar al *proceso* como un conjunto de situaciones jurídicas agrupadas y reunidas con objetivo unitario, porque en realidad no es conjunto ni menos agrupaciones de las situaciones jurídicas, sino que son actos procesales consecutivos y diferenciados unos de otros que van de la *simple noticia* con la demanda hasta el *conocimiento objetivo* de la *veracidad de las hipótesis* formuladas por las partes en las pretensiones y contradictorios, concluyendo con la sentencia. Estos actos procesales efectivamente determinan situaciones a los justiciables en cada acto procesal, ya sea creando derechos u obligaciones y están encaminados a la protección de sus derechos materiales.

4. FINALIDAD DEL PROCESO

La *finalidad* del proceso también es objeto de muchas discusiones doctrinarias, para un sector de doctrinarios es la *actuación* del derecho objetivo, para otro sector es la *tutela* de los derechos subjetivos, y para otros, es la *justa composición* de la litis.

En cuanto a las primeras corrientes, *Gracco D'Agostino*²⁹⁹ dice que «En sustancia la diferencia relevante así parece cosa acentuada de dar fuego a la formación de dos distintas y divergentes teorías en torno al objetivo del proceso, porque asignar como finalidad del proceso la actuación del derecho objetivo o la tutela del derecho subjetivo depende de considerar distinto el derecho subjetivo del derecho objetivo, mientras que uno así constituyendo que un concepto es correlativo al otro: el derecho subjetivo está en función del derecho objetivo»

La posición de *Carnelutti*, afirmando que la finalidad del proceso es la justa composición de la litis, viene a significar una posición diversa de las dos teorías antes mencionada. Según

²⁹⁸ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 112.

²⁹⁹ AGOSTINO, GRACCO D. *Il processo collettivo del lavoro*, 1938, p. 113, trad. HECTOR CHAVEZ VALLEJOS, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit., p. 113.

Carnelutti existe una composición cualquiera del proceso, pero hay una composición que sea justa, es claro que la *composición sí debe ser justa*.

*Ugo Rocco*³⁰⁰ sostiene que la idea puramente objetiva, tiene el defecto fundamental de ser excesivamente abstracta y formalista, no teniendo en consideración la función esencial de las normas jurídicas. El derecho objetivo no constituye fin en sí, es garantía de objetivos de la tutela de intereses, y no concebible como simples actuaciones del derecho, así mismo no es exacta la fórmula según la cual el *objeto del proceso* sería la tutela de los derechos subjetivos. Para el *autor* la actividad jurisdiccional a través del proceso, objetiva, antes de todo, a la *satisfacción* de ese interés del Estado: «*la satisfacción de los intereses de los particulares es el resultado y no el objetivo de la actividad jurisdiccional*» La fórmula de la tutela de los derechos subjetivos confunde la finalidad de la acción con la finalidad del proceso. *Ugo Rocco*³⁰¹ concluye diciendo que «*la actividad jurisdiccional es actividad del Estado, y la intervención de las partes en el proceso constituye una condición, un presupuesto, y una delimitación de los fines de esta actividad, debe considerarse como preponderante y absorbente del proceso al objetivo del Estado*»

No compartimos con la concepción que la finalidad del proceso es la *composición justa de la litis*, porque significa que la relación jurídica procesal es constituida con la resolución de emplazamiento observando los presupuestos de procedibilidad de la acción, entonces la demanda debe ser calificada si existe una relación jurídica material entre demandante y demandado o denunciado sobre la cual se pronunciará el juez aplicando la norma jurídica al caso concreto, esto debiendo entenderse en *sentido restrictivo*. En *sentido extensivo*, se entiende que la decisión del juzgador será declarando fundada la demanda, sin embargo en la praxis no siempre es así, porque tanto los proceso de cognición o de ejecución muchísimos casos el juez pronuncia la sentencia declarando infundada o improcedente la demanda. Si el emplazado a sido sometido a un proceso civil, para luego ser absuelto de las pretensiones, entonces la composición de la *litis* no ha sido justa.

La posición de *Ugo Rocco*, también no resulta compatible con la realidad, al considerar la *finalidad del proceso* como la realización del *objetivo del Estado* de la función jurisdiccional, y la intervención de los justiciables como presupuestos con la delimitación de los fines de la actividad jurisdiccional, porque el *proceso* es el instrumento por el cual el Estado ejerce el *poder-deber* de prestar la *tutela jurisdiccional efectiva*, y no es verdad que constituya elemento secundario el derecho de *exigir* al Estado la tutela jurisdiccional efectiva, eficaz y justa.

Considerar que el *objetivo* del proceso es la *aplicación* del derecho objetivo al derecho subjetivo, también no resulta convincente, porque no se trata de la simple aplicación de la norma jurídica material que ampara el derecho subjetivo a través del proceso con el acto procesal final, la sentencia, sino el derecho violado o amenazado que el accionante pretende su restitución, reconocimiento, declaración, etc. La *norma jurídica* tiene que ser *interpretada y aplicada* dentro del *sistema jurídico* engarzado al interés social, más no la simple aplicación del derecho objetivo.

³⁰⁰ ROCCO, UGO. *Curso di teoria i pratica dele processo civile*, tomo I, op. cit. p. 92.

³⁰¹ IBIDEM. Op. cit., tomo I, p. 94; trad. CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR.

La *finalidad* del proceso, es la prestación de la *tutela jurisdiccional efectiva* como poder-deber del Estado a través de los órganos jurisdiccionales competentes, resolviendo las pretensiones de los justiciables que consideran lesionados, amenazados o se encuentran en incertidumbre sus derechos materiales, impartiendo justicia los jueces dentro del marco del debido proceso, asegurando la seguridad jurídica y la paz social.

5. PRINCIPIOS PROCESALES

En cuanto a los principios del proceso, su definición ya hemos tratado en la parte de las *fuentes del Derecho Procesal Civil*, sin embargo hay que resaltar que nuestra preocupación por una verdadera reforma de la función jurisdiccional, es dejar al margen las interrogantes de *¿qué principios deben regir el proceso moderno?* La orientación del análisis de la problemática jurisdiccional, es estudiar a profundidad los *mecanismos* que la ley debe prever y los principios procesales considerados de *simples postulados* programáticos se transformen en herramientas decisivas para que en el proceso se haga efectivo los derechos sustanciales inherentes a la persona humana.

Estas *máximas* de categoría universal se han materializado en las declaraciones y convenciones internacionales, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, proclaman el *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el debido proceso*, los *Principios de publicidad, independencia del órgano jurisdiccional, Principio de imparcialidad, etc.*

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*³⁰² en el art. 14.1. expresa:

«1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil»

El *Pacto de San José de Costa Rica* firmada en San José el 28 de noviembre de 1969 y aprobada por el Perú por D.L. 22231 del 11 de julio de 1978, vigente desde 1981, art. 8, numeral 1 declara las Garantías Judiciales:

«Artículo 8º Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»³⁰³

³⁰² ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Los derechos humanos y su protección*, Lima, Perú, 1977, edit. EDELI Editorial y distribuidora de libros S.A., 2ª edic. p. 219.

³⁰³ GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FRANCISCO SEGADO, FRANCISCO. *La constitución peruana de 1993*, Lima Perú, 1994, edit. Editoria jurídica GRIJLEY, p. 294.

También la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*³⁰⁴ celebrada en Roma el 04 de noviembre de 1950 por los Miembros del Consejo Europeo redactada en inglés y francés, instituye los principios procesales como garantías de los derechos humanos en el art. 6, numeral 1 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado la doctrina jurisprudencial sobre cada uno de estos principios:

«Artículo 6º

1.- *En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles o de cualquier acusación criminal contra ella, toda persona tiene derecho a una audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. La sentencia será pronunciada en público, pero podrá excluir a la prensa o el público de todo o parte del juicio por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de los menores o la protección de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria a juicio del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia»*

No podemos dejar de manifiesto que en este tópico nuestro objetivo es antes de exponer a cada uno de los principios que rigen el proceso civil empresarial, la gran necesidad de saber cuál o cuáles son los principios más importantes y necesarios aplicables al proceso en busca de la tutela jurisdiccional efectiva, pronta, eficaz y justa. La moderna Teoría procesal civil empresarial está orientada a la aplicación como principios fundamentales sobre otros principios que sin quitar su importancia y que sólo se hacen efectivos con los sistemas procesales de audiencias, considerados como piedra angular, partiendo del Principio de contradicción, los Principios de inmediación, concentración, celeridad, economía, buena fe, publicidad y *desacralización* de la formalidad procesal, considerados como fundamentales para el logro de la finalidad del proceso dando la solución a los conflictos, la seguridad jurídica y la paz social.

5.1. Principio de iniciativa procesal de parte

Este principio es propio del sistema procesal dispositivo instituido desde los romanos (*nemo iudex sine actore; ni procedat iudex ex officio*), por el cual el proceso se inicia únicamente a instancia de parte, ningún juez puede conocer un proceso civil *ex officio*, es decir de oficio. Este Principio comprende también la prohibición del juez sentenciar (decidir) más del petitorio (*extra petita o ultra petita*), ni comprender a quien no ha sido emplazado (*ne eat iudex ultra petita partium- sententia debet esse conformi libello*) en este extremo ha sido superado porque el Juez tiene la potestad de emplazar a las personas que advierte pueden ser afectadas con la sentencia, sin que el demandante pida el emplazamiento.

El impulso procesal y la dialecticidad del proceso exclusivamente tienen su punto de partida con la iniciativa del titular del derecho que ha sido vulnerado o amenazado o está en incertidumbre. La acción puede ser promovida personalmente por el titular del derecho (*persona natural con capacidad de ejercicio*) o su representante que puede ser apoderado, mandatario

³⁰⁴ ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Los derechos humanos y su protección*, op. cit., p. 328.

judicial de las sociedades y asociaciones de derecho privado, representantes legales de personas e instituciones públicas (*el tutor, curador, cualquiera de los cónyuges en la sociedad conyugal, los representantes de las instituciones estatales como Universidades, Municipalidades, Gobiernos Regionales, etc.*), el Representante del Ministerio Público y procuradores públicos del Estado con autorización de los representantes legales de las reparticiones administrativas, y cualquier persona o institución cuando se trata de conflictos de intereses difusos o colectivos.

El Maestro *Teófilo Idrogo Delgado*³⁰⁵ no identifica este principio por su denominación propia, lo comprende en el principio de contradicción como derecho facultativo de promover acción y contradicción por el demandado, sin embargo hay tener en cuenta que el principio de contradicción se materializa como consecuencia inmediata a ese punto de partida de la dialecticidad del proceso con el acto procesal de calificación positiva de la demanda, porque si no se interpone la demanda en cualquiera de las formas que prescribe las normas procesales, no existe contradictorio jurisdiccional. Por lo que consideramos insoslayable tener presente *el principio de iniciativa procesal de parte* como la noticia que recibe el Juzgador y pone en movimiento la función jurisdiccional.

Nuestro C.P.C. ha prescrito este principio en el art. IV del T.P. «*El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso (Procurador Público) ni quien defiende intereses difusos*»

Las instituciones del *interés, legitimidad e intereses difusos* trataremos en los presupuestos de la tutela jurisdiccional efectiva.

5.2. Principio de contradicción

Este principio es inherente al derecho de defensa de los justiciables aplicables a todos los procesos, incluso en la situación contumacial o ausente en el caso procesal penal y la rebeldía en el proceso civil - empresarial, proceso del trabajo, proceso constitucional, proceso contencioso administrativo, etc.

En la *Teoría procesal penal* por la naturaleza esencial de su objetivo que busca probar la responsabilidad de la comisión del delito, orientado a *afectar* el valor supremo de la persona que es *la libertad*, se ha establecido el Principio *Nemo inauditus damnari potest*: nadie puede ser condenado sin ser oído, como garantía del *Principio contradictorio* y del *derecho de defensa*.

Algunos autores le denomina *principio de bilateralidad*, talvez fundamentados en la concepción tradicional del proceso que requería la existencia de ambos litigantes para que se constituya la relación procesal, esta denominación no resulta restrictiva en su significación pudiendo considerarse concluida la aplicación de este principio con el emplazamiento y contradictorio. Además, el principio de contradicción tiene que considerarse desde el punto de vista de *una concepción moderna* en aplicación, de garantía del derecho de defensa de su adversario litigante y derecho a la defensa y control contra la conducta jurisdiccional del

³⁰⁵ IDROGO DELGADO, TEÓFILO. *Principios fundamentales de derecho procesal civil*, 2ª edic., edit. MARSOL Perú Editores S.A., Lima, 1999, pp. 87 a 100.

juzgador. La denominación científica determinada por la mayoría de la doctrina es el de *Principio de contradicción*.

El Principio contradictorio consiste en garantizar a los litigantes el derecho a defenderse formulando contradicciones durante el proceso de las pretensiones del accionante o reconveniones promovidas por el demandado, y de todos los actos procesales prácticos por los litigantes y juez, garantizando con este principio la efectividad del *derecho de defensa*. El *Principio de contradicción* inicia su aplicación con el *acto procesal de emplazamiento* al demandado con la demanda, poniéndose a su conocimiento mediante la notificación judicial previendo todas las garantías que ésta sea eficaz, y sucesivamente demandante y demandado simultáneamente serán notificados de todos los actos procesales hasta la decisión final del juzgador con la sentencia u otra resolución homologada, dirimiendo el conflicto de intereses o incertidumbre y que esta resolución adquiera la categoría de cosa juzgada.

El Maestro *Teófilo Idrogo Delgado*³⁰⁶ resalta la importancia del principio contradictorio diciendo: «El principio de bilateralidad – más propiamente llamado de **contradicción**-, que rige todo proceso constituye una garantía para las partes, ya que permite una aplicación imparcial de las normas jurídicas que tutelan sus derechos. Es así mismo el fundamento del derecho de defensa que tienen los justiciables en la jurisdicción contenciosa, como principio y derecho de la función jurisdiccional»

El *principio de contradicción* se materializa con los actos de notificaciones judiciales a los litigantes de las resoluciones y actos procesales no contenidos en resoluciones, las mismas que tienen que ser eficaces en dar seguridad plena para que los litigantes tengan conocimiento del dinamismo del proceso.

Las pretensiones del actor y el contradictorio del demandado a través del acto procesal de emplazamiento emitido por el juez, para que dentro de los términos de ley éste pueda contradecir, reconvenir, allanarse en todo o en parte de la demanda, o no pronunciarse sobre las pretensiones del accionante incurriendo en rebeldía. El *Principio de contradicción* no solamente garantiza la etapa postulatória, sino durante todo el movimiento procesal hasta la preclusión final del proceso, como uno de los medios fundamentales de garantía del debido proceso, para que en aplicación de este principio los justiciables puedan ejercer su derecho observando, absolviendo traslados, deduciendo nulidades de resoluciones o actos procesales no contenidas en resoluciones, interponiendo recursos impugnatorios si consideran perjudicantes a sus derechos.

Algunos autores consideran que el *Principio de contradicción* es exclusivo de la jurisdicción contenciosa y se encuentra al margen de la *jurisdicción voluntaria*. Esta afirmación no es verdad, porque desde el momento que el Poder Legislativo regula el derecho a promover la acción no contenciosa, es decir aquellos derechos privados, por el impacto en la comunidad y o en la sociedad exigen la tutela jurisdiccional, el interesado tiene que recurrir al juez competente para que declare o resuelva la incertidumbre del derecho, desde el momento que tiene efectos en la sociedad, es la razón suficiente para la vigencia del principio de contradicción.

³⁰⁶ IBIDEM. Op. cit., p. 23.

La jurisdicción voluntaria tiene sus particularidades en relación con la jurisdicción contenciosa:

a) En la *primera*, el emplazamiento con la demanda o denuncia como se denomina también en la doctrina, puede ser dirigida a persona natural o jurídica determinada o indeterminada. El emplazamiento a persona determina por ejemplo el proceso no contencioso de *consignación en pago* promovido por el deudor o un tercero a favor del acreedor, necesariamente tiene que notificarse con la resolución admisorio y señalamiento del día y hora para la audiencia de declaración judicial, así mismo en el caso de *autorización o disposición* de bienes de menor el juzgador ordena notificar al Fiscal de Familia, la declaración de incapacidad y designación de curador, etc. En estos casos puede ser que se formulen oposiciones o contradicciones o declaren su conformidad, o simplemente queda en silencio al no apersonarse al proceso, el juez no declara rebeldía, siendo lo contrario en la jurisdicción contenciosa.

b) El emplazamiento a personas no identificadas e indeterminadas con posibles intereses en la pretensión no contenciosa, se practica a través del diario oficial de circulación nacional y el de mayor circulación de la localidad de conformidad con las normas procesales de cada Estado, y en algunos casos la inscripción en los Registros Públicos. Por ejemplo, en el proceso no contencioso de declaratoria de herederos, la rectificación de partidas de nacimiento, de matrimonio y de defunción, la declaración de ausencia etc. Aquí también se produce dos hipótesis: 1) Se apersonan al proceso formulando contradicción u oposición, o allanándose o mostrando su conformidad con las pretensiones del actor, y 2) Simplemente vencido el término final no se apersonan al proceso, el juez resuelve el proceso sin declarar rebeldía. En la jurisdicción contenciosa es lo contrario, si los emplazados son personas desconocidas, o siendo conocidos se desconoce su domicilio y se presume la posibilidad que tengan interés en las pretensiones o en los resultados del proceso, el juzgador ordenará la notificación por edictos, para que dentro de los términos de ley contesten la demanda con apercibimiento de nombrarles curador procesal para que éste conteste la demanda por ellos y hacer valer su derecho de contradicción.

Este principio es tan fundamental, porque es el *único medio* de garantía del derecho de defensa de los litigantes y la observancia del debido proceso por el juzgador, no solamente de los actos procesales ejecutados por ellos, sino también como instrumento de control de la conducta del juzgador materializada en los actos procesales que en muchos casos constituyen abuso del poder y por incurrir en error o deficiencia de capacidad cognoscitiva del Derecho.

El *Principio de contradicción* debería ser declarado como principio en forma expresa en el Título Preliminar del C.P.C. peruano de 1992, pero ha obviado, sin embargo se encuentra expresado en el art. 2º, 2ª parte prescribiendo: «*Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción*» Además, se encuentra disperso en diversas normas y en cada acto procesal está latente, garantizado por el juez para ser ejercido por los litigantes.

Como ya hemos expuesto, la *ejecución* del principio de contradicción es a través de las notificaciones, sin embargo el C.P.C. de 1992, introdujo la notificación ficta de algunos actos procesales, muchos de ellos muy importantes para que el proceso obtenga su finalidad.

Estas notificaciones se realizaban mediante notas publicadas en una tabla en cada Secretaría de Juzgado o Sala Civil, y en varios casos pasaban desapercibidas. Con esta forma ficta de notificaciones se estaba *violando* el principio de contradicción y el derecho de defensa, por lo que posteriormente fue derogado, para continuar siempre la notificación por cédula de todos los actos procesales, salvo aquéllas que son emitidas en las audiencias con la concurrencia de los litigantes, y si alguno de ellos no asiste se les notificará en su domicilio real de ser declarados rebeldes o en el domicilio procesal señalado con el acta de audiencia que contiene todos los actor procesales practicadas.

Por el *Principio contradictorio* ningún acto procesal puede ser ejecutado sin conocimiento de los litigantes y sin que se haya vencido el plazo para formular su contradictorio. Sin embargo existen excepciones a este principio, como en el caso de las *medidas cautelares*, con la única seguridad de dar cumplimiento a la sentencia si es declarada fundada, porque el obligado puede actuar de mala fe y desaparecer los bienes que garanticen el cumplimiento de la sentencia condenatoria. En el proceso penal por ejemplo el auto apertorio de instrucción con mandato de detención no es notificado al procesado, por el inminente riesgo de sustraerse a la administración de justicia.

La *limitación* al principio contradictorio está justificada por la doctrina, siendo el principal *Chiovenda*. Pero el contradictorio no se suspende definitivamente, sino que se produce un aplazamiento hasta la ejecución de la medida cautelar. La eficacia de las medidas cautelares es condicional, porque el contradictorio es instaurado *a posteriori* y puede quedar sin efecto la medida cautelar.

También el contradictorio es limitado en los procesos de ejecución, y más limitado todavía en los casos de los procesos de ejecución propiamente dicha *procesos de ejecución de resolución judicial u otros que tenga estas características*, que oportunamente estudiaremos más adelante.

La excepción de este principio en el proceso civil empresarial aplicable a las medidas cautelares, en la *teoría procesal moderna* es más limitada y las legislaciones contemporáneas han recogido los planteamientos de esta teoría, por principio general previamente tiene que emplazarse al obligado, salvo por excepción el litigante interesado solicite expresamente explicando los riesgos que corre su derecho al poner en conocimiento del obligación de la pretensión cautelar, como la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español, el Estatuto del Tribunal Internacional Europeo.

La *excepción* al Principio de contradicción tiene su fundamenta en *conflicto* de dos valores de la misma jerarquía, el sacrificio de uno de ellos a pesar que es anticonstitucional, sin embargo la sociedad justifica los fines convirtiéndose este sacrificio como no antijurídico. Estos axiomas del derecho de defensa y la justicia como fin que persigue el proceso con la sentencia tiene que ser eficiente, eficaz y ejecutable se encuentran en conflicto al ejecutar la medida cautelar dentro o fuera del proceso sin que previamente se ha notificado al obligado de esta pretensión, *afecta el derecho de defensa*, con la única finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia de ser declarada fundada que es otro valor como expresión de la impartición de justicia que esperan los litigantes y la sociedad.

Las medidas cautelares tienen como objetivo el aseguramiento de la ejecución de los fallos, si se observa el principio contradictorio se notifica al obligado la pretensión cautelar, actuando de mala fe existe el inminente riesgo de ocultar o transferir los bienes, y de declararse fundada la demanda se convierte en ineficaz por la imposibilidad de su ejecución. Entonces el proceso no logró su finalidad, el conflicto de intereses no se ha resuelto y no se logró la armonía entre los litigantes, el orden social sufre mayor alteración no solo por la conducta del litigante que actuó de mala fe, sino por imprevisión del mismo juzgador, entonces la función jurisdiccional es deficiente.

5.3. Principio de igualdad

Este *Principio* es una conquista de la revolución francesa, expresión de la filosofía idealista en la derrota del absolutismo proclamando el *principio de igualdad ante la ley*. Teóricamente el *Principio de igualdad procesal* significa que el juez tiene que garantizar la igualdad de los litigantes en el ejercicio de sus derechos a exigir la prestación de la tutela jurisdiccional efectiva, sin discriminación de ninguna índole: raza, etnia, religión, ideología, cultural, posición económica, posición política, etc. y está relacionado con el *principio de independencia del juzgador*.

Sin embargo su materialización es una expresión romántica, porque en realidad es declarativo, un ideal, una aspiración que algún día se pueda lograr su observancia a cabalidad en la impartición de justicia. La gran desigualdad procesal se muestra con la capacidad económica del sujeto litigante, por ejemplo una gran empresa como demandante o demandada en conflicto con una empresa de menor poder económico, o es el *Estado (Ministerio, o cualquier repartición como Gobiernos Regionales, Municipalidades, etc.)* el demandado o accionante con los particulares, en el Perú el juez antes de resolver quita la venda de los ojos para observar la igualdad o desigualdad económica o de poder político para dar la razón al más poderoso, y que en la casuística forense de nuestro diario trajinar de la defensa, tenemos conocimiento objetivo de esta realidad, llegando al extremo que muchos jueces utilizan diversos medios para proteger este privilegio, como por ejemplo negando la exoneración de pago de tasas judiciales a la parte débil económicamente que le impide afectar los pagos para cuestionar los actos procesales realizados por el juzgador, etc., y por la imposibilidad de cumplir con los elevados pagos de las tasas judiciales, pierde el derecho de defensa y el acceso a la prestación de tutela jurisdiccional.

La *desigualdad* de los litigantes en la praxis de la *función jurisdiccional*, es propio de los fenómenos que surgen en determinado tiempo o época en circunstancias y condiciones que condicionan el desarrollo histórico social de determinada sociedad, que envuelven al Poder Judicial y sus *ejecutores* los jueces, respondiendo al imperio del poder político oficial, ya sea por la voracidad de los recursos nacionales, afectando al bienestar de los grandes sectores sociales menos pudientes que son millones de personas de cada sociedad estatal.

Solamente la *dinámica social* en su avance hacia la justicia social, va creando *jueces con valentía* para impartir justicia teniendo en consideración la situación del litigante débil de la relación procesal, es decir resolver el *valor económico* en conflicto sometido al órgano jurisdiccional *partiendo del valor humano*.

Constatada la realidad de desigualdad social, se viene desarrollado el *Principio de socialización del proceso*, en aplicación la *Teoría de la función social del derecho* con **León Duguit**,³⁰⁷ como una corriente contraria a la deformación del derecho del individualismo fundamentado en la absoluta concepción de la *propiedad privada* como derecho inherente a la libertad de cada individuo. **Duguit** contrariamente a esta concepción afirma que el ejercicio del derecho tiene que ser dentro del marco de la función social. Muchos autores ahora no hacen referencia al principio de igualdad en forma expresa, sino al *principio de socialización del proceso*, como **Juan Monroy Gálvez**³⁰⁸

El *Principio de Socialización del proceso*, es justamente el reconocimiento de la *desigualdad* de los sujetos de la relación procesal (*litigantes*), afirmando que la impartición de justicia debe estar ligada cada vez más al servicio de la sociedad. Partiendo de nuestra realidad concreta entendemos de otra manera, la función jurisdiccional amparando la *tutela jurisdiccional efectiva*, es la *impartición de justicia teniendo en cuenta la parte más débil de la relación jurídica procesal como instrumento fundamental para la preservación de la dignidad humana*.

En las últimas décadas experimentamos el fenómeno de la globalización de la economía como una política social universal del *neo individualismo*, la desigualdad se manifiesta generalmente en todos los actos jurídicos de Derecho de Crédito principalmente los contratos de *Crédito Bancario*, el acreedor deja en la miseria al deudor y toda su familia, creándole obligaciones secundarias que resultan el abuso del derecho sin contemplación alguna aún cumplido con el pago del crédito legalmente, en muchísimos casos los juzgadores amparan concepto colaterales derivados del crédito al que el deudor no tiene ninguna obligación, solamente porque el demandante es el Banco.

Actualmente la *Teoría procesal civil empresarial moderna* ha incorporado el *principio de favor debitoris*, influenciado de la nueva concepción de la *Teoría contractual contemporánea* tratado en la *X Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebrado en la ciudad de Corrientes Argentina, y por el *Congreso Internaciona de Derecho Civil*³⁰⁹ celebrada en el Perú en 1988. Por este principio, el juez tiene que interpretar los contratos al impartir justicia, teniendo en cuenta la parte débil de la relación jurídica material sancionando los actos discriminatorios. En este sentido en Argentina por Ley 23592 ha previsto los supuestos de actos discriminatorios que le otorga el derecho a la víctima a pedir al juzgador: *a) Que sean dejados sin efectos, b) el cese en su realización, y c) la reparación del daño moral y material ocasionados por lo actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos económicos, condición social, etc.*

³⁰⁷ DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, cit. por SPOTA, ALBERTO G. *Tratado de derecho civil*, tomo I, parte general, Vol. I, edit. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 173.

³⁰⁸ MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Introducción al proceso civil*, tomo I, op. cit.

³⁰⁹ ALTERINI, ATILIO ANÍBAL Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. *Contratación contemporánea y defensa patrimonial del deudor*, en *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organización por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), edit. Cultural Cuzco S.A. Editores, 1990, pp. 267 a 268.

El Principio de igualdad está expresado en el art. VI del T.P. del C. P. C., considerado como Principio de socialización del proceso: «El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso» Entonces este principio no solamente tiene que aplicarse en igualdad condiciones procesales, sino en la esencia de la resolución de los conflictos de los derechos materiales en conflicto fundamentado en el *valor* humano.

5.4. Principio del impulso procesal

El principio del impulso procesal es la fuerza generada por las obligaciones creadas por la normas jurisdiccionales de carácter constitucional, las normas orgánicas del Poder Judicial y las normas procesales que regulan el proceso, que permite el avance hacia adelante del proceso, exigiendo la práctica de los actos procesales una vez iniciado el proceso con la demanda y resolución admisorias hasta la sentencia.

La ejecución del impulso procesal ha pasado por muchas etapas históricas, desde la concepción puramente privada (*por los litigantes*) hasta aquella puramente pública o *ex officio* (*de oficio por el juzgador*), concluyendo finalmente con la concepción *mixta* con prominencia del impulso *ex officio*. Entonces el impulso puede ser a instancia de la parte litigante y de oficio por el Juzgador, pero con la *teoría procesal moderna* es obligación del juzgador impulsar el proceso sin necesidad de petición de cualquiera de los litigantes o terceros apersonados con interés legítimo o moral. Esta *teoría* ha sido recogida por el Poder Legislativo en los Códigos procesal civil empresariales de las últimas décadas prescribiendo normas imperativas del impulso procesal *de oficio* y tiene que observar el juzgador en el cumplimiento de la función jurisdiccional una vez declarada la admisibilidad de la demanda y emplazamiento al demandado.

El impulso procesal *de parte* no debe confundirse con el principio de iniciativa procesal *de parte*. En la doctrina siempre se ha discutido si la dinámica del proceso es a instancia de parte o de oficio por el órgano jurisdiccional.

Estas dos posiciones son determinadas por dos grandes sistemas procesales: *inquisitivo* y *dispositivo*. En el Derecho Procesal Civil Empresarial, el impulso procesal es a instancia de parte, dependiendo la dinámica procesal de la voluntad de los litigantes, es la característica del sistema *dispositivo*. El impulso procesal de oficio es promovido por el juzgador sin que promuevan los justiciables, el juzgador emite resoluciones y ordena a los litigantes, auxiliares jurisdiccionales cumplan con ejecutar los actos procesales con los apercibimientos de ley, es la característica del sistema *inquisitivo*.

La *teoría procesal moderna* ha tomado posición por el sistema *mixto*, iniciado el proceso a instancia de parte, el impulso de los actos procesales hasta la preclusión de la instancia es *ex officio* dirimiendo el conflicto suscitado entre los justiciables. Sin embargo existen actos procesales que dependen de la voluntad de las partes, si no los practica corre el riesgo de favorecer al litigante opuesto, o simplemente produce el abandono de la instancia consecuentemente el archivamiento del proceso. Por ejemplo la producción de la prueba que sustenten sus pretensiones y contradictorios, sin perjuicio que el juez también tiene la facultad de producir la prueba cuando las ofrecidas por las partes son deficientes, así mismo la

impugnación contra los actos procesales contenidos en resoluciones o no, tiene que ser promovida a instancia de parte. etc.

En conclusión el Principio del *impulso procesal civil empresarial* es mixto, una combinación del sistema inquisitivo y sistema dispositivo, obteniendo mayor predominancia del sistema inquisitivo en los Códigos procesal civil modernos, a partir de la iniciativa privada del proceso con la demanda o denuncia como denominan algunos Códigos procesales. Sobre esta posición han escrito muchos juristas como *Liebman, Prieto Castro, Palacio, Salvatore Satta*.³¹⁰

El *sistema inquisitivo* predominante tiene su antecedente en el art. 262º C.P.C. brasileño de 1973, expresando: «*El proceso civil comienza por iniciativa de parte, pero se desenvuelve por impulso oficial*» Nuestro C.P.C. vigente sigue la orientación brasileña declarado en el T.P. art. II, apartado 2º: «*El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este código*» Con estos dos ejemplos, comprobamos la materialización del *predominio* del sistema inquisitivo sobre el dispositivo.

5.5. Principio de inmediación

El Principio de inmediación, es la piedra angular para la reforma de las legislaciones procesales por su interdependencia con los demás principios procesales.

Para *Hugo Alcina*,³¹¹ «*El Principio de inmediación significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas, prefiriendo entre éstas las que se encuentran bajo su actuación inmediata*» Podemos definir al principio de inmediación, como la relación directa recíproca del juez y los litigantes en la producción de los medios probatorios para determinar la manifestación de la buena fe expresada en la conducta de los justiciables, testigos, peritos y los Abogados en la audiencia de saneamiento y conciliación, audiencia de pruebas, los alegatos, informes orales formulados por los Abogados y ejercer el control de la *observancia de la conducta eficiente e imparcial del juez o tribunal*.

El Principio de inmediación significa la prohibición de impartición de justicia por delegación, garantizando la *exclusividad* del juez o tribunal competente de conocer la acción jurisdiccional promovida hasta su conclusión con el fallo. Sin embargo la dogmática procesal, abstrayendo la realidad exige el reconocimiento de excepciones a este principio, facultando al juzgador *delegar sus funciones jurisdiccionales* a otro juez para conocer determinados actos procesales por comisión, y cumplido con lo comisionado, devuelve al juzgador de origen. El fundamento de estas excepciones es la no afectación a los *principios de economía y celeridad procesal*, ante la gran dificultad o imposibilidad de cumplir ciertos actos procesales y que no pueden obviarse ni menos sustituirse por otro, es decir son actos procesales indispensables para dar paso a otro acto sucesivo. Por ejemplo, la notificación de la demanda por exhorto dentro de una provincia o

³¹⁰ LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manuale di diritto processuale civile*, tomo I, 1957, pp. 129 y ss; PRIETO CASTRO, L. *Derecho procesal civil*, tomo I, p. 1964, op. cit., p. 348; PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de derecho procesal civil*, tomo I, 1973, p. 71.; SATTÀ, SALVATORE. *Diritto processuale civile*, 1973, p. 147.

³¹¹ ALSINA, HUGO. *Derecho procesal civil y comercial*, tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1956, edit. Eidar S.A., Editores, 2ª edic., p. 460.

a la jurisdicción de otro Distrito Judicial, o notificar al emplazado domiciliado en el extranjero librándose exhorto al Consulado, etc.

El *Principio de inmediación* para que tenga pleno vigor, en la audiencia el juez tiene que asumir la función de director actuando con *moderación y razonabilidad*, esto no significa prepotencia, abuso en agravio de los justiciables, Abogados y auxiliares de la impartición de justicia, el *juzgador* debe estar preparado con las *técnicas de conciliación y negociación* procesal desarrolladas en la praxis del proceso moderno por *audiencias*, debiendo sentirse el juez un *humilde protagonista* de la impartición de justicia como *trabajo fundamental* para el bienestar la sociedad con justicia, dando seguridad, armonía y la paz, sin embargo somos conscientes del requerimiento de grandes esfuerzos para que se materialicen estos objetivos partiendo de la independencia y autonomía del juzgador como investigador de la *verdad objetiva y axiomática* de la realidad concreta y decida la resolución con justicia.

*Teófilo Idrogo Delgado*³¹² dice que según este principio, «el juez debe conocer la actividad de las partes, su conducta y su solvencia moral y que los actos que realizan los cumplan en su presencia, hechos que le permitirán, si se llegara el caso, hacerles conciliar, transar y, finalmente, emitir una valoración justa de los hechos que aporten. Este contacto debe ser personal, sin necesidad de intermediarios, como abogados, relatores»

Por el *principio de inmediación* los justiciables, abogados, testigos, peritos, etc. no son sujetos pasivos del proceso sumisos a la potestad del juez, sino que por este principio se ejerce un *control recíproco* de los justiciables, juzgador y abogados significando diálogo, entendimiento entre los sujetos de la relación procesal, garantizando el derecho de defensa sin dar lugar a la prepotencia o al abuso del poder jurisdiccional en forma encubierta manifestada en las resoluciones. No estamos de acuerdo con su posición del Maestro de la casa Bolívar y Sánchez Carrión, en el sentido que no deben participar los abogados, por el contrario de conformidad con la *Teoría Procesal Civil Empresarial Moderna*, el juez está obligado a garantizar el derecho de defensa y en la obligación de facilitar por todos los medios a los Abogados para el cumplimiento de su función como tales. En tal sentido la *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español* ha creado la Oficina de Procuradores de los Emplazados, no solamente de aquellos con bajos recursos económicos sino de todas las personas naturales y jurídicas de gran poder económico, los procuradores representan a los demandados, son los Abogados, quienes constituyen parte de la relación procesal hasta la conclusión del proceso, éstos son nombrados por el Juzgador en la Resolución admisoría y emplazamiento de la demanda.

La intervención de los Abogados en el proceso como defensores, con la concepción moderna de la *Teoría procesal civil empresarial* constituyen sujetos integrantes de la *relación jurídica procesal*, es elemental dándole seguridad a los litigantes controlando y coordinando las acciones del juzgador para que el proceso concluya con el convencimiento de haber llegado al conocimiento pleno de las causas del conflicto de intereses y decidir la alternativa que resuelva el conflicto sin perjudicar la dignidad humana. Los Tratados, Convenciones y Declaraciones de

³¹² IDROGO DELGADO, TEÓFILO. *Derecho procesal civil*, tomo I, Lima, Perú, 1988, edit. Marsol Perú editores S.A., p. 66. Principios fundamentales de derecho procesal civil, Lima, Perú, 1999, edit. Marsol Perú editores S.A., p.36.

Principios Internacionales y los más modernos el Estatuto del Tribunal Internacional Europeo y la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, garantiza el derecho de defensa de los litigantes designándolos procuradores abogados.

También existe la *mediación considerada como principio* en los sistemas procesales antiguos, con sentido totalmente opuesto al *principio de inmediación*, aplicado en los sistemas procesales predominantemente escriturales.

La *mediación* consiste en que los justiciables, abogados y auxiliares de justicia intervinientes en el proceso no tenían contacto directo con el juez, sino a través del funcionario interviniente en el proceso, el Secretario de juzgado en el caso del Perú.

El *fundamento de la mediación* está en que el juez sentenciaba sin conocer a los justiciables para evitar la parcialidad decidiendo sobre las pretensiones y contradictorios sometidos al órgano jurisdiccional. Recordaremos durante la dictadura *cívico-militar* de la década del 90 al 2000 con la máscara de la moralización del Poder Judicial, se prohibió tener contacto directo con los justiciables y los Abogados, disponiendo que debería hacerse mediante una solicitud y en presencia del Secretario de Juzgado, para evitar la corrupción o parcialidad, pero sí fuera del Palacio de Justicia los altos Magistrados del Poder Judicial reunidos con los grandes corruptos del Poder han concretado los negociados de corrupción, quienes han ejercido presión sobre los Magistrados de menor jerarquía, y no sólo con el Poder Judicial sino con los Magistrados de los Tribunales especiales como el JNE, el Tribunal Constitucional y el CNM.

La *mediación* es consecuencia la forma de la administración de justicia en el régimen liberalista, considerado el juez un simple receptor de demandas como expresión de la voluntad privada del interesado, y los actos procesales correspondiente a los litigantes eran recepcionados por el secretario y dando cuenta al juzgador, a excepción principalmente de la actuación de la prueba de inspección judicial (*inspección ocular*), *informes orales*. Esta actitud que debió a la misma naturaleza de la función del juez aplicador de la norma jurídica en sus propios términos, prohibido del análisis e interpretación más allá de la legalidad positiva.

El art. V, 1^a parte del C.P.C. prescribe: «*Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión*»

Como hemos expuesto, la excepción está contemplada en todos los C.P.C., pero de ninguna manera puede hacerse el juzgamiento o emitirse sentencia por comisión o delegación.

5.6. Principio de economía procesal

El *Principio de economía procesal* ha sido entendido desde el punto de vista del significado *económico* en su significación literal como ahorro en los gastos que generan principalmente a las partes. Se debe entender que el *principio de economía* consiste en la reducción a lo más mínimo de los actos procesales para una pronta impartición de justicia, apartándose del formalismo innecesario perjudiciales a la misma finalidad del proceso agravando el conflicto social, cultivando la concepción de la inseguridad jurídica e incertidumbre de la garantía de la tutela jurisdiccional. El *principio de economía procesal* se encuentra vinculado con el *principio de concentración* y *principio de celeridad procesal*. La *consecuencia* de la aplicación del principio de

economía procesal es aliviar la carga procesal, evitar el recargo del trabajo innecesario de los secretarios de juzgado y del juez, el ahorro de materiales, menor sacrificio económico de los litigantes, y mayor productividad judicial, etc. y principalmente la *satisfacción* de los justiciables por la pronta resolución de los conflictos sometidos al órgano jurisdiccional.

Según *Eduardo Couture*,³¹³ las aplicaciones del *principio de economía procesal* son las siguientes:

- a) *Simplificación en las formas de debate*. Los procesos de menor importancia económica se debaten en método oral, reducidas las excepciones a simples actas de resumen.
- b) *Limitación de pruebas*. Las pruebas onerosas (como por ejemplo, la de peritos) se simplifican reduciéndose el nombramiento solamente de un experto.
- c) *Reducción de los recursos*. El número de instancias es normalmente menor en los asuntos de escaso monto, y en algunos casos, cuando la cuantía es ínfima, las decisiones son inapelables.
- d) *Economía pecuniaria*. Las costas y gastos de justicia son los impuestos de estos conflictos.
- e) *Tribunales especiales*. Frecuentemente cierto tipo de conflictos, en especial aquellos de escaso monto pero de considerable repercusión social, se dirimen ante tribunales ajenos a la jurisdicción ordinaria, procurando no sólo porque requieren de la especialización, sino también la economía y aún la gratitud de la justicia, especialmente los procesos de acciones de garantías constitucionales y la tutela familiar.

Muchos tratadistas entienden el Principio como economía procesal poner límite o rechazar los recursos impugnatorios, los juristas de esta posición principalmente son los que han experimentado y viven las experiencias del sistema procesal dispositivo, escritural, como por ejemplo España con la Ley de Enjuiciamiento civil derogada, en el Perú con el ordenamiento procesal de 1912, los recursos impugnatorios e incluso la nulidades se han formulado cuando el proceso se encontraba para sentencia, muchas veces por vicios que una de las partes ha podido advertir, sin embargo ha reservado para formularlo después de haber recorrido el proceso en el tiempo muchas veces veinte años o vicios de admisibilidad y el juzgador sentenciaba declarando inadmisibile o improcedente o improcedente la demanda por no romper con el formalismo y dar seguridad jurídica y la paz a la sociedad.

Consideramos que esta realidad formalista fue el fundamento para impulsar la posición de restringir al mínimo el derecho impugnatorio de los justiciables como una solución al tremendo retardo de la impartición de justicia, sin embargo significa la limitación al *principio de contradicción* y al *derecho de defensa*, pero con la *Teoría procesal moderna* ha quedado sin espacio la posición de la limitación al derecho impugnatorio contra los actos procesales.

El T.P. en art. V, 2º y 3º apartado del C.P.C. prescribe:

«El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

³¹³ COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina, 1973, edit. Depalma, pp. 189-190.

El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin atentar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran»

El C.P.C. Brasileño de 1973 es el que materializa las tendencias de la nueva dogmática procesal civil empresarial incluso faculta reducir al mínimo los actos procesales, es decir a los actos esenciales que conduzcan a la determinación de la declaración de la veracidad de las pretensiones y contradictorios formuladas por los litigantes.

5.7. Principio de concentración

Por *Principio de concentración*, los actos procesales deben *concentrarse* en una sola audiencia y en el menor tiempo posible como el saneamiento procesal, la conciliación, admisión y actuación de medios probatorios permite al juzgador tomar conocimiento directo de los actos procesales concatenadamente, las conductas personales de los litigantes, testigos, peritos y la latente memoria del conocimiento de los hechos discutidos como la fundamentación de los alegatos o informes orales condicionantes a la emisión de una sentencia con el menor riesgo de errores. El *principio de concentración* de ninguna manera puede menoscabar el *debido proceso* y el *derecho de defensa*.

Algunos tratadistas afirman que por este principio es deber del juez recortar los recursos impugnatorios, dentro de ellos *Hernando Devis Echandía*,³¹⁴ quien afirma que la fisonomía del proceso se desenvuelve sin disolución de continuidad y que se debe de evitar las cuestiones accidentales o incidentales que entorpezcan el estudio fundamental del juicio, «*lo cual sólo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos o incidentes de previa definición*» Talvez el autor se refiere al sistema procesal civil español, que se ha puesto reacia a los requerimientos de la *Teoría procesal civil empresarial moderna*, cuyo Código de enjuiciamiento civil, no reconocía el sistema de audiencias hasta la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil promulgada hace prácticamente siete años.

El C.P.C. peruano de 1992 no declara expresamente el *principio de concentración* en el T.P., pero se encuentra disperso en la regulación de las distintas instituciones, como el saneamiento, la conciliación, la audiencia de pruebas según la naturaleza del proceso (*de cognición y de ejecución*).

5.8. Principio de audiencia

Es el *Principio general* universal de la *Teoría general moderna del proceso*, de observancia en todas las *Teorías especiales modernas del proceso* penal, laboral, civil empresarial, etc., consiste en el derecho que tiene toda persona sometida a los órganos jurisdiccionales a no ser condenada sin haber sido oída y vencida en juicio,³¹⁵ significando que nadie está obligado a soportar una sentencia sin que haya tenido la oportunidad de alegar todo lo que crea conveniente a su defensa dentro del proceso.

³¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Nociones generales del derecho procesal civil*, Madrid, 1966, edit. Aguilar S.a. de Ediciones, p. 59.

³¹⁵ WIKIPEDIA, LA ENCICLOPEDIA LIBRE. www.es.wikipedia.org/w/index (28 de septiembre del 2005).

El *Principio de audiencia* tiene que ser pública salvo en los casos que resulte perjudicial al honor o intimidad personal, y está amparado por los Tratados y Convenciones internacionales sobre Derechos humanos como un derecho inherente a la persona humana.

5.9. Principio de no indefensión

La doctrina conoce también como *Principio de la prohibición de la indefensión*, la jurisprudencia constitucional principalmente española ha llegado a su reconocimiento de este principio por constituir instrumento fundamental protección de todos los derechos e intereses legítimos de los litigantes. El Tribunal Constitucional español precisa la amplitud de la *indefensión* y considerada realmente como una cláusula de cierre «*la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE*»³¹⁶ Se origina por tanto la *indefensión*, siguiendo la abundante jurisprudencia constitucional *se produce cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producida en un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos*. Se daría pues *indefensión*, como más adelante veremos de forma colateral, cuando se infringe una norma procesal, se priva a una parte o se la limita en sus medios de defensa o ante la falta de imputabilidad al litigante.

En parecidos términos se manifiesta el *Tribunal Constitucional español*³¹⁷ al indicar que viene declarando reiteradamente que, «*en el contexto del artículo 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere [...], que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional*»

La *Sala Primera del Tribunal Constitucional Español*³¹⁸ ha emitido la *Sentencia 40/2002*, de 14 de febrero de 2002. El caso sobre Recurso de amparo (*acción de amparo*) 4312/98 promovido por Comercial Garoe, S.L., frente a los Autos de la Audiencia Provincial de Las Palmas que declararon desierto su recurso de apelación en un juicio de menor cuantía. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): *personación* en el Tribunal de apelación ignorada anterior a un segundo emplazamiento por el Juzgado (STC 77/1993).

«*La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Praga y Cabrera, Presidente; don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrados, ha pronunciado*
EN NOMBRE DEL REY

³¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia del TC48/1984*.

³¹⁷ STC 40/2002.

³¹⁸ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia que declara fundada la acción de amparo por haberse violado el principio de no indefensión, al declararse desierto el recurso de apelación*, en Boletín Oficial del Estado BOE N° 63, Suplemento, pp. 120 – 126, España, 14 de marzo de 2002.

La siguiente SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4312/98, promovido por Comercial Garoe, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Matilde Marín Pérez y asistida por la Letrada doña C. Nirva Macías Acosta, contra el Auto de 18 de septiembre de 1998, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo de apelación civil núm. 335/95. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de guardia de Madrid el 15 de octubre de 1998, registrado en este Tribunal al siguiente día, se interpuso el recurso de amparo expresado en el encabezamiento por la Procuradora doña Matilde Marín Pérez en representación de la sociedad Comercial Garoe, S.L., contra el Auto de l Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palma de 18 de septiembre de 1998, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente en relación con la admisión de un recurso de apelación.

2. Los hechos relevantes de que trae la presente demanda de amparo son, en síntesis y según el relato de la demandante, los siguientes:

a) Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Telde se siguió e procedimiento de menor cuantía núm. 332/95 que finalizó por Sentencia desfavorable para los intereses de la demandante. Contra dicha Sentencia la demandante de amparo formuló recurso de apelación par ante la Audiencia Provincial de Las Palmas. El Juzgado de Primera Instancia dictó el 15 de diciembre de 1997 providencia en la que acordó remitirse los autos originales a la Audiencia Provincial con atento oficio, previo emplazamiento de las partes para ante la misma en el plazo de diez días y nota en el libro de conocimientos. Dentro del plazo señalado en el emplazamiento, la recurrente se personó en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial.

b) No obstante lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia, lejos de remitir inmediatamente los autos principales a la Audiencia, los retuvo hasta finalizar la pieza incidental de ejecución provisional instada de contrario. Este retraso en la remisión de los autos al órgano judicial competente para la apelación ocasionó que con posterioridad (incluso después de la personación del apelante ante la Audiencia) el mismo Juzgado dictara una nueva providencia volviendo a requerir a las partes para emplazarlas ante la Audiencia, emplazamiento que la demandante de amparo consideró nulo, en primer lugar porque ya se había hecho con anterioridad y, en segundo término, por entender que después del emplazamiento originario se producía una total falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia, cuya competencia había perdido a partir de la primera providencia ordenando el emplazamiento.

c) Remitidos los autos a la Audiencia Provincial, ésta, dado el prolongado espacio de tiempo habido entre la personación y su unión a los autos principales, extravió la personación, razón por la cual dictó, el 16 de junio de 1998, Auto por el que se declaraba desierto el recurso de apelación. A dicha conclusión hay que llegar porque el órgano judicial declaró el recurso desierto no por una personación irregular, sino porque la recurrente no se había personado, lo que indica que el primer escrito de personación se había extraviado. Contra dicho Auto que, según el recurrente, la Sala se negó a notificar, ésta formuló recurso de súplica en el que se acreditaba, mediante certificación del Secretario Judicial de la Sala, la personación de la demandante en tiempo y forma.

d) La Sala resolvió el recurso de súplica mediante una providencia contra la que se interpuso incidente de nulidad de actuaciones fundamentado en que la resolución desestimando la súplica debió revestir forma de Auto, y no de providencia, y, en el fondo, porque se debía haber entendido que la recurrente se personó en tiempo y forma. La nulidad fue resuelta por el Auto que se combate en el recurso de amparo.

3. El recurso de amparo que se interpone contra el Auto antes mencionado se basa en la vulneración del derecho del recurrente a la tutela jurídica efectiva sin indefensión proclamado en el art. 24.1 CE. La sociedad recurrente considera que esta vulneración, y por lo tanto la indefensión material, se le ha producido, en primer lugar, porque la Audiencia Provincial, constándole que se habían personado dentro del plazo señalado por el Juzgado de Primera Instancia, debió tenerles por personados y también porque la segunda de las providencias de aquél fue dictada cuando ya carecía de competencia.

En segundo lugar, considera la recurrente que la Audiencia Provincial de Las Palmas debió notificarle el Auto teniendo por desierto el recurso, y al no haberlo hecho así le causó una indefensión irreparable. Seguidamente, la demandante sitúa la lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva en el hecho acreditado de que la resolución de su recurso de súplica se realizó mediante providencia, cuando debería haber revestido forma de Auto.

Finalmente, la recurrente en amparo considera que la decisión del órgano judicial de apelación teniendo por personada a la contraparte en el incidente de nulidad de actuaciones, cuando actuaba asistida por un Abogado no habilitado para litigar en los órganos judiciales de Las Palmas, lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto el Auto que se impugna recoge los argumentos de la parte apelada que no se encontraba correctamente defendida.

4. Por providencia de 28 de junio de 1999, la Sección Primera del Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo, sin perjuicio de lo que resultara de los antecedentes, y tener por personada a la Procuradora doña Matilde Marín Pérez y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Telde y a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas para que en el plazo de diez días remitieran testimonio de las actuaciones judiciales, así como que se procediera al emplazamiento de los que fueron parte en el procedimiento, salvo al demandante de amparo, a fin de que comparecieran en plazo de diez días ante este Tribunal, si les conviniera.

5. Por diligencia de ordenación de 11 de mayo de 2000 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones judiciales interesadas y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó conceder a la recurrente de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de veinte días para presentación de alegaciones.

6. El 31 de mayo de 2000, el Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones. Tras resaltar los hechos fundamentales, el Fiscal considera que las tres últimas alegaciones del demandante carecen manifiestamente de contenido constitucional, ya que en las tres, a pesar de que hayan podido existir hipotéticos o reales incumplimientos de las previsiones legales, no se ha producido una indefensión material, que es lo que prohíbe el art. 24.1 CE. Por lo que se refiere a la falta de notificación del Auto declarando desierto el recurso de apelación, lo cierto es que la recurrente tuvo conocimiento de su contenido, lo que le permitió interponer recurso de súplica en defensa de

sus derechos y, posteriormente, frente a la providencia que lo inadmitió, el incidente de nulidad de actuaciones.

En cuanto a la providencia que inadmitió el recurso de súplica, lo cierto es que la misma explicita los fundamentos de la decisión, no sólo desde una perspectiva formal, sino incluso de fondo, de modo que la recurrente tuvo cabal conocimiento de tales razones, las cuales le permitieron formular el incidente de nulidad.

Finalmente, la falta de habilitación del Abogado de la parte apelada –que, por cierto no se ha acreditado puede constituir una infracción de las normas de colegiación, e incluso tener alguna incidencia en el ámbito procesal de estricta legalidad ordinaria, pero, en ningún caso, puede servir de fundamento para alegar la lesión al derecho a la tutela judicial efectiva. Además, observa el Fiscal, los argumentos del Auto que desestima el incidente de nulidad de actuaciones se fundan esencialmente en los que sirvieron para declarar desierto el recurso de apelación y la providencia que inadmitió el recurso de súplica contra aquél, de modo que eran conocidos por el recurrente. La cuarta y última de las alegaciones del demandante en el recurso de amparo no carece, sin embargo, para el Ministerio Fiscal de contenido constitucional. Aunque no se identifique correctamente por la recurrente, debe entenderse, según el Fiscal, que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se refiere al derecho de acceso a los recursos, por lo que, con carácter previo, es preciso determinar cuál es la resolución realmente recurrida y si se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, esencialmente, la invocación del derecho y el agotamiento de los recursos, así como si no ha habido uso de algún recurso manifiestamente improcedente que determine la extemporaneidad del recurso de amparo. Considera el Fiscal que la resolución realmente recurrida –pese a las manifestaciones de la demandante – no es el Auto de 18 de septiembre de 1998, ni la providencia de 25 de junio del mismo año, sino el Auto de 16 de junio anterior, que declaró desierto el recurso, ya que es la que impidió el acceso al mismo. De este modo, las dos resoluciones posteriores no constituirían sino el agotamiento de la vía judicial. En segundo lugar, el Fiscal considera que ha existido invocación del derecho fundamental, puesto que en el recurso de súplica se alude cuando menos a la producción de indefensión, así como en el escrito interponiendo el incidente de nulidad de actuaciones. Finalmente, el recurso interponiendo la nulidad de actuaciones no se considera por el Fiscal manifiestamente improcedente, como lo acredita el hecho de que el órgano judicial resolviera sobre el fondo de la cuestión, incluyendo el problema sustancial de la forma adecuada de personarse ante la Audiencia.

Aclarado lo anterior, el Fiscal analiza la doctrina del Tribunal en materia del derecho al acceso a los recursos. Con cita de la STC 58/1995, parte el Fiscal de que la tutela judicial efectiva opera con diferente intensidad cuando se trata del acceso a los recursos que cuando se trata del acceso inicial al proceso. Esta jurisprudencia viene fundada en varios factores, según el Fiscal. En primer lugar, porque en estos casos ya ha existido al menos un pronunciamiento judicial sobre el objeto del proceso; en segundo lugar, porque salvo en el proceso penal el legislador es libre de configurar el sistema de recursos, de manera que si puede determinar que contra determinadas sentencias no quepa recurso alguno, con mayor razón puede someter la inadmisibilidad de un recurso al cumplimiento de determinados requisitos formales e incluso de contenido del escrito de preparación o interposición o del tiempo y forma hábiles para personarse. Al tratarse, por lo tanto, de la configuración legal del sistema de recursos, la interpretación de sus requisitos es materia de legalidad ordinaria, en el que no rige necesariamente el principio de interpretación más favorable, que, en consecuencia, corresponde a Jueces y Tribunales.

Por ello el Tribunal Constitucional ha declarado que su única competencia en esta materia se limita a comprobar que no se ha inadmitido un recurso mediante una resolución radicalmente formalista; en definitiva, sin una auténtica base legal.

Teniendo en cuenta esta constante doctrina y el contenido de los Autos recurridos, considera el Fiscal –que reproduce parcialmente el contenido de los arts. 704, 705 y 301 LEC vigente en aquella fecha que se produjo una personación anterior incluso a la fecha en que se produjo el emplazamiento, pero la decisión de la Audiencia Provincial supone una interpretación excesivamente rigorista de la normativa vigente: si hubo personación efectuada con perfecta identificación del procedimiento de primera instancia y esta personación se realizó sobre 122 Jueves 14 marzo 2002 BOE núm. 63. Suplemento la base de la notificación de la providencia admitiendo a trámite el recurso, ello no debió dar lugar, sin más, a declarar desierto el recurso por el hecho de no haberse presentado un segundo escrito dentro del término de emplazamiento. Por todo ello, el Fiscal interesa la estimación del recurso de amparo.

7. El 8 de junio de 2000 se registró en el Tribunal el escrito de alegaciones de la sociedad demandante de amparo. Tras reproducir los hechos sustanciales ya relatados en la demanda de amparo, la demandante considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a los recursos interesando la estimación del amparo y, en consecuencia, se declare expresamente que el término para la personación de la recurrente ante la Audiencia Provincial de Las Palmas se inició por la providencia dictada el 15 de diciembre de 1997 y, por tanto, se ordene a la Audiencia Provincial de las Palmas la continuación del recurso de apelación.

8. Por providencia de 7 de febrero de 2002 se señaló para la deliberación, votación y fallo de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídico

1. La sociedad Comercial Garoe, S.L., promueve este recurso de amparo contra el Auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas el 18 de septiembre de 1998, que desestimó la nulidad de actuaciones promovida por la demandante en relación con la inadmisión de un recurso de apelación que el órgano judicial declaró previamente desierto. No obstante lo anterior, como mantiene el Ministerio Fiscal, ha de considerarse que la resolución verdaderamente impugnada por la demandante de amparo es el Auto de 16 de junio de 1998 que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Telde. En parecidas ocasiones hemos sostenido que cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de tenerse también por recurridas las precedentes resoluciones confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa (SSTC 97/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 1, y 13/2002, de 28 de enero, FJ 2).

2. Considera la demandante que estas resoluciones han vulnerado su derecho a la **tutela judicial efectiva sin indefensión**, proclamado en el art. 24.1 CE, por varias razones. La primera de ellas porque la Audiencia Provincial, constándole como le constaba que se había personado en el recurso cumpliendo el primero de los emplazamientos realizados por el Juzgado de Primera Instancia de Telde, debió tener a la sociedad por comparecida en el recurso de apelación. Además, atribuye la infracción de este derecho fundamental al hecho de que, por un lado, el Auto declarando desierto el recurso debió serle notificado en su momento, y sin embargo no lo fue y, por

otro, a que la resolución desestimando el recurso de súplica contra la decisión de inadmisión revistió la forma de providencia, cuando procedía resolver por Auto. Finalmente, alega que la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se produjo también al permitir la Audiencia Provincial a la contraparte personarse en el incidente de nulidad de actuaciones asistida por un Abogado no habilitado para litigar ante los órganos judiciales de Las Palmas, con la consecuencia de que los argumentos esgrimidos por la apelada accedieron a los que la Sala utilizó para desestimar su recurso.

3. Tal como propone el Ministerio Fiscal, la ordenación lógica de las cuestiones planteadas exige que comencemos nuestro examen por el de las tres últimas causas por las que la demandante de amparo considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, dejando por su relevancia el análisis de la queja correspondiente al acceso a los recursos para el último lugar.

Este Tribunal viene declarando reiteradamente que, en el contexto del art. 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, no siendo tal la que se debe principalmente a la inactividad de la parte que alega haberla sufrido (SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; STC 116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2, 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas).

Además, hemos sostenido que el concepto constitucional de indefensión es más estricto y no tiene por qué coincidir enteramente con figura jurídico-procesal de la indefensión, de suerte que no toda infracción de las normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional. En definitiva, para que ésta exista es preciso, efectivamente, que la infracción de las normas procesales haya supuesto una privación o una limitación del derecho de defensa que el art. 24 CE reconoce (SSTC 48/1984, de 4 de abril, FJ 1; y 211/2001, de 29 de octubre, FJ 3).

4. La sociedad demandante de amparo considera que le han causado indefensión las tres actuaciones de la Audiencia Provincial que han quedado expuestas. Pues bien, la primera alegación debe ser rechazada con sólo acudir al examen de los hitos procesales acaecidos tras el dictado del Auto declarando desierto el recurso de apelación por ella interpuesto. Conforme consta en las actuaciones judiciales remitidas, es cierto que no se produjo la notificación de dicho Auto, pero con independencia incluso de la relevancia de esta cuestión desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, la realidad es que la demandante de amparo tuvo conocimiento preciso de dicho Auto como lo demuestra el hecho de que contra él interpusiera recurso de súplica en tiempo y forma. Como hemos afirmado en numerosas ocasiones, lo que importa a los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE) es que el acto de comunicación procesal surta sus efectos y cumpla con su fin, que es poner en conocimiento de su destinatario la decisión o la actuación judicial correspondiente (por todas, STC 113/2001, de 7 de mayo, FJ 3). Comprobado que, en el caso enjuiciado, la sociedad tuvo conocimiento del acto procesal y lo impugnó en tiempo, carece de trascendencia constitucional el hecho de que le fuera formalmente notificado o no, pues no se ha producido privación o limitación alguna en el derecho de defensa de la sociedad Comercial Garoe, S.L.

5. Sostiene seguidamente la recurrente en amparo que la respuesta del órgano judicial al recurso de súplica le produjo indefensión en la medida en que revistió la forma de providencia y no de Auto, como, a su juicio, correspondía. Sin necesidad de entrar en su examen, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria que, en todo caso, no nos compete, resulta obligado rechazar la queja de la recurrente tras la comprobación de que, como sostiene el Ministerio Fiscal, aun revistiendo forma de providencia, se trató de una resolución motivada, que expresó los argumentos por los que se inadmitía el recurso de súplica y que permitió rebatirlos en el incidente de nulidad posteriormente tramitado y resuelto. Así pues, no es posible hallar merma, limitación o privación real o material del derecho de defensa de la demandante de amparo, único supuesto en el que resultaría relevante a estos efectos la forma de la resolución (STC 113/1988, de 9 de junio, FJ 5), por lo que, también por esta causa, el amparo ha de ser denegado.

6. Por lo que toca a la alegación de indefensión basada en que el Abogado que asistió técnicamente a la sociedad apelada en el incidente de nulidad de actuaciones carecía de la habilitación precisa para actuar ante los Tribunales de Las Palmas de Gran Canaria, la denegación del amparo por esta causa se basa en la absoluta falta de acreditación de dicha circunstancia en la demanda de amparo y en las actuaciones judiciales que han sido remitidas a este Tribunal. Nuestra constante doctrina ha sostenido que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 49 LOTC, cuando se acusa una violación constitucional es carga del recurrente no solamente abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino proporcionar también las alegaciones de hecho, su justificación documental y la fundamentación jurídica. No corresponde al Tribunal Constitucional la reconstrucción de oficio de las demandas, ni tampoco suplir las razones de la parte cuando éstas no se aportan de modo comprensible con el recurso (SSTC 45/1984, de 27 de marzo, FJ 3; 52/1999, de 12 de abril, FJ 5; 155/1999, de 14 de septiembre, FJ 1; 21/2001, de 29 de enero, FJ 3; 26/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 138/2001, de 18 de junio, FJ 9). Pues bien, la demandante de amparo no ha acreditado el punto de partida necesario para poder siquiera entrar a considerar la vulneración que alega, pues para ello hubiera sido preciso acreditar la realidad de su afirmación, lo que no ha hecho. Pero es que, además, ni siquiera acreditada tal falta de habilitación podríamos apreciar la indefensión que aduce la demandante, pues, en primer lugar, se trataría de una cuestión atinente a la estricta legalidad ordinaria en la que nos está vedado entrar y, en segundo término, carece de consistencia la alegación de la demandante de que, precisamente, fueron los argumentos del apelado en aquella instancia los fundamentales para rechazar su pretensión, habida cuenta de que tal efecto, además de resultar contradicho por la reproducción in extenso de los argumentos ya utilizados en la providencia que contestó al recurso de súplica, no ha mermado en modo alguno su capacidad de alegar en el incidente de nulidad de actuaciones, limitación o privación real y efectiva del derecho a la tutela judicial efectiva que es la que, en definitiva, permitiría acoger la denunciada indefensión.

7. Como resulta del escrito de alegaciones de la sociedad Comercial Garoe, S.L., demandante de amparo, en realidad su queja central se refiere a la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a los recursos, última de las cuestiones que es preciso abordar en esta Sentencia. Para resolverla hemos de dejar testimonio, en primer término, de los principales hitos procesales, pues la recurrente los aborda sólo de modo parcial e incompleto en los hechos relatados en su demanda de amparo, tal como han sido expuestos en los antecedentes. Del contenido de las actuaciones se desprende, a estos efectos, lo siguiente:

a) El 17 de junio de 1997 se dictó Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Telde por la que, estimando la demanda interpuesta por la compañía Bayernland, EG, se condenaba a la recurrente en amparo, Comercial Garoe, S.L., al pago de la cantidad de 42.845,36 marcos alemanes, más intereses legales y costas. Dicha Sentencia fue notificada a la demandante de amparo el 30 de junio del mismo año.

b) El 5 de julio de 1997, la sociedad Comercial Garoe, S.L., interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, recayendo providencia el 1 de septiembre siguiente por virtud de la cual se tuvo por interpuesto el recurso de apelación, admitiéndose en ambos efectos. Además, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 385 LEC entonces vigente, se acordó esperar a que transcurriera el plazo en él establecido antes de proceder a la remisión de los autos a la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

c) El 8 de septiembre del mismo año, la demandante en el procedimiento civil, Bayernland, EG, interesó la ejecución provisional de la Sentencia de instancia, por lo que el 6 de octubre siguiente se acordó por el Juzgado tener por solicitada la ejecución, fijar la fianza correspondiente a prestar por la ejecutante en plazo de tres días. Prestada la fianza por medio de aval bancario, el 15 de septiembre de 1997 el Juzgado de Primera Instancia de Telde dictó providencia del tenor literal siguiente, en lo que ahora interesa: Se declara bastante la fianza constituida y, en consecuencia, procédase a la ejecución provisional de la sentencia recaída expidiéndose por el Sr. Secretario testimonio del escrito de demanda y de la sentencia recaída que encabezará la pieza separada que quedará en este Juzgado. Remítanse los autos originales a la Audiencia Provincial, con atento oficio, previo emplazamiento de las partes para ante la misma por término de diez días. Dicha providencia fue notificada a las partes el día 17 de diciembre de 1997.

d) Como consecuencia de un escrito presentado por la ejecutante provisional, Bayernland, EG, el 29 de diciembre de 1997, el mismo día recayó otra providencia en la que el órgano judicial, tras acordar la unión del escrito y el desglose de los documentos que se solicitaba, ordenó emplazar a la partes conforme venía acordado. Y, en efecto, consta la notificación –que reconoce la parte haberle sido practicada – de dicho proveído y, al menos, la entrega de cédula de emplazamiento a la ejecutante provisional y apelada.

e) El día 30 de diciembre de 1997, la demandante de amparo presentó, por medio del buzón habilitado al efecto en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, escrito ante la Audiencia Provincial de Las Palmas del tenor literal siguiente: Que a medio de este escrito me persono y muestro parte en la apelación de la Sentencia de fecha... dictada por el titular del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Telde en los autos de juicio menor cuantía núm. 332/1995 en concepto de apelante, suplicando se le tuviera por personada en el recurso de apelación. Consta la presentación del mencionado escrito por certificación del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior mencionado, haciendo constar que el escrito tuvo entrada a través del buzón el 30 de diciembre y salida el 31 de diciembre, ambos de 1997.

f) La remisión de los autos originales desde el Juzgado de Primera Instancia a la Audiencia Provincial, no tuvo lugar hasta el 29 de mayo de 1998. Se recibieron el 10 de junio siguientes en la Audiencia Provincial de Las Palmas y, por reparto, le correspondió el conocimiento del recurso a la Sección Primera, que tuvo por recibidas las actuaciones el 16 de junio de 1998. Tras darse cuenta de la llegada de los autos y de que no se había producido la personación de la apelante y hoy recurrente en amparo, la Sala decidió, por Auto del mismo día, declarar desierto el recurso al

no haberse personado en la apelación ni apelante ni apelado, conforme a lo dispuesto en el art. 840 LEC.

g) El 19 de junio siguiente, la representación de Comercial Garoe, S.L., presentó escrito dirigido a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el que interponía recurso de súplica contra el Auto declarando desierto el recurso. Sostenía en él la recurrente en amparo que se había personado en su momento cumpliendo lo ordenado en providencia de 15 de diciembre de 1997, que le fue notificada el día 17 del mismo mes y año. Habiéndose personado en tiempo y forma, entendía que la decisión del órgano judicial de declarar desierto el recurso le colocaba en situación de indefensión, por lo que suplicaba se declarara la nulidad del Auto y se le tuviera por personada y parte, continuando el procedimiento de apelación en todos sus trámites.

h) El 25 de junio de 1998 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó providencia por virtud de la cual declaraba no haber lugar a la admisión a trámite del recurso de súplica. Dicha providencia inadmitía el recurso habida cuenta de que, justamente por virtud de esta última resolución, la citada entidad... no ostenta la condición de parte en esta alzada. Pero es que, además, y aunque ello suponga inevitablemente entrar en el examen de las consideraciones que vierte en su recurso de súplica, el detenido examen de las actuaciones remitidas contradice abiertamente el punto de vista mantenido por aquélla. En primer lugar, no es cierto que por providencia de 15 de diciembre de 1997 el órgano de instancia emplazase a esta parte para que en término de diez días se personase en esta Audiencia, de conformidad con lo establecido en el art. 704 LEC. Antes al contrario, por esta providencia se declaró bastante la fianza constituida y se acordó la ejecución provisional de la Sentencia dictada, ordenándose la remisión de los autos a la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes. Y, en segundo lugar, este emplazamiento sólo tuvo lugar el 15 de enero de 1998, en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia de 29 de diciembre del pasado año (véase el folio núm. 284 del procedimiento). Sorprendentemente, y por motivos que la Sala ignora, el representante procesal de la sociedad Comercial Garoe, S.L., presentó escrito de personación en el buzón del Tribunal Superior de Justicia, tal y como acredita la certificación que acompañó con su escrito de súplica... Es decir que trató de mostrarse parte y personarse en esta alzada mucho antes de que fuera emplazada. Y emplazada que fue el día...reiteramos, la mercantil... dejó transcurrir el plazo de diez días que prevé el aludido art. 704 LEC (finalizó el 27 de enero siguiente) para comparecer en la Audiencia para usar de su derecho.

i) El 27 de julio de 1998 se personó en las actuaciones la compañía Bayernland, EG, mediante escrito, fechado el 3 de diciembre de 1997. Antes –aunque este escrito aparezca unido a las actuaciones inmediatamente después de la personación de la apelada – el 11 de julio de 1998 la demandante de amparo había promovido incidente de nulidad de actuaciones por entender que las resoluciones dictadas habían prescindido total y absolutamente de las normas del procedimiento, habían infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa, originándole indefensión y vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva. Alegaba, además de los defectos formales ya mencionados anteriormente, que la Sala había partido de un defectuoso enfoque causado por la anómala actuación del Juzgado de instancia, puesto que al tiempo de acordar procedente la ejecución provisional ordenó ya en ese momento remitir los autos a la Audiencia, previo emplazamiento de las partes. Por ello, no debió realizar ningún pronunciamiento, ya que desde que decidió la remisión de los autos había perdido su competencia, por lo que la siguiente providencia (de 29 de diciembre) fue dictada por el Juzgado vulnerando las normas de competencia objetiva y funcional. Entendía la recurrente que el único emplazamiento válido fue el realizado el 15 de diciembre y que, por ello, sólo a partir de la notificación de dicha providencia era

cuando se había iniciado el cómputo del plazo de diez días. Otra interpretación, a su juicio, implicaría que las partes tuvieran que estar personándose cada vez que el Juzgador de instancia realizara emplazamientos. En definitiva, interesó se declarara la nulidad de actuaciones y la validez de su personación en el recurso de apelación.

j) El 29 de julio se acordó tener por promovido el incidente y dar traslado por copia a la parte apelada para que en cinco días formulara alegaciones. El 9 de septiembre se presentó el escrito de alegaciones de la apelada Bayernland, EG. La representación de esta compañía, además de rebatir los defectos formales denunciados por la demandante de amparo, adujo, en primer lugar, que la apelante había consentido el contenido de la Sentencia de instancia al haber dejado transcurrir los diez días del plazo para personarse, por lo que el recurso se declaró desierto. En segundo lugar, destacó que la providencia de 15 de diciembre no produjo el emplazamiento con su mera alusión al previo emplazamiento de las partes, pues es ésta una expresión meramente explicativa del proceder futuro, además de constituir la manera usual de actuar de los órganos judiciales. Seguidamente, alegó que el art. 303 LEC obligaba a computar los plazos desde que se realizaba el emplazamiento, no antes, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que las partes podían cumplir los plazos en los momentos que quisieran.

k) Finalmente, el 18 de septiembre de 1998 se resolvió el incidente de nulidad de actuaciones mediante el Auto que directamente se combate en este recurso. La Sala, además de rebatir también los defectos formales de sus resoluciones, analiza los argumentos del escrito promoviendo el incidente para rechazarlos uno por uno. Tras resaltar que la indefensión, según la doctrina de este Tribunal, no ha de ser debida a la parte que la alega, máxime cuando actúa en el proceso a través de profesionales, se plantea, en primer lugar, que la alegación de la nulidad de la providencia del Juzgado ordenando el emplazamiento que se considera válido es traída por primera vez a este escrito, sin que nada se hiciera constar en el recurso de súplica. En segundo lugar, sostiene que, de haber considerado que la providencia de 29 de diciembre emplazando a las partes se había dictado vulnerando los preceptos relativos a su propia competencia, había tenido la recurrente ocasión de impugnarla y no lo hizo, pues no se alcanza a comprender cómo habiendo sido emplazada el 29 de diciembre por medio de providencia notificada el 15 de enero siguiente mostró una notoria pasividad frente a una resolución que estimaba perjudicial. Analizando el contenido de la providencia de 15 de diciembre, la Sala de apelación considera que el Juzgado de Primera Instancia hizo simplemente uso de una cláusula de estilo que se limitaba a anunciar la necesidad de un previo emplazamiento de las partes, emplazamiento que no tuvo lugar hasta el 15 de enero de 1998. Finalmente, la Sala considera que los plazos son improrrogables y que, por ello, se limitaba a aplicar lo dispuesto en el art. 306 de la LEC, puesto que lo contrario implicaría que las partes pudieran cumplir los plazos con actuaciones anteriores a su cómputo. En definitiva, se desestimó el incidente con imposición de costas a la recurrente.

8. Sentados los datos de hecho básicos para nuestro enjuiciamiento, hemos de recordar nuestra doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos. Partiendo de la STC 37/1995, de 7 de febrero (FJ 5), este Tribunal viene manteniendo de modo constante en el tiempo que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado art. 24.1 CE en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal. De tal suerte que,

mientras que el principio pro actione despliega toda su efectividad cuando se trata del acceso a la jurisdicción, cuando del acceso a los recursos se trata, con la excepción del derecho al doble grado de jurisdicción en la vía penal, el control constitucional de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad de los recursos ha de ceñirse en el resto de los órdenes jurisdiccionales al análisis de si la resolución judicial de inadmisión ha incurrido en error de hecho patente, arbitrariedad manifiesta irrazonabilidad, teniendo en cuenta, tanto la naturaleza del cauce procesal, como las especiales circunstancias concurrentes en cada caso (SSTC 162/1998, de 14 de julio, FJ 2; 192/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 216/1998 de, FJ 2, 10/1999, de 8 de febrero, FJ, 23/1999, de 8 de marzo, FJ 2; 121/1999, de 28 de junio, FJ 3, 94/2000, de 10 de abril, FJ 5, 116/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3; y 218/2001, de 31 de octubre, FJ 3 in fine, por citar solamente algunas de las más recientes).

En segundo lugar, es preciso recordar también que la interpretación finalista de los presupuestos procesales no puede entenderse de manera tan automática que conduzca al desconocimiento e ineficacia total de tales presupuestos establecidos en las leyes procesales para la admisión de los recursos, dejando así a la disponibilidad de las partes el modo de su cumplimiento. Hemos dicho que estos presupuestos procesales no responden al capricho del legislador, sino a la necesidad de dotar al proceso de formalidades objetivas en garantía de los derechos e intereses jurídicos de las partes que en él interviene. Precisamente por ello, corresponde a las partes cumplir en cada caso las exigencias del recurso que interponen (STC 16/1992, de 10 de febrero, FJ 3).

En el caso de la personación ante el órgano judicial que ha de conocer el recurso, después del emplazamiento, hemos sostenido que no es difícil encontrar razones de seguridad jurídica o de agilidad procesal que justifiquen la limitación temporal para la personación, en aras de evitar la incertidumbre de la parte contraria o la eventual paralización de las actuaciones; efectos ambos que pueden producirse de no resultar establecido un término preciso para manifestar la voluntad de sostener el recurso (STC 23/1992, de 14 de febrero, FJ 4). Esta necesidad de dotar de certeza al plazo para comparecer ante el órgano que ha de conocer el recurso de apelación está reforzada, además, porque el cumplimiento de la personación afecta también a la contraparte en el procedimiento, y es evidente que las garantías que establece el art. 24 CE alcanzan a ambas partes y este Tribunal ha de salvaguardarlas (STC 79/1996, de 21 de abril, FJ 4).

Finalmente, también hemos afirmado que cuando se pretende el amparo de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, la hipotética falta de tutela ha de ser imputable al órgano judicial, y no resultar de una actuación negligente, imperita o técnicamente errónea de quien recurre (SSTC 334/1994, de 19 de diciembre, FJ 3; 82/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 243/2000, de 16 de octubre, FJ 4; 224/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; AATC 233/2000, de 9 de octubre, FJ 4; y 309/2000, de 18 de diciembre FJ 1), de manera que si, con carácter general, los errores que se atribuyen a los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica de los intervinientes en el proceso, estos defectos o irregularidades carecen de relevancia desde el punto de vista del amparo constitucional cuando el error es imputable de modo decisivo a la negligencia de la parte.

10. *Teniendo en cuenta la doctrina anteriormente expuesta, es obligado concluir que la decisión de la Audiencia Provincial de Las Palmas ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la sociedad demandante de amparo, en la vertiente del acceso a los recursos establecido por la Ley. Tal conclusión resulta, en primer lugar, de un dato de*

hecho incontestable: la sociedad recurrente en amparo, Comercial Garoe, S.L., se personó ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, sin que tal hecho fuera abordado por la Audiencia Provincial en el Auto por el que declaró desierto el recurso de apelación.

En efecto, aunque, como hemos mantenido recientemente (STC 172/2000, de 26 de junio, FJ 3), el órgano judicial de apelación apreciara razonablemente que el recurso de apelación había quedado desierto al no encontrarse unido a los autos el escrito de personación, una vez que el demandante puso de relieve la presentación de dicho escrito, con aportación de certificación del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y copia del escrito, la Audiencia Provincial tuvo constancia plena de que en el momento de decidir la admisión a trámite, la parte apelante había manifestado la voluntad de impugnar la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Telde. Así se reconoce en la providencia que inadmitió el recurso de súplica. Sin embargo, tal circunstancia, apreciada sólo cuando la sociedad recurrente acreditó su comparecencia ante el órgano judicial que debía resolver el recurso de apelación, no fue tenida por demostrativa de su voluntad impugnativa, dado que la Audiencia Provincial decidió no tener por personado en tiempo y forma al apelante por considerar que el incumplimiento por su parte de la personación a partir del día inicial señalado le impedía tenerla por personada, en estricta aplicación del principio de improrrogabilidad de los plazos. Pues bien, como ya se avanzó, tal interpretación del órgano judicial, aplicando literalmente los plazos de personación y el principio de improrrogabilidad, sin tener en cuenta el hecho de que al adoptar su decisión le constaba -o debía constarle- que el demandado había comparecido para sostener el recurso de apelación ya interpuesto ante el Juzgado de Primera Instancia, infringe el artículo 24.1 CE en la vertiente del acceso a los recursos.

En primer lugar, porque, tal como hemos mantenido en otras ocasiones (SSTC 23/1992, de 14 de febrero, FJ 4; y 73/1993, de 1 de marzo, FJ 3) la finalidad de los preceptos de las leyes procesales respecto del plazo de la personación es la de evitar que la voluntad de mantener la apelación pueda expresarse por la parte en cualquier momento, dejando indefinidamente abierto el periodo en que el Juzgador deba considerarla como válida. De modo que si es fácil concluir que la personación tardía incumple dicha finalidad, no puede afirmarse lo mismo respecto de la personación anterior, puesto que en este caso, en el momento de decidir sobre el recurso de súplica y, más tarde, la nulidad de actuaciones, el órgano judicial contaba ya con la expresa manifestación de la voluntad impugnativa por parte del apelante.

En segundo lugar, resulta relevante en este caso el silencio de los órganos judiciales respecto del escrito presentado por la recurrente en amparo personándose ante la Audiencia. Este silencio, que duró casi seis meses, pudo generar en aquélla la confianza legítima de su admisión; más aún cuando en ninguna de las resoluciones judiciales que ahora se combaten, el órgano de apelación ha realizado ni la más mínima mención a las vicisitudes que pudieron determinar que, aun a la fecha de hoy, ni siquiera figure unido a las actuaciones. Finalmente, es preciso resaltar que esta confianza legítima pudo verse incrementada por el hecho de que el órgano de instancia ordenara en la primera de las providencias a que se ha hecho referencia la remisión de los autos originales a la Audiencia, previo emplazamiento de las partes. Ello dio lugar a que la recurrente se considerara emplazada (art. 279 LEC entonces aplicable) compareciendo ante la Audiencia. Ciertamente, como resalta la Audiencia Provincial de Las Palmas, una vez se dictó la segunda providencia acordando el emplazamiento de las partes, la demandante de amparo no la recurrió, ni volvió a personarse, pero en ese momento la demandante ya había mostrado su voluntad de personarse ante la Audiencia Provincial, incluso lo hizo el 30 de diciembre de 1997, un día después de la

fecha en que se dictó la segunda providencia ordenando el emplazamiento, de modo que tal inactividad de la parte no puede considerarse el elemento decisivo en la decisión posterior de rechazar el recurso de súplica.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por Comercial Garoe, S.L., y en consecuencia:

1º Reconocer a la recurrente su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Anular los Autos de 16 de junio y de 18 de septiembre de 1998 y la providencia de 25 de junio de 1998 dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

3º Reponer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva resolución en la que no aprecie la falta de personación de la entidad mercantil en el recurso de apelación.

Publíquese esta Sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid, a catorce de febrero de dos mil dos. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Pablo García Manzano. María Emilia Casas Baamonde. Javier Delgado Barrio. Roberto García-Calvo y Montiel. Firmado y rubricado»

La **Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español**³¹⁹ resolvió la Acción de Amparo N° 4965/99, por denegatoria de Recurso de casación, fundamentado en la inobservancia del **Principio de indefensión**.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2003. STC 44/2003 Recurso de Amparo núm. 4965/99. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar

«SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4965/99 promovido por D^a [...], representada por el Procurador de los Tribunales D. [...] y asistida por el Abogado D. [...], contra el Auto de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 18 de octubre de 1999, desestimatorio del recurso de queja interpuesto contra el Auto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 2 de junio de 1997, que denegó la preparación del recurso de casación anunciado frente a la Sentencia de dicha Sección, de fecha 9 de febrero de 1995, dictada en el recurso núm. 942/91, sobre homologación de título de odontólogo. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado D. Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer de la Sala.

³¹⁹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, SALA SEGUNDA. Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2003-STC, www.aeds.org.jurisprudencia/tc (14-11-2006).

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia el 23 de noviembre de 1999 y registrado en este Tribunal el siguiente día 25 de noviembre, el Procurador de los Tribunales D. [...], en nombre y representación de D^a [...], interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento alegando vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) La demandante de amparo posee el título de Doctor en Odontología, expedido por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana). El 11 de octubre de 1989 solicitó del Ministerio de Educación y Ciencia la homologación de este título por su equivalente español de Licenciado en Odontología, que le fue concedida por Orden Ministerial de 1 de febrero de 1990.

b) El 26 de abril de 1991 el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España interpuso recurso contencioso-administrativo contra la citada Orden Ministerial ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso n^o 942/91).

c) Se intentó notificar personalmente a la demandante de amparo la interposición del citado recurso en tres ocasiones, todas ellas sin éxito, a fin de que pudiera comparecer en el proceso y defender sus intereses. La primera, mediante carta con acuse de recibo remitida por la Administración demandada a través del servicio de correos al domicilio de la calle [...] n^o [...] de Badalona (Barcelona), que es el último de los tres domicilios que constan en el expediente administrativo de homologación, y que fue devuelta con la anotación de "ausente". Las otras dos, mediante sendos telegramas remitidos a idéntico domicilio por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n^o 8 de Badalona, en virtud del exhorto dirigido por la Sala de la Audiencia Nacional al Juzgado Decano de dicha localidad, y que fueron devueltos igualmente con la anotación de "desconocido en dichas señas". Después de contestada la demanda por el Abogado del Estado, y no habiéndose logrado el emplazamiento personal de la interesada, la Administración, a nuevo requerimiento de la Sala, acudió al emplazamiento edictal. El edicto se publicó en el "Boletín Oficial del Estado" el día 19 de noviembre de 1993 y fue comunicado a la Sala, la cual, por providencia de 9 de mayo de 1994, tuvo por efectuado el emplazamiento solicitado, dando traslado a la parte actora para conclusiones.

Recuerda la recurrente, al efecto, que en el expediente administrativo constan sucesivamente tres domicilios. En primer lugar, en la solicitud de homologación (formulada el 11 de octubre de 1989), consta como domicilio a efectos de notificación el de calle [...], [...], [...], Hospital de Llobregat, Barcelona. En segundo lugar, en escrito dirigido al Ministerio, con entrada en éste en el mes de febrero de 1990 la interesada manifiesta bajo firma lo siguiente: "Distinguidos señores: Solicito cambio de dirección a la actual: calle [...], [...], [...], Barcelona, España, para fines homologación título odontólogo cursado en República Dominicana al correspondiente español"; señala asimismo, como P.D., lo siguiente: "Favor poner esta dirección a nombre de [...] y/o [...]". En tercer lugar, y con fecha 5 de marzo de 1990, obra un escrito relativo a determinada aportación documental, encabezado con el nombre de la interesada y "domicilio en C/ [...], [...], Badalona, Barcelona, España".

d) Seguido el proceso por sus trámites pendientes sin la personación de la interesada, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó Sentencia en fecha 9 de febrero de 1995, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: "Fallamos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal del Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos de España, contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 1 de febrero de 1990, que acuerda la homologación del título de D^a [...] al título español de Licenciado en Odontología, que se anula parcialmente por no ser ajustado a Derecho, entendiéndose que dicha homologación debe quedar condicionada a la superación de una prueba de conjunto sobre los conocimientos básicos que proporcionaba la formación española".

e) Contra esta Sentencia el Abogado del Estado preparó recurso de casación, que fue declarado desierto por Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1995. A continuación se dictó la siguiente diligencia de ordenación, de fecha 26 de julio de 1995, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional: "Dada cuenta, por recibidos los autos principales con el anterior oficio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, acúcese recibo.- Declarada firme la sentencia en estos autos dictada, por resultar desierta la casación interpuesta contra la misma, hágase saber la llegada de los autos a las partes y devuélvase el expediente administrativo al Ministerio Educación y Ciencia con atento oficio, participando aquella firmeza e interesando acuse de recibo. Contra esta resolución cabe pedir revisión ante el Magistrado Ponente en el plazo de tres días".

f) Por escrito de 29 de abril de 1997 la interesada, hoy demandante de amparo, se personó en el citado recurso 942/91, solicitando se le diera traslado de los autos. Mediante diligencia de ordenación de 7 de mayo de 1997 la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por efectuada la personación de la actual recurrente en amparo, acordando ponerle de manifiesto los autos en Secretaría para instrucción.

g) Mediante escrito de 24 de mayo de 1997 la representación procesal de la recurrente en amparo solicitó de la citada Sección de la Audiencia Nacional la revisión de la diligencia de ordenación de 26 de julio de 1995 a fin de que se anulase y se acordase la notificación de la Sentencia y la reclamación a la Administración del expediente administrativo. Ad cautelam, mediante otrosí, solicitó igualmente que se tuviera por preparado recurso de casación contra la citada Sentencia.

h) Las expresadas peticiones fueron desestimadas por Auto de 2 de junio de 1997, cuyos dos razonamientos jurídicos son del tenor literal siguiente: "Primero.- No ha lugar a revisar la diligencia de ordenación de 26 de julio de 1995, puesto que se limita a poner en conocimiento de las partes la remisión de los autos efectuada por el Tribunal Supremo, y a devolver el expediente al órgano administrativo de procedencia, participándole la firmeza de la sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 306 de la LEC, una vez alcanzada dicha firmeza en virtud del auto dictado por el Tribunal Supremo.- Segundo.- Cuando D^a [...] comparece en el proceso ya había recaído sentencia y se había declarado desierto el recurso de casación interpuesto por una de las partes, y aquella, tras la vista de las actuaciones, toma conocimiento de la sentencia y, ad cautelam, solicita se tenga por preparado recurso de casación contra la misma. Sin embargo, en razón de lo expuesto, no procede retroceder en la sustanciación del

proceso ni procede por tanto la remisión de los autos al Tribunal Supremo para sustanciar dicho recurso (art. 97.2 en relación con los arts. 96 y 97.1 de la Ley Jurisdiccional)". La parte dispositiva del Auto dice lo siguiente: "1.- No procede acceder a lo solicitado por la representación procesal de D^a [...] en su escrito de 24 de mayo de 1997.- 2.- No ha lugar a la remisión de los autos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ni al emplazamiento de las partes para ante la misma, como se pide por otrosí en dicho escrito.- 3.- Hágase entrega de certificación de este auto a la representación procesal de D^a [...], haciendo constar la fecha de entrega mediante diligencia extendida a continuación de la copia certificada, a fin de que la misma pueda interponer recurso de queja ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes a dicha entrega".

i) Formalizado recurso de queja contra dicho Auto de 2 de junio de 1997, fue desestimado por Auto de fecha 18 de octubre de 1999, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En lo que interesa a los efectos del presente recurso se transcribe a continuación el razonamiento jurídico 2 de este Auto: "Las alegaciones formuladas por la recurrente no pueden ser compartidas por esta Sala, pues se arguye que si bien no compareció en el recurso contencioso-administrativo, es lo cierto que no ha dejado transcurrir plazo procesal alguno, al no haberle sido notificada con anterioridad la sentencia de la Audiencia Nacional, por lo cual los plazos para la interposición de los recursos procedentes contra la misma no pudieron comenzar a computarse antes de la fecha en que se le pusieron de manifiesto, para instrucción, los autos del recurso contencioso-administrativo. Por otro lado alega que no fue emplazada personalmente y que se persona en el proceso al tener conocimiento de la sentencia de forma fortuita a través de otros Odontólogos titulados en la República Dominicana, cuando ya se había dictado la referida sentencia. Sin embargo, es lo cierto que constan en las actuaciones distintos intentos de emplazamiento en el domicilio de la C/ [...], de Badalona, que era uno de los que constaba en el expediente administrativo, de entre los varios allí designados.- Pues bien (como ya ha dicho esta Sala en Autos de 23 de junio y 1 de diciembre de 1997, entre otros), si el demandado no se persona oportunamente el procedimiento continúa por sus trámites sin que haya lugar a practicar a aquél notificación de clase alguna, según establece el art. 66.2 de la LRJCA. Por otra parte, elementales razones de seguridad jurídica determinan que no pueda quedar al arbitrio de las partes legitimadas la posibilidad de preparar y consiguientemente interponer el recurso de casación en el momento que deseen. Pueden preparar el recurso de casación quienes hubiesen sido parte en el procedimiento en que se dictó la resolución objeto de recurso, lo que no supone la exigencia absoluta de haberse personado en él antes de la Sentencia, pero sí desde luego dentro del plazo para preparar el recurso, contado desde la última notificación hecha a quienes se hubieren personado en el procedimiento durante el curso del mismo, es decir, antes de que la sentencia que se pretende recurrir sea firme, que es lo que en definitiva ha apreciado el Tribunal a quo".

3. La recurrente alega en la demanda de amparo "la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión – reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española".

Se dice en la demanda que la Sentencia se dictó inaudita parte, sin que los emplazamientos personales intentados puedan satisfacer las exigencias de emplazamiento personal que constitucionalmente son obligadas a fin de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa en el citado proceso contencioso-administrativo. Se indica al efecto que los emplazamientos practicados lo fueron "a un domicilio que, aunque constaba en el expediente administrativo, no era el expresa y taxativamente designado por la interesada a efectos de notificaciones". Y se

añade que en las fechas de ambos intentos el domicilio de la recurrente "a efectos de notificaciones era el de la calle [...], [...], [...] -Barcelona, designado por ella en su carta de fecha 16 de octubre de 1989, con sello del Registro de Entrada del Ministerio de Educación y Ciencia de 2 de febrero de 1990, que consta en el expediente administrativo", por lo que los intentos de emplazamiento "se dirigieron a un domicilio equivocado", sin culpa de la recurrente, "pues no se trataba del que ella había señalado expresamente a efecto de notificaciones".

A su vez, invoca la recurrente la doctrina de este Tribunal para afirmar la insuficiencia, desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, del emplazamiento edictal efectuado en este caso. Afirma, en este sentido, que dicha forma de emplazamiento "no garantiza adecuadamente el derecho de defensa, de manera que, por imperativo del artículo 24.1 de la Constitución, los legitimados conforme a dicha Ley deben ser emplazados, directa y personalmente siempre que dicho llamamiento sea posible por estar identificados a partir de los datos que consten en el escrito de interposición del recurso, en la demanda o en el expediente administrativo previo, y que la ausencia de este emplazamiento personal y directo en tales casos constituye una omisión del órgano judicial que conlleva indefensión lesiva para el derecho reconocido en el citado precepto constitucional"

Dice también la recurrente que "una vez concluida la tramitación del recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional se produjo un nuevo quebrantamiento de forma por inexistencia de notificación, a la misma persona interesada, de la sentencia definitiva dictada por dicho Tribunal y de la posterior resolución que acordó su firmeza". Y afirma, en relación con ello, que la omisión de tales notificaciones le produjo grave indefensión "al impedirle impugnar la sentencia mediante la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo".

Indica asimismo la demandante de amparo que hubo mala fe por parte del Consejo que actuó como recurrente en el proceso contencioso-administrativo, ya que no informó al Tribunal del domicilio actualizado de aquélla, "que figuraba en sus archivos como odontóloga colegiada en ejercicio, en el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña, donde constaba inscrita desde el 4 de marzo de 1991, con el domicilio de la calle [...], nº [...], de Barcelona (el mismo designado a efecto de notificaciones en el expediente administrativo de homologación)".

Concluye la demandante de amparo expresando que "no tuvo conocimiento de la tramitación del recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional ni de la sentencia definitiva dictada en el mismo", sin que mediara falta de diligencia alguna por su parte, y que sufrió por todo ello un perjuicio real y efectivo.

La súplica de la demanda de amparo se formula por la representación procesal de la recurrente, interesando que se tenga por interpuesta aquélla "contra la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, causada a mi mandante por: 1) la tramitación del recurso contencioso-administrativo número 5/942/1991, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de la Audiencia Nacional, interpuesto por el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia que acordó la homologación del título de Doctor en Odontología, obtenido por mi mandante en la República Dominicana, al título español de

Licenciado en Odontología; 2) la sentencia definitiva dictada por la Audiencia Nacional el 9 de febrero de 1995, parcialmente estimatoria de dicho recurso; 3) el auto dictado por la Audiencia Nacional el 2 de junio de 1997, que acordó desestimar la solicitud de revisión de la diligencia de ordenación que había declarado firme la anterior sentencia y no haber lugar a notificar esta última ni a tener por anunciado recurso de casación contra ella, y 4) el auto dictado por la Sala Tercera, Sección Primera, del Tribunal Supremo el 18 de octubre de 1999, desestimatorio del recurso de queja número 6173/1997, interpuesto contra el auto de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 1997". Solicita asimismo la representación procesal de la recurrente que "[se] acuerde conceder el amparo solicitado, y en consecuencia: 1) [se] declare la nulidad de todos los actos procesales posteriores a la contestación a la demanda por el Abogado del Estado en el recurso contencioso-administrativo número 5/942/1991 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de la Audiencia Nacional, inclusive la sentencia definitiva de 9 de febrero de 1995 y el auto de 2 de junio de 1997, dictados en dicho recurso, y el auto dictado el 18 de octubre de 1999 por la Sala Tercera, Sección Primera, del Tribunal Supremo, desestimatorio del recurso de queja número 6173/1997.- 2) [se] reconozca el derecho constitucional de la recurrente a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, mediante el ejercicio pleno de su derecho de defensa en el referido recurso contencioso-administrativo, contestando a la demanda, proponiendo y practicando prueba y alegando cuanto proceda en conclusiones, para el mantenimiento de la Orden Ministerial de homologación impugnada en el mismo".

La recurrente en amparo solicita asimismo, con fundamento en el art. 56 LOTC, la suspensión de la ejecución de la Sentencia recurrida.

4. Por diligencia de ordenación de 23 de mayo de 2000, la Sección Tercera de este Tribunal, de acuerdo con el art. 50.5 LOTC, requirió a la recurrente para que en el plazo de diez días aportase copia del escrito de contestación a la demanda presentado por su representación procesal en el mencionado recurso núm. 942/91, bajo apercibimiento en su defecto del archivo de las actuaciones.

Mediante escrito registrado el 14 de junio de 2000 la demandante contestó al anterior requerimiento advirtiendo que, habida cuenta de su desconocimiento de la existencia del citado proceso, no pudo formular escrito de contestación a la demanda que había sido deducida por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España.

5. Mediante nueva diligencia de ordenación de 20 de junio de 2000 se acordó, antes de resolver sobre la admisibilidad del recurso, dirigir atenta comunicación a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes al mencionado recurso núm. 942/1991.

6. También con carácter previo a la decisión sobre la admisión del recurso se acordó, por nueva diligencia de ordenación de 13 de octubre de 2000, dirigir atenta comunicación a la Subdirección General de Títulos del Ministerio de Educación y Ciencia para que remitiera testimonio del expediente administrativo de homologación tramitado a instancia de la demandante de amparo.

7. Por providencia de 26 de febrero de 2001 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder a la demandante de amparo y al

Ministerio Fiscal, con vista de las actuaciones recibidas, plazo común de diez días para que formularan alegaciones acerca de la posible existencia de la causa de inadmisión que contempla el art. 50.1 c) LOTC, por carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda.

Tanto la demandante de amparo, que evacuó el trámite conferido mediante escrito de 20 de marzo de 2001, como el Ministerio Fiscal, que lo hizo el siguiente día 23, interesaron la admisión del recurso de amparo.

8. Por providencia de 10 de mayo de 2001 la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, decidió admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atentas comunicaciones a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso de queja núm. 6173/1997, y a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a fin de que emplazase a quienes hubieran sido parte en el mencionado proceso contencioso, con excepción de la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

El Abogado del Estado, mediante escrito registrado en este Tribunal el 21 de mayo de 2001, interesó se le tuviera por personado en el presente recurso de amparo, en la representación que ostenta, lo que así fue acordado por diligencia de ordenación del siguiente 22 de mayo.

9. Por nueva providencia de la Sala, también de 10 de mayo de 2001, se acordó formar la pieza separada de suspensión y conceder plazo común de tres días a la parte recurrente, al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la petición de suspensión de la Sentencia de 9 de febrero de 1995.

El Abogado del Estado, mediante escrito de 21 de mayo de 2001, se opuso a la suspensión solicitada, alegando la prevalencia del interés público que está comprometido en la ejecución de las resoluciones judiciales sobre el particular aducido por la interesada que, por lo demás, según estima, ningún perjuicio irreparable ha acreditado en forma concluyente. La misma opinión contraria a la suspensión y por parecidas razones fue mantenida por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones de 24 de mayo de 2001. Por su parte, la recurrente presentó escrito de alegaciones el 22 de mayo de 2001, en el que, tras reiterar los graves perjuicios que habría de ocasionarle la ejecución de la Sentencia impugnada, que entiende irreparables y que cifra en la imposibilidad de ejercer la profesión de odontóloga, a la sazón su único medio de vida, subraya a mayor abundamiento, como ya hiciera antes en su escrito anterior de 20 de marzo de 2001, la identidad del presente asunto con el resuelto por la STC 126/1999, de 28 de junio, circunstancia que entiende convierte en verosímil la estimación igualmente, como en ese otro caso, del amparo solicitado y que fuerza también a conceder ahora la suspensión interesada.

Mediante Auto de 21 de marzo de 2002 la Sala acordó denegar la suspensión solicitada por considerar de consuno con la doctrina constitucional que, en controversias del cariz de la aquí analizada y en atención a la obligada ponderación entre los intereses en conflicto, ha de prevalecer el público o general que está comprometido en la ejecución de la resolución judicial impugnada.

10. Por diligencia de ordenación de 11 de abril de 2002 se acordó, con vista de las actuaciones recibidas, conceder a las partes personadas un plazo común de veinte días para alegaciones, conforme a lo dispuesto en el art. 52 LOTC.

11. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado con fecha 25 de abril de 2002, solicitó la desestimación del amparo. En su criterio, los emplazamientos personales intentados – primero por la Administración demandada y después por la Audiencia Nacional – fueron correctos, y si resultaron infructuosos, forzando a la postre el emplazamiento edictal, ello se debió a la propia conducta de la demandante, que había facilitado sucesivamente hasta tres domicilios distintos, nunca a la actuación de la Administración o de la Sala, que practicaron sus respectivos emplazamientos justo en el último de los domicilios identificados por la demandante de amparo en el expediente administrativo de homologación. Concluye que, en consecuencia, ninguna indefensión real y efectiva se ha causado a la recurrente en amparo.

12. El 9 de mayo de 2002 se registró en este Tribunal el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, interesando la estimación del amparo por las razones argumentadas en su anterior escrito de 23 de marzo de 2001, deducido con ocasión de la evacuación del trámite del art. 50.3 LOTC, y que da por reproducido. En síntesis, estima que la recurrente sufrió la efectiva indefensión que denuncia en la demanda ya que, habiendo señalado expresamente en el expediente administrativo un domicilio a efectos de notificaciones, es lo cierto que ninguna de las practicadas se efectuó en dicho domicilio sino en otro que, aunque posterior, la interesada había señalado a los solos efectos de aportar determinados documentos. Además no consta, a juicio del Ministerio Fiscal, ningún indicio que permita concluir en la falta de la diligencia exigible por parte de la recurrente.

13. Finalmente, la demandante de amparo, mediante escrito de 10 de mayo de 2002, reiteró los argumentos de la demanda, insistiendo una vez más en la indefensión padecida y solicitando se le otorgase el amparo en los términos expresados en la súplica de la demanda.

14. Por providencia de 27 de febrero de 2003 se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 3 de marzo del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige genéricamente, según se dice en la demanda, contra "la tramitación del recurso contencioso-administrativo número 5/942/1991, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de la Audiencia Nacional, interpuesto por el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia que acordó la homologación del título de Doctor en Odontología, obtenido por [la recurrente en amparo] en la República Dominicana, al título español de Licenciado en Odontología".

Más concretamente se dirige también contra las siguientes resoluciones: a) Sentencia de 9 de febrero de 1995, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por dicho Consejo General, estableciendo que la homologación acordada por la resolución administrativa "debe quedar condicionada a la superación de una prueba de conjunto sobre los conocimientos básicos que

proporcionaba la formación española"; b) Auto de 2 de junio de 1997 del citado órgano judicial, en cuanto rechazó las peticiones formuladas por la representación procesal de la ahora recurrente en amparo, acordando –según textualmente se dice en la súplica de la demanda– "desestimar la solicitud de revisión de la diligencia de ordenación que había declarado firme la anterior sentencia y no haber lugar a notificar esta última ni a tener por anunciado recurso de casación contra ella"; y c) Auto de 18 de octubre de 1999, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de queja interpuesto contra el expresado Auto de 2 de junio de 1997, declarando expresamente "bien denegada la preparación del recurso de casación".

La demanda de amparo se fundamenta en la alegada **vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión** (art. 24.1 CE). Dice la recurrente en amparo, a tal efecto, que su obligado emplazamiento personal en el mencionado recurso contencioso-administrativo se efectuó defectuosamente, con graves defectos formales, al intentarse siempre en un domicilio distinto del designado expresamente por la interesada a efectos de notificaciones en el expediente administrativo de homologación. En consecuencia, afirma, se le causó una real y efectiva indefensión, que en absoluto fue remediada por el emplazamiento edictal efectuado tras los intentos frustrados del aludido emplazamiento personal.

Pide, por ello, la anulación de la Sentencia y Autos impugnados y la anulación asimismo de todos los actos procesales posteriores a la contestación a la demanda por el Abogado del Estado, con el reconocimiento de su derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión "mediante el ejercicio pleno de su derecho de defensa en el referido recurso contencioso-administrativo, contestando a la demanda, proponiendo y practicando prueba y alegando cuanto proceda en conclusiones, para el mantenimiento de la Orden Ministerial de homologación impugnada en el mismo".

2. El Abogado del Estado, personado en este proceso, solicita la desestimación de la demanda de amparo por considerar que la causa de la supuesta indefensión es imputable exclusivamente a la propia demandante que, durante el expediente administrativo de homologación, facilitó sucesivamente hasta tres domicilios distintos. Con ello forzó –afirma el Abogado del Estado– a que sucesivamente la Administración y la Sala de la Audiencia Nacional intentaran su emplazamiento en el tercero y último de los domicilios indicados, interpretando razonablemente que éste era el nuevo domicilio de la recurrente a efectos de notificaciones.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo solicitado porque considera que en el presente asunto se acudió al emplazamiento edictal sin antes haber agotado todas las diligencias de notificación posibles, toda vez que ningún emplazamiento personal se intentó en ninguno de los otros dos domicilios que constaban en el expediente administrativo, en particular en el segundo de ellos, que era precisamente el que la recurrente había designado de modo expreso a efectos de notificaciones.

3. A la vista de las alegaciones de las partes, el tema que se debate en este recurso de amparo estriba en dilucidar si el emplazamiento personal intentado por la Administración, primero, y la Sala, después, incumple los requisitos que son constitucionalmente exigibles a fin de garantizar el derecho de defensa reconocido en el art. 24.1 CE, según sostiene la demandante de amparo –criterio también mantenido por el Ministerio Fiscal–, o si en cambio, como considera el Abogado del Estado, semejante emplazamiento es constitucionalmente irreprochable.

A tal fin, es obligado partir de la doctrina que este Tribunal, en una consolidada jurisprudencia que arranca de la STC 9/1981, de 31 de marzo, ha perfilado acerca del deber de emplazamiento procesal. Esta doctrina constitucional comienza por subrayar la trascendental importancia de los actos de comunicación procesal y, en particular, del emplazamiento para garantizar el principio de contradicción que integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, reconocido en el art. 24.1 CE. A este respecto, hemos advertido, en lo que aquí interesa, que los legitimados pasivamente como parte demandada en un proceso contencioso-administrativo deben ser emplazados directa y personalmente siempre que sean conocidos o identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda, y que la falta de ese obligado emplazamiento personal en estos supuestos supone una vulneración del art. 24.1 CE (entre otras, SSTC 63/1982, de 20 de octubre; 150/1986, de 27 de noviembre; 97/1991, de 9 de mayo; 100/1994, de 11 de abril; 122/1998, de 15 de junio; 26/1999, de 8 de marzo; 197/1999, de 25 de octubre; y 62/2000, de 13 de marzo).

En esta misma jurisprudencia está subrayado también el mandato, implícito en el art. 24.1 CE, de que incumbe al correspondiente órgano judicial promover en lo posible el ejercicio del derecho de defensa, mediante la correspondiente contradicción. De ahí que en lo que importa, sin negar validez constitucional al emplazamiento edictal, este medio de comunicación, por su condición de último y supletorio remedio, sólo es admisible cuando no conste el domicilio de quien deba ser emplazado o se ignore su paradero y siempre que se hayan agotado antes todas aquellas otras modalidades que aseguren más eficazmente la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación (por todas, STC 197/1999, ya citada).

Asimismo, según esta jurisprudencia es preciso que se cumplan además ciertos requisitos para que la falta de emplazamiento personal tenga relevancia constitucional. De una parte, es necesario que quien no ha sido emplazado personalmente o lo ha sido defectuosamente tenga, al tiempo de la iniciación del proceso, un derecho subjetivo o un interés legítimo en el proceso contencioso-administrativo (STC 122/1998, de 15 de junio). Por otra parte, es igualmente necesario que el interesado se vea colocado en una situación material de indefensión, es decir, haya sufrido un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa. (STC 26/1999, de 8 de marzo). Y por último, no hay indefensión cuando el interesado tenía conocimiento extraprocesal del asunto y por su propia pasividad o falta de diligencia no se personó en el proceso pudiendo haberlo hecho (STC 62/2000, de 13 de marzo).

4. A la luz de la doctrina constitucional que acabamos de recordar ha de examinarse la presente queja de amparo.

En primer lugar, no es dudoso que la demandante era, al tiempo de la iniciación del proceso contencioso-administrativo que consideramos, titular de un verdadero derecho subjetivo (cabalmente el reconocido por la resolución administrativa de homologación impugnada en el citado proceso contencioso) y, por lo tanto, que su emplazamiento personal era desde luego obligado.

Como tampoco es dudoso, en segundo lugar, que la Administración y la Sala de la Audiencia Nacional intentaron infructuosamente, antes de acudir al emplazamiento edictal, emplazar a la interesada en el último de los tres domicilios que sucesivamente había indicado ésta durante el expediente administrativo de homologación. Importa notar este extremo porque es obvio que existe una clara diferencia entre el hecho de acudir al emplazamiento por edictos sin antes haber intentado

siquiera el imprescindible emplazamiento personal y directo y el hecho de hacer tal emplazamiento edictal después de haber intentado sin éxito el personal. Se trata únicamente de subrayar la apreciable diferencia que por este motivo existe entre el caso resuelto en nuestra STC 126/1999, de 28 de junio, repetidamente invocado por la demandante de amparo como idéntico al presente, y el que ahora consideramos. En ese otro caso la Administración demandada había procedido sin más a emplazar por edictos a la interesada en el correspondiente proceso contencioso-administrativo y el órgano judicial, dando por bueno este emplazamiento, continuó con la tramitación del recurso. Aquí, por el contrario, la situación es bien distinta, sencillamente por haberse intentado previamente el emplazamiento personal de la interesada, hoy demandante de amparo.

Parece por ello imprescindible dilucidar, en primer término, si los fallidos intentos de emplazamiento personal en el último de los domicilios señalados por la interesada en el procedimiento administrativo de homologación fueron suficientes para legitimar el posterior emplazamiento por edictos. Dicho de otro modo, es preciso averiguar si semejante intento equivale en realidad a la falta de emplazamiento personal que denuncia la recurrente, para comprobar luego, en un segundo momento, si fuera necesario, si la Sala ha apurado no obstante todas las posibilidades de emplazamiento personal y directo que razonablemente estaban a su alcance.

5. Según se ha anticipado, la demandante de amparo considera que los mencionados intentos de emplazamiento personal se efectuaron sin su culpa en un domicilio equivocado, de modo que, por tal razón, carecen de valor y eficacia en el proceso. Y ello porque este domicilio, aunque señalado posteriormente, no era el que previa y expresamente la recurrente había señalado a efectos de notificaciones. Subyace en este planteamiento la idea, que luce también, aunque más tíbiamente, en el escrito del Ministerio Fiscal, de que la identificación de un domicilio en un escrito posterior no sustituye al previamente designado de modo específico a efectos de notificaciones si en esa ulterior comunicación no consta la oportuna aclaración que así lo advierta.

Frente a este modo de razonar alega el Abogado del Estado que la indicación de un domicilio, con o sin la mencionada aclaración, no tiene ciertamente otra significación que la de facilitar a la Administración destinataria la identificación del lugar en donde debe practicar las oportunas notificaciones; máxime si, como aquí sucede, se produce con ocasión de un escrito posterior, que es al menos indiciario de un cambio de domicilio. La consecuencia de tal razonamiento sería que ningún reproche cabría formular por este motivo a la Administración o a la Sala de la Audiencia Nacional.

6. Ahora bien, en el plano que estamos considerando el intento de notificación personal es presupuesto necesario pero no suficiente, por sí solo, para legitimar el emplazamiento edictal. Como más arriba hemos recordado, para ello hace falta además que el órgano judicial haya agotado antes las otras posibilidades de comunicación que razonablemente estaban a su alcance y que hubiesen permitido la recepción de la notificación. Ello obliga, en el caso que enjuiciamos, a valorar si la Sala, sin perjuicio de la validez formal del emplazamiento personal que intentó en el último domicilio indicado por la demandante de amparo a lo largo del expediente administrativo, debió no obstante haberlo hecho igualmente en los dos anteriores o, al menos, en el de la calle [...] nº [...] de Barcelona, que, como se ha repetido, era el domicilio que la recurrente había designado expresamente a efectos de notificaciones. Naturalmente, no se trata de exigir al órgano judicial una desmedida labor de indagación sobre el verdadero domicilio de la interesada, que, por lo demás, conduciría más bien a la indebida restricción de los derechos de defensa de las demás partes personadas en el proceso (STC 219/1999, de 29 de noviembre), sino de comprobar si la citación edictal se utilizó tras cerciorarse la

Sala de que no era posible la comunicación personal con la codemandada en el proceso contencioso, hoy demandante de amparo (STC 143/1998, de 30 de junio).

Con estas obligadas premisas cabe adelantar que efectivamente la Sala no cumplió con la diligencia que pudo y debió observar en el presente asunto. Hay dos datos que son definitivos al respecto, y que se indican a continuación. En primer lugar, el órgano judicial disponía de datos suficientes, según resulta de las actuaciones, para poder intentar sin esfuerzo un nuevo emplazamiento personal, al menos en el segundo de los domicilios indicados por la ahora recurrente. En segundo lugar, dicho órgano judicial nada hizo a fin de comprobar si había perdido efectiva vigencia la designación del segundo domicilio (el de la calle [...] en Barcelona) a efectos de notificaciones, ni, más concretamente, para cerciorarse de que no era posible la comunicación personal con la ahora recurrente; con mayor razón si se advierte que era razonable estimar que el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España podía conocer el domicilio, al menos el profesional, de la interesada.

Por consiguiente, cabe concluir que la Sala no agotó todos los medios que razonablemente estaban a su alcance para lograr la citación de la ahora recurrente y que bien pudo y debió haber intentado el emplazamiento personal de la recurrente en ese otro domicilio, explícitamente designado a efectos de notificaciones (SSTC 254/2000, de 30 de octubre, y 268/2000, de 13 de noviembre).

En consecuencia, al no hacerlo así y, en su lugar, conformarse con las diligencias negativas de notificación de la entonces demandada y ahora recurrente y dar por bueno el posterior emplazamiento edictal, la Sala no agotó las otras posibilidades de comunicación disponibles a la luz de los datos que constaban en las actuaciones. Habida cuenta de ello y de que no existe dato alguno del que pueda inferirse el conocimiento extraprocesal del contencioso por dicha parte, ha de concluirse que se ha causado a la recurrente la indefensión que denuncia, con infracción del art. 24.1 CE. Ello comporta el otorgamiento del amparo, con la consiguiente anulación de la Sentencia de 9 de febrero de 1995 y demás resoluciones impugnadas, habiendo de retrotraerse las actuaciones al momento procesal que corresponda a fin de que el recurso contencioso-administrativo se tramite respetando el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por D^a [...] y, en su virtud:

1º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2º Restablecer a la recurrente en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de 9 de febrero de 1995, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 942/91, el Auto de 2 de junio de 1997, dictado por dicha Sección en el expresado recurso, y el Auto de 18 de octubre de 1999, dictado por la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de queja núm. 6173/97, retro trayendo las actuaciones al momento procesal correspondiente para que se tramite el mencionado recurso contencioso-administrativo respetando el derecho fundamental de la recurrente que ha sido vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado". Dada en Madrid, a tres de marzo de dos mil tres.

5.10. Principio de celeridad procesal

Como ya hemos expuesto, que el *principio de celeridad procesal* está vinculado con el principio de economía procesal. Este principio consiste en la agilidad de la dinámica procesal estableciéndose los plazos más cortos y perentorios para la realización de los actos procesales, y la preclusión de cada acto procesal, simplificando o soslayándose del formalismo innecesario, para que en el menor tiempo posible concluya el proceso con la resolución de las pretensiones formuladas por los justiciables.

*Podetti Ramiro*³²⁰ sostiene que la celeridad procesal depende «no de la forma del procedimiento, sino de la existencia de instituciones que impidan que la inercia de los litigantes y profesionales por una parte y de los jueces por otra, demoren injustificadamente la sustanciación y resolución de los litigios, y que simplifiquen el proceso: preclusión, perentoriedad de los plazos, marcha automática, perención de oficio, sanciones eficaces para los jueces que no fallen en el plazo que la ley les concede»

Este Principio será eficaz unido a la moralidad de las partes (*justiciables y juez*) y auxiliares de justicia, como así pretende explicar *Teófilo Idrogo Delgado*,³²¹ al «ponerse en práctica el principio de moralidad se evitaría el fraude procesal, ya sea por acción u omisión unilateral o concertada previamente de las partes, del juez, de los auxiliares de justicia o de terceros y se contribuiría al fortalecimiento del principio de celeridad»

En los sistemas procesales modernos se buscan la *oralidad* con las audiencias, el principio de celeridad recobra mayor aplicabilidad que el sistema predominantemente escritural. Los plazos son más cortos e incluso en los procesos sumarísimos, el juez en audiencia única emite el auto de saneamiento procesal, promueve conciliación, admisión y actuación de medios probatorios, recibe los informes orales, declara expedito para decidir, y emite la sentencia, como prescribe el C.P.C. Peruano en el art. 555º, excepcionalmente el juzgador puede reservar la decisión por un plazo no mayor de diez días.

En lo apartados 4º y 5º del art. 555º del citado Código expresa:

³²⁰ PODETTI, RAMIRO. *Teoría y técnica del proceso civil*, edit. ideas, Buenos Aires, argentina, 1947, p. 81.

³²¹ IDROGO DELGAO, TEÓFILO. *Derecho procesal civil, juicio ordinario*, op. cit., p. 72.

«Art. 555°.-...

Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia.

Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

Con nuestra pequeña experiencia en la judicatura hemos comprobado que sí es posible la viabilidad del *principio de celeridad procesal*, sin embargo las excepciones de aplazar la emisión de la sentencia, en nuestra realidad se ha convertido en la regla general pronunciadas muy en exceso del plazo previsto por el C.P.C. Los comportamientos de los jueces es la consecuencia de varias causales, que en su momento trataremos de explicar, y se encuentran dentro de las confrontaciones sociales cada vez más polarizadas en cada sociedad estatal y sociedad universal en su conjunto.

El Art. V, última parte del T.P. del C.P.C. recoge expresamente el *Principio de celeridad*: «*La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre*»

5.11. Principio de preclusión

La *preclusión* además de constituir el principio como bombas de despegue de la conclusión de un acto procesal a la ejecución de otro acto procesal dialécticamente superior, habiéndose formulado la *Teoría de la preclusión* que trataremos más adelante.

*Eduardo Couture*³²² afirma que el *principio de preclusión* está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiendo el regreso de etapas y momentos procesales ya extinguidos o consumados.

Como sostiene *Couture*, la *preclusión* es la expresión propia de la dialecticidad del proceso, es decir que cada etapa y cada acto procesal dentro de cada etapa precluyen, no puede volver a repetirse hasta llegar a la preclusión superior con la sentencia concluyendo la instancia y el proceso cuando adquiere la categoría de cosa juzgada. La preclusión es el instrumento del movimiento del proceso, entendiéndose que la dialecticidad significa el *recorrido de lo inferior a lo superior*, de la ignorancia del juez de las pretensiones y contradictorios de la etapa postulatoria avanza en su conocimiento con la etapa probatoria y adquiere el conocimiento pleno en la etapa decisoria, conocimiento que la *Teoría procesal moderna* exige que debe ser *científico* sobre la verdad objetiva sujeta a un proceso axiológico de valoración materializado en la sentencia, y no sustentada en la verdad legal sostenida por la antigua dogmática procesal, que jamás cumplió con su objetivo cabal de impartir justicia.

³²² COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina, 1973, 3ª edic., edit. De Palma, p. 194.

5.12. Principio de publicidad

Este Principio es uno de los objetivos de la *Teoría procesal moderna* y consiste en la publicidad de todo los actos procesales sin restricción alguna como instrumento de control ejercido por los ciudadanos no individualizados de la comunidad en general en las audiencias, observando la conducta de imparcialidad e independencia del juzgador, la conducta de buena o mala fe de los justiciables, abogados y auxiliares jurisdiccionales a fin que la sentencia sea emitida realmente ajustada a la verdad objetiva sometida a un proceso de *evaluación axiomática* dentro del interés de la sociedad, evitando de esta forma la parcialidad y el abuso del poder del juzgador.

El Maestro, *Teófilo Idrogo Delgado*³²³ en cuanto al principio de publicidad dice que «*la presencia del público es un medio eficaz para la fiscalización popular sobre el ejercicio de la función jurisdiccional de los magistrados y abogados en los diferentes procesos; el pueblo es el juez de los jueces y, de acuerdo al grado de publicidad de los actos de procedimiento y de la actividad procesal, se puede afirmar que existen dos tipos de publicidad: una que responde al derecho procesal de carácter público, y otra, de carácter privado, propia del derecho sustantivo*»

El *principio de publicidad* del proceso, constituye uno de los fundamentales que garantiza la justa impartición de justicia conforme a la *Teoría procesal moderna*, y además constituye derecho fundamental de la persona humana, habiendo superado también la reserva del proceso del proceso penal durante la etapa investigatoria, aunque el C.P.C. peruano pretende limitar este Principio en cuanto al acceso a los expedientes solamente los litigantes y los abogados, y algunos jueces en acuerdo con sus Secretarios se niegan a proporcionar el expediente a los abogados si no se han personado al proceso, limitando el derecho de defensa y atentando al principio de publicidad, y muchos abogados que se han olvidado su derecho, simplemente optan por retirarse, mientras que otros exigimos al funcionario explicándole que está incurriendo en falta a este principio, contra el *principio de defensa* y atentando a los *principios del ejercicio de la función de los abogados*.

La función jurisdiccional ejercida por las Comunidades nativas y Comunidades Campesinas reconocidas por la Constitución Política del Perú de 1993, y tiene como su antecedente a la Constitución Política colombiana, es la muestra de una verdadera audiencia pública, porque se ejerce con la presencia de los miembros de la comunidad y sus representantes, no solamente como espectadores, sino con participación con voz y voto, aunque existen posiciones contradictorias si verdaderamente constituye ejercicio de la función jurisdiccional.

Reconocer constitucionalmente la función jurisdiccional a las Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas, es una exigencia de la realidad concreta de nuestra sociedad peruana que cuenta con una variedad de *etnias* y *nacionalidades* con sus propias culturas determinantes de sus costumbres y buscan la cohesión cada vez más fuerte de sus miembros

³²³ IDROGO DELGADO, TEÓFILO. *Principios fundamentales de derecho procesal civil*, 2ª edic., edit. MARSOL, Lima, 1999, p. 41 y 42.

con un derecho consuetudinario propio y ante el abasalleje de la aculturización ignorado por muchos siglos. El art. 149º de la Constitución Política de 1993 prescribe:

«Artículo 149º.- Las autoridades de la Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial»

Conocedores por nuestra parte, hemos presenciado algunos procesos jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas en los Departamento Cajamarca y Amazonas (Perú), así como de las Comunidades nativas de Aguarunas y Guambizas.

En la cuenca del Río Marañón entre la Provincia de Bagua y Concorcanqui Departamento de Amazonas, la impartición de justicia es en acto público cumpliendo con los principios de inmediación, concentración, economía procesal y publicidad.

El *Principio de publicidad*, además comprende no solamente al desarrollo de las audiencias en acto público, también comprende el *libre acceso* a los procesos en giro y fenecidos, formulando análisis y críticas a las resoluciones judiciales.

El *Principio de publicidad* está garantizado por la Constitución Política de 1993, que recoge el texto de la Constitución de 1979. El art. 139º, numeral 4 y 5 expresa:

«Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...

3. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de los funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos»

Referente al acceso del público del análisis de resoluciones y sentencias, el numeral 5 del art. 139 prescribe:

«5. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley»

El T.U.O. de la L. O. del P.J., D.S. No. 017-93-JUS publicado el 20 de julio de 1993, en el art. 10º regula el principio de publicidad de la actuación procesal y el carácter público de los registros, archivos y copias de actuaciones judiciales fenecidos, cualquier persona debidamente identificada tiene el derecho de solicitar el estudio o la expedición de copias certificadas con las restricciones de ley. Este artículo *tergiversa* el principio de publicidad reconocida por la Constitución, al limitar el análisis y críticas solamente a las decisiones judiciales recaídas en procesos fenecidos, totalmente contrario a la norma constitucional. Textualmente expresa: *«Cualquier decisión judicial, recaída en un proceso fenecido, puede ser objeto de análisis y crítica, con las limitaciones que expresamente la ley señala»* Las limitaciones está circunscrita a aquellas

actuaciones que se reserva la publicidad cuando afectan al *honor e intimidad* de la persona y la actuación de muchos magistrados es limitar el acceso a los archivos.

5.13. Principio de imparcialidad del juzgador

El *Principio de imparcialidad del juzgador* es otra garantía fundamental de la impartición de justicia en los Estados de derecho. Tal vez pareciera innecesario *comprenderlo* en este estudio, porque es un ideal que su auge con la revolución francesa, sin embargo al entrar en decadencia la filosofía liberalista por los grandes movimientos sociales como expresión de las leyes de contradicción en la transformación de los regímenes socio-económico-políticos, se demostró que la función jurisdiccional respondía al interés del sistema político imperante, por lo que se reinicia la lucha política y doctrinaria por la independencia del juzgador en la impartición de justicia, y ahora talvez más que antes, como venimos experimentando en el Perú y de conocimiento universal, por lo que los tratados y convenciones internacionales han proclamado entre otros principios, *el principio del derecho de toda persona a ser sometido a un juez imparcial y se han instituido Tribunales Internacionales de jurisdicción supranacional*, principalmente en materia de derecho humanos.

La *ONU* ha proclamado los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*,³²⁴ constituyendo garantías universales de los derechos humanos, prescribiendo:

«2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo»

*Francisco Fernández Segado*³²⁵ considera que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de fecha 1º de octubre de 1982 en el caso *Piersack*, ha sentado la doctrina de la *imparcialidad del juez o tribunal* la que define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada de diversas maneras especialmente conforme al art. 6º del Convenio de Roma diferencia en la instancia jurisdiccional europea un *aspecto subjetivo*, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un *aspecto objetivo*, que se refiere si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.

El autor refiriéndose al Tribunal Constitucional Español, dice que éste «*ha hecho suya esa doctrina (del TEDH citado) al admitir que la imparcialidad del Juez presenta una doble faceta: la imparcialidad subjetiva, cuyo posible quebrantamiento deriva de la relación del Juez con las partes, y la*

³²⁴ OFICINA DE ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS – ONU. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, aprobados por el 7º Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

³²⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, FERNANDO. *La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción en España*, en Rev. jurídica, órgano oficial del Colegio de Abogados de la Libertad, año XL, No. 133, enero-diciembre, Perú, 1995, p. 119.

*imparcialidad objetiva, que puede ser quebrada por la relación del Juez con el objeto del proceso»*³²⁶ El juez que considera haber razones suficientes para dudar de su imparcialidad debe de abstenerse, apartándose del formalismo inflexible perjudicial a la impartición de justicia.

Tenemos muchas experiencias de la conducta parcializada de los magistrados, algunos de hechos de conocimiento público por medio de la prensa y sanción civil administrativa y penal a magistrados, y los incontables casos que sufren las consecuencias los justiciables sin el conocimiento público, por ejemplo: en el caso de *Cerna Prieto* con el *Banco Interbank* sobre pago de beneficios sociales, el demandante solicitó que los Vocales de la Sala Laboral de La Libertad se apartaran del conocimiento del proceso, porque en otro caso seguido por otro trabajador con el mismo Banco, los Vocales se inhibieron del proceso fundamentándose en que *los tres Vocales son deudores del Banco Interbank* demandado, haciendo indagaciones en el Banco nunca apareció haber solicitado los créditos ni menos celebrado el contrato obligacional, solamente se debió que el demandante tenía sus parientes en el Poder Político, fue el motivo que se apartaron para no chocar con las relaciones de poder político. Nos preguntamos *¿fue una coartada o realmente estaban en la corrupción en connivencia con el Banco?* Sin embargo en el caso *Cerna* se negaron y resolvieron favoreciendo al Banco demandado así como éste, tenemos muchos casos que los trabajadores despedidos por el Banco *Interbank*, jamás reconocido sus derechos en la sentencia conforme a ley. El *Principio de imparcialidad del juzgador* fue reconocido principalmente después de la segunda guerra mundial por las revoluciones sociales que influenció en todo el mundo.

La razón de ser de este principio, es garantizar la confianza que deben inspirar los jueces y tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, lógicamente si se trata de una dictadura civil o militar, generalmente este principio es vulnerado, como la experiencia vivida en la última década del noventa del siglo pasado (1990 a 2000) en el Perú.

En conclusión el *principio de imparcialidad del juzgador es la obligación que tiene el juzgador de prestar la tutela jurisdiccional efectiva con plena independencia, es decir sin favorecer a una de las partes o cualquiera que tenga interés (personas naturales, jurídicas de derecho privado o el Estado) en los conflictos de intereses objeto del proceso, decidiendo solamente en mérito a las pruebas producidas y actuadas que demuestran a veracidad de los hechos, aplicando el Derecho interpretado teniendo como insoslayable fundamento, la dignidad humana.* La sociedad avanzará con seguridad ante cualquier amenaza del abuso del poder desde el Estado y de los particulares, la convivencia social será en armonía. Este principio será realidad en la medida que nuestra sociedad defienda el derecho de la independencia y autonomía del Poder Judicial y el destierro de la corrupción.

5.14. Principio de indisponibilidad de formas

El *Principio de indisponibilidad de las formas* consiste en que la determinación de la formalidad procesal está regulada por las normas procesales, y no puede estar a disposición de las partes (*litigantes y juzgador*) para ser alteradas o renunciadas, partiendo de la decisión del tipo de proceso en la resolución calificativa positiva de la demanda (*resolución admisorio y emplazamiento*) no puede el juez a petitorio de litigantes o de oficio variar a otro tipo de proceso. El tipo de proceso no siempre es el señalado por el accionante, sino que el juez al calificar la

³²⁶ IBIDEM. Op. cit., p. 119.

demanda decide el tipo de proceso, llamado en nuestro léxico forense procesal peruano *vía procedimental*), en la acciones de *reconvención* el demandante aunque solicite otro tipo de proceso por las particularidades de la reconvención, es improcedente variar el tipo de proceso calificando con Resolución admisorio y emplazamiento de la demanda.

Pero existen formas que pueden ser dispuestas por la voluntad de las partes a través de los *convenios procesales*, sin embargo este principio está cada vez más restringido, pero si es posible obviar la formalidad legal de ciertos actos procesales en beneficio de los *principios de celeridad procesal y economía procesal* para que la impartición de justicia sea pronta eficaz y oportuna. Por ejemplo, obviar la audiencia de pruebas en los procesos de conocimiento (*ordinario*), abreviados, pero no se puede dejar la formalidad de las vías de procedimiento como los *procesos de cognición*: ordinarios que nuestro C.P.C. denomina de *conocimiento, abreviados, sumarísimos y procesos especiales* como el *proceso único* prescrito por el Código de los Niños y Adolescentes, los *procesos de garantía*, y los *procesos de ejecución*: *proceso ejecutivo, proceso de ejecución propiamente dicha* (Ejecución de Resolución judicial y laudos arbitrales), que no se puede volver a someter a calificación sino solamente su ejecución de las Resoluciones.

La formalidad de los actos procesales actualmente se está limitando solamente a los aspectos básicos de la estructura del proceso, y el revestimiento está sujeto cada vez más a la *flexibilidad* en busca de la verdad real de las pretensiones y contradictorios, para brindar una tutela jurisdiccional efectiva, justa y eficaz. El art. IX, 1ª parte del T.P. del C.P.C. expresa que «Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario»

5.15. Principio de la aformalidad procesal

La *Teoría General del Proceso* y en particular la *Teoría Procesal Civil Empresarial* ha declarado la importancia del reconocimiento del *Principio de aformalidad* como uno de los soportes de la impartición de justicia *civil empresarial*, materializada en la *jurisprudencia* relevantemente por el *Tribunal Constitucional Español* y los modernos Códigos procesal civil empresariales, consistente en el apartamiento que hace el juzgador de la formalidad prescrita por las normas procesales para llegar al fin del proceso con la afirmación o negación de los hechos que sustentan las pretensiones y contradictorios o la simple incertidumbre de los derechos materiales. Por la observancia de la formalidad, los jueces a pesar de tener a la vista la verdad real, sin embargo emiten resoluciones en contra de esta verdad, amparados en la formalidad procesal de *observancia obligatoria*, legitimando actos procesales de injusticia en agravio de los litigantes y contra el orden social.

Héctor Chávez Vallejos³²⁷ fundamenta la justificación del *Principio de aformalidad* afirmando que «El *Principio de aformalismo*, se justifica porque el derecho a obtener una tutela jurisdiccional efectiva, no puede ser comprometido u obstaculizado mediante imposiciones de formalismos enervantes, o acudiendo a interpretaciones de normas que regulan exigencias formales del proceso, desviadas del sentido claro de la impartición de justicia»

³²⁷ CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Trujillo, Perú, 2003, edit. Estudio Jurídico «CHÁVEZ & ASOCIADOS», p.8.

En Europa, el *Principio de aformalidad* ha sido manifestado en muchas resoluciones de los Tribunales Constitucionales, e incluso por Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), estableciendo doctrina y jurisprudencia.

Nuestro C.P.C. también ha incorporado esta tendencia doctrinaria, y que el C.P.C. brasileño de 1973 ya recogió el *Principio de aformalidad* y el art. IX, 2ª parte del T.P. del C.P.C. prescribe:

«Artículo IX.-...

Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señala una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada»

La praxis forense nos muestra el grado de aplicación de este Principio por nuestros magistrados, en la generalidad está siendo inobservado pese que la norma citada es clara, porque no hay capacidad del juez para aplicarlo, sobreponiendo el formalismo sobre la verdad objetiva de claro conocimiento del juzgador. Por ejemplo, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, al resolver la Apelación del auto que declara infundada la nulidad de la Resolución de adjudicación sobre un inmueble cuya medida cautelar a sido cancelada por caducidad al no haberse ejecutado ni renovado la medida cautelar en forma de inscripción registral por más de seis años, emitida en el *Exp.3575-96 seguido por Helmer Justo Zavaleta Campos contra la Empresa COVICA S.A. y la Sucesión Procesal de la Sucesión Testamentaria del que en vida fue José Santos Pizarro Peláez sobre Obligación de Dar Suma de Dinero*.

El presupuesto para que el juez ordene sacar a remate y adjudicar un bien del obligado, previamente tiene que estar gravado y no se encuentre afectado por caducidad. En el presente caso la medida cautelar en forma de inscripción sobre el inmueble ha sido cancelada por caducidad, pero la Sala Civil, declara nulo el concesorio de apelación e improcedente el recurso de apelación porque se trata de una *articulación*, consideramos necesario insertar esta ejecutoria.³²⁸

Exp. 3575-96. Demandante: Helmer Justo Zavaleta Campos. Demandado: Empresa COVICA S.A. Litisconsorcio necesario: La Sucesión Testamentaria de José Santos Pizarro Peláez, sobre obligación de dar suma de dinero.

«Trujillo, veintiséis de Agosto del dos mil tres.

AUTOS Y VISTOS: *en Audiencia Pública según constancia de Secretaría que antecede, con el expediente acompañado que se tiene a la vista; y CONSIDERANDO: Primero: Que, mediante recurso impugnatorio de fojas cuatrocientos setenta y seis doña María del Pilar Pizarro Bustamante apela de la resolución número sesenta y ocho, que declara improcedente la nulidad formulada por María del Pilar Pizarro Bustamante, sucesora procesal de la Empresa demandada; Segundo: Que, de conformidad con lo normado en el artículo trescientos sesenta y cinco, inciso segundo del Código Procesal Civil, procede apelación contra los autos, excepto*

³²⁸ CHÁVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *Exp. 3575-96 seguido por Helmer Justo Zavaleta Campos con la Empresa COVICA S.A. y otra sobre obligación de dar suma de dinero*, tomado del archivo del Estudio Jurídico «CHAVEZ & ASOCIADOS», Trujillo, Perú, 2003.

los que se expidan en la tramitación de una articulación y en los que dicho Código excluya; **Tercero:** Que, la resolución materia de la apelada declara improcedente la nulidad deducida por María del Pilar Pizarro Bustamante, Sucesora procesal, nulidad que por el mérito de lo que aparece en autos constituye una articulación; siendo así, estando a la norma antes acotada, dicha resolución resulta inimpugnable; **Cuarto:** Que, dentro de este orden de ideas, la resolución número setenta y dos, de fecha quince de mayo del dos mil tres, corriente a fojas cuatrocientos ochenta y nueve, se encuentra incurso en la causal de nulidad prevista en el inciso tercero del artículo ciento veintidós del acotado Código Adjetivo, al no ajustarse al mérito de lo actuado y al derecho, nulidad que debe ser sancionada con la facultad que confiere el artículo ciento setenta y seis in fine del Código Procesal Civil; por consiguiente; **DECLARARON: NULO** el concesorio de apelación contenido en la resolución número setenta y dos, de fecha quince de Mayo del dos mil tres, por consiguiente **INADMISIBLE** el escrito de apelación corriente de fojas cuatrocientos setenta y seis a cuatrocientos setenta y nueve, y los devolvieron. Ponencia el Señor Vocal Doctor Víctor Castillo León.

S.S.

FLORES RODRÍGUEZ
VALDIVIEZO GARCÍA
CASTILLO LEON

La decisión de los Magistrados conlleva a responsabilidades administrativas, civil y penal, pese que han oído el informe oral, tenido a la vista las conclusiones con los anexos de las partidas electrónicas de cancelada la anotación de la medida cautelar a favor del accionante por caducidad y sin haberse renovada la afectación del predio, pero amparados en la supuesta formalidad de la *articulación* ha perjudicado el derecho del acreedor preferente la *Sucesión Pizarro Peláez*, incluso habiendo sido adjudicado a su favor en otro proceso ante el Quinto Juzgado Civil. Es decir no existe el tracto sucesivo ininterrumpido a favor del demandante Helmer Justo Zavaleta Campos, poniendo de esta manera en tela de juicio la seguridad de los derechos materiales.

5.16. Principio de instrumentalidad de las formas

Este principio consiste en que las formas de los actos procesales tienen su exigibilidad condicionada al fin del cual se persigue, y la omisión a la observancia obligatoria de la formalidad solamente acarrea nulidad cuando ocasiona *perjuicio* en el derecho de los justiciables.

*Liebman*³²⁹ dice que *il principio della strumentalitá delle forme significa que «la forma no tiene un valor intrínseco propio, sino solamente como un medio para alcanzar plenamente la finalidad de cada acto y la necesidad de la observancia; por esta razón va la medida exactamente con el metro para alcanzar este fin»*

Continúa el autor diciendo que *«el principio de la strumentalitá delle forme, que subordina la invalidez de un acto processual no hay simple inobservancia de la forma, mecánicamente relevante, sino por la relación -verificando caso por caso- entre el vicio y la finalidad del acto y saneando la nulidad*

³²⁹ LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manuale di diritto processuale civile*, tomo I, op. cit., p. 192.

solamente cuando el acto, por efecto de vicio no había podido conseguir su finalidad, en modo de salvar aquel que fue hecho nulo en la medida máxima consentida de la exigencia técnica del proceso»³³⁰

El principio de *instrumentalidad de las formas procesales*, pareciera contradictorio con el *principio de aformalidad*, pero no es así, porque como hemos expuesto la formalidad establece la estructura del proceso, sin embargo la concepción de instrumentalidad de las formas, significa que ciertas formalidades constituyen medios de protección de los derechos de los litigantes, y de no observarse produce menoscabo en los derechos materiales, por ejemplo: no se observa las formalidades del diligenciamiento que de la notificación al emplazado con la demanda o cualquier otro acto procesal, se está afectando su derecho material a un debido proceso, etc. El *principio de aformalidad* tiene por finalidad inobservar ciertas normas procesales que exige la realización de actos procesales que resultan obstaculizadores de la pronta impartición de justicia, es decir contrarios a los Principios de celeridad y economía procesal.

Con lo expuesto, el proceso no tiene como finalidad la formalidad en su desenvolvimiento, sino que la formalidad es esencialmente un instrumento que viabiliza el movimiento procesal para lograr su finalidad y de ninguna manera puede convertirse la formalidad en un obstáculo para el proceso, sino exclusivamente cuando menoscaba los derechos de los litigantes, como el debido proceso y el derecho de defensa.

5.17. Principio de eventualidad

Hugo Alsina³³¹ define al *Principio de eventualidad* diciendo que «Consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y de defensa como medida de prevención –ad eventum– para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimada. Tiene por objetivo favorecer la celeridad de los trámites impidiendo regresiones en el procedimiento y evitando la multiplicidad en juicios» El autor **Teófilo Idrogo Delgado**³³² dice en otros términos, «las partes deben hacer uso de todas las alegaciones al ejercitar la acción materializada en la demanda, las excepciones para extinguir la acción o el derecho o de otros medios de defensa, ofrecer y actuar en un solo acto y en el momento oportuno del proceso».

El *Principio de eventualidad* es una variante del *principio de economía procesal*, exige a las partes la formulación simultánea de sus alegaciones aportando las pruebas para su contrastación que deben ser sucesivamente apreciadas en el orden de su presentación, por ejemplo en los postulatorios deben presentarse todos los medios probatorios. Esto no significa el rechazo de medios probatorios documentarios presentado en cualquier momento antes de la sentencia, sino que el juez tiene que disponer que se agregue al expediente con conocimiento de los otros litigantes y en su oportunidad tiene que someterlo a su valoración, porque puede ser pruebas tan decisivas que conduzcan a la verdad que busca el proceso en la solución de los conflictos de intereses, sin embargo no significa que tenga que retroceder el proceso a las etapas precluidas, pero sí el juez puede declarar la nulidad de los actos procesales afectado por los medios probatorios extemporáneos, por ejemplo, si de la Partida de Defunción se acredita que el proceso a continuado cuando el litigante ha fallecido, en este caso se declarará nulas los actos

³³⁰ IBIDEM. Op. cit, p. 214; también sobre el principio conservativo, SALVATORE SATTA. Op. cit, p. 212; MARIO A. ODERIGO, Op. cit., tomo I, p. 28; II, p. 233.

³³¹ ALSINA, HUGO. *Derecho procesal civil y comercial*, op. cit., tomo I, p. 462.

³³² IDROGO DELGADO, TEÓFILO. *Derecho proesal civil, juicio ordinario*, op. cit., tomo I, p. 76.

procesales, y aún la sentencia cuando en segunda instancia se acredita el fallecimiento, la Sala declarará nula la sentencia y ordenará que el juez emplace a los herederos con el apercibimiento de nombrar curador procesal.

5.18. El principio de la adquisición procesal

Según este Principio los resultados de la *actividad o inactividad* procesal de las partes (*litigantes y juez*) en la dinámica del proceso, se consideran adquiridos y se convierten en irrevocables. El vencimiento de los plazos improrrogables sin el ejercicio de determinados actos procesales, o con el ejercicio defectuoso de determinadas actividades procesales, es imposible cualquier recuperación posterior en aplicación del *Principio de adquisición procesal*, convirtiéndose en fuente de un nuevo derecho procesal a favor de la parte contraria, fundamentado en el *principio de preclusión*. La actividad procesal de las partes (*justiciables y juez*) crea para los litigantes *situaciones jurídicas adquiridas* con el carácter de inmutables.

Pero este principio está subordinado al *debido proceso* y al *Principio de no indefensión* denominado por la doctrina procesal y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, es decir no es aplicable a los actos procesales esenciales incompletos o defectuosos que determinan la finalidad del proceso, en estos casos el juez puede declarar inadmisibles y concederle un plazo perentorio para la subsanación del defecto. Por ejemplo, en la calificación de la demanda si no observa los presupuestos de admisibilidad, en aplicación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva concede un plazo variable de uno a diez días hábiles según el caso, con el apercibimiento de rechazarse la demanda, disponer el archivo y la entrega de anexos.

También en la interposición de los recursos impugnatorios puede ser que no se ha observado con algunos presupuestos de admisibilidad, como haberse omitido expresar el error de hecho o de derecho que vicia el acto procesal impugnado, o la tasa judicial por concepto del acto procesal impugnatorio o el monto es incompleto, el juez o tribunal tiene la obligación de conceder el plazo de ley para la subsanación de la deficiencia. El C.P.C. en el art. 426° ha previsto los presupuestos de inadmisibilidad y el plazo máximo de 10 días (*hábiles*) para que el justiciable subsane las omisiones en los casos de demandas, y el art. 365° en cuanto a los recursos impugnatorios.

La praxis en la función jurisdiccional peruana, los juzgadores han incurrido en graves errores en la aplicación de este *Principio* al entrar en vigencia del C.P.C.,³³³ generando graves daños irreparables en los derechos de los justiciables incurriendo en responsabilidades. Dentro de innumerables casos citamos el *Exp. 96-0036* que conoció la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, seguido por *Cristian Jiménez Valdez* contra el *Tribunal Registral y la Empresa Carlos A. Manucci S.A. sobre Impugnación de Resolución Administrativa* (acción contenciosa administrativa). El accionante pide la Nulidad de la resolución administrativa emitida por el Tribunal Registral de La Libertad, con la cual resuelve el proceso administrativo sobre ventas a plazos de un Camión celebrado por la Empresa *Carlos A. Manucci S.A.* por la suma de US\$ 61,992 para ser pagado por cuotas el saldo de la inicial, quedándole el

³³³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Promulgado por D. Leg. 768 del 29 de febrero y entró en vigencia el 18 de julio de 1993.

último saldo por pagar de US\$ 2,100, el comprador mandó construir la carrocería y una carreta y la Empresa coludida con el Registrador Público incurren en fraude a la ley utilizando el proceso de ejecución administrativa de Ventas a Plazas, embargan el camión y carreta sacando a remate el vehículo adjudicándose la Empresa vendedora, es decir adquieren un enriquecimiento indebido legitimándose una conducta abusiva del derecho del acreedor confabulados con los funcionarios registradores el Tribunal Registral. La Segunda Sala Civil conoció en primera instancia, saneado el proceso, se lleva a cabo la audiencia de pruebas, y el proceso queda expedito para sentenciar, previo dictamen del Fiscal Superior en lo Civil.

El Fiscal Superior emite su dictamen opinando que se declare *fundada* la demanda y nulas las resoluciones impugnadas. La Sala Civil emite la sentencia declarando infundada la demanda con el pago de costas y costos, contra la sentencia el demandante interpone recurso de apelación adjuntando recibo de pago por concepto de tasa judicial correspondiente al monto de la cuantía menor, cuando correspondía al doble pago por exceder el monto de la cuantía mínima, después de ingresado el recurso de apelación y antes de ser proveído, reintegra el pago de la tasa judicial pertinente, sin embargo la Sala Civil emite dos resoluciones: la primera, declarando *inadmisibile* el recurso de apelación porque la tasa judicial es diminuta, la segunda, declara *improcedente* el concesorio de apelación argumentando que no puede ser subsanado el recurso de apelación reintegrando la tasa judicial diminuta.

Para mejor claridad insertamos las resoluciones citadas:³³⁴

«Exp. No. 98-0036-160101SC02
Resolución número ochenta y cuatro
Trujillo, veintinueve de agosto
Del año dos mil dos.

AUTOS Y VISTOS.- Dado cuenta con el escrito y recibo de tasa judicial que anteceden: **MANDARON** se agregue a sus antecedentes; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, don Cristian Jiménez Valdez interpone Recurso de apelación contra la sentencia expedida por el Colegiado de esta Superior Sala, el siete de agosto del presente año, corriente de fojas doscientos setenta y nueve a doscientos ochenta y dos, que declara infundada su demanda de invalidez e ineficacia de Resolución Administrativa; **SEGUNDO:** Que, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución Administrativa Número mil setenta y cuatro-CME-PJ, las apelaciones de sentencias cuyo valor de la pretensión superen las 250 unidades de referencia procesal, deben adjuntar el recibo de tasa judicial correspondiente por un monto de 232 nuevos soles; **TERCERO:** Que, el recurso que se provee no reúne los requisitos de admisibilidad establecidos por el segundo párrafo del artículo 367º del Código Procesal Civil, toda vez que verificándose del monto del petitorio establecido en el escrito postulatorio de la demanda, el recibo de tasa judicial que adjunta el recurrente es diminuto; por las consideraciones antes expuestas y en aplicación de las normas glosadas: **DECLARARON INDAMISIBLE el recurso de apelación** interpuesto por don Cristian Jiménez Valdez. Notifíquese con arreglo a ley.

SS.

³³⁴ CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. Exp.98-0038, seguido por Cristian Jiménez Valdez con la Empresa Carlos A. Manucci S.A. sobre impugnación de resolución administrativa, ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia La Libertad, Trujillo, Perú, 2000, tomado del archivo del Estudio Jurídico «CHAVEZ & ASOCIADOS» Trujillo.

LAZARTE H.
LOZANO A.
VALDIVIEZO G.»

Habiendo el demandante subsanado reintegrando el pago de la tasa judicial antes que la Sala Civil provea el escrito de apelación, debería pronunciarse en la misma resolución el recurso de apelación y la subsanación, pero con una clara parcialidad, emiten dos resoluciones con diferentes fechas y desamparan el derecho de impugnación, incurren en fraude a la ley e invocan el art. IX del T.P. del C.P.C. expresando que las normas procesales son de carácter imperativo salvo regulación permisiva de la ley, también prescribe este artículo que las formalidades previstas en este código son imperativas, sin embargo el juez *adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso*. Además, el art. 367º del C.P.C. contiene las causas de la inadmisibilidad o improcedencia del recurso de apelación:

a) Debe interponerse dentro del plazo legal ante el mismo juez que emitió la resolución y,
b) Acompañar el recibo pago de la tasa judicial. Si no se adjunta la tasa judicial será declarado inadmisibile el recurso de apelación.

Citamos la Resolución N° 45:
Exp. No. 98-0038-160101SC02
RESOLUCIÓN NÚMERO: OCHENTICINCO
«Trujillo, veintinueve de agosto del año dos mil.

AUTOS Y VISTOS.- Dado cuenta con el escrito que antecede y **CONSIDERANDO:**
PRIMERO: *Que, es materia del presente escrito, reintegrar la tasa judicial por concepto de apelación de la sentencia de fojas doscientos setenta y nueve expedido por este colegiado;*
SEGUNDO: *Que, habiéndose pagado la Tasa Judicial por concepto de apelación en forma diminuta, esto no puede ser subsanado con el presente escrito y reintegro de la tasa judicial por contravenir a lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil y además, porque debió ser presentado debidamente en el escrito de apelación; por estas consideraciones* **DECLARARON: IMPROCEDENTE** la solicitud de concesorio de apelación.

SS.
LAZARTE H.
LOZANO A.
VALDIVIEZO G.»

Los señores Vocales con esta resolución han atentado a los fines del proceso, violando la tutela jurisdiccional efectiva y afectando el *derecho de defensa* al no permitirle hacer uso del principio impugnatorio contra los actos procesales contenidos en resoluciones, aplica el *principio de la adquisición procesal* de la actividad procesal con error de formalidad en beneficio de la Empresa que obtuvo un enriquecimiento indebido con la suma de más de US\$ 59,000 recibidos, más el camión objeto de la compraventa que regresó a la vendedora y además la carrocería de madera y carreta con las respectivas llantas; *¡que horrorosa protección al abuso del derecho y enriquecimiento ilícito!*, legitimados con la sentencia y resoluciones que cortaron el derecho de defensa y contra la esencia de los fines del proceso promovido.

Pero también en la práctica se dan muchos casos, en los que el juez no califica la demanda, califica el secretario observando quién es el abogado si es exigente en el ejercicio efectivo de la defensa con la colaboración y control de la función jurisdiccional, declara inadmisibile para que

vencido el plazo subsanatorio sin su cumplimiento de las omisiones se rechaza la demanda y ordena el archivamiento, y las observaciones son carentes de fundamento innecesarias para la admisibilidad de la demanda, liberándose de esta manera del defensor que no es de su agrado.

La *declaración de inadmisibilidad* no tiene la finalidad materializar la formalidad y obstaculizar el acceso al derecho constitucional de la *tutela jurisdiccional* sino para garantizar que la *efectividad y eficacia* de la tutela jurisdiccional conforme a la *dogmática procesal civil empresarial moderna*, como obligación constitucional del juzgador en bien de la sociedad.

5.19. Principio de libre convicción del juez

Por este el juez tiene el deber de decidir de acuerdo con su libre convencimiento de la actuación en la dinámica procesal, sin que esta libertad signifique arbitrariedad, o abuso de la noble investidura precisando las razones que le ha conllevado a determinada conclusión y decisión con el fallo. Estas razones tienen que ser discutidas por los litigantes y reexaminadas por el órgano jurisdiccional superior si es objeto de recurso impugnatorio.

El *Principio de libre convicción del juez* está limitado por las exigencias de las pruebas preconstituidas o pruebas literales, irrelevantes para la formación de la convicción de certeza en la toma de la decisión de la impartición de justicia. La decisión del juzgador es el resultado de la aprehensión objetiva y subjetiva de los actos procesales en la comprobación de la veracidad o falsedad de las pretensiones de los litigantes, es decir para el juzgador las conclusiones de la investigación es su convencimiento que ha llegado a comprobar la verdad o falsedad concreta de las pretensiones y contradictorios, esta verdad es sometida al proceso de evaluación axiomática que le llevan a decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica sin afectar la dignidad humana restituir la seguridad de los derechos de la sociedad y la confianza en la función jurisdiccional.

En la práctica procesal muchos jueces y tribunales son renuentes a los cuestionamientos de los abogados a las resoluciones afectadas con vicios de error de derecho y de hecho cuando hacen *abuso del Principio de libre convicción del juez* al emitir una sentencia o cualquier otro acto procesal en contra de la parte que ha cuestionado, es decir un castigo indirecto como venganza dirigida contra el abogado. Estas conductas funcionales de muchos magistrados en la práctica forense nadie puede desconocer esta realidad, sin embargo existen jueces con capacidad y honestidad en un mínimo porcentaje, que reconocen errores y enmiendan los actos procesales cuestionados verdaderamente imparten justicia, esperamos que este reducido porcentaje pronto se generalice y la mayoría reacia se invierta en minoría, no por sentirse con poder sobre la sociedad, sino por la consciencia que su función es la seguridad de los bienes jurídicos de las amplias mayorías de la sociedad, encontrando un punto de equilibrio de los conflictos del caso particular concreto a la generalidad de la sociedad estatal.

El C.P.C. brasileño de 1973 en el art. 131º declaró este principio: «*El juez apreciará libremente la prueba, atendiendo a los hechos y circunstancias constantes de los autos, aunque no alegados por las partes; pero deberá indicar, en la sentencia, los motivos que le formaron el convencimiento*» El C.P.C. peruano vigente consagra el *cause por donde debe discurrir el principio de libre convicción* en los artículos 50º, inc.4 y 6, y 197º.

«Art. 50º.- Son deberes de los Jueces:

...

4. Decidir los conflictos de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia.

...

6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia»

El art. 197º prescribe: «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión»

La Constitución Política del Estado de 1979³³⁵ eleva a principio constitucional el principio de libre convicción del juzgador con la limitación al exceso de esta libertad, y está formulado en el art. 233º, numeral 4 prescribiendo:

«Artículo 233º.- Son garantías de la administración de justicia:

...

4. La motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustenta»

También la Constitución Política de 1993 recoge el texto de la Constitución de 1979 con una variación al establecer excepciones a los decretos de mero trámite.

«Artículo 139º.- Son Principios y derechos de la función jurisdiccional:

La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan»

5.20. Principio de colaboración

Consiste en la obligación de los justiciables y auxiliares procesales a contribuir con el juez en la búsqueda de la verdad de las pretensiones y contradictorios formulados por las litigantes o de la incertidumbre del derecho material, para que el juzgador concluya el proceso con una justa decisión. Se puede precisar desde el punto de vista subjetivo (*de los sujetos*) separar en dos grupos: los *litigantes* y *terceros* del proceso.

Los *litigantes* tienen la obligación de formular sus pretensiones conforme a la verdad, actuar con lealtad y buena fe, estando prohibido promover procesos fraudulentos, no practicar actos ni producir pruebas innecesarias que atenten contra la celeridad y economía procesal.

³³⁵ MAISCH VON HUMBOLDT, LUCRECIA. *Código civil 1984 y constitución política 1979*, Lima, Perú, 1985, edit. Librería Studium, p. 499.

Referente a *terceros* del proceso, ninguna persona puede eximirse a la obligación de contribuir a la impartición de justicia, cuyas obligaciones sintetizamos:

- c) Comparecer en juicio para responder al interrogatorio que le formule el juzgador.
- d) Someterse a la inspección judicial que el juez considere necesaria para el esclarecimiento de la verdad.
- e) Practicar el acto procesal que le ordene el juez, impregnar su huella digital y firmar en reiteradas oportunidades ante el juez para la realización de una pericia grafotécnica, la exhibición de documentos que se encuentren en su poder, etc.
- f) Informar al juez de los hechos y circunstancias de los que tiene conocimiento.

El C.P.C. brasileño de 1973 ha considerado este principio en los Arts. 14º, 339º y 341º y en el Perú la L.O. del P. J. art. 8º consagra este principio:

«Artículo 8.- Todos los que intervienen en un proceso judicial tienen el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe.

Los Magistrados deben sancionar toda contravención a estos deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal»

Existen jueces que dan *mal uso* a este principio generalmente cuando la autonomía e independencia del Poder Judicial están afectadas por las dictaduras para favorecer a uno de los litigantes o para viabilizar las políticas económicas antidemocráticas, como las dictadura franquista, de Argentina, del Perú, etc. imponiendo sanciones drásticas y denunciando a los abogados defensores ante las fiscalías penales, principalmente a los que cuestionan la conducta parcializada del juzgador.

6. FORMAS DEL PROCEDIMIENTO

En el desarrollo histórico del Derecho Procesal, existen dos formas puras del procedimiento: *oral* y *escrita*, pero las dos formas se han encontrado fundidas en varias modalidades mixtas, solamente que una prevalece sobre la otra. Consideramos necesario conocer los *antecedentes* históricos de evolución del *proceso* y *procedimiento* en el Derecho procesal civil empresarial.

6.1. El Procedimiento Romano

El Derecho Procesal Romano ha pasado por varios períodos en su evolución. En el primer período, en el régimen de las *legis actiones* (*acciones de la ley*) predominaba la *exposición oral*, conducido el reo ante el magistrado por acto extrajudicial de la *in jus vocatio*, las partes formulaban oralmente sus pretensiones y acordaban la designación del *judex*, obedeciendo las rigurosas formalidades, luego el *autor* y *reo* se dirigían para solicitar la declaración de los testigos notificándole solamente para que atestigüen *in iudicio* cuando se pasen *in iure*. Constituía el acto procesal de la *litiscontestatio*.

En el *Régimen formulario* se dio el primer antecedente del procedimiento escrito consagrado por la *Lex Julia iudiciorum privatorum*, en esta fase se distinguió el *ius* y el *iudicium*, pero la fórmula oral del régimen de *legis actiones* desaparece para ser escrita dirigida por el *Praetor*, dando instrucciones al *judex* sobre la decisión si *paret condemna*, si *non paret absolve*.

El rigor formal del régimen anterior se fue atenuando por la multiplicidad de relaciones jurídicas, concediendo al *Praetor* de ablandar y completar el *ius Civile* creando fórmulas para garantizar los derechos *desprotegidos* legalmente por el régimen anterior. En este régimen desaparece las fórmulas orales acentuándose el uso de la palabra escrita en el proceso y **Eduardo Qud**³³⁶ dice que desaparece la diferencia entre el *ius* y el *iudicium*.

Para **Wilson de Sousa Campos Batalha**³³⁷ la evolución del Derecho Procesal Romano revela tres aspectos típicos: «(a) supresión paulatina del rigorismo privativo; (b) gradual llamamiento así, por el Estado, del poder de dirimir las contiendas; (c) predominio creciente de la palabra escrita sobre la palabra hablada»

Méndez Júnior dice que en el período *legis actiones* había cinco acciones de ley: la *actio sacramenti*, la *judices postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* y la *pignoris capio* (los dos últimos son medios ejecutorios). La *actio sacramenti* consistía en el *sacramentum*, o suma de dinero que cada litigante debía consignar en manos del pontífice, perdiendo la consignación el vencido en el proceso en provecho del culto público. El *judicis postulatio*, era el pedido al magistrado del juez para juzgar la causa, en las hipótesis de obligaciones que no fuesen de dar cosas ciertas. La *condictio*, era para el cumplimiento de las obligaciones de dar cantidades o cosas ciertas, el conocimiento era siempre confiado a un *iudex*. La *manus injectio* consistía en la aprehensión corporal del deudo condenado para ser *addietas*, es decir atribuido en propiedad del acreedor (el esclavo) por el *Praetor*. La *pignoris capio*, consistía en la aprehensión de los bienes del deudor (traslado de los bienes en propiedad del acreedor).

Las de ese período eran *fórmulas orales*, mientras que en el régimen formulario las fórmulas eran *escritas* conteniendo la exposición de los hechos y la *questio juris* a ser decidida y el *Praetor* fijaba los puntos controvertidos dentro de los cuales el *iudex*, -mero ciudadano- debería actuar.

Las fórmulas de las acciones se componían de cuatro partes: *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio*. La *demonstratio* constituía en la introducción de la fórmula, en la cual se exponían los hechos y se invocaba el nombre de la acción (*edictio actionis*). La *intentio* contenía las alegaciones del autor, cuando el reo en su defensa refería condiciones, circunstancias que pudiesen afectar la condena. Esta restricción también se formulaba junto a la *intentio* que se denominaba *exceptio*. La *condemnatio* encerraba la fórmula con la instrucción según la cual el *iudex*, en la hipótesis de la veracidad o falsedad de la *intentio*, debería pronunciar la sentencia.

En el *régimen formulario* se separó el *ius* y el *iudicium*, en el imperio de **Deocleciano** y **Maximiano**, el *Magistrado* pasó a ser el mismo juzgador, ampliando la competencia por las personas, siendo sometidos a su jurisdicción los *ciudadanos romanos* y *peregrinos*, resolviendo las pretensiones reconocidas por la ley y las que no estaban consideradas en ella, creando el *derecho iudicium*.

³³⁶ CUQ, EDUARDO. *Institutions juridiques des romains*, tom. II, France, 1902, pp. 745 y ss. También VON IHERING, RUDOLF, *L' esprit do droit romain*, trad. O. DE MEULENAERE, tomo II, 1877, p. 11; SCIALOJA, VICTORIO, *Procedimiento civil romano*, trad. SENTIS MELENDO, 1954, p. 241 y ss.;

³³⁷ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 372.

Las *instituciones* más importantes del Derecho procesal civil se encuentra en el *Derecho Romano*, de ellas tenemos la *función jurisdiccional*, *tutela jurisdiccional*, *el derecho de acción jurisdiccional*, la determinación de la jurisdicción y *competencia* por las *personas* y por el *territorio*, la *doble instancia*, la *conciliación* y la fijación de los *puntos controvertidos*, los medios de *prueba*, la *fundamentación de las sentencias*, los *fallos* y los *recursos impugnatorios*, la *cosa juzgada* y las *responsabilidades* de los jueces por los errores o dolo en sus fallos, la *nulidad de la cosa juzgada*, etc. habiendo superado la acción privada consistente en el ejercicio de la administración de justicia por mano propia con la venganza del agraviado aplicando la ley de talión en sus formas más rudimentarias. Posteriormente recurriendo a los jefes de las tribus, y cuando las tribus han sido conquistadas por otras tribus formando los Estados esclavistas, aparece también el control del Estado en la solución de los conflictos de intereses surgidos dentro de los mismos esclavistas. Esto ha ocurrido en todas las sociedades hasta el perfeccionamiento del Estado actual.

La fuente principal de las bases de todo el Derecho para desarrollar las diversas ciencias jurídicas, es el *Derecho Romano*, sin perder de vista las grandes influencias del Derecho germánico, árabe resultantes de la culturización de diversas tribus y estados en formación se han resumido en estas culturas, que sustentan el desarrollo del *Derecho* como primeros peldaños de la ciencia jurídica, incluso el *derecho canónico del medio evo*. Es todo un *mestizaje jurídico con las costumbres de todos los pueblos* sometidos por las conquistas territoriales de miles de años. Por ejemplo se llegó a formar el *Derecho foral*, que es el resultado de la inquietud de la reconquista de los pueblos sometidos por los conquistadores, el más resaltante del *Derecho foral de España* en el feudalismo, caracterizado por la redacción de documentos de la actividad jurídica judicial, redactándose cada caso y la solución respectiva. Estos documentos se denominaban *fueros*, *cartas pueblas o fazañas*, equivalentes a la actual jurisprudencia.

En Roma se instituyeron dos sistemas procesales: el *sistema ordinario* y el *sistema extraordinario*. El primero comprende desde sus inicios del Estado Romano hasta el imperio de Diocleciano en el S. III d. c., atravesando por dos fases: a) *Legis actiones*, hasta el s. II a.c., y el *Procedimiento formulario*, desde el S.II a.c. hasta el S.III d.c.,³³⁸ y a partir de este siglo rigió el *sistema extraordinario*.

A) Sistema ordinario

También se denominó *sistema del ordo iudiciorum privatorum* –ordenamiento de los juicios privados-, resumimos las fases de su evolución de este sistema.

I. Las legis acciones

Eran procedimientos de solución de conflictos exclusivamente para los ciudadanos romanos que se encontraban en Roma y a una milla fuera de ella y quedó establecida la competencia por la persona y por el territorio. En la *legis actiones* se trató de rescatar el derecho del ciudadano de la antigua Roma denominado derecho *quiritario* (*de quirite*). Durante esta fase el proceso se desenvolvía exclusivamente en forma verbal.

³³⁸ MONROY GALVEZ, JUAN. *Introducción al proceso civil*, op. cit., p. 16.

La actividad jurisdiccional se desarrollaba solamente en los denominados *días fastos*, y estaba prohibido en los días dedicados a las ceremonias sacras denominados *días nefastos*.

En esta fase el procedimiento estaba constituido por dos etapas: la etapa *in iure* y la *apud iudicem* o *in iudicio*. En la primera etapa dirigía el *magistratus* (magistrado) y en la segunda por el *iudex* (juez). Las dos etapas también tuvieron vigencia en el *proceso formulario*, como afirma *Ihering*,³³⁹ esta bipartición fue una necesidad para garantizar la libertad y la seguridad de los ciudadanos romanos.

a) Procedimiento en la etapa *in iure*

El proceso se iniciaba ante el *magistratus*, con una citación privada que efectuaba el demandante al demandado denominado *in ius vocatio*, si el demandado no se presentaba el magistrado investía de facultad al demandante para conducirlo a la fuerza al demandado de cualquier lugar que se encontraba.

El demandado al ser encontrado, el demandante se dirigía con términos consagrados indicándole que tiene que concurrir al magistrado (*in jus te voco* o *in jus sequere*) Si éste se negaba al requerimiento, en presencia de dos testigos era llevado a la fuerza llegando al extremo de ser arrastrado hasta el magistrado, a esta acción se denominó *obtorto collo*.

En el caso que el demandado era una persona anciana o enferma, el demandante tenía que proporcionarle una camilla y llevado por personas contratadas por el demandante, pero también podría dejarlo hasta que tenga mejoría si se tratara de un enfermo grave, nombrando un garante denominado *vindex*.

Seguidamente se desarrollaba la audiencia ante el *magistratus*, en la que el demandante expone los hechos de la pretensión y el demandado los argumentos de su defensa en presencia de testigos *testes estotes*, para probar que la audiencia se ha realizado ante el magistrado. En esta etapa se determinaba la *litiscontestatio* y se determinaba los puntos controvertidos luego sometidos al *iudex* que las partes acordaban ante el *magistratus*. *Victorio Scialoja*³⁴⁰ afirma, si las partes no se ponían de acuerdo en la designación del juez, el magistrado designaba al *iudex* a uno de los ciudadanos más ilustres del orden senatorial romano, tratando de controlar el poder judicial por la clase dominante en el poder.

La comparecencia era personal, el magistrado no aceptaba al representante (*Nemo alieno nomine lege agere potest: Nadie puede actuar por ley en nombre de otro*), la representación ha ido evolucionando hasta el Derecho canónico durante el feudalismo el que estableció una regla de representación expresando: *Potest quis per allium, quod potest facere per se ipsum* (*Cabe hacer por medio de otro lo que uno puede hacer por sí mismo*).

³³⁹ IHERING, RUDOLF. *Espíritu del derecho romano*, Madrid, s/f. Edit. Bailly-Baillière.

³⁴⁰ SICIALOJA, VITORIO. *Procedimiento civil romano*, trad. SONTIS MELENDO y AYERRA RENDÍN, 1954, p. 122 y 123.

b) Procedimiento en la etapa *apud in iudicem o in iudicio*

En esta etapa, el *iudex* (juez) podía ser unipersonal o colegiado, citaba a las partes para una fecha a fin de llevar a cabo la audiencia, si una de las partes no concurría se le daba una tolerancia hasta medio día, y sino llegaba el juez procedía a la actuación de las pruebas consistente en las declaraciones testimoniales sobre las actuaciones de las partes en la audiencia ante el magistrado, escuchando a las partes su ratificación y el resumen de sus posiciones denominada *causae coniectio*, los abogados podían hacer sus aclaraciones llamado *causae peroratio*, en seguida se actuaban las pruebas que demostraban los hechos que exponían cada una de las partes y emitía sentencia. En el caso de incomparecencia de una de las partes el juez emitía la sentencia en su contra.

El proceso de la *legis actiones*, estaba ligada a la acción directa primitiva de la venganza como dice **Arangio Ruiz**,³⁴¹ la justicia privada «el único medio de que disponía el acreedor, era suficiente la existencia de una deuda cualquiera para que fuera aplicada la *manus iniectio*,³⁴² y los plazos que el acreedor podía conceder al deudor antes de ejecutar su venganza no se hallaban determinados más que por la probabilidad que pudiera ser pagado. Su acción no estaba sujeta más que al control de la opinión pública, que, de otra parte debió de ser a este respecto muy exigente y además habría tolerado el sacrificio de un ciudadano cuya deuda no hubiera sido reconocido públicamente»

Cuando el Estado empezó a reemplazar la venganza privada, sancionó el derecho de la *manus iniectio*, pero envueltos con formalidades que la ley otorgaba protección a este derecho, mostrada en el uso de la violencia en ejecución de sentencias, como la muerte del deudor, someterlo a esclavitud, o venderlo como esclavo, después de muerto dividirse el cuerpo entre los acreedores, con el carácter eminentemente formal y sacro, como está expresado la *legis actio per manus iniectioem*, significando la acción de la ley por aprehensión física del deudor, por la cual el acreedor solicitaba al *iudex* (juez), cobrar su crédito usando el cuerpo físicamente del deudor, mientras más libre era el acreedor (*persona influente en los libres romanos*) la actitud era más despiadada. Las limitaciones estaban reguladas por las XII tablas, la que concedía la acción de la *manus iniectio* solamente cuando había sido declarado el crédito en justicia o éste sea evidente o mostrada para todos, incluso autorizó a todos los ciudadanos y en determinados casos, al propio deudor a oponerse a la *manus iniectio* intentada, si estaba justificada.³⁴³

³⁴¹ ARANGIO RUIZ, VINCENZO. *Las acciones en el derecho privado romano*, trad. de FAUSTINO GUTIÉRREZ ALVIS, Madrid, España 1945, edit. Revista de derecho privado, 20.

³⁴² OSSORIO, MANUEL. Locución latina: Toma de posesión, acción de echar mano. Era la facultad que tenía el acreedor de aprehender a su deudor, confeso o juzgado. En virtud a este modo de ejecución tan personal, puesto que recaía sobre el mismo deudor, y no sobre su patrimonio—en la evolución procesal ulterior—, el moroso o insolvente pasaba a jurisdicción de su acreedor. Durante 60 días el obligado disponía de plazo para pagar por sí o por un tercero, el *vindex*. De no efectuarlo, en los tiempos primeros, el acreedor podía dar muerte al deudor o venderlo como esclavo. *Diccionario de ciencias jurídicas y políticas*, www.geocities.com/eqhd/manusiniectio.htm (15 -05 07).

³⁴³ IBIDEM, op. cit., p. 21.

II. El procedimiento formulario

En la *legis actiones* el procedimiento era por excelencia formal, llegando al extremo que la práctica de tanta formalidad incurrieran en actos perjudicantes del derecho material, generando la desconfianza y descontento en la población.

Ante esta realidad surge el *procedimiento formulario*, instituyendo la competencia por la persona, ya no solamente funcionaba el órgano jurisdiccional para los ciudadanos romanos, sino también para resolver los conflictos entre ciudadanos romanos y peregrinos o solamente entre peregrinos.

Se tenga en cuenta que el procedimiento formulario rompió el esquema de la oralidad, y se pasó a la escritura dejándose constancia en el documento las controversias y quedaba designado el Juez para resolver el conflicto.

También en esta fase el *pretor* tenía el derecho de adecuar al proceso del conflicto que no estaba previsto en el derecho romano, actitud del *Pretor* denominada *justicia pretoriana*, considerando que la función del juez es una actividad creadora del derecho. En el procedimiento formulario, la *litis contestatio* era prácticamente un contrato que celebraban ambas partes estableciendo el demandante la *pretensión* y la *oposición del demandado*, señalando los medios probatorios y designando el *pretor*. La fórmula concluía cuando se ponía a disposición del juez para decidir sobre la sentencia, después de la cual se disolvía el tribunal.

El *procedimiento formulario* se iniciaba con el *editio actionis*, un requerimiento extrajudicial por el demandante al *reus*, indicándole la fórmula que iba a plantear ante el *praetor* en su contra, posteriormente el *Praetor* notificaba al deudor para que se apersonase, denominado *in ius vocatio* con apercibimiento de una sanción pecuniaria por su incomparecencia. Las partes estaban obligadas a probar los hechos que exponían tanto las pretensiones como las excepciones y la *praescriptio*, el juez no estaba obligado a darle a los medios probatorios el valor que las partes pretendían, y emitía sentencia.

El demandado podía apersonarse al *praetor* en forma personal o nombrar una persona que lo garantice, si no concurría ni nombraba garante se le aplicaba la multa, y si mantenía su actitud de incomparecencia, el *praetor* entregaba los bienes del *reus* al demandante, incluso autorizar su venta. En este procedimiento la fase *in iure* se realiza sin formulismos y el demandante pedía lo que deseaba en espera de la conducta del demandado.

La fórmula tiene dos partes: a) las *ordinarias* y b) las *extraordinarias*.

a) **Las ordinarias** son cuatro: *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* y *adjudicatio*.

- **La *demonstratio***, en la cual se describe o se muestra el objeto del litigio.

- **La *intentio***, en esta parte el demandante expone su pretensión y constituye la parte más importante de la fórmula.

- **La *condemnatio***, consiste en que el magistrado señala al juez los términos que debe condenar o absolver al reo, dependiendo de su probanza.

- **La *adjudicatio***, era aplicable esta fórmula solamente en las acciones divisorias, en la que el juez estaba facultado de asignar a uno de los litigantes aquellos bienes que se disputaba con el otro.

b) Las extraordinarias son: la *exceptio* y *praescriptio*.

- **Exceptio**, es una fórmula que restringe la potestad del juez para decir el derecho condenando o absolviendo al reo, subordinando a una condición la prueba de la pretensión del demandante. En este caso *Monroy Gálvez*³⁴⁴ precisa el ejemplo, si el demandante pretende el pago de una deuda, el demandado acepta la existencia del crédito, pero el acreedor convino en no cobrar la deuda, entonces tenía que probar el demandante que no ha convenido en no cobrarle. A esta figura jurídica se denomina la *exceptio pactum de non petendo*.

- **La *praescriptio***, consiste en una cláusula prescrita al inicio de la fórmula, con la cual queda advertido el juez tener presente en su oportunidad.

B) El sistema extraordinario

A este sistema también se denominó *cognitio extraordinem*, en contraposición al sistema ordinario los actos procesales se desarrollan en una sola etapa, los jueces son elegidos por el Estado constituidos en funcionarios públicos, para resolver los conflictos que requieran del órgano jurisdiccional.

El sistema extraordinario estableció varias instituciones que sirvieron de base a los sistemas jurídico-procesales, y muchos de ellos hasta el presente siglo. Dentro de ellos tenemos:

- El *emplazamiento* al demandado se practicaba mediante una notificación que realizaba el auxiliar del *praetor* y la diligencia se llamaba *denuncia apud acta, libellus conventionis*, eliminándose el *ius vocatio*.

-El proceso podía seguirse en ausencia del demandado y emitir sentencia.

-La sentencia tenía que emitirse teniendo en cuenta la demanda y descartó la condena pecuniaria.

-Desapareció la importancia y trascendencia de la *litis contestatio*.

-La *fundamentación de la sentencia* era obligatoria, y el juez podía consultar a los *iuris consultos*.

³⁴⁴ MONROY GALVEZ, JUAN. *Introducción al derecho procesal civil*, op. cit., p. 25.

-También se instituyó *recursos impugnatorios* contra las sentencias como la *appellatio* y la *consultatio* vigentes en el derecho procesal civil actual, así mismo los recursos extraordinarios como la *supplicatio* y la *integrum restitutio* o *restitutio in integrum*.

6.2. El Procedimiento Germánico

En el Derecho Germánico primitivo, el titular de la jurisdicción era la Asamblea de los miembros libres del pueblo (*Ding - mallus*)³⁴⁵ el juez solamente era el Director de debates preparando el juzgamiento del pueblo, la sentencia era pronunciada por la asamblea según la propuesta de un juez permanente o de una comisión nombrada por el juez. El objetivo del proceso es obtener una reparación mediante un importante pago pecuniario de la parte del culpable de la lesión jurídica del acuerdo tomado originariamente entre las partes, y después por coacción, para evitar la venganza del perjudicado o de su tribu.³⁴⁶ El *Derecho Procesal Germánico* se caracteriza por ser *oral* y *público* fundamentado en el principio de controversia.

*Henry Decugis*³⁴⁷ precisa las principales características del proceso germánico primitivo:

a) El juez no se encontraba entre las partes como árbitro de la controversia y decidía según su convencimiento, su función era solamente dirigir el proceso siguiendo las reglas preestablecidas y pronunciaba la decisión que no era formulada por él, sino por todo el pueblo en su origen, posteriormente por un determinado número de representantes del pueblo, quienes en la sentencia se limitaban a verificar el efecto de la intervención divina manifestada en las pruebas solemnes, por ejemplo, resistencia al castigo, atravesar el fuego, etc.

b) Las pruebas no se destinaban a formar el convencimiento del juez, sino a posibilitar la manifestación de la voluntad divina como el juramento, invocación directa de las divinidades, *juicios de Deus*.

c) La sentencia era la consagración de la voluntad de Dios común a todo pueblo y por todo el pueblo formulada, tenía fuerza de verdad absoluta incluso perjudicando a los terceros, la sentencia no era el criterio o convencimiento del juez.

6.3. El Procedimiento Romano - Canónico

La *función jurisdiccional eclesiástica* se inició solamente para resolver los conflictos entre los miembros de las comunidades eclesiásticas y estaban a cargo de los obispos, durante el emperador *Constantino*, dio validez a las sentencias eclesiásticas cuando las partes se sometían a la jurisdicción eclesiástica. Finalmente *Constantino III* amplió la jurisdicción eclesiástica, afirmando que «*toda usurpación de bienes es un pecado y dada la calidad de religiosa del acto, surge el derecho de someter las cuestiones civiles, aunque sea entre legos, a dichos tribunales*»³⁴⁸

³⁴⁵ ENGELS, FRIEDRICH. *L'origine della famiglia, della proprietà y delle Stato*, trad. LUIGI CECCHINE, 1945, p. 165.

³⁴⁶ IHERING, RUDOLF. *El espíritu del derecho romano*, Madrid, s/f., edit. Bailly Baillière, Tomo I, p. 134.

³⁴⁷ DECUGIS, HENRI. *Les étapes du droit*, tomo II, 1946, p. 93 y ss.

³⁴⁸ MONROY GALVEZ, JUAN. *Introducción al proceso civil*, op. cit., p. 31.

En estos procesos el procedimiento era más escrito que oral regulado por el principio opuesto al de *inmediatez* de la *concentración*, *identidad del juez* y *publicidad* como afirma *Chiovenda*,³⁴⁹ pero en todo Europa el Estado que tuvo mayor influencia el *procedimiento romano-canónico* fue España, con la conversión al catolicismo del hijo de *Leovigildo*, pasaron los obispos a resolver grandes conflictos en los negocios de importancia y empezaron a supervisar a los jueces del fuero común.

*Podetti*³⁵⁰ sostiene que el conflicto de poder de la iglesia sobre los poderes de los monarcas, se manifestó en las medidas que tomó el Rey de Castilla *Enrique II*, quien dijo así como nosotros queremos guardar su jurisdicción a la iglesia y a los jueces eclesiásticos, también «razón, y derecho es, que la Iglesia, y Jueces Eclesiásticos, no se intrometan en perturbar nuestra jurisdicción real»

7. SISTEMAS DISPOSITIVO E INQUISITORIO

7.1. Tesis privatista y publicista del proceso

La *tesis privatista* del proceso formulada por los romanos se opone a la *concepción publicista* del proceso, tiene su fundamento en la concepción de la acción como *derecho abstracto* cívico atribuible a la voluntad del *pópulo* de exigir del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, la tutela jurídica con la declaración jurisdiccional de las pretensiones o de derechos pretendidos existentes o no.

En la *concepción privatista* del proceso civil el juzgador es un simple espectador de la actuación de las partes, observando que este se desarrolle de conformidad con las normas de procedimiento eminentemente formal, y no puede declarar la nulidad de actos procesales mientras las partes no hayan solicitado, estando limitada su actuación exclusivamente a las pretensiones de las partes litigantes, como nuestro C.P.C. de 1912 derogado por el C.P.C. de 1992 y entró en vigencia en 1993. La observancia de las normas procesales eran controladas por el Juzgador cuando emitía la Sentencia, declarando nula por vicios procesales o improcedentes después de un largo recorrido muchas veces más de 20 años, es decir una generación de sucesiones de litigantes. La *concepción privatista* se sistematizó sobre todo a partir de la revolución francesa como expresión máxima del liberalismo con el principio «dejar hacer dejar pasar» el Estado es solamente un simple observador.

La *concepción publicista* con carácter científico se inicia en Alemania y consolidada principalmente por la dogmática italiana, surge una nueva concepción de la *teoría de la acción* y la *teoría de los fines del proceso* como afirma *Micheli*,³⁵¹ «el proceso civil está establecido para la actuación de la tutela jurisdiccional de los derechos de los individuos, actuación cuya verificación constituye la satisfacción del interés del Estado en que el derecho sea observado. Interés público que no se

³⁴⁹ CHIOVENDA. Op. cit., p., cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, en op. cit. p. 374.

³⁵⁰ PODETTI, RAMIRO J. *Teoría y técnica del proceso civil y triología estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Argentina, 19

³⁵¹ MICHELI, GIAN ANTONIO. *Curso de derecho procesal civil*, trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO, tomo IV, op. cit. p. 161.

agota con la posición de la norma de ley o con la creación del proceso, sino como el efectivo funcionamiento de este último en la medida en que se torne necesario»

Esta concepción responde a las condiciones y circunstancias del desarrollo de los fenómenos económico-sociales, las corrientes ideológicas y movimientos sociales exigen la intervención del Estado como ente de poder sobre la economía social, en el ámbito de la impartición de justicia el juez deja de ser un simple observador del desenvolvimiento procesal y de mero aplicador de la norma jurídica, y se constituye en el verdadero *director del proceso*, interpreta las normas jurídicas e incluso *declarando inaplicables*. Esta posición es dominante en todos los Estados, sin embargo no quita que todavía en muchos Estados los jueces continúan en gran porcentaje sometidos a la voluntad de las partes, como en el Perú si bien es cierto que tenemos el nuevo C.P.C. pese a los años de su vigencia, los jueces se están desprendiendo el criterio privatista.

Consideramos que la *concepción publicista* del proceso es el más acertado para la impartición de justicia, sin embargo en nuestra realidad jurisdiccional, la mayoría de jueces incurrir en abuso de su función, es decir se exceden en el poder de dirección, y en otros casos mostrando imparcialidad, viola la norma para legitimar conductas procesal que perjudican el derecho de terceros, pese que el abogado defensor del litigante perjudicado hacen el despejamiento de las incógnitas y para que el juzgador practique el acto procesal acorde con el sistema jurídico. Consideramos que el Magistrado tiene que ser controlado por la función de los abogados en la defensa.

Los primeros antecedentes normativos con la *concepción (sistema) publicista* es el Código de procedimiento *alemán* de 1879 y el Código de procedimiento *austriaco* vigente desde 1898 elaborado por *Frans Klein*, sin dejar de lado el trabajo de *Gerhard Adolfo Wilhelm Leonhardt* para *Hannover* de 1850.

7.2. Función jurisdiccional como fundamento del sistema publicista

La *relación jurídica procesal* es de carácter público y se constituye por el accionante y el demandado de una parte y de la otra parte el Estado, el debate no es entre las partes litigantes y el Estado, tampoco es solamente árbitro imparcial. La distribución de justicia es una de las funciones preponderantes del Estado y no puede dejar a merced de las partes litigantes y para cumplir con esta finalidad el Estado también es parte integrante de la relación jurídica procesal. La justicia que imparte el Estado a través de los órganos jurisdiccionales no es satisfacer las necesidades de las partes, sino teniendo en cuenta la *necesidad superior de la paz*, de la prosperidad colectiva y del *prestigio público* de la justicia.

7.3. Características del proceso dispositivo e inquisitivo

En el *Principio dispositivo* la delimitación de los puntos controvertidos (*Thema decidendum*) y en la formación del material de cognición, es la prevalencia de la iniciativa de las partes litigantes. En el *principio inquisitorio* es el que da prevalencia a la iniciativa del juez en la dirección del proceso y en la formación del material de cognición.

Las *características del proceso dispositivo* son:

a) *Ne procedat iudex ex officio. Nemo iudex sine actore.* El juez no puede iniciar el proceso de oficio, debiendo esperar la provocación del autor el impulso inicial del proceso corresponde al litigante y no al juez. Según *Gian Antonio Micheli*³⁵² el principio general consiste en que cuando al juez no se le presente demostrada la existencia de los presupuestos en cada caso establecido por ley para la actuación de cierta forma de tutela jurídica (*independientemente de la circunstancia de la existencia de dichos presupuestos de facto o de derecho, debe ser demostrada en concreto por los sujetos interesados, o de oficio, por el propio juez*), debe rechazar la demanda de manera que la duda que tuviera el órgano jurisdiccional eventualmente fijada, debe traducirse en un pronunciamiento de rechazo, de negación de la tutela jurídica postulada. Esta regla tiene valor sobre todo respecto a los elementos de hecho de los cuales el juez debe pronunciarse, pero puede contemplar también las normas jurídicas a aplicar, puesto que el principio *iura novit curia* no impide que el juez, en muchos casos ignore la norma a aplicar (*usos, normas de derechos extranjeros o de derechos antiguos*) por la dificultad práctica de tener de ellos conocimiento»

b) *Sententia debet esse conformis libello. Ne eat iudex ultra petita partium. Secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet. Iudex iudicat secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam summa. Quod non est in actis, non est in mundo.* Significan éstos términos que el juez debe mantenerse en los límites de la controversia que fijan las partes, decidir solamente según lo alegado y probado y al final emitir sentencia aplicando el derecho a los hechos tal como las partes presentan mediante sus pruebas, tiene que resolver dentro de los términos del postulatorio (*demanda y contestación de la demanda*) y de las pruebas actuadas para obtener la verdad formal. El proceso civil tenía como finalidad impartir justicia obteniendo la *verdad formal* (*significa una impartición de justicia a medias*), abandonando cualquiera de los métodos propios de la investigación. Este criterio en la teoría procesal moderna materializada en la legislación procesal y la jurisprudencia de última década del siglo XX y del presente siglo, está siendo abandonado porque el juzgador al ceñirse a la verdad formal, viene legitimando una serie de fraudes procesales en agravio de una de las partes o de terceros, siendo causante principal de la desconfianza y crisis del Poder Judicial.

*Nawiasky*³⁵³ resalta que «siguiendo el principio dispositivo, las partes determinan a su arbitrio la materia procesal y, en consecuencia, por ejemplo, su confesión decide sobre el resultado independientemente de que esté o no, conforme a la realidad; impera el auto impulso de las partes, que necesitan mantener la marcha del proceso mediante sus peticiones y el principio de eventualidad, a tenor del cual el material procesal ha de ser presentado, con la penalidad de no ser tenido en consideración, dentro de una determinada fase procesal; la producción de las pruebas constituye incumbencia de las partes, no existiendo un deber de probar, más a penas el llamado encargo de la prueba, en virtud del cual el órgano jurisdiccional no se ocupa de procurar las pruebas, solamente se limita a tener en cuenta y valorar las que le sean producidas. A través de todas esas instituciones, a disposición de las personas privadas sobre sus derechos e intereses se prolonga hasta el estadio del proceso de la tutela jurídica, por lo que se puede también hablar de una autonomía privada en el proceso. Esto hace debilitar la sustancial diferencia entre auto tutela y tutela jurisdiccional, en el sentido de que también en esta pesa sobre el postulante de la protección la necesidad de cuidar de sus propios intereses, aunque haya conseguido la

³⁵² MICHELI, GIAN ANTONIO. *Curso de derecho procesal civil*, tomo I, trad. SENTIS MELENDO, SANTIAGO, Argentina, 1970, p. 252 y ss.

³⁵³ NAWIASKY, HANS. Op. cit. p. 346.

condena de la parte contraria, puesto que necesita promover, por propia iniciativa, la ejecución de la sentencia»

Por la naturaleza privada del proceso civil que se semeja al derecho civil que regula las relaciones jurídicas de derecho material privado entre particulares, *Nawiasky*³⁵⁴ sostiene que también se denomine *vía jurídica civil* al proceso civil.

c) *Narra mihi actum, dabo tibi jus. Jura novit curia*. La libertad del juez se limita en el puro *principio dispositivo* a la investigación del Derecho y a la pesquisa de la norma. Cuando la norma le sea desconocida el juez tiene facultades para exigir a las partes que produzcan la prueba, por ejemplo el derecho consuetudinario, el derecho extranjero, etc.

El *proceso inquisitorio* se caracteriza porque el juez está investido de amplios poderes, tiene a su cargo en muchos casos la iniciación del proceso de oficio, repudia la oposición a la sentencia condenatoria *ultra petita* y *extra petita*. Se fundamenta en los principios de iniciativa *ex officio* (*de oficio*) por el juzgador y puede ordenar la actuación de las pruebas de oficio en busca de verdad real. Tiene como fundamento el principio de *inmediatez, concentración* e identificación plena de los litigantes.

8. PROCEDIMIENTO ESCRITO Y ORAL

Como ya hemos expuesto, el procedimiento de los actos procesales desde su inicio en el Derecho romano fue oral para convertirse poco a poco en procedimiento escrito, pero no fue puro porque desde que el *judex* con la partes señalaban los puntos controvertidos estableciendo la fórmula ante el *magistratus*, tenía que ser por escrito para elevarlo al *judex*, si bien es cierto que fue en lo más mínimo pero no fue puro.

El *procedimiento escrito* consiste en que los actos procesales se practican mediante la palabra escrita predominantemente, desde la interposición de la demanda hasta la ejecución de sentencia, esto no significa que no existan actos procesales orales, como la confesión, la declaración testimonial, en algunos casos la contestación oral de la demanda en los casos sumarios como en el C.P.C. de 1912.

En el desarrollo del proceso civil, surgió en el mismo derecho romano el procedimiento escrito hasta fines del siglo XX, durante que el proceso sea escrito, no había necesidad de los justiciables conocer al juzgador.

Algunos consideran al procedimiento escrito como la decadencia del derecho romano, pero por nuestra parte consideramos que no fue así, porque la concepción del juzgador de la época del liberalismo es representado como un personaje con alta moralidad que respondía al sistema propio imperante de la libertad en todos sus extremos, y el poder económico del justiciable es expresión de su mayor libertad y limitación del menos pudiente, el juez tenía que aplicar la ley sin interpretarla. Pero como siempre el derecho es el efecto del desenvolvimiento de las

³⁵⁴ IBIDEM, op. cit. p. 373

contradicciones sociales, surge la degeneración del propio régimen socio económico reflejado en los conflictos particulares que tienen que ser resueltos por el órgano jurisdiccional, emerge la necesidad de institucionalizar la oralidad.

El *procedimiento oral* es aquél en el cual predomina la palabra hablada, aunque se emplee en larga escala la palabra escrita, no solo en la fijación de los puntos fundamentales de la demanda (*pedido y contestación*), sino también en la fijación de las pruebas, de los debates orales y de la Sentencia, consignados en actas.

En Europa todos los Estados han modernizado su normatividad procesal con el sistema oral a excepción de España, en América ha avanzado Brasil con el Código de Proceso Civil de 1936 y Código de Proceso Civil de 1973, como en Argentina y México y Perú con el C.P.C. de 1992 vigente del 28 de julio de 1993.

*Chiovenda*³⁵⁵ establece cinco características del procedimiento oral:

a) **Oralidad**, es la prevalencia de la palabra hablada como medio de expresión combinada con el uso de la escritura, dejando las constancias de la actuación procesal.

b) **Inmediatez**, por la cual debe existir relación inmediata del juez con los justiciables, y otros auxiliares jurisdiccionales (*testigos, peritos, etc.*).

c) **Identidad física** de los justiciables y del juez en el proceso, consiste en que las partes deben comparecer físicamente ante el juez, quien debe conocer el proceso desde el inicio hasta la conclusión así fuera colegiado, el mismo que teniendo la presencia física puede examinar la conducta procesal del justiciable en forma directa y personal.

d) **Concentración**, consiste en que los actos procesales deben concentrarse en el menor número de audiencias o sesiones procesales, porque permite mantener la identidad de las justiciables, testigos, peritos, etc. y se mantiene en la memoria los actos probatorios practicados, facilitando una mejor impartición de justicia.

e) **Inimpugnabilidad**, de los despachos interlocutorios, se entiende por despachos interlocutorios a los actos procesales que dinamizan el proceso antes de la sentencia.

Esta posición talvez en su época tuvo mucha razón, pero viola el derecho de defensa de la parte afectada y limita el control a los actos procesales practicados por el juzgador, sin embargo la teoría procesal moderna a superado este inconveniente desarrollando la posición de *Chiovenda*, admitiéndose los recursos impugnatorios de apelación de autos en la modalidad de diferido o sin efecto suspensivo, y en algunos casos específicos con efecto suspensivo (*elevación del proceso principal a segunda instancia*) que se concede en el mismo acto procesal, pero el C.P.C. peruano exige que al interponerse el recurso impugnatorio contra el acto procesal practicado estando presente el impugnante en la audiencia, se le requiere para que cumpla con las

³⁵⁵ CHIOVENDA, JOSEPPE. Op. cit., tomo III, p. 75. Características explicadas por el autor de este trabajo.

formalidades de fundamentación y pago de tasa judicial si no goza del auxilio judicial, con apercibimiento de tenerse por no interpuesto.

9. DIALECTICIDAD PROCESAL

Los actos procesales son los medios para la obtención del pronunciamiento final por el juzgador reunidos en forma consecutiva y ordenada, constituyen el proceso objetivamente considerado. *Manuel C. de Figueiredo Feraz*³⁵⁶ dice que los *actos procesales son movimientos particulares de un movimiento general continuado – sucesivo, continuidad que transcurre en el espacio y tiempo.*

Todo proceso está constituido por *tesis, antítesis y síntesis*, porque las afirmaciones antagónicas y contradictorias se superan en síntesis que encierran cada fase hasta la *síntesis final*, representada por el juzgamiento materializado en la sentencia cuando se ha superado todas las fases con la preclusión, y finalmente la ejecución de la sentencia al haberse agotado todas las preclusiones.

³⁵⁶ DE FIGUEIREDO FERAZ, MANUEL CARLOS. *Nocão ontológica do processo*, pp. 106 y ss., cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, *Instituições de direito procesual do trabalho*, op. cit., p. 397.

Capítulo X

Estructura del Proceso

1. GENERALIDADES

El proceso es objetivo, concreto y tiene su estructura propia cualquiera que sea la materia que se discute, ya sea en materia civil, penal, constitucional, laboral, contencioso administrativo, de derechos humanos, de derecho nacional o internacional, etc., en la doctrina también se denomina *morfología del proceso*. Hay que resaltar que la estructura del proceso está constituida por varias instituciones sobre las que la doctrina ha formulado diversas teorías explicativas de cada una de ellas.

El estudio de las instituciones procesales como estamos viendo no será fácil su comprensión, impulsándonos a formular una serie de interrogantes y respuestas para ubicarnos en una u otra posición teórica.

2. TEORÍA DE LA ACCIÓN Y PRETENSIÓN

2.1. La *actio* en el derecho romano

Los romanos tenían una concepción de *actio* muy diferente al Derecho moderno, era indesligable la pretensión del derecho subjetivo. En el sistema *legis actiones* y *formulario*, la protección al derecho surgía con la fórmula (*verbal o escrita*) la que creaba la *actio*, y como consecuencia la pretensión del derecho. El *praetor* tenía amplias facultades de creación jurídica, establecía la forma de protección de los derechos y la *actio* romana se consagraba en la fórmula estableciendo el reconocimiento del derecho desde que los presupuestos son probados. Para los romanos la definición de derecho subjetivo era mucho menos aceptado, más bien hablaban de acciones, por ejemplo los derechos del vendedor y comprador, para ellos el *actio ex empto* y de *actio ex vendito* como afirma **Vittorio Scialoja**,³⁵⁷ que en las epígrafes de los títulos del *Corpus Juris Civilis* aparece casi siempre el nombre de acciones creado por el poder del *praetor*, quien otorgaba indirectamente derechos subjetivos con la *actio*.

³⁵⁷ SCIALOJA, VITTORIO. *Procedimiento civil romano*, trad. SENTIS MELENDO y AYERRA RENDÍN, 1954, p. 98.

La función creadora de derechos subjetivos por el *Praetor* se convirtió en fuente del derecho romano, y consecuentemente la división en *Derecho Civil* y *Derecho Pretorio*. El *Derecho Civil* regulado por la legislación y el derecho consuetudinario, el *Derecho Pretorio* regulado por el magistrado quien actuaba con independencia derivada del *imperium* otorgado por la ley, y le confería amplia esfera de coacción en ejercicio de ese gran poder. Los magistrados hasta podían establecer normas jurídicas pertenecientes al derecho *honorario* o *pretorio*, formando parte importante del *Derecho Privado Romano*. El magistrado no declaraba la existencia de los derechos sino que formulaba las normas para su intervención en el edicto *jus edicenti* estableciendo las condiciones de un proceso, constituyendo la acción y como consecuencia el derecho material.

La *actio* se aplicaba en dos sentidos: como el *propio derecho* del demandante que hacía valer contra el demandado, y la *actio* era equivalente a la *pretensión* denominada actualmente. La fórmula consagró el derecho como *pretensión* asentando la *quaestio juris* y la solución que debería darse, entonces era suficiente probar los *presupuestos de facto* (*quaestio facti*) para que se asegure el bien al demandante.

2.2. La pretensión

Este término fue introducido al Derecho Procesal por el jurista alemán *Windscheid*³⁵⁸ (*Anspruch*), como *figura autónoma* en relación al propio derecho por un lado, y por otro, el *derecho de accionar* judicialmente. Entendía como pretensión la dirección del derecho subjetivo a la submisión de la voluntad ajena, es decir el propio derecho subjetivo en dirección contra otras personas.

La pretensión en el sentido procesal significa un *derecho pretendido* abarcando a todas las acciones, y la pretensión como *actio* de derecho material constituye meramente un derecho postulado.

*Hans Nawiasky*³⁵⁹ sostiene que la expresión *pretensión* constituye cómoda designación de la posición del sujeto legitimado comprendiendo una pluralidad de pretensiones, y se podría emplear como equivalente el término facultad (*Befugnis*), porque se oscurece la dirección para el obligado y se resalta la actuación del legitimado activo. La expresión *vínculo jurídico* comprende la relación recíproca en las partes, y finalmente resalta que el *derecho de acción material* como emanación del derecho subjetivo, debe distinguirse del derecho formal de provocar la actuación de los tribunales afirmando la existencia de un *derecho de acción material*. Otros autores alemanes prefieren la expresión *demanda, queja*.

³⁵⁸ WINDSCHEID. *Die Aktio des romanischen zivilrechts von standpunkt des heutigen rechts*, 1856, trad. BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS en op. cit., p. 69.

³⁵⁹ NAWIASKY, HANS. Op. cit., pp. 233 y 350.

3. LA ACCION COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

3.1. Concepción privatista o civilista

La doctrina tradicional consideró la acción como el propio derecho subjetivo en combate cuando éste era amenazado, menoscabado, llegando a afirmar algunos juristas como *Unger Savigny* que la acción es el derecho en pie de lucha.

i. La acción aspecto combativo del derecho subjetivo

En Roma era considerada la acción como parte constitutiva del derecho subjetivo con la definición de *Celso* en el Digesto XLIV, 7, 51, concepción vigente hasta hace poco por los juristas, como *Clóvis Beviláqua*³⁶⁰

ii. La acción como derecho a la segunda Potencia

Esta es una variante derivada de la concepción privatista de la acción, sostenida por la teoría de *Luigi Mattiolo*,³⁶¹ para quien la acción es el poder de recurrir a la autoridad judicial para obtener la declaración y ejecución de un derecho, es el derecho de hacer valer un derecho en juicio o en lenguaje asimétrico, un *derecho a la segunda potencia*.

3.2. La concepción publicista de la acción como derecho cívico autónomo

Oscar Bülow hace el aporte más al desarrollar la tesis del proceso como una relación jurídica de derecho público independiente de la relación de derecho privado que se presenta entre las personas protagonistas del conflicto de intereses. Esta concepción pública atribuye al derecho de acción una naturaleza publicista, en consecuencia el derecho de acción no relaciona a los litigantes sino a ellos con el Estado.

Además de afirmar el carácter público del derecho de acción concibe con el carácter abstracto, en su opinión antes de iniciarse el proceso no hay acción, solamente existe cuando se interpone una demanda aparece recién el derecho a obtener una sentencia favorable.

4. TEORÍA DE IDENTIDAD DE ACCIONES Y ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

4.1. Elementos de la acción e identidad de acciones

La doctrina tradicional consideraba que la acción tiene tres elementos: *las personas (personae)*, *el petitório (petitum)* y *el título jurídico o causa de pedir (causa petendi)*. La concurrencia de los tres elementos o requisitos en dos o más acciones, se puede decir que las

³⁶⁰ BEVILAQUA, CLOVIS. *Teoría procesal civil*, 1929, p. 63.

³⁶¹ MATTIROLO, LUIGI. *Institucion di diritto guidiziario civile*, 1889, p. 7.

acciones son idénticas, sin embargo si concurre la identidad de dos elementos y en uno de ellos no existe identidad, las acciones son *semejantes* o *conexas*. Las diferencias de *identidad* de *acciones* y *conexidad* serán analizadas más adelante.

La *identidad* de las acciones se configuran por la concurrencia de los tres requisitos: *eadem conditio personarum*, *eadem res (petitum)*, *eadem causa petendi*. Consideramos necesario adentrarnos en el análisis de cada uno de los elementos de identidad de acciones, y encontraremos ciertas dificultades que la doctrina ha tenido que resolver.

a. Identidad de personas (*eadem conditio personae*)

Para que se configure el requisito de *identidad de sujetos*, es necesario no solamente que sean las mismas personas, sino también que haya identidad en la cualidad en uno u otro proceso, la identidad se configura no obstante sean diversas las partes pero se encuentran ligadas por vínculo de sucesión universal o testamentaria, o por condiciones que la ley reconoce, como la representación en la fusión de Sociedades Comerciales, etc.

Luigi Mattiolo³⁶² dice que «La regla del objeto de la sentencia, ya no requiere de la identidad física del individuo litigante; sino aquella condición jurídica de la persona; de modo que allí puede ser – diversidad jurídica de la persona (varia *conditio personarum*), a pesar de identidad física de los individuos litigantes; así como se acostumbra, entonces un individuo se presenta con diversa cualidad legal en dos distintos y sucesivos procesos – e identidad jurídica de la persona (*eadem conditio personarum*) pese a la identidad física de los individuos; impera la autoridad de la sentencia que se extiende no sólo a quienes participan materialmente en el proceso en calidad de actores, emplazados, intervoentores, sino también quiénes participan como litigantes foráneos legalmente representados en la causa»

Mattiolo hace una afirmación verdadera referente al primer elemento de identidad de acciones, al sostener que no es necesario que sean las mismas personas que participan en dos o más procesos para que se produzca el presupuesto de identidad de los justiciables, por ejemplo en la *sucesión procesal* una persona ocupa el lugar del otro reemplazando como titular accionante o emplazado del derecho en discusión, como en el caso del fallecimiento de uno de los justiciables será reemplazado por el heredero, tratándose de las empresas fusionadas la sucesora será la *empresa receptora* de la *empresa extinguida* por fusión, en la *cesión de crédito* asume el cesionario como titular del derecho en conflicto sometido al órgano jurisdiccional. **Mattiolo** tiene mucha razón en cuanto a la identidad física de los justiciables que no está en función de la misma persona natural o jurídica, sino la *calidad jurídica* que tienen sobre el objeto de los procesos con identidad.

Sobre esta afirmación **Eduardo J. Couture**³⁶³ dice que no importa que el autor (*demandante*) en la primera demanda sea accionante y en la segunda sea demandado y viceversa, porque el cambio de posición no altera los efectos de la cosa juzgada, es decir son los mismos en cuanto a

³⁶² MATTIROLO, LUIGI. *Instituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, 2ª edic., 1899, 434. También CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, pp. 289 y 355.

³⁶³ COUTURE, EDUARDO J. Op. cit., 351.

la identidad de acciones. *Palacio*³⁶⁴ también dice que entre los sujetos del proceso para los objetivos de nuestro análisis actual, no se puede considerar al juez, porque él es ajeno a la relación jurídica material sobre la cual versa la pretensión, y ésta es relevante para verificar la concurrencia del requisito de la identidad de las acciones. La verdad es que no basta la identidad física de los sujetos litigantes – *demandante y demandado* – sino que es necesario que concorra la *identidad de la cualidad de la condición jurídica*, y para ello hay que tener en cuenta la *calidad jurídica* en que dichos sujetos han intervenido en cada caso, no siendo suficiente que se trate físicamente de las mismas personas. No *existe identidad*, por ejemplo si una misma persona actúa en un proceso a *nombre propio* y en otro como *representante legal* de su hijo menor, pues es distinta la calidad asumida en uno y otro caso. Así mismo puede operarse un cambio de las personas físicas que intervienen en los respectivos procesos sin que ello implique una modificación subjetiva de la pretensión, como ocurre por ejemplo, si el heredero deduce una pretensión que se rechazó cuando fue intentada por el causante.

*Liebman*³⁶⁵ afirma que «No solamente es la identidad física de la persona que interesa a esta diferencia, sino además la calidad en la cual la persona es concretamente considerada: Así mismo, en caso que Tizio actúa en una oportunidad y en otra oportunidad en calidad de padre ejerciendo la patria potestad sobre su hijo menor, y después como representante legal del hijo, los sujetos son diversos, y por esta razón las acciones son diversas. Viceversa si Cayo actúa como heredero de Empronio, la acción es idéntica, a partir de ella es otra condición con aquella propuesta a su tiempo de Simpronio» Finalmente *Micheli*³⁶⁶ concluye que «Por identidad de los sujetos, se entiende no sólo la identidad física del actor y del demandado, sino también la identidad de calidad jurídica con que dichos sujetos actúan en el proceso»

b. Identidad del objeto (*eadem res petitum*)

El elemento de la *identidad del objeto* se configura por el mismo efecto jurídico y por el mismo bien jurídico en conflicto. Son muy importantes tener en cuenta las observaciones semejantes tratadas respecto de la *eadem conditio personarum*, la razón es que la *identidad de la cosa* es inseparable de la *identidad de la causa*. Para *Mattiolo*³⁶⁷ «La identidad jurídica de la cosa y de la causa (ósea del título, del hecho jurídico que es el fundamento de la controversia) si se confunden y compenentran en una sola, en aquella de la cuestión discutida en juicio y decidida, de la cual la cosa demandada y la causa de la demanda las dos son administradas»

*Piero Calamandrei*³⁶⁸ distingue el objeto inmediato (*condenatoria, declarativa, etc.*) y el objeto mediato (*el interés substancial cuya satisfacción se busca*), observando con integral acierto: «Para individualizar la acción no basta tener en cuenta solamente el objeto inmediato, o solamente de aquel mediato, sino que concurre con todos, dentro de ellos estos dos aspectos de cuyas combinaciones surge la exacta identificación del *petitum*. Al determinar el objeto de la acción nuevamente va a obtener la condena del deudor (*per es*) no basta la mención del sólo procedimiento judicial, si no se precisa cuál es el derecho subjetivo insatisfecho, tutela del cual es invocada; y viceversa no basta determinarlo la sola mención de este derecho, porque uno de estos derechos puede ser tutelado con el procedimiento

³⁶⁴ PALACIO, LINO ENRIQUE. Op. cit., tomo I, p. 115.

³⁶⁵ LIEBMAN. Op. cit., tomo I, p. 72.

³⁶⁶ MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 38.

³⁶⁷ MATTIROLO, LUIGI. Op. cit., p. 431, trad. HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS.

³⁶⁸ CALAMANDREI, PIERO. *Instituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 1943, p. 138.

jurisdiccional de diversa naturaleza, correspondiente a cada uno de ellos una diversa acción (si pensamos, por ejemplo, la acción con la cual el acreedor quiere obtener en la confrontación del deudor, el mero accertamiento de su derecho de crédito, y la acción con la cual el acreedor quiere obtener la condena del deudor al pago; en los dos casos el objeto mediato es la cárcel (según el derecho penal italiano de esa época), pero si se trata de dos acciones distintas, porque es diverso el objetivo inmediato»

Micheli³⁶⁹ precisa que «Por objeto del poder de acción puede entender tanto la providencia del juez, mediante la cual se actúa una forma de tutela jurídica, como el medio a través del cual se obtiene la satisfacción del interés a la tutela jurídica. El Primero es aquel que podría definir como el objeto inmediato del proceso concreto puesto en movimiento por aquella demanda; el segundo es el objeto mediato de dicho proceso, siendo este último el instrumento para la actuación de la tutela jurisdiccional» continúa el autor afirmando que para determinar el *petitum* es necesario no sólo atenderse a la determinación del bien objeto de la demanda, sino considerar también las conclusiones, por eso es importante el tipo de providencia pedida al juez y cuál es el remedio específico demandado.

Por su parte **Palacio**³⁷⁰ corrobora estas posiciones expresando que «No basta que dos o más pretensiones versen sobre un mismo bien de la vida, por cuanto éste es susceptible de ser tutelado mediante pronunciamientos judiciales de distinta índole. Por ejemplo, el rechazo de una pretensión ejecutiva referente a una determinada suma de dinero no impediría el planteamiento de una posterior pretensión de conocimiento cuyo objeto mediato fuese la misma suma, si mediante esta última pretensión se persigue la resolución de cuestiones que no pudieron debatirse en el proceso ejecutivo. Habría, en cambio, identidad de pretensiones, si rechazada una pretensión declarativa sobre la base de la inexistencia del derecho material reclamado, se formulase posteriormente una pretensión de condena relativa al mismo objeto mediato, pues la sentencia de condena debe fundarse, necesariamente en la existencia de ese derecho»

La identidad del objeto debe tenerse presente el problema de saber si tal identidad se configura cuando en una demanda se pide parte y en otra se pide el todo o viceversa. Tradicionalmente la doctrina principalmente formulada por **Toullier** y seguida por **Giovanni Lomonaco**³⁷¹ sostiene que hay cosa juzgada cuando se promueve una segunda acción sobre la misma cosa, una parte del todo que se demandó en primera acción (*in toto et pars continetur*), al contrario, no ocurre la excepción de cosa juzgada cuando en la segunda acción se demanda todo, mientras que en la primera acción se demandará apenas parte (*totum in parte non est*).

La primera posición fue considerada como principio en el derecho romano por **Ulpiano**,³⁷² posición que ha sido combatida por la *Teoría moderna del Derecho Procesal*. El jurista brasileño **Joao Monteiro**³⁷³ ha combatido esta doctrina formulando ejemplos: a) si una sentencia declaró no ser el autor exclusivo propietario de un predio o acreedor de Cr\$ 1,000.00, bien, puede otra, sin contradicción, le reconoce el derecho de usufructo sobre el mismo predio o el crédito de Cr\$ 500,00; b) si en la primera demanda el autor se limitó a pedir la propiedad de parte de cierto

³⁶⁹ MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 38.

³⁷⁰ PALACIO. Op. cit., tomo I, p. 115.

³⁷¹ LOMONACO, GIOVANNI. *Delle obbligazione e dei contratti in genere*, vol. III, 1890, p. 368.

³⁷² ULPIANO. *Digesto*, Lib. XLIV, tít. II, *De exceptione rei judicatae*, frag. 7º, Princ. cit. por BATALHA, WILSON CAMPOS DE SOUSA, Op. cit. p. 284.

³⁷³ MONTEIRO, JOA. *Teoria do processo civil e comercial*, 3ª edic., vol. III, 1912, p. 238 y sgs.

inmueble, y habiéndose ampliado la cuestión, declaró la sentencia que ninguno era su derecho de propiedad, no le será lícito, en nueva demanda pretender por el mismo título el pleno dominio del mismo inmueble.

*Eduardo Couture*³⁷⁴ hizo un deslinde sosteniendo que «Si la decisión anterior, relativa a la parte, tiene como antecedente lógico inseparable la pertenencia del todo, se puede hablar de cosa juzga; si, por el contrario, en el juicio anterior se discutió el derecho a la totalidad de los bienes y la demanda fue rechazada sin que haya habido pronunciamiento sobre el derecho a una parte de ellos, puede suceder que no exista cosa juzgada en base de una nueva acción tendiente a reclamar tan sólo la parte»

c. Identidad del título jurídico (*eadem causa petendi*)

La identidad de la *causa petendi* es el resultado de los elementos de hecho que tuvieron influencia en la formación de la voluntad concreta de la ley, no de la norma abstracta como consecuencia de esta afirmación, para *Giuseppe Chiovenda*³⁷⁵ los simples cambios del punto de vista jurídico (o sea, la invocación de una norma diferente al caso de que un hecho pueda incidir en diferentes normas de la ley) no importa la diversidad de acciones, por lo tanto es lícita a las partes como al juez.

*Couture*³⁷⁶ con acierto observa por el hecho de cambiarse el punto de vista jurídico, sólo por sí no se evita la excepción de cosa juzgada. No es diferente el punto de vista de *Carnelutti*³⁷⁷ al afirmar que la *causa petendi* es «la prestación que provoca la demanda, pero no la razón que sostiene la prestación» Este autor define la prestación como «la exigencia de la subordinación de un interés altruista a un interés propio» y define a la razón como la «la afirmación de la tutela, que el orden jurídico concede a los intereses del cual se exige su prevalencia; en otras palabras, la afirmación de la confirmación de la conformidad del derecho (objetivo)»³⁷⁸

La misma orientación sigue *Liebman*³⁷⁹ resaltando que «La causa de la acción es el hecho jurídico que el actor pone la fundamentación de la demanda, ósea – en el lenguaje de la ley- el título de la acción. Esa razón es el hecho del cual surge el derecho que el autor pretende hacer valer, o la relación jurídica de la cual el derecho prohíbe el hecho derivado con todas aquellas circunstancias e indicaciones que son necesarias para individualizar exactamente la acción que se propone, y que variando la segunda de la diversa categoría del derecho y de la acción. Estas singulares circunstancias de los hechos no son relevantes por ser iguales, pero en cuanto concurren a componer un determinado hecho jurídico permanezca él igual, posición aunque variante, por esta razón modificar la causa petendi. Entre tanto puede decirse de la norma jurídica a la cual el actor está reclamando en su demanda, aunque la posición variare sin modificar la causa petendi, siempre que esto no induzca variación del hecho jurídico»

³⁷⁴ COUTURE, EDUARDO. Op. cit., p. 363.

³⁷⁵ CHIOVENDA, GIUSSEPE. Op. cit. vol. I, p. 496

³⁷⁶ COUTURE, EDUARDO. Op. cit., p. 364.

³⁷⁷ CARNELUTTI. *Sistema*, op.cit., vol. I, p. 356.

³⁷⁸ IBIDEM. Op. cit., vol. I, p. 345.

³⁷⁹ LIEBMAN. Op. cit., tomo I. p. 73; también ROCCO, UGO, op. cit., tomo I, p. 292; MICHELI, op. cit., tomo I, p. 39; PALACIO, op. cit., tomo I, p. 116; DE BUENO VIDIGAL, LUIS EULALIO. *Comentarios en el código de proceso civil*, tomo VI, 1974, p. 91.

Este jurista hace una distinción entre acciones declaratorias o de condena fundada en el *derecho absoluto* (por ejemplo derecho de propiedad) y las fundadas en *derechos obligacionales*. En relación a las primeras, para identificar la acción basta indicar el derecho que se afirma existente, sin que se torne necesario mencionar el título adquisitivo, porque el derecho pertenece a él mismo sea cual fuere el acto constitutivo. Asimismo no varía la *causa petendi* por el sólo hecho de invocarse uno u otro de los posibles títulos adquisitivos. Al contrario, las simples indicaciones de la relación jurídica no basta la indicación de las acciones propias de derechos obligacionales, porque son concebibles diversas relaciones de obligación teniendo idéntico contenido, en consecuencia para *identificar la acción* es indispensable indicar el hecho constitutivo de que se pretende deducir la existencia de la relación jurídica la que se refiere a la acción. Esta es la razón por la que los romanos pretendían explicar cuando decían: *amplius quam semen res non potest, saepius antem deberi potest*.

La *teoría de la identidad de las acciones* surge de dos puntos substanciales enfocados en los acápites anteriores, la que ofrece relevancia para el deslinde de una serie de problemas, tales como los referentes a la *litispendencia*, la *cosa juzgada* y la *mutatio libelii* (*desistimiento, conciliación o transacción*).

La generalidad de los Códigos procesales no han dado un tratamiento autónomo a la identidad de acciones, sino dentro de los diversos problemas que dan origen al problema de la identidad de las acciones, principalmente referente a la cosa juzgada, como también la litispendencia, las que pueden tratarse dentro de las excepciones o como medio de defensa durante el proceso que concluirá con una sentencia declarando improcedente la acción.

El art. 453° del CPC peruano, recogiendo el texto del art. 301 del CPC brasileño, prescribe:

«Art. 453°.- Son fundadas la excepciones de litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión o conclusión del proceso por conciliación o transacción, respectivamente, cuando se inicia un proceso idéntico a otro:

- a. Que se encuentre en curso (litispendencia);
- b. Que ya fuera resuelto y cuenta con sentencia o laudo firme (cosa juzgada);
- c. En que el demandante se desistió de la pretensión (mutio libeli); o
- d. En que las partes conciliaron o transigieron (mutatio libelii)»

5. TEORÍA DE CONEXIÓN Y CONCURSO DE ACCIONES

5.1. Conexión y continencia de acciones

La *conexión de acciones* ha tenido muchas dificultades para ser definida, tanto en la legislación procesal como en la doctrina. *Pedro Bautista Martins*³⁸⁰ autor del Proyecto del Código Procesal Civil Brasileño de 1973, expuso que el concepto de *conexión* «no puede ser

³⁸⁰ BATISTA MARTINES, PEDRO. *Proyecto do código de proceso civil de 1973*. Cit. por BATALHA, WILSON CAMPOS DE SOUSA. Op. cit., p. 287.

realmente fijado en principios apriorísticos y abstractos. Definirlo sería un error de consecuencias incalculables, porque bien podría acontecer que la experiencia puede presentar nuevas figuras de conexión que si no pudiesen ajustarse a las categorías quedarían discriminadas en la ley» Estos argumentos fueron cuestionados por el Profesor brasileño **Francisco Morato**³⁸¹ y recomendó que el legislador la definiera, resaltando que la *conexión de acciones* puede y debe ser definida por el legislador para eliminar las vacilaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, y la ley sea siempre clara y explícita. El CPC brasileño formuló la definición de conexión de acciones en el art. 103° prescribiendo: «*Reputase conexas dos o más acciones, cuando le fuera común el objeto o la causa de pedir*» El CPC peruano de 1992 también formula los supuestos de conexión de acciones en el art. 84°:

«Artículo 84°.- Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas»

Luigi Mattiolo³⁸² explica que las relaciones lógicas de las cosas son – de *identidad*, de *diversidad* y de *analogía*, conforme a los elementos constitutivos de dos o más cosas – las personas litigantes (*personae*), el objeto de la controversia (*res*), o el título de la controversia (*causa petendi* y *causa excipiendi*), es decir aquel sobre el cual se apoya la acción y la correspondiente defensa, entonces de ahí podemos decir que dos acciones son *idénticas*, si tienen las mismas personas de la relación jurídica procesal, el mismo objeto y el mismo título. Serán *análogas* o *conexas* las acciones, si de los tres elementos, algunos son idénticos y otros diversos. Sin embargo, la identidad de *personae* en dos procesos no justifica por sí sola la conexión de acciones, sino cuando son idénticos el objeto o el título de la demanda.

La *continencia de acciones* es definida con claridad por el art. 103° del CPC brasileño de 1973 expresando: «*Se da la continencia entre dos o más acciones siempre que haya identidad en cuanto a las partes y la causa de pedir, además el objetivo de una, por ser más amplio, abarca el de las otras*» **Ugo Rocco**³⁸³ sostiene que hay *continencia* cuando una acción contiene en sí otra más restringida, y afirma que ocurre *conexión* cuando una acción tiene elementos comunes con otra, distinguiendo la *conexión* subjetiva de la objetiva. a) *Conexión meramente subjetiva* ocurre cuando solamente los sujetos son los mismos. b) La *conexión objetiva* consiste en el hecho de que dos acciones tienen en común la *causa petendi*. La *conexión objetiva propia* o *verdadera* ocurre cuando dos acciones, además de los elementos subjetivos idénticos, tienen en común la *causa petendi* o el *petittum*. La *conexión objetiva impropia* ocurre cuando la decisión de varias causas depende de la solución de idénticas cuestiones de derecho.

5.2. La acumulación de acciones

El CPC peruano vigente no define a la acumulación de acciones en forma precisa expresado en el art. 83°:

³⁸¹ MORATO, MORATO. Cit. por BATALHA, Wilson DE SOUSA CAMPOS. Op. cit. p. 287.

³⁸² MATTILOLO. *Instituzioni*, op. cit., p. 134.

³⁸³ ROCCO, UGO. Op. cit. tomo I, p. 293. También BIEBMAN, op. cit. tomo I, p. 74 y II, vol. 1, p. 187; PRIETO CASTRO, op. cit., p. 237 y 258; MICHELI, op. cit., tomo I, p. 42 y 168

«Art. 83º.- En un proceso puede haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es la acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.

La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se proponga en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente»

La hipótesis del artículo citado tiene su antecedente en el art. 292 CPC brasileño de 1973 «Es permitida la acumulación, en un único proceso, contra el mismo reo (demandado), de varios pedidos, aunque entre ellos no haya conexión» El CPC peruano ha establecido los presupuestos de procedibilidad regulado por el art. 85º:

«Art. 85º.- Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas:

1. Sean de competencia del mismo Juez;
2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y,
3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.

Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este código»

Nuestro CPC recoge los presupuestos de admisibilidad prescritos por el art. 103º del CPC brasileño de 1973: «Son requisitos de admisibilidad de la acumulación: I. Que los pedidos sean compatibles entre sí; II. Que sea competente para conocer de ellos el mismo juez; III. Que sea adecuado para todos los pedidos el tipo de procedimiento»

Prieto Castro³⁸⁴ hace una clasificación de la acumulación de acciones, determinando cuatro clases: a) *simples*, cuando se ejercitan todas las acciones a un mismo tiempo, b) *alternativas o electivas*, cuando el *petitum* no se extiende al conjunto de objetos, pero el juez debe pronunciarse solamente acerca de uno; c) *eventual en sentido propio*, cuando el posterior objeto únicamente se considera pedido para el caso (*eventualidad*) de que los anteriores no prosperen; y d) *sucesiva o eventual en sentido impropio*, cuando se formula un pedido subordinado a la consideración de otro que precede, de tal manera que no siendo atendido el primero, el segundo y los ulteriores no tendrán sentido.

La *conexión* está envuelta por vínculos de *accesoriedad, continencia, garantía o prejudicialidad* como expone **Michelle**,³⁸⁵ mientras que la acumulación ocurre, siendo los mismos demandados, y entre acciones que no pueden tener vínculos de conexión o continencia. El *simultaneus processus* se admite por motivos de economía, así mismo que exista conexión entre las causas, desde que se trata del mismo o de los mismos demandados.

Resalta **Michelli**,³⁸⁶ la ley admite que contra la misma parte se propongan en el mismo proceso varias demandas, aunque no sean conexas por otra razón. Así en la *conexión* y en la *contenencia* tenemos la vinculación de los procesos por la causa de pedir, el *petitum*, mientras que en el fenómeno de la *acumulación* ocurre necesariamente la identidad de demandados, sin embargo los petitorios y las causas de pedir pueden ser diversos.

³⁸⁴ PRIETO CASTRO. Op. cit., p. 332 y 341.

³⁸⁵ MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 42.

³⁸⁶ IBIDEM. Op. cit., tomo I, p. 169.

*Palacio*³⁸⁷ nos enseña de una *acumulación objetiva de pretensiones*, que se caracteriza por ser la reunión en la misma demanda de las distintas pretensiones que el autor tenga ante el demandado, siendo innecesario que entre las pretensiones acumuladas ocurra un vínculo de conexión por la causa o por el objeto.

Además, dice el autor que la *acumulación sucesiva por inserción de pretensiones*, se verifica cuando en un proceso pendiente se incorpora otra pretensión, admitiendo a la pretensión inicial antes de contestado el hecho, reconexión, intervención *ad excludun*. Estas hipótesis son de conexión o continencia (*identidad de pedido o de una causa de pedido*), mientras que reservamos la definición de acumulación apenas para la hipótesis en que hay identidad de demandado o demandados, entonces no ocurre conexión o continencia de causas.

*Hernando Devis Echandia*³⁸⁸ sostiene que “*el interviniente principal no litisconsorcial – tercerista, como lo hemos denominado siguiendo a Guasp- puede concurrir el proceso con una pretensión propia contra el demandado, respecto al mismo objeto de la litis, oponible al mismo tiempo al demandante, pero sin intención de excluirlo y con diferente causa petendi (tercerista simple), o con una pretensión propia incompatible con la de ambas partes y que buscan excluirlas del derecho objeto de la litis, del que se reclama titular, total o parcialmente (tercerista excluyente). Ambas clases se comprenden en la tradicionalmente conocida como intervención ad excludendum, sustancialmente distinta de la principal litisconsorcial y de la coadyuvante o accesoria*»

La subdivisión que propone es útil para precisar mejor esas dos diferentes posturas que el interviniente principal *ad excludendum* puede adoptar frente a las pretensiones del demandante, ya que frente al demandado su posición es en ambos casos igual y excluyente: la de concurrir con aquel a pesar de aducir frente a él un derecho con *causa petendi* distinta y tener una pretensión que les es oponible y que puede resultar parcialmente contraria a la suya o la de excluirlo de toda la cosa o derecho reclamado o de una parte de éste, como sucede cuando pretende ser el dueño de todo o de una parte del inmueble que reivindica el demandante para sí o de una cuota indivisa en el mismo.

El litigante principal *ad excludendum* concurre al juicio con pretensiones propias, para reclamar a su favor una declaración judicial, sin limitarse a una pasiva oposición a las pretensiones del demandante. Es una especie de demandante sucesivo que dirige su pretensión frente al demandado y al demandante inicial, con quienes entra a entablar la relación jurídica procesal, ya sea que persiga excluir al demandante inicial o que simplemente pretenda vincularlo u obligarlo con decisión que pronuncie el juzgador en su favor. En ambos casos dicho interventor introduce un nuevo conflicto de intereses en el proceso, puesto que aduce una pretensión propia e independiente de la del demandante, cuyo título o causa es distinta, razón por la cual la suerte que corra en la sentencia puede ser diferente de la de éste. No existe la comunidad de suertes que en el litisconsorcio se presenta.

³⁸⁷ PALACIO. Op. cit., tomo I, pp. 132 – 142.

³⁸⁸ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *De la tercería en el derecho procesal civil*, AAVV, edit. Ediciones Fabreton Caracas, 1993, pp. 496 y 497.

5.3. El concurso de acciones

*Liebman*³⁸⁹ recuerda que dos derechos se dicen concurrentes cuando son vinculados entre sí sobre el punto de vista funcional, de manera que la satisfacción de uno de ellos extingue el otro, a la identidad de un cierto resultado práctico que se tiene derecho a conseguir, corresponde una pluralidad de razones de pretenderlo, las cuales no obstante permaneciendo autónomas y separadamente tutelables, no permiten obtener aquel resultado sino en forma conjunta y en una sola vez (*sentencia*). En estos casos a los derechos concurrentes corresponden otras tantas acciones concurrentes. Se distingue un *concurso objetivo*, en el cual la identidad de las personas y del *petitum* corresponde varias *causae petendi*, y es un *concurso subjetivo* cuando a sujetos diversos corresponden acciones diversas, objetivamente idénticas por la identidad de la *causae* y del *petitum*.

Como ejemplo de *concurso objetivo de acciones* tenemos la acción ejecutiva amparada en un pagaré, y la acción causal fundada en el acto jurídico que dio lugar a la aceptación del pagaré. Como ejemplo de concurso subjetivo de acciones, tenemos la impugnación de los acuerdos de la junta general de socios de una Sociedad Anónima, interponiendo acción judicial por los accionistas impugnantes, el Gerente General por acuerdo del Directorio, o por los socios ausentes.

Es necesario tener presente *otra modalidad* de concurso de acciones. Aquella en que a una sola causa de pedir entre las mismas personas, corresponde dos o más petitorios alternativos y entre sí excluyentes. La formulación de un pedido excluye la formulación de otro contra la misma persona y con la misma *causa petendi*.

Las razones de la postulación son las mismas, pero el resultado práctico pretendido es diverso en una u otra hipótesis. Por ejemplo en la compraventa de un bien con vicio redhibitorio, o de un bien inmueble con diferencia substancial de área, sobre el mismo fundamento y el mismo postulante puede demandar contra el mismo emplazado, la *actio redhibitoria* (*acción redhibitoria propiamente dicha*) y la *actio quanta minoris* (*acción estimatorio*), a fin de obtener la resolución del contrato o la reducción proporcional del precio. Una postulación excluye definitivamente a otra conforme al vocablo: *Electa una vía, non datar regressus ad altera*.

El C.C. peruano de 1984 en el art. 1511° expresa que «*El adquirente puede pedir, en razón de saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato*» El art. 1513° del mismo Código reconoce al comprador el derecho opcional de pedir al transferente el pago del exceso del valor del bien, expresando:

«Art. 1513°.- *El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512°, inciso 5*»

El comprador puede optar por la acción redhibitoria o por la acción estimatoria, cualquiera de ellas excluye a la otra.

³⁸⁹ LIEBMAN. Op. cit., tomo I, p. 78.

6. LA PREJUDICIALIDAD

Hemos estudiado que los tipos particulares de conexión de acciones se caracterizan por la *accesoriedad*, por la *garantía* y por la *prejudicialidad*, trataremos en forma sucinta a cada una de ellas.

- a) La *accesoriedad* se produce cuando una acción es dependiente de otra, pero puede ser propuesta separadamente, por ejemplo la indemnización por daño es accesoria relativamente a la acción de nulidad de contrato de compraventa de bien ajeno.
- b) La acción de *garantía* se produce en la hipótesis de responsabilidad por la evicción (adquisición de derechos a *non dominio*) en cuanto en la exigencia de cumplimiento de obligaciones por parte de persona diversa de la obligada por la relación jurídica fundamental, como la fianza, hipoteca de bienes de terceros, etc.
- c) La *prejudicialidad* se produce cuando dos o más cuestiones se hallan vinculadas de tal forma que la solución de una constituye precedente lógico necesario de la solución de otra, por ejemplo el reconocimiento del hijo por cualquiera de las formas que ampara el Código Civil, constituye prejudicial de la *petitio hereditatis*, el reconocimiento de una responsabilidad extracontractual constituye prejudicialidad para la acción civil de resarcimiento.

La prejudicialidad se instituyó en el Derecho romano, *Justiniano* en las Institutas Libro IV, título VI de *las actionibus*, apartado 13 se refiere a las acciones prejudiciales por las cuales se decidía si alguien era libre, o liberto, bien como cuestiones de filiación (*status libertatis, familiae*). La aplicación de la prejudicialidad que nos interesa, significa la inaplicación de una acción por otra, a fin de que si se decide una acción, es indispensable que otra cuestión sea decidida, siendo de cuestionar si el juez de aquella puede suspender el proceso y dependa de la decisión de ésta. Esta institución procesal ha pasado por la censura de los juristas romanos.

Ulpiano también estableció una norma sobre la *prejudicialidad* en el Digesto, libro V, título III, de *hereditate petitionis, frag. 7º, parágrafo 1º* dice que si se discute la inoficiosidad de un testamento, constituye prejudicial saber si hay herederos cuya legítima habría sido violada, la cuestión de parentesco es prejudicial en relación al problema del testamento inoficioso, también *Africanus* relata en el Digesto, Libro XLIV, título I, de *exceptionibus, praescriptionibus, y praejudiciis, frag. 16*, que se disputa con otro la propiedad del fundo Ticiano y se pretende servidumbre de pasar por el fundo Semproniano, esta última acción puede ser sustentada, porque constituye *cuestión prejudicial* saber quién es efectivamente propietario del Fondo Ticiano que sería el fundo dominante.

*Liebman*³⁹⁰ afirma que conforme a ley, el examen de la cuestión prejudicial realizará *incidenter tantum*, es decir solamente como vía obligatoria del *inter lógico* de la decisión verdadera y propia. Se podrá decir ahora que la *cuestión prejudicial* forma objeto de cognición

³⁹⁰ LIEBMAN. Op. cit., tomo I, p. 57; Trad. CHAVEZ VALLEJOS, HECTOR.

más no de decisión, la solución dada a la cuestión prejudicial será vinculante solamente aquel efecto de la decisión dada a la cuestión principal. Por esta razón la cuestión prejudicial no extiende de por sí el objetivo del proceso y no se aparta de la competencia. – Aquella es parte, sin embargo pedir que el juez no solo conozca, sino que decida la cuestión prejudicial el modo de eliminar de una vez para siempre toda incerteza en torno de ésa, en tal caso habrá una demanda de accertamiento incidental que ampliará el objeto del proceso y de la sentencia hasta la comprensión de la cuestión prejudicial.

*Savigny*³⁹¹ sostiene que la prejudicialidad era aplicada con frecuencia dentro del procedimiento romano deduciendo la *exceptio praejudicialis*, formulado por el demandado como medio de defensa para que el proceso se suspenda hasta la decisión de otro proceso. La excepción tiene sobre todo por objeto de impedir el alcance sobre una cuestión secundaria y puede tener sobre todo el cuidado deseable, no extraña de la autoridad de cosa juzgada la decisión de una cuestión también importante. Esta excepción implica el principio para su estabilidad sobre la legitimación de la demanda. La *exceptio praejudicialis* pueden presentarse dentro la especie siguiente: A y B tienen un proceso sobre la propiedad de Fundos Titianus. Pero en otro proceso reclama un derecho de pasaje sobre la propiedad de B para llegar a la propiedad litigiosa. B puede entonces demandar que la acción posesoria sea suspendida hasta que tiene que trazarse el camino sobre la propiedad del Fundo Titianus.

El objetivo de la excepción es impedir que la acción posesoria se suspenda, porque lo más importante de propiedad no se había decidido como simple legitimación de la demanda e inviste de autoridad de la cosa juzgada.

Para *Micheli*,³⁹² cuando una de las partes pide explícitamente al juez la decisión con eficacia de cosa juzgada de una cuestión prejudicial, ella amplía el objeto del proceso, proponiendo una demanda que va además del *petitum* y de la *causa petendi* está vinculada precisamente por aquella relación de prejudicialidad, en cuanto la demanda específica de declaración del incidente de certeza, tiene a su turno por objetivo un *petitum* y una *causa petendi* que contemplan funciones que forman el presupuesto *lógico – jurídico* de la demanda principal, y para tal fin no basta la genérica oposición de una parte respecto de los presupuestos, pero es necesaria una específica demanda dirigida a obtener la declaración del incidente de certeza referente de aquella cuestión que debe ser idónea para constituir eventualmente objeto de un proceso separado, y por consiguiente para asumir relevancia en otra controversia, y siempre que en el proceso estén presentes todos los sujetos entre los cuales la demanda debe ser propuesta.

*Prieto Castro*³⁹³ hace una *clasificación* a las cuestiones prejudiciales en *no devolutivas* y *devolutivas*. Por su parte *Ugo Rocco*³⁹⁴ considera admitir la prejudicialidad denominada *incidenter tantum*, y las *devolutivas* porque el juez difiere al conocimiento del otro órgano con competencia específica la apreciación de la materia dejando en suspenso el proceso civil. *Ugo*

³⁹¹ SAVIGNY. *Traité de droit Romaní*, trad. GUENOUX, CH., tomo VI, 1857, p. 441.

³⁹² MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 45.

³⁹³ PRIETO CASTRO. Op. cit., p. 109.

³⁹⁴ ROCCO, UGO. Op. cit., tomo II, p.107.

Rocco³⁹⁵ distingue las prejudiciales de derecho procesal en dos categorías: las *relevantes* solamente para el proceso en curso y aquellas que una vez conocidas perjudican o mejor dicho, tienen efecto preclusivo respecto del examen de la cuestión de derecho substancial (*de mérito*), efecto no limitado al proceso en curso, pero que abarca todo el proceso y cualquier proceso que eventualmente sea instaurado.

Es necesario indicar que como tal eficacia subsiste en determinadas hipótesis, es cuidar que habiendo identidad de presupuesto de la responsabilidad criminal, civil y laboral, es de relevante interés que no haya colisión entre los pronunciamientos. Si se suscita en el proceso civil o trabajista una cuestión de responsabilidad, los presupuestos se identifiquen con los de la responsabilidad penal, se produce la prejudicialidad penal del proceso civil o trabajista.

Luigi de Litala³⁹⁶ teniendo en cuenta el Derecho italiano, afirma que el proceso civil debe ser suspendido cuando siendo iniciada la acción penal, el conocimiento del delito influya sobre la decisión de la controversia civil.

En el CPC peruano no está contemplada la prejudicialidad, pero sí en el proceso penal, sin embargo en la casuística jurídica civil y laboral pueden aplicarse cuando previamente tiene que definirse en un proceso penal las decisiones son tan determinantes de la responsabilidad civil que pueden ser condenatorias o absolutorias. En estos casos el Juez debe suspender el proceso hasta que se resuelva el proceso penal. En materia de proceso del trabajo tenemos jurisprudencia que de oficio el Tribunal de Trabajo ordenó la suspensión hasta que se decida el proceso penal. Por ejemplo, el proceso sobre *Calificación de Despido* arbitrario seguido por *Feliciano López Villanueva* contra la *Empresa Nicolini Hnos. S.A.*, el Tribunal de Trabajo ordenó la suspensión del proceso laboral hasta que se resuelva el proceso penal por imputaciones formuladas por la demandada de la comisión de falta grave agravante a la Empresa, sin haber norma jurídica expresa de conformidad con el D.S. 03-80 TR que era un pequeño Código Procesal del Trabajo, resultó necesaria la *prejudicialidad* que no fue invocada por ninguno de los justiciables, sino por decisión *ex officio* del Tribunal de Trabajo y Comunidades Laborales de La Libertad, ordenando la suspensión del proceso laboral hasta que concluya el proceso penal. También, por ejemplo la demanda de indemnización del daño moral por imputaciones de la comisión de un delito que está procesándose en el Juzgado penal, el proceso civil debe suspenderse hasta que concluya el proceso penal, porque corre el riesgo que el juez declare infundada la demanda, por no existir la resolución judicial que hace prevalecer la presunción de inocencia adquiriendo la calidad de cosa juzgada.

El CPC Brasileño de 1973 contempla la *prejudicialidad* criminal facultativa prevista en el art. 110º «*Si el conocimiento de la litis dependiera necesariamente de la verificación de la existencia de hecho delictuoso, puede el juez mandar sobreseer el proceso hasta que se pronuncie la justicia criminal*» Como es de verse, no es necesario la existencia previa del proceso penal, por lo que el mismo artículo otorga un plazo a la parte interesada para que promueva la acción, contrario sensu, se dejará sin efecto la suspensión y el juez resolverá la cuestión prejudicial. Este artículo expresa: «*Si la acción penal no fuera ejercida dentro de treinta días, contados de la intimación del despacho de*

³⁹⁵ ROCCO, UGO. Op. cit., tomo II, p. 107.

³⁹⁶ DE LITALA, LUIGI. Op. cit., p. 245.

sobreseimiento, cesará el efecto de éste, decidiendo el juez civil la cuestión prejudicial» En el caso peruano solamente está contemplada la prejudicialidad como excepciones en el Código de procedimiento penal, y en el nuevo CPP que se ha dispuesto entrar en ensayo en la Corte Superior de La Libertad y de Huaura.

La *prejudicialidad* es utilizada como medio de defensa de la parte demandada o reconvenida, y tiene por finalidad suspender el proceso civil hasta que el derecho en discusión sea determinado previamente en el proceso penal. Tenemos un caso concreto, por ejemplo el accidente de tránsito ocurrido por un ómnibus con la camioneta conducida por su propietario don *Walter Jacinto Gómez Méndez*, fue destruido el vehículo y resultaron gravemente heridos el propietario y su esposa *Orieta Irene Ramos Gamboa* con fracturas en las costillas, clavícula y extremidades superiores siendo internados en el Hospital, el proceso penal se ha seguido contra el Chofer del ómnibus quién fue sentenciado a pena privativa de libertad, confirmada la sentencia por la Sala Penal de Trujillo. Ejecutoriada la Sentencia, queda expedito el derecho de los agraviados a pedir la indemnización por daño moral, e indemnización material ocurrida en la camioneta. Esta acción correspondió conocer al Primer Juzgado Civil a cargo del Juez provisional el *Dr. Gustavo Odría Odría*, quien emitió la sentencia declarando infundada, porque según su criterio la Sentencia en el proceso Penal y confirmada en Segunda Instancia por la Tercera Sala Penal de Trujillo, está mal fundamentada y contrario sensu, los accionantes son los culpables del accidente, decisión que resulta totalmente cuestionable, porque atenta contra la Constitución Política del Estado sobre la validez de las sentencias con categoría de cosa juzgada.

En este caso no se trata de prejudicialidad no devolutiva, porque ya se determinó en proceso penal la responsabilidad penal del conductor al ser condenado, solamente en el proceso civil tenía que determinarse el monto de la indemnización por daño moral y material, sin necesidad de suspender el proceso, como en el caso de *prejudicialidad devolutiva*.

7. TEORÍA DE LA RELACION JURIDICA PROCESAL

7.1. Concepción simple

La teoría de la relación jurídica procesal es el resultado de los grandes debates plasmados en las concepciones de los principios privatistas y los principios publicistas del derecho procesal, es la aplicación filosófica de las corrientes liberalistas con la expresión *laisser faire et laisser passer* (*dejar hacer y dejar pasar*), sin intervención del Estado en las relaciones jurídicas de la sociedad, y las posiciones que consideran que el Estado tiene que intervenir en la distribución del recurso escaso denominado justicia.

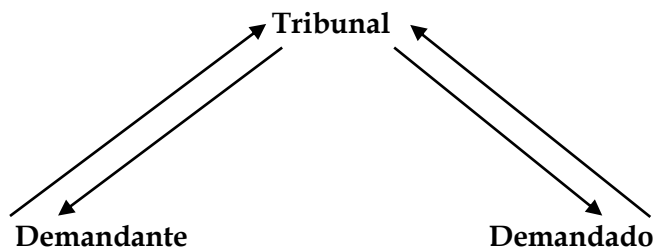
La segunda posición se desarrolló con la primera guerra mundial y el triunfo de la Revolución Bolchevique, generalizándose en la post segunda guerra mundial con el surgimiento nuevos Estados socialistas por las exigencias de los pueblos como efecto de las leyes sociales que necesariamente obligan al cambio dialéctico del desarrollo histórico social, que en la actualidad se pretende desconocer, sin embargo continuamos enrumbrados en este

torrente de transformación social con nuevas formas y modalidades, donde nadie puede ubicarse al margen.

La concepción publicista del proceso orientó las reformas de los Códigos Procesales, como en América del Sur el CPC brasileño de 1939, perfeccionando sus instituciones con el CPC de 1973.

Por su parte **Dino Grandi**³⁹⁷ dice que «El juez asiste como un espectador impasible, y tal vez impotente casi como un árbitro en un campo gimnástico que se limita a señalar el puntaje y a controlar que sean observadas las reglas del juego, hay una lucha que obliga directamente la más celosa función y responsabilidad del Estado»

Las destacadas modernas investigaciones de la *relación jurídica procesal* han hecho posible la focalización de la teoría de esta institución procesal, el principal estudio se debe al jurista alemán **Hellwig** plasmadas en sus obras tituladas «*Anspruch und Klagerecht*» publicada en 1900 y «*Klagerecht und Klagmöglichkeit*» publicada en 1905, al afirmar que el proceso civil constituye una relación jurídica establecida exclusivamente entre los litigantes y el juez conforme a la gráfica establecida por **Goldschmidt**,³⁹⁸ en la que aparece en la parte superior y céntrica el tribunal, y los justiciables en la parte inferior y en el mismo nivel, como se observa en el gráfico.



Los litigantes exigen del *Estado – juez* la prestación jurisdiccional, no debaten entre sí sus pretensiones sino que procuran esclarecer al juzgador para que actúe aplicando la norma jurídica en su beneficio, y **Carnelutti**³⁹⁹ también tiene el mismo criterio. Por su parte **Ugo Rocco**⁴⁰⁰ sostiene que «La relación jurídica de acción existe independientemente de cualquier relación jurídica sustancial pública o privada, del cual, mediante el ejercicio del derecho de acción, se pide el accertamiento o la realización coactiva. Otra es, en efecto, la prestación jurídica individual expectante a cada uno de los ciudadanos, de proceder la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional por el accertamiento de una relación jurídica incierta o por la realización de una relación jurídica cierta; otra es la relación jurídica misma, de la cual se pide el accertamiento o la realización

³⁹⁷ GRANDI, DINO. *Relazioni al Re per l'approvazione del testo del Codice de procedura civile*, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit., p. 296; también: OLGATI, FRANCESCO. *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, 1950, p. 182

³⁹⁸ GOLDSCHMIDT. *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 7.

³⁹⁹ CARNELUTTI. *Instituciones del derecho procesal*, op. cit., p. 187.

⁴⁰⁰ ROCCO, UGO. Op. cit., p. tomo I, p. 207, trad. CHÁVEZ VALLEJOS, HÉCTOR.

coactiva. El primero es siempre una relación de derecho público, en cuanto se produce entre actores (demandante y demandado) y los órganos jurisdiccionales del Estado, en el ejercicio de la función soberana jurisdiccional; el segundo es una relación, ya sea privada, o pública, en cuanto participan entre dos particulares y el Estado, en el ejercicio de una actividad privada del Estado, entre un particular y el Estado diversa de la actividad jurisdiccional, pero esto es algo más: la relación jurídica de acción, cualquier clase de acción que se ejercita, consiste siempre en una pretensión jurídica contra el Estado y en una obligación jurídica correspondiente, es decir en una relación de obligaciones del Estado con el ciudadano (obligaciones de derecho público), al rendimiento de una prestación de derecho público (derecho cívico). Mientras, de diversa y más variada naturaleza que sea la relación jurídica o la situación jurídica del cual pide el accertamiento o la realización y trabajo de los órganos jurisdiccionales (derechos reales, derecho de crédito, derecho de familia, estados personales, etc.)»

Para que los justiciables puedan exigir al órgano judicial la tutela jurisdiccional de sus intereses en conflicto, previamente debe existir una relación jurídica procesal válida, implicando que el Derecho Procesal ha instituido los presupuestos, los que estudiaremos más adelante.

La formulación de la Teoría Moderna de la relación jurídica procesal formulada por *Hellwig* y graficada por *Goldschmidt* revolucionó la Teoría Procesal manteniéndose esta concepción hasta la actualidad partiendo de las obligaciones y derechos recíprocos que surge al constituirse la relación jurídica procesal con la admisión de la demanda y el emplazamiento al demandado, teniendo en cuenta la gráfica de *Goldschmidt* la relación recíproca se produce por el accionante con el juez y el juez con el demandado y en forma recíproca considerando puramente los deberes y derechos recíprocos de los litigantes con el juez. Por esta razón le denominamos *concepción simple de la relación jurídica procesal*.

7.2. Concepción compleja

La formulación de la Teoría de la relación jurídica procesal de *Hellwig* y desarrollada por *Goldschmidt* y la doctrina italiana conforme a la realidad objetiva de la época estructuraron la nueva concepción de la administración de justicia al dejar el juzgador de ser un simple aplicador de la norma para convertirse en el interprete de las normas jurídicas dentro del Sistema jurídico, supliendo los vacíos normativos y actuando como un sujeto activo en el proceso en calidad de director e investigador de los hechos e investigador de la verdad concreta de los hechos que han generado el conflicto de intereses o incertidumbre sometidos al órgano jurisdiccional.

Se consideró la relación procesal, no demandante y demandado, sino los litigantes y el juzgador, sin embargo, el dinamismo del desarrollo social, la gran complejidad de las relaciones jurídicas en la actividad civil empresarial por el desarrollo científico y tecnológico, las transacciones comerciales virtuales, el desarrollo del comercio electrónico, la complejidad de transacciones financieras bancarias electrónicas, obligan a reestructurar la Teoría de la relación jurídica procesal de conforme a la realidad objetiva concreta y universal.

Teniendo en cuenta lo expuesto en forma sintética la relación jurídica procesal ya no es simple como afirma *Hellwig* y *Goldschmidt* que desarrollaron la Teoría de la relación jurídica procesal, sino que en nuestra realidad esta relación jurídica se ha convertido en compleja en

cuanto a los elementos subjetivos. En la concepción simple no hace referencia alguna a la función de los Abogados intervinientes en el proceso y conforme a las exigencias de nuestra Sociedad formulamos la siguiente pregunta *¿Qué función cumplen los Abogados defensores de los litigantes? ¿Cuál es la ubicación de los Abogados defensores en la relación procesal? ¿Los Abogados defensores tienen interés común con su patrocinado? ¿Que relación existe entre el juez y los Abogados Defensores y entre los Abogados defensores? ¿Si durante el proceso es posible la relación reciproca entre los litigantes y sus Abogados Defensores?*

8. TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONDICIONES DE LA ACCIÓN

La relación jurídica procesal tiene muchas complicaciones, como la interferencia de varios accionantes (*litis consorcio activo*), o varios demandados (*litis consorcio pasivo*), también la intervención de otros sujetos que procuran excluir la pretensión del accionante y del emplazado (*oposición*), intervinientes que procuran reforzar la pretensión de uno u otros litigante (*de asistencia*), el interviniente obligado a comparecer al proceso en calidad de demandado en lugar del emplazado. Además la misma relación jurídica procesal puede comprender una multiplicidad de intereses entre dos o más litigantes (*acumulación de acciones conexas*).

La regularidad de la relación jurídica procesal depende de los llamados *presupuestos procesales*, a los que los alemanes los denominan *Prozessvoraussetzungen*, en contraposición a las *condiciones de la acción*, denominadas por los alemanes *Sachurteilserfordnisse*, y **Micheli**⁴⁰¹ dice que son las *quaestiones litis ingressum impediendes*.

Luigi Mattiolo⁴⁰² considera a los *presupuestos procesales* como las «condiciones esenciales del juicio» denominadas: a) *competencia del juez*, b) *capacidad de las partes de participar en el proceso*, c) *observancia de las formalidades establecidas por la ley en todas las fases que recorre el proceso*. La *Teoría procesal civil empresarial moderna* trata de una *relación jurídica procesal válida*.

Ugo Rocco⁴⁰³ resalta que todos los ciudadanos son admitidos a exigir la prestación jurisdiccional, por ser derecho público subjetivo individual (*derecho cívico*), pero la prestación jurisdiccional se halla subordinada a presupuestos o condiciones establecidas por el derecho procesal objetivo, como la declaración de voluntad (*demanda*), calidad personal de los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica (*demandante, emplazado y órgano jurisdiccional: capacidad, competencia*), observancia de determinados requisitos para la realización de ciertos actos procesales (*pago de tasas judiciales*).

Los presupuestos son establecidos para la constitución de una relación jurídica válida que conlleva a una sentencia de mérito, porque de no ser así, la relación jurídica procesal resulta frustrada y retarda la solución del conflicto de intereses o incertidumbre, el derecho objetivo procesal moderno ha previsto los medios de prevención con la calificación de la demanda por

⁴⁰¹ MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 53.

⁴⁰² MATTIROLO, LUIGI. Op. cit., tomo I, p. 15.

⁴⁰³ ROCCO, UGO. Op. cit. tomo I, p. 200.

el juez antes de ser admitida y el saneamiento procesal después de su admisión, en aplicación del principio de economía procesal y la oportuna impartición de justicia.

Además **Rocco**⁴⁰⁴ expone que si «*Faltando uno de estos requisitos o presupuestos, no nace la obligación actual y concreta del juez de proveer en mérito, pero tiene todavía la obligación de dictar la razón por la cual no pudo proveer en mérito. Visto esto, por consiguiente, aunque en estos casos un derecho de acción y una obligación jurídica correspondiente, sólo una relación procesal. Es cuando inexacto afirma , que en el caso en que la acción por falta de la forma y del requisito preliminar establecido del derecho procesal objetivo para su ejercicio fracasa, no pudiendo completamente desenvolverse, hasta conseguir su objetivo (emana de la sentencia de mérito) no se puede y no se debe hablar de acción y de relación procesal, casi que una acción es un proceso abortivo, siendo cualquier cosa sustancialmente diversa de una acción y de un proceso que habiendo completamente recorrido su existencia*»

Oderigo⁴⁰⁵ afirma que existe una *posición maximalista* fundamentando que la relación procesal sólo se constituye cuando se encuentran reunidas las condiciones necesarias para que el juez pueda resolver sobre el asunto planteado por el actor, es decir la existencia del derecho material invocado en la demanda civil. Otra *posición minimalista* sustenta que existe la relación procesal desde que el juez está en condiciones de decidir, aunque la decisión no se refiera a la sustancia del proceso, limitándose a declarar por ejemplo la incompetencia del juez, la falta de legitimidad para accionar, etc.

Es entendible comprender que la *posición maximalista* alude a una relación jurídica procesal válida, mientras que la *posición minimalista* alude a una relación procesal *tout court*.

Micheli⁴⁰⁶ dice que se debe distinguir las *condiciones de procedibilidad* de los *presupuestos procesales*, las primeras se refieren a la seguridad de los actos jurídicos procesales y documentos, como la declaración de voluntad del accionante con la demanda escrita o verbal, el pago de tributos que exigen las normas procesales y administrativas, como *tasas judiciales, especies valoradas (cédulas de notificación)*.

También **Pontes de Miranda**⁴⁰⁷ se refiere a los presupuestos de la pretensión a la tutela jurídica y a los presupuestos procesales, sosteniendo que la definición de *presupuestos de la pretensión a la tutela jurídica* es intercambiable con la definición de condiciones de la acción. **Micheli**⁴⁰⁸ resalta que cuando acrecenta el objetivo *favorable* a la *sentencia*, en las expresiones «*pretensión a la sentencia favorable*» se falsea el concepto de pretensión a la tutela jurídica, y expone los muy razonables fundamentos, porque:

- a) El Estado no promete sentencia favorable, promete sentencia, prestación jurisdiccional.
- b) El Estado no promete sentencia favorable que el autor y reo, o autor, reo y tercero pero sí tiene obligación de la prestación de la tutela jurídica.

⁴⁰⁴ ROCCO, UGO. Op. cit., tomo I, p. 203, trad. CHÁVEZ VALLEJOS, HÉCTOR.

⁴⁰⁵ ODERIGO. Op. cit., tomo II, p. 18.

⁴⁰⁶ MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 28.

⁴⁰⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das açoes*, tomo I, 1970, p. 238 y ss; p.

⁴⁰⁸ IBIDEM. Op. cit., tomo I, p. 203.

c) Cuando el Estado decide desfavorablemente no niega que se tuviese o se haya ejercido la pretensión a la tutela jurídica, ni niega que hubiese sido admisible y admitida la pretensión procesal

La *constitución de una relación jurídica procesal válida* y tenga eficacia para obligar al juzgador a sentenciar sobre el mérito, es necesario la concurrencia de ciertos *requisitos* fundamentales de carácter *subjetivo* y *objetivo* que deben ser examinados previamente al análisis del mérito de la controversia. Más que todo es necesario que esté *investido de jurisdicción* y sea *competente* para conocer de la pretensión, ya sea por la materia, por la jerarquía, etc. Los litigantes deben tener capacidad para ser partes en el proceso, capacidad de goce y capacidad de ejercicio o procesal (*legitimatio ad processum*), sus representantes y que deben estar regularmente habilitados conforme a ley.

Las exposiciones citadas de los juristas nos lleva a precisar la distinción entre los *presupuestos procesales* que son los requisitos para una relación jurídica procesal *válida*, y las *condiciones de la acción* son requisitos para la *existencia de la acción*.

Las *condiciones de la acción* (*legitimatio ad causam*), es entendida por *Chiovenda*⁴⁰⁹ como las condiciones necesarias para que el juez declare existente la acción y actúe la voluntad concreta invocada por el autor; es decir las condiciones necesarias para obtener un pronunciamiento favorable. El jurista determina que en una acción de condena las condiciones de la acción son:

- a) La existencia de una *voluntad de la ley* que asegure a alguien un bien jurídico, obligando al emplazado a una prestación.
- b) La *cualidad* es la identidad de la persona del demandante como persona favorecida por la ley, y de la persona del emplazado como persona obligada.
- c) El interés en conseguir el bien jurídico por obra de los órganos públicos.

Los *presupuestos procesales* son las condiciones para que el juez emita un pronunciamiento favorable o desfavorable del mérito de la demanda, mientras que las *condiciones de la acción* son los requisitos de la *existencia de la acción* como *pretensión a la tutela jurisdiccional*, mejor dicho, la relación substancial en disputa existe o no ha sido reconocida.

Consideramos necesario remarcar las diferencias existentes entre *legitimatio ad causam* (*condiciones de la acción*) y *legitimatio ad processum* (*presupuesto procesal*). Sobre la primera, *Carnelutti*⁴¹⁰ dice que «La legitimación constituye un requisito de aquel acto jurídico que es la pretensión, no de aquel otro que es la demanda judicial. Este último (la demanda), por el contrario, es un acto sin legitimación, ya que puede ser eficazmente realizado por cualquiera, en el sentido de que el juez debe responder a todos los que la formulen»

⁴⁰⁹ CHIOVENDA, GIOSSEPE. *Instituzioni di diritto processual civil*, tomo I, p. 109, cit. por BATALHA, WILSON CAMPOS DE SOUSA, op. cit., p. 300.

⁴¹⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoría general del Derecho*, trad. 1941, p. 269; también BATISTA MARTINS, PEDRO. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, 1957, p. 196.

Mario Oderigo⁴¹¹ dice que la reunión de las condiciones generales confiere *capacidad*, denominada también *capacidad genérica* o capacidad subjetiva o *legitimatío ad processum*, mientras que la reunión de las condiciones especiales otorga *legitimidad*, denominada también *capacidad específica* o *capacidad objetiva*, o *legitimatío ad causam*.

Los *presupuestos procesales* determinan la relación jurídica procesal válida, si el juzgador advierte que no concurren estos presupuestos no puede pronunciarse sobre el mérito, pero está obligado a exponer los motivos por los que no concurren uno o algunos de los presupuestos procesales, y el accionante tiene el derecho de subsanar sus omisiones en el plazo que le otorga el Juzgador, *contrario sensu*, puede interponer nuevamente la demanda.

La *resolución* que reconoce la existencia de presupuestos procesales en la demanda, no decide el conflicto de intereses o incertidumbre en cuanto a su subsistencia, solamente da mérito para que el juzgador declare constituida la relación jurídica procesal válida, en cambio la decisión que reconoce la falta de alguna o algunas de las *condiciones de la acción* comprende el juzgamiento de mérito y vale como sentencia de rechazo, es decir improcedente o infundada la demanda o la reconvencción, aplicando el derecho material en beneficio del demandado, significa que el juez absuelve al emplazado de las pretensiones formuladas en su contra.

Es muy importante remarcar que la *teoría de los presupuestos procesales* es muy relevante en el Derecho Procesal y se debe al jurista alemán **Oskar Buelow** como dice **Wilson de Sousa Campos Batalha**,⁴¹² quien ha recibido y sigue recibiendo los mejores títulos de gloria que le confirieron la dignidad de *verdadero fundador de la moderna teoría procesal*. **Goldschmidt**⁴¹³ destaca como obra del creador de la *Teoría moderna del Derecho Procesal* titulada en su idioma originario «*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessovoraussetzungen*» en 1868 (*La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*), con esta teoría quedó establecida que el proceso tiene el carácter de una *relación jurídica pública entre el Estado y los litigantes*. **Oskar Buelow**, teniendo como fundamento este principio, formuló la definición de los presupuestos procesales entendiéndose esta denominación a los *presupuestos formales* como la competencia del juez y personalidad de las partes, indispensables para la constitución de una relación jurídica procesal válida.

Oskar Buelow procuró sustituir la idea tradicional de las *excepciones dilatorias* definidas por **Gaius**⁴¹⁴ en el *Digesto*, por la idea de *presupuestos procesales*, y se fundamentó en la antigua distinción romana entre el *jus* y el *judicium*, solamente este último era el proceso sobre el fondo, por consiguiente la *propia relación jurídica procesal*, mientras que el proceso *in jure* se limitaba a la comprobación de los presupuestos procesales.

Las *abstracciones* que hace **Buelow** son de gran valor teórico, estableciendo la *diferencia* entre los *presupuestos procesales* y las indagaciones sobre el *mérito* de la controversia. **Goldschmidt**⁴¹⁵

⁴¹¹ ODERIGO, MARIO A. Op. cit., tomo II, p. 133.

⁴¹² BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 301.

⁴¹³ GOLDSCHMIDT. Teoría procesal del proceso, pp. 14 y ss.

⁴¹⁴ GAIUS. Institutas, IV, 121 y 122, Digesto, Lib. XLIV, tít. I, fr. 3, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUDA CAMPOS, en op. cit., p. 301.

⁴¹⁵ GOLDSCHMIDT. El proceso como situación jurídica, 1925, p. 6-8; Teoría general del proceso, p. 17 y ss.

sostiene que ni el procedimiento *in jure* tenía el fin exclusivo de comprobar la existencia de los presupuestos procesales, ni el *judex* se excusaba de tener en cuenta los defectos procesales. En el proceso *in jure* se comprobaba si competía al demandante una acción, en consecuencia la *denegatio actionis* tenía lugar muchas veces por causa de defectos materiales.

Además, el *judex* no sólo tenía que atender los defectos procesales de los que pudiese resultar la nulidad de la sentencia, pero entre las excepciones de las cuales tenía que conocer se encontraban de contenido procesal, como la *exceptio praejudicii*, *litis dividuae* y *rei residual*, *annalis*, *rei in iudicium deductae vel rei iudicatae*, *jurisrudandi*.

Para *Goldschmidt*⁴¹⁶ los presupuestos procesales no representan presupuestos del proceso, sino presupuestos de una decisión sobre el fondo, requisitos previos de la sentencia de mérito. El autor pretende equiparar los presupuestos procesales con los presupuestos de la acción, sin embargo no existe duda alguna que los *presupuestos procesales* son requisitos para la constitución de la *relación jurídica procesal válida* para que el juzgador emita la sentencia sobre el mérito, cualquiera sea el resultado ya sea declarando fundada (*de recibimiento*) o infundada (*de rechazo*) la pretensión.

Según *Marco Tullio Zanzucci*,⁴¹⁷ cuando concurren los presupuestos procesales obligan al juez a pasar al examen de la cuestión planteada (*en los proceso de cognición que trataremos más adelante*), si existen las condiciones de la acción propuesta, es decir, al examen de la *cuestión de mérito*, y cuando no concurren los presupuestos el juez tiene la obligación de rechazar la demanda, no porque ha examinado el fondo de la pretensión (*de mérito*), sino por la falta de presupuestos procesales que el autor denomina *sentencia de absolución por la observancia del juez*. Este pronunciamiento de calificación se diferencia de la resolución de *rechazo por el mérito* y para el autor ambas resoluciones de rechazo constituyen *cosa juzgada substancial*. Las condiciones de la acción al contrario, cuando subsisten en el caso de procesos de cognición, el juez califica positivamente y admite a trámite la demanda, pero si no reúne las condiciones o requisitos de la acción emitirá la resolución *declarando improcedente* y ordena el archivo del proceso, y si es consentida esta resolución o ejecutoriada, el demandante ya no puede promover nuevamente la misma acción, adquiriendo la calidad de *cosa juzgada*.

Los *presupuestos procesales* son requisitos de *admisibilidad* de la demanda regulados por las normas jurídicas procesales, en cambio las *condiciones de la acción* constituyen requisitos de *fondo*, es decir de *proponibilidad* de la demanda regulados por el *derecho material*.

*Piero Calamandrei*⁴¹⁸ dice que para poder pronunciar un proveimiento (*una resolución*) favorable al demandante, es necesaria la subsistencia de los requisitos constitutivos de la acción (*condiciones de la acción*), los *presupuestos procesales* son las condiciones que deben subsistir a fin de que se pueda tener un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la demanda a fin de concretarse el *poder-deber* del juez de pronunciarse sobre el mérito, mientras que las *condiciones de la acción* dicen respecto a la relación jurídica material preexistente al

⁴¹⁶ IBIDEM. Teoría general del proceso, pp. 19 y 110; Derecho procesal civil, p. 8.

⁴¹⁷ ZANZUCCI, MARCO TULLIO. Diritto processuale civile, tomo I, p. 67.

⁴¹⁸ CALAMANDREI, PIERO. Istituzioni, tomo I, p. 179.

proceso. Los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desenvolvimiento de la relación procesal independientemente del fundamento substancial de la demanda. *Calamandrei* también sostiene que la falta de los presupuestos procesales o las otras irregularidades del proceso no tienen como efecto la inexistencia o la inmediata extinción de la relación procesal, sino que su consecuencia inmediata es solamente la de no pronunciarse sobre el mérito de la pretensión, exime al juez el *poder – deber* de pronunciarse sobre el mérito, pero sí tiene la obligación de explicar las razones por las cuales considera que no es posible pronunciarse sobre el fondo.

*Giossepe Chiovenda*⁴¹⁹ sobre la expresión «*presupuestos procesales*» afirma que tomada al pie de la letra, podría ocasionar equívocos: en su *significado propio*, parecería indicar las condiciones cuya falta constituye un obstáculo para la formación de la relación procesal, entre tanto aún cuando falte un presupuesto procesal, la relación se constituye igualmente en torno del poder del juez de proveer, pero con la diferencia que mientras en el caso de proceso regular, el deber del juez es proveer sobre el mérito, porque en el caso de irregularidades de la relación procesal el juez tiene el deber solamente de emitir un pronunciamiento especificando cuáles son las razones por las cuales considera no poder entrar en el examen de las pretensiones, es decir, las razones por las que no puede tomar una decisión sobre el fondo (*mérito*).

El maestro *Chiovenda* talvez en otros términos nos quiere enseñar el derecho de los litigantes a exigir al juzgador cumplir con su obligación de ejercer la función jurisdiccional, al ser promovida con la demanda y el emplazamiento al demandado, la que es la *concepción moderna* de la *Teoría Procesal Civil Empresarial* la tutela jurisdiccional, sin embargo existen otros derechos de los justiciables que surgen de la *tutela jurisdiccional* que ésta tiene que ser *pronta y efectiva*. En este sentido, la nueva concepción de la *Teoría procesal* ha instituido la *calificación de la demanda y el saneamiento procesal* con la única finalidad que la tutela jurisdiccional sea pronta, eficaz y efectiva, y no se pierda tiempo continuando con un proceso del cual el juzgador tiene conocimiento que la sentencia no será de mérito por no haberse observado los *presupuestos procesales y de la acción*, con la calificación y saneamiento procesal la impartición de justicia cumplirá con su función social.

*Jaeger*⁴²⁰ refiriéndose a los presupuestos procesales y presupuestos de la acción afirma que «*el efecto es aquello de impedir una decisión sobre el mérito de la controversia introducida en el proceso, cuando esa cuestión ya no resulta en el fondo favorable a la parte que la ha solicitado, con la consecuencia de la absolución de la parte de la misma observancia del proceso*» Las razones expuestas dieron lugar a **Enrico Redenti**⁴²¹ y **Emilio Betti**⁴²² para preferir denominar a los presupuestos procesales con las siguientes nomenclaturas: *presupuestos de proceso de mérito, extremos requisitos para decidir el mérito, condiciones del proveimiento del mérito, prejudicialidad del procedimiento o rito*.

⁴¹⁹ CHIOVENDA, GIOSSEPE. Cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 302.

⁴²⁰ JAEGER. Il loro effetto, en Trattato de BORSI e PERGOLOSI, tomo IV, p. 167.

⁴²¹ REDENTI, ENRICO. Profili pratici del Diritto processuale civile, 1939, pp. 152 e 228; Diritto processuale civile, op. cit., tomo I, p. 184.

⁴²² BETTI, EMILIO. Diritto processuale civile italiano, 1936, p. 10.

*Wilson de Sousa Campos Batalha*⁴²³ dice que el pronunciamiento judicial negando la existencia de uno o algunos presupuestos procesales, corresponde a la expresión de *Redenti*, al gesto de *Poncio Pilatos* al lavarse las manos.

Es tan necesaria la institución en el derecho procesal la existencia de una fase preliminar, principalmente no sobre la procedencia de la acción, sino sobre la regularidad del proceso, y algunos autores le denominan *auténtico proceso sobre proceso (processo sul processo)*.

El proceso de calificación en las legislaciones procesales comparadas, podría procederse en el primer momento de recibida la demanda, o durante el trayecto del proceso antes de la sentencia.

Esta fase preliminar se denomina calificación de la demanda, y tiene cierta autonomía en algunas legislaciones como el CPC Brasileño de 1973 denominada *procedimiento saneador*, considerado instrumento de depuración procesal (*salvat libellum ab omnia ineptitudine*), así también el CPC peruano ha introducido esta institución moderna de la *Teoría procesal*. La segunda posición, generalmente ha sido instituida en los CPC privatistas, como en el caso del Perú con el C. de P. C. de 1912 derogado, después de haber recurrido el proceso por todos sus etapas y en un largo tiempo, muchas veces más de veinte años, el juez advertía que la demanda carecía de algunos presupuestos procesales, el juez emitía la sentencia declarando inadmisibles o si faltaban presupuestos de la acción declarando improcedente, es decir que la función jurisdiccional era deficiente y el amparo de la tutela jurisdiccional efectiva inoperante, atentando contra el principio de celeridad y economía procesal.

Pero esto no significa que el juez solamente está abocado a calificar la demanda en el extremo de la existencia de las condiciones procesales, sino que tiene que ser una calificación total, está en la obligación de verificar si concurren las condiciones de la acción. Si concurren todas las condiciones procesales, y el juez advierte que falta una o más condiciones de la acción, declarará improcedente la demanda, así como si careciendo la concurrencia de uno o más presupuestos procesales, y advierte la falta de uno o más condiciones de la acción, el juez sin pronunciarse sobre la admisibilidad, emitirá la resolución declarando *improcedente la demanda* con la que concluye el proceso, sin derecho a promover la misma acción cuando la resolución adquiere la categoría de cosa juzgada, en tanto la in *admisibilidad* procesal conlleva a la subsanación en el plazo que establece la norma procesal.

9. TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

9.1. Los presupuestos objetivos

Los presupuestos procesales *objetivos* son las formalidades que tiene que observarse en la demanda de forma y de fondo para el emplazamiento al demandado, y las formalidades de forma y fondo de la contestación de la demanda, las que pueden formularse por escrito u orales según la normatividad procesal de cada Estado, haciendo presente que en las últimas décadas

⁴²³ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 303.

del siglo pasado la mayoría de los Códigos Procesales Civiles han optado por la forma escrita de la etapa postulatoria.

La *Teoría procesal civil empresarial*, desde el punto de vista histórico, el proceso tiene su punto de partida con la *constitución* de la relación jurídica procesal mediante la resolución de admisibilidad de la demanda. Pero para la constitución de esta relación jurídica tiene que observarse los presupuestos procesales formales y materiales o de fondo.

A. Presupuestos procesales de forma

Estos presupuestos como su nombre indica, son exigencias o requisitos determinados por la ley procesal que deben observarse al interponer la demanda, tienen por finalidad dar una idea clara y precisa al juez de los intereses en conflicto por el sujeto que se opone a su reconocimiento, cumplimiento o la incertidumbre jurídica, para que pueda calificar la demanda admitiendo o declarando inadmisibile.

También *Carnelutti*⁴²⁴ dice que siguiendo el orden en que deben ser decididas las cuestiones, cuando una de ellas debe ser resuelta antes que otra, es la denominada *preliminar*; en general las cuestiones referentes al proceso son preliminares en relación a las cuestiones de fondo, pero como debe existir un orden lógico o práctico en relación a las variadas cuestiones de fondo, una de ellas puede ser preliminar en relación a otra de la misma categoría. Si la cuestión de trámite se refiere no tanto al *quo modo* como al *an* del proceso debe ser resuelta para saber si el proceso puede existir, se denomina *prejudicial (ya estudiado)*.

Los presupuestos formales son:

a) La *formalidad del contenido de la demanda*, como la precisión de la sumilla, el órgano jurisdiccional competente, el nombre del demandante y su identidad personal, domicilio real y procesal, el nombre del demandado o demandados y su domicilio real, el petitorio, fundamentación del petitorio (*de hecho y de derecho*), el ofrecimiento de los medios probatorios, monto del petitorio, el tipo de procedimiento (De cognición: *conocimiento, abreviado, sumarísimo y no contencioso*. De ejecución: *ejecutivo, de ejecución propiamente dicha (ejecución de resolución judicial, arbitral, ejecución de garantías reales)*, anexos, los medios probatorios documentales y pago de tributos (*tasas judiciales o especies valoradas, en el Perú tasas por ofrecimiento de pruebas y por concepto de notificaciones*).

b) La *capacidad procesal* de las partes (*capacidad de ejercicio*), es la aptitud para comparecer personalmente o delegando facultades de representación a favor de terceros. El fundamento está en la regulación de la capacidad de las personas por el Derecho Civil para ejercer por sí mismo su derecho, como en el caso del Perú está previsto por el art. 42º del C.C. de 1984, prescribiendo: «*Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad...*»

⁴²⁴ CARNELUTTI. *Instituzioni*, op. cit., p. 38.

La capacidad no solamente requiere el cumplimiento de los 18 años de edad, sino que además se encuentre en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, y no se encuentre en condiciones de incapacidad absoluta o relativa expresado estas hipótesis el C.C. Peruano en los arts. 43° y 44°.

«Artículo 43°.- Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegos sordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable»

El art. 44° expresa los supuestos de incapacidad relativa:

«Artículo 44°.- Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurran en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil»

Existen excepciones a la regla general de incapacidad relativa, referente a los incapaces mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, porque la ley les faculta ejercer sus derechos civiles por sí mismos, como en el caso de los menores que han adquirido título profesional tienen capacidad para celebrar actos jurídicos en ejercicio de su profesión, o los que han contraído matrimonio, por ejemplo, tiene capacidad para demandar nulidad de matrimonio.

c) La *competencia del Juez*, es decir que la demanda tiene que estar dirigida al juez competente por la materia, por el turno, etc.

Tratándose de la *competencia absoluta*, comprende a la competencia por razón de la materia, de la jerarquía institucional del demandado, por la cuantía, etc., la intervención del Juez incompetente constituye una relación jurídica inválida y su incompetencia puede ser declarada de oficio en cualquier estado del proceso

Cuando se trata de *competencia relativa*, consistente en la competencia por razón del territorio, será válida si el emplazado no cuestiona dentro del plazo que precisa la norma procesal, produciéndose la prórroga de la competencia y la validez de la relación jurídica procesal.

La competencia absoluta no puede ser variada por acuerdo entre las partes, en cambio la competencia relativa puede ser acordada y preestablecida por las partes, denominada *prórroga convencional de la competencia*.

Si el emplazado no hace uso de su derecho de cuestionamiento de la competencia relativa por cualquiera de los medios que le reconoce la ley procesal dentro del término previsto, el juez no podrá declararse incompetente de oficio, estando prohibido de invocar la incompetencia en cualquier de los actos procesales de las etapas del proceso. En cambio la competencia absoluta es de carácter inmodificable y faculta al juzgador la posibilidad de declararse sin competencia de oficio o a solicitud de cualquiera de los litigantes.

B. *Presupuestos materiales o de fondo*

La doctrina también la denomina *condiciones de la acción*, son los presupuestos que hacen viable a la tutela jurisdiccional efectiva y la eficacia de proceso, sin interesar que la demanda sea declarada fundada o infundada, partiendo de la relación jurídica procesal válida. Sin embargo por el *principio de iniciativa privada de la acción*, el demandante debe acreditar el interés económico o moral a título personal o de su familia, personalmente o por intermedio de representante. Este presupuesto ha sido superado con el surgimiento de la concepción moderna de la *Teoría procesal* que abstrae otros derechos que se encuentran amenazados o perjudicados sin amparo jurisdiccional, son los *intereses colectivos y difusos*, que nos llevan a una reflexión de la limitación del accionante a la demostración del interés legítimo económico o moral o de su familia, para que cualquier persona natural o jurídica puede promover acción contra hechos o actos que dañan o ponen en peligro el interés de terceros desconocidos o de una colectividad determinada.

La *concepción clásica voluntarista* para ejercer el derecho a la tutela jurisdiccional en la época contemporánea, ha sufrido grandes transformaciones con el insoslayable reconocimiento de la *protección jurídica de los intereses colectivos y difusos* denominados también *intereses supra individuales*. Esta protección nace como consecuencia de la transformación que la sociedad ha venido experimentando especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, reflejado en el surgimiento de nuevas formas de conflicto y de mecanismos de solución.

La sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, caracterizadas por las relaciones cada vez más complejas: hay agrupaciones de diversos tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico con relevancia colectiva.

La protección jurídica de los intereses *supra individuales* principalmente de los consumidores y usuarios, tienen relativamente una historia corta.⁴²⁵ Hasta finales del siglo

⁴²⁵ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN· MAITE. *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. «Solamente en los años sesenta se multiplican las declaraciones y normativas tendientes a la protección del consumidor. Estados Unidos fue el pionero en plasmar la defensa de los consumidores, y siguiendo el ejemplo norteamericano los países industrializados han reaccionado de forma paralela. Fue a partir del mensaje al Congreso que diera el día 19 de marzo de 1962 el presidente John F. Kennedy sobre la protección de los intereses de los consumidores, con el que se inició el movimiento de protección y defensa de los mismos y se extendió con mucha rapidez creándose asociaciones, doctrina y leyes especiales para esta materia. En Inglaterra destaca la Consumer Protection Act, de 1961» (Abogada, Doctora en Derecho de la Universidad de Navarra. Profesora de

pasado, la *figura del consumidor* no tenía importancia en el orden económico y social, puesto que se pensaba que los mecanismos del mercado dentro de un sistema de equilibrios económicos, eran capaces por sí mismos de asegurar su protección. Esta situación se vio pronto superada como consecuencia del desarrollo y desenvolvimiento económico que generó una tendencia monopolística dentro del mercado. El Estado surge con un comportamiento de representación de un poder institucionalizado y encomendado a la protección de la libertad de los sujetos en cuanto a sus relaciones económicas.

Ricardo Rodríguez López⁴²⁶ afirma que lo anterior se manifiesta principalmente en el fenómeno de la contratación en masa que uniforma las cláusulas contractuales, y establece condiciones generales en la contratación como respuesta a la necesidad de distribuir productos o servicios homogéneos.

Esta etapa se caracteriza también por la *politización de los derechos sociales, económicos y culturales*, y se desarrollan dos fenómenos que son indisociables: a) *la emergencia* de nuevos grupos sociales de particulares condiciones, y b) *la identificación y categorización de intereses* que si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de esos grupos o categorías sociales y denominados por la doctrina *intereses supraindividuales o transindividuales*. **José Acosta Estévez**⁴²⁷ afirma que «estamos en presencia de unos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad. Por tanto, encontramos el reconocimiento de una realidad social: la existencia de unos intereses que precisan protección jurídica y tutela procesal» Se concluye así que las relaciones humanas son decisivas en la aparición de nuevos y distintos intereses en los que resultan implicados diversos sectores sociales.

La *tutela jurídica* de los intereses difusos están comprendidos dentro de los *derechos de tercera generación o derechos humanos de la solidaridad*, encontrando su *origen científico* en la *Teoría de Karel VASAK*⁴²⁸ sobre la *dimensión internacional de los derechos del hombre*. En ella, junto a la reconocida distinción entre derechos civiles, políticos, económicos y culturales habla de estos nuevos derechos, que son aquellos que proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad, y solo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social.

Los derechos tienen dos características: *primero*, no proceden de la tradición individualista o socialista de la primera y segunda generación, y *segunda*, se sitúan al principio de un proceso legislativo, lo que les permitirá ser reconocidos en el futuro como derechos humanos. El *principal fundamento* radica en la *solidaridad*, valor que recibe su elaboración teórica moderna de

Derecho Procesal de la Universidad de los Andes). *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1, pp. 69 - 91 [2006]. www.scielo.cl/scielo.php? (09-03-2007)

⁴²⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, RICARDO. *Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios*, *Actualidad Civil*, N° 56: pp. 473-506, 1990.

⁴²⁷ ACOSTA ESTÉVEZ, JOSÉ. *Tutela procesal de los consumidores*, edit. Bosch, Barcelona, 1995.

⁴²⁸ VASAK KAREL (1982): "Human rights: as a legal reality", *The international dimensions of human rights* (ed. Karel VASAK, Connecticut, Greenwood Press), cit. por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN MAITE. *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*.op. cit.

la influencia de *Durkheim*.⁴²⁹ Puede ser entendida como un factor social, un *principio jurídico-político* y un *principio jurídico-constitucional*. Como valor jurídico sustentador de estos derechos, podemos definirla como «*la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que tiene su origen en la existencia de necesidades comunes, de similitudes, que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento*»

Estos intereses poseen también una *dimensión social*, puesto que pertenecen a una colectividad de personas y solamente a éstas. Intereses de masas que comportan ofensas de masas y que ponen en contraste grupos, categorías, clases de personas. Aquí se insertan los intereses de los consumidores, los intereses medioambientales, los de usuarios de servicios públicos, de los inversionistas y de todos aquellos que integran una comunidad compartiendo sus necesidades.

Para *Maite Aguirrezabal Grünstein*⁴³⁰ la tutela individual de los derechos e intereses legítimos y las propias estructuras procesales clásicas, se muestran insuficientes para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas para el individuo, pero también para los grupos en que éste se integra. En este sentido, *Mauro Capeletti*, hace ya tres décadas, anticipaba cambios importantes y "oleadas" de reforma en el ámbito del acceso a la justicia, una de las cuales estaba encaminada a *asegurar* la tutela jurisdiccional de ciertos derechos e intereses particulares importantes y especialmente vulnerables en las sociedades post industriales que se basan en la *masificación de la producción, de la distribución y del consumo*.

La protección de esos intereses, como señalaba *Capeletti*, pone de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos tradicionales del proceso y de la tutela jurisdiccional, plantea el

⁴²⁹ DURKHEIM, ÉMILE. (1858-1917) Sociólogo y filósofo francés; positivista, seguidor de Comte, profesor de la Sorbona. Durkheim afirmaba que la sociología debía estudiar la sociedad como realidad espiritual singular, cuyas leyes son distintas de las leyes de la psique del individuo. Toda sociedad, según él, se basa en representaciones colectivas de valor general; el hombre de ciencia se ocupa de hechos sociales y representaciones colectivas (derecho, moral, religión, sentimientos, costumbres, &c.) impuestas con carácter forzoso a la conciencia humana por el medio social. Durkheim explicaba el desarrollo de la sociedad por tres factores: densidad de población, desarrollo de las vías de comunicación y conciencia colectiva. Toda sociedad se caracteriza por la solidaridad social. En la sociedad primitiva, la solidaridad era «mecánica» y se basaba en el parentesco de sangre. En el mundo moderno, la solidaridad es «orgánica» y se basa en la división del trabajo, es decir, en la colaboración de clases en pro de la obtención de los medios de existencia. Durkheim consideraba que uno de los aspectos importantes de la vida social es la religión. Cambiando sus formas en función del desarrollo de la sociedad, la religión existirá mientras exista el hombre, pues en ella la sociedad se diviniza a sí misma. Obras principales: «La división del trabajo social» (1893) «Las reglas del método sociológico» (1895), «Las formas elementales de la vida religiosa» (1912), *Diccionario soviético de filosofía*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo 1965, p.129, www.filosofia.org/enc/ros/durk.htm (09-03-2007).

⁴³⁰ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, MAITE. *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1, pp. 69 - 91 [2006]. www.scielo.cl/scielo.php? (09-03-2007)

desafío de buscar nuevas formas y tipos procesales que permitan reformular y adaptar los conceptos y principios clásicos. Agrega *Berizonce*, una tutela efectiva y no solo nominal de tales derechos de incidencia colectiva, requiere permitir y hasta estimular el "acceso" de los representantes (*públicos y privados*) de aquellos grupos desorganizados de contornos imprecisos y frecuentemente difíciles de precisar, admitiendo una suerte de legitimación especial y amplia para estar en proceso judicial por la totalidad de la clase o categoría del interés difuso que defienden. Paralelamente, se requiere articular vías y procedimientos no menos singulares, apropiados para la tutela diferenciada de los derechos en juego en los que se involucran las responsabilidades de las partes, los poderes y deberes de iniciativa y de control del juez y los efectos mismos de las decisiones por el alcance particular de la cosa juzgada.

El Derecho, y en particular el proceso, deben cumplir tareas hasta hace poco desconocidas que exigen nuevos tipos de tutela. Lo anterior se deja sentir con tal fuerza que la *protección del consumidor se transforma en un principio inspirador del ordenamiento jurídico que altera y modifica el principio de la autonomía de la voluntad como expresión de la libertad de contratación.*

Para hacer frente a los requerimientos de estas nuevas situaciones, la doctrina ha señalado que pueden adoptarse estos dos criterios: *uno tradicional*, que trataría de acomodar estos nuevos supuestos a los esquemas tradicionales, y *otro más dinámico*, que parte de las soluciones que la experiencia ofrece, pero que trasciende a ámbitos más pluriformes en el tratamiento. En efecto, puede pensarse conforme al primer criterio que la *summa divisio* entre Derecho Público y Derecho Privado sigue vigente y que bastaría, según la *distinción entre interés privado e interés público* mantener la accionabilidad de los primeros en su plano primitivo, en tanto que todo sujeto privado limitándose al concreto perjuicio experimentado, puede solicitar el resarcimiento de los intereses sociales pretendidamente perjudicados. Para la otra postura, en algunos aspectos del Derecho la *distinción entre lo público y lo privado se encuentra en crisis*, por lo que debe acudir a soluciones conjuntas que no representarán alternativas unívocas, procurando una potenciación de todos los sujetos posibles accionantes, de manera que a la diversidad de actuaciones lesivas pudieran corresponder también diferentes alternativas o medios de defensa.

La doctrina ha establecido los siguientes presupuestos materiales:

a) La *existencia del derecho* que tutela la pretensión procesal, denominada por algunos juristas la *voluntad* de la ley, por este presupuesto las pretensiones sometidas al órgano jurisdiccional tengan sustento jurídico, es decir que se encuentren dentro de la posibilidad legal, física y moral para que ser amparadas. Por ejemplo, de ninguna manera sería amparada una acción causal de dar suma de dinero surgida del incumplimiento del pago del precio de determinada cantidad clorhidrato de cocaína (*imposibilidad legal*), la demanda por el incumplimiento del pago de la renta de arrendamiento de parte de la superficie de la luna que fue adjudicada en propiedad por mandato de un tribunal norteamericano (*imposibilidad física*), o el incumplimiento de pago de 10 km. de la superficie de la luna pese de acreditar el título de propiedad del vendedor otorgado por el Tribunal Norteamericano (*imposibilidad jurídica y física*), una meretriz demanda la participación de utilidades del ejercicio económico anual del prostíbulo (*imposibilidad moral*).

b) El *interés* como presupuesto material, es aquél mecanismo que sirve para resolver un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, mediante la actuación del derecho y

aplicación de la norma interpretada al caso concreto. El acto de exigir algo que debe tener por cierto la calidad de caso justificable, es decir relevancia jurídica a otro antes del inicio del proceso se denomina *pretensión material*.

Por este presupuesto de fondo, puede reconocerse solamente a quien afirma su titularidad del derecho subjetivo y a quien se imputa la titularidad de la obligación. Sin embargo, existe toda una serie de supuestos que pueden encuadrarse en la que se denomina *legitimación extraordinaria*, en los que se posibilita la interposición de pretensiones sin realizar esas afirmaciones. Se trata de supuestos en los que la posición habilitante para formular la pretensión en condiciones de ser examinada por el tribunal en el fondo y pueda procederse a la actuación del Derecho objetivo, no es la afirmación de la titularidad pasiva de la relación jurídico material.

Estos casos abarcan una gama muy amplia y en el Derecho privado precisan estar cubiertos por *norma expresa* de atribución de la legitimación, norma que es siempre procesal independientemente del lugar que ocupe en los cuerpos legales de cada Estado.

*Luís A. Rodríguez Cazorla*⁴³¹ dice que en un sistema de derechos subjetivos privados basados en la autonomía de la voluntad de los individuos, el principio general del que hay que partir es el de que sólo el titular del derecho puede disponer del mismo, y atendiendo que una manera de disponer de él es deducirlo en un proceso, en esto *sólo podrá* dictarse una sentencia sobre el fondo si las partes han afirmado su titularidad.

Este presupuesto ha previsto el C.C. en el art. VI del T.P. prescribiendo:

«Art. VI.- Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley»

El C.P.C. vigente recoge esta teoría aparentemente limitativa del ejercicio de la acción en el art. I. del T.P., expresando que *toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.*

Restrictivamente puede entenderse el debido proceso como que la demanda o denuncia debe sujetarse estrictamente a las exigencias formales de admisibilidad para que el derecho a la tutela jurisdiccional sea amparada, pero *tiene que entenderse como los presupuestos mínimos de comparecencia al órgano jurisdiccional*, y estar sujeto a garantizar el debido proceso resumido en tres grandes principios: *de contradicción, el derecho de defensa y la imparcialidad del juzgador.*

Así mismo el art. IV del T.P. del C.P.C. literalmente es más restringido, prescribiendo:

⁴³¹ RODRIGUEZ CAZORLA, LUÍS ALFONSO. Los presupuestos procesales, www.alorca123@hotmail.com y alorca123@yahoo.es (19 de abril, 2006).

«Art. IV.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. **No requieren invocarlos** el Ministerio Público, el procurador oficioso **ni quien defiende intereses difusos**».

Este último artículo citado es concordante con el art. 60° del C.P.C. que se refiere a la protección del *derecho de crédito* facultando al acreedor ejercer las acciones del deudor, y la posibilidad de otros en caso que prescriba la ley. Este artículo formula la siguiente hipótesis:

«Artículo 60°.- En el caso previsto en el inciso 4) del artículo 1219 del Código Civil y en los demás que La ley permita, una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida»

La regla general, para promover o contestar una acción procesal civil empresarial, se requiere necesariamente que tengan interés legítimo para actuar ya sea como demandante o demandado. Pero anteriormente se consideraba como reglas de excepción a las que las normas jurídicas citadas consideran que deben ser expresas por otras normas jurídicas.

Algunos autores consideran que dentro de estas excepciones se encuentra la *sustitución procesal*, entendida como la protección de intereses particulares ante otros intereses particulares, sin embargo el sustituyente tiene interés particular en las pretensiones en debate procesal y tiene interés en su resultado, tanto en la posición de demandado o demandante. Así mismo la intervención procesal del Estado por el Ministerio Público o por intermedio de la Procuraduría, ya sea como demandantes o demandados, en estos casos cuando el derecho material en conflicto está protegido por el Estado en forma directa, es decir que el Estado tiene interés como afectado o en peligro de ser afectados sus propios intereses.

El art. 60° del C.P.C. citado expresamente reconoce el derecho del acreedor la titularidad de la *acción subrogatoria*, que es un poder para ejercitar *acciones ajenas*, y la relación jurídico material entre el deudor y el acreedor, cuyo crédito se encuentra en riesgo o no ha sido satisfecho. En esta acción se tiene que diferenciar el derecho procesal de acción que le corresponde al acreedor y el derecho material del deudor que se encuentra sometido al órgano jurisdiccional en el cual el sustituto acreedor entra a defender para asegurar el cumplimiento de su crédito, no existe ninguna relación material con el acreedor de su deudor en proceso.

En los casos expuestos no existen los supuestos jurídicos de la excepcionalidad, sino que están dentro de las reglas generales de la constitución de la relación jurídica procesal.

Los *intereses difusos* se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de hechos contingentes por ser posibles consumidores de un mismo producto, vivir en el mismo lugar, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc. El *interés difuso* supone que no es posible identificar a las personas físicas implicadas y que no existe un ente, sea o no persona jurídica que pueda afirmar que agrupa a todas esas personas físicas.

El art. 82, primera parte del C.P.C. hace la definición de interés difuso:

«Artículo 82.- Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de los bienes o valores culturales o históricos, o del consumidor»

c) **Legitimidad para obrar** (*legitimatío ad causam*), es totalmente distinta a la capacidad procesal (*legitimatío ad processum*). La ausencia de la primera en un proceso determinado significa que éste es válido, pero el juez no puede emitir un pronunciamiento (*sentencia*) sobre el fondo del litigio debiendo declarar improcedente. La ausencia de la segunda por constituir un presupuesto procesal, determina la invalidez de la relación jurídica procesal y con mayor razón el juez no puede resolver el fondo de la litis, declarará inadmisibles y concede un plazo para que subsane la omisión con el apercibimiento de rechazarse la demanda (*el demandante o demandado son menores de edad, o no tiene la representatividad suficiente para apersonarse al proceso*).

Hernando Devis Echandía⁴³² considera que la legitimidad para obrar tiene las siguientes características:

a. *No se identifica con la titularidad del derecho sustancial alegado en la demanda.* La legitimidad para obrar no es el derecho ni la titularidad del derecho controvertido. El actor puede estar legitimado pero si no prueba los hechos sustentatorios de su pretensión, la demanda se declara infundada.

b. *No es requisito para una sentencia favorable, sino simplemente para el ejercicio válido de la acción y para una sentencia de mérito (sea ésta favorable o desfavorable).*

c. *La sentencia inhibitoria que expida por haberse constatado la falta de legitimidad (sea activa o pasiva) no constituye cosa juzgada.* Esta forma de pronunciamiento no afirma ni niega la existencia del derecho alegado por el actor en la demanda (*la doctrina denomina declaración de improcedente*).

d. *Es personal, subjetiva y concreta.* **Echandía** señala que «cada parte debe tener su propia legitimación en la causa, en razón de su personal situación respecto a las pretensiones o excepciones de mérito que en el proceso se discutan o simplemente deben ser objeto de la sentencia, y cada interviniente debe aducir su propia legitimación en la causa para que se acepte su intervención. Cuando una persona obra en representación de otra, los actos de aquella se entienden como de ésta, y por lo tanto, es la legitimación del representado lo que permite la decisión de fondo en la sentencia».

e. *No se cede ni se transmite.* En este sentido no es verdad, porque los derechos patrimoniales (*derechos reales y de crédito*) son transmisibles por cualquiera de las modalidades, como la cesión de crédito y la sucesión hereditaria.

f. *Es presupuesto de la pretensión o de la oposición para la sentencia de fondo.*

Esta está ligada al interés legítimo, sin embargo puede ser que está plenamente acreditado el interés económico o moral, o el interés difuso para accionar, pero la ley exige ciertos requisitos

⁴³² DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones*, en Revista de Derecho Procesal, número 11, Bogotá. 1966; *Compendio de derecho procesal – Teoría general del proceso*, Tomo I, 13ª edición, Biblioteca Jurídica DIKE, Colombia, 1,993; *Nociones generales del derecho procesal*, I. www.alroca123@hotmail.com www.alroca123@yahoo.es (20 de abril, 2006).

referentes a las calidades personales, es decir a los atributos esenciales del sujeto actuante como demandante o demandado para que se le reconozca el ejercicio del derecho de acción y contradicción. Por ejemplo, el Gerente de una empresa tiene que acreditar su representatividad ante el Juzgador con el acta de nombramiento y su inscripción en el Registro de Sociedades Mercantiles para ser admitida su demanda o como demandada.

Teniendo en cuenta la definición de *interés legítimo* que está referido siempre al titular debidamente identificado del derecho en conflicto, y la definición de *interés difuso* tanto en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia constitucional comprada, así como en los tratados y convenciones internacionales, *no se puede individualizar* a la persona con interés legítimo.

Surge el problema en los intereses difusos, *quiénes están legitimados* para promover la acción jurisdiccional. En algunas legislaciones se ha puesto ciertos límites legitimando solamente a ciertas instituciones constituidas frente al interés difuso. En cambio la otra posición no tiene límite, puede ser instituciones de derecho privado, de derecho público o personas individuales o colectivas como personas naturales sin necesidad de constitución en persona jurídica (*comité, asociación, fundación, etc.*), y así se ha determinado en el *Trato de Kyoto* (*la lucha contra el calentamiento del planeta, el derecho del consumidor conforme a las legislaciones especiales y convenciones internacionales, etc.*).

En el caso del Perú, el C.P.C. en el art. 82, 2ª parte reconoce legitimidad para obrar solamente a instituciones públicas y privadas, prescribiendo:

«Artículo 82.-...

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello»

La norma ha dejado un margen a posibles supuestos de actores no previstos en los sujetos taxativos, al prescribir que *«según la ley o el criterio del juez»* Dentro de estos posibles accionantes en defensa de los intereses difusos, pueden comprenderse las personas individuales o colectivas o grupales sin estar constituidas en personas jurídicas.

En estos casos de amparo de las acciones de interés difuso y de declararse fundada la demanda, tiene trascendencia para todo el universo afectado que puede ser invocado por cualquier persona amparada por la sentencia, y su cumplimiento es obligatorio para todos incluido los que no hayan participado.

d) **La acción no debe estar afectada de caducidad.** Generalmente el derecho de promover acción jurisdiccional está sujeto a prescripción y caducidad.

La caducidad opera por mandato expreso de la ley, la que determina términos dentro de los cuales puede ejercer el derecho de acción, vencido este plazo ya no puede accionar, y de hacerlo tiene que ser rechazada por el juez al momento de calificar la demanda, o en la audiencia de saneamiento procesal, por haberse extinguido el derecho de promover la acción jurisdiccional.

9.2. Presupuestos procesales subjetivos

Los presupuestos procesales *subjetivos* están constituidos por los *sujetos de la relación procesal*, es decir, los *litigantes principales, los terceros litis consortes pasivos o activos, los abogados y el juez (magistrado) o Tribunal*, los que deben reunir ciertas calidades mínimas para que exista una relación jurídica procesal válida. Los presupuestos procesales *subjetivos* son:

1. El órgano investido de *jurisdicción y competencia*.
2. *La capacidad de ser parte (titular del derecho material y capacidad de goce) y capacidad procesal (capacidad de ejercicio) (legitimatio ad procesum y no legitimatio ad causam, que es materia de mérito)*, como la regularidad del representante o representantes, los *abogados* tienen que acreditar su inscripción en el Colegio de Abogados conforme a ley de cada Estado.

Consideramos necesario introducirnos en mayor profundidad al estudio de los presupuestos procesales *objetivos y subjetivos*. El presente estudio está centrado a la persona del juez, de los litigantes, terceros interesados y los abogados al margen de la competencia jurisdiccional.

A) El juez

La figura central del proceso es el *juez*, a quien corresponde la prestación jurisdiccional positiva o negativa, realizada o frustrada. *Positiva*, en la hipótesis de resolución de aceptación de la pretensión, es decir, declara fundada la pretensión. *Negativa*, en el supuesto de sentencia de rechazo. *Realizada*, en la hipótesis de resolución que aprecia el *méritum causae* independientemente del resultado favorable al accionante o al demandado. *Frustrada*, en la hipótesis de resolución que declara la *irregularidad* de la relación jurídica procesal, es decir la falta de *presupuestos de procedibilidad* denominadas también *condiciones de procedibilidad*.

El objetivo de este estudio es el análisis de las *funciones* del juez en base a la *norma jurídica* y de los *poderes* de su investidura como órgano de uno de los poderes del Estado y sus relaciones con la materia de cognición.

El dinamismo social, cada vez más exige la seguridad de las relaciones jurídicas apuntando a la paz social y el engrandecimiento económico de los pueblos, porque nuestra realidad no soporta *incertezas ni vacilaciones*. Cada vez más se exige firmeza en las decisiones jurisdiccionales, la comprensión de las finalidades sociales de la ley y los profundos conocimientos del Derecho orientados por la filosofía general y del Derecho. La *seguridad* de las relaciones jurídicas sería seriamente comprometida si la impartición de justicia no se materializa con las garantías de *imparcialidad*, y su *eficacia* sustentada en la razonabilidad dentro del sistema jurídico aceptada por nuestra sociedad, partiendo del enunciado que en el derecho *no existe los axiomas de verdadero y falso sino la razonabilidad*.

B) Los litigantes

Los litigantes denominados también partes del proceso, partes litigantes, denunciante y reo, accionante y emplazado.

Consideramos que el término adecuado es *litigantes*, permitiendo evitar la confusión con el juzgador, porque si el juzgador es el sujeto activo en el proceso y no un simple árbitro, es parte integrante de la relación procesal constituido por los litigantes y el juzgador, en conformidad con la *Teoría de la relación jurídica* sostenida por *Hellwig* de acuerdo con la gráfica de *Goldschmidt*.

Los litigantes están constituidos por el *demandante* que recurre el juzgador promoviendo la acción jurisdiccional, y el *demandado* formulando contradicción, allanamiento, etc., y los terceros que pueden intervenir en el proceso con interés en las pretensiones sometidos al órgano jurisdiccional.

Los *litigantes* pueden ser personas naturales con capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, el concebido para todos los efectos que le sean favorables por su representante legal, las personas jurídicas públicas o privadas mediante sus representantes, las sociedades conyugales representadas por cualquiera de los cónyuges, las sociedades indivisas y patrimonios autónomos (*dos o más personas tienen derecho o interés común sobre un bien determinado, sin constituir una persona jurídica*), las entidades sin personalidad jurídicas (*como sociedades comerciales o asociaciones civiles sin inscripción registral*), las personas naturales o instituciones de defensa de los consumidores (*interés colectivo*), las personas naturales y jurídicas en representación de intereses difusos, el Representante del Ministerio Público.

I. Pluralidad de litigantes

Los litigantes pueden ser uno o más como accionantes o como demandados en un mismo proceso, constituye la acumulación procesal subjetiva, en la doctrina también se denomina *litisconsorcio*. El C.P.C. peruano define en el art. 92° expresando: «*Hay litisconsorcio cuando dos más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra*»

- a) *Los litisconsorcios activos*, son los demandantes quienes tienen los mismos intereses en el objeto del proceso.
- b) *Los litisconsorcios pasivos* son los emplazados, cuando son dos o más los demandados.

Pero también se da la figura que los demandantes son varios, y el emplazado es una sola persona física o jurídica, así mismo puede existir un demandante y varios demandados.

La *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español* publicada en el año 2000, en el art. 12 prescribe dos supuestos de litisconsorcio:

«*Artículo 12. Litisconsorcio.*

1. *Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir*»

2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa»

Los litis *consorcios necesarios*, son aquellos sujetos que tienen interés esencial en el conflicto de intereses en discusión, en consecuencia la decisión del juzgador solamente será válida si todos los litis consorcios necesarios deben comparecer al proceso como accionantes o demandados, quienes tienen que ser emplazados con la demanda y notificados con las formalidades de ley.

Si el accionante omitió comprenderlo en la demanda, el juez en el acto de calificación encuentra que existen litis consorcios necesarios, ordena el emplazamiento con la demanda, pero puede ser que el emplazado al contestar la demanda ponga en conocimiento del juzgador de la existencia de litis consorcio necesario que debe ser emplazado, el juez también calificará si es procedente o no la incorporación en la relación jurídica procesal.

II. Intervención de terceros no comprendidos en el proceso

Todas las personas (*físicas o jurídicas*) que tengan interés directo y legítimo en un proceso, tienen el derecho de comparecer al proceso como demandantes o demandados mientras se encuentre pendiente de decisión, acreditando este derecho.

En los procesos sobre *conflictos de intereses* de los consumidores, cualquier consumidor puede apersonarse al proceso, sin interesar que el demandante sea personal natural o institución de defensa del consumidor. Consideramos también que tienen el mismo derecho de incorporarse al proceso los que tengan interés directo y legítimo en los procesos de defensa ecológica.

III. Intervención provocada de terceros

La intervención de terceros que no tengan la calidad de demandantes ni demandados, con la finalidad de coadyuvar a una de las partes en el proceso porque tiene interés en el resultado final, y puede ser provocada por los litigantes accionantes o demandados.

El tercero requerido para su apersonamiento, tiene los mismos derechos de los litigantes principales, como participar en las audiencias, interponer los recursos impugnatorios, etc.

Si el demandado solicita al juzgado que se notifique al tercero del proceso, se denomina *denunciado civil*. Éste es la persona o personas naturales o jurídicas que el litigante demandado considera que además del notificado o en su reemplazo tiene obligaciones en el derecho en discusión, entonces tiene que denunciarlo ante el juzgado precisando el domicilio para su emplazamiento conforme a ley. El art. 102° del C.P.C. peruano ha previsto esta figura de la relación procesal como una *garantía del derecho de defensa* del denunciante y del denunciado.

El período para la intervención provocada de terceros es la etapa postulatoria. El demandante debe comprenderlo en la demanda y el demandado al contestar la demanda, en ambos casos si el juzgador considera que le asiste el derecho al tercero, notificará con la

demanda. En el caso del denunciado civil, se correrá traslado al tercero para que conteste la demanda en el plazo de ley, suspendiéndose el proceso hasta el vencimiento del plazo concedido al denunciado civil para la contestación de la demanda.

IV. Publicidad de intervención de litigantes principales

En los casos de procesos promovidos por las instituciones públicas o privadas en los que se discuten *conflictos de intereses difusos* y los perjudicados con los daños son indeterminados, el juzgador ordenará el llamamiento de todas las personas físicas o jurídicas que se consideren agraviadas, llamamiento que se hará mediante edictos en el diario oficial y el de mayor circulación de la localidad, sin perjuicio de hacerse por medio de los canales de radio y televisión, precisando el plazo para su comparecencia al proceso, con apercibimiento de designarse curador procesal (*en la legislación comparada se denomina procurador*).

La modalidad de la *integración* de litigantes principales en el caso de violación a los *derechos del consumidor* y al *derecho ecológico*, se ha instituido en la legislación moderna sobre todo en la legislación de la Comunidad Europea, la legislación española y argentina, *realmente es un tremendo avance de la materialización de la Teoría procesal civil empresarial* en bien de la humanidad.

V. La sucesión procesal

La *sucesión procesal* es una institución por la cual el litigante es sustituido por otra persona continuando con el proceso, ya sea como demandante o demandado o como tercero voluntario. La sucesión procesal está regulada por todas las legislaciones procesales civiles empresariales de los Estados.

La sucesión procesal se produce en los siguientes casos:

a. Cuando uno de los litigantes es una sociedad, y ésta al funcionar con otra empresa, el Representante de la nueva Sociedad se apersonará al proceso en sustitución de la Sociedad funcionada. En el caso de disolución y liquidación, asumirá el liquidador.

b. Por la sucesión hereditaria del litigante, es sustituido por el heredero. En estos casos puede suspenderse el proceso y el juez ordenará las publicaciones llamando a los causahabientes para que comparezcan al juzgado dentro del plazo, con el apercibimiento de nombrar curador procesal como en el caso del Perú. El *curador procesal* también objeto de sustitución por los herederos del litigante cuando se apersonan al proceso acreditados con la documentación que les instituye herederos (*sentencia judicial o resolución notarial*) debidamente inscrita en el Registro de Sucesiones Hereditarias, sin que produzca interrupción del proceso, con quienes continuará en el estado en que se encuentre. La *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* español prescribe que si los herederos del *causante demandante* no comparecen al juzgado en el plazo de ley, se tenderá por desistida de la demanda.

c. La *cesión de derechos* en discusión objeto del proceso, que la *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español* denomina *sucesión por transmisión del objeto litigioso*, es otro fenómeno procesal que siempre ocurre principalmente en los procesos que tienen como materia del conflicto derechos de crédito y derechos reales, en aplicación del principio de libertad de contratación, el

accionante cede su derecho de crédito a un tercero, entonces éste se apersona al proceso en sustitución del demandante, pero se requiere que la cesión de derechos conste por escrito en cualquiera de las formas (*documento privado o escritura pública*).

d. También en *el caso que el derecho discutido está sujeto a plazo de vencimiento*, el titular del proceso que recupera el derecho sustituye al litigante. Por ejemplo, si *A* está en posesión de una casa por contrato de anticresis celebrado con *B*, *C* demanda reivindicación por mejor derecho a la propiedad dirigida contra *A*, pero antes de la sentencia *A* entrega a *B* el inmueble, porque *B* pagó el total del crédito. En este caso *B* como propietario se apersona al proceso quedando liberado *A* como demandado.

C) Los abogados

La doctrina procesal todavía no se ha preocupado por la abstracción de la realidad objetiva de la función de los Abogados en la relación jurídica procesal, a pesar de la acción decisiva del defensor, es desde los procesos incipientes de juzgamiento, con su intervención ha hecho posible el encaminamiento de la función jurisdiccional hacia la justicia.

En las últimas décadas del siglo veinte se ha reconocido las acciones decisivas de los Abogados en el asesoramiento en las transacciones civil empresariales nacionales e internacionales, convirtiéndose en elemento clave para la buena marcha en las nuevas relaciones jurídicas de diversa índole, en la precisión del éxito de la actividad civil empresarial, y porque se está llegando a la cima de la valoración de los derechos humanos, cuya concepción ha hecho girar a la concepción filosófica del liberalismo, que la economía es el fin y el hombre es el medio y ahora el hombre es el fin y la economía es el medio. Todo esto a partir de la Declaración de Derechos y la Carta de las Naciones Unidas, Tratados y Declaración de Derechos económicos, culturales y políticos, las Declaraciones de Principios de la función de los Abogados, las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos sobre la independencia de los magistrados y Abogados, etc., y los diversos congresos y conferencias internacionales de los Colegios de Abogados y magistrados.

La función de los Abogados no ha sido vista desde dos puntos de vista y por dos sectores especializados: como negativo y como positivo.

a) *La concepción negativa* de la función de los Abogados es sostenida por los magistrados condicionados al régimen político imperante, es decir en gobiernos antidemocráticos, en las que no se respeten los derechos humanos, así como por parte de las fuerzas policiales, la presencia del Abogado es un obstáculo para la satisfacción de extorsión o la obstrucción del magistrado o tribunal para satisfacer los fines del poder político antidemocrático el cual está condicionado el Poder Judicial. Sobre esta concepción muy pocos o nadie se atrevió a exponer esta realidad mediante los tratados o libros.

Estamos convencidos que en todos los países se ha experimentado y se viene experimentando como en el Perú, los Abogados no son objeto solamente de persecución policial y judicial con encarcelamientos sino de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones.

b) *La concepción positiva*, es la adoptada por la mayoría de la sociedad y en sus diversos estratos sociales.

La parte más sensible es en relación con los magistrados en los procesos judiciales. Como en las primeras épocas de la evolución de los juzgamientos y la defensa, en nuestra época los jueces y tribunales por una parte, y por otra los Abogados, tienen un interés común en el ejercicio de sus funciones, la impartición de ese escaso recurso que necesita nuestra sociedad que es la justicia. En este sentido la actividad procesal tiene que desarrollarse por el magistrado, los abogados y los litigantes desplegando todo esfuerzo a fin de determinar la verdad objetiva, y una vez alcanzada, se someta a un proceso axiomático con las exposiciones orales y escritas por los abogados para ayudar a juzgador a cumplir con su función jurisdiccional emitiendo un fallo justo, que sea bien recibido por la sociedad, es decir otorgar el equilibrio de nuestra sociedad.

La función del abogado es también el control de la buena marcha de la función jurisdiccional, sin dejar pasar por alto el abuso del poder ni la corrupción y que la tutela jurisdiccional sea efectiva. En los Estados que la función jurisdiccional se ha inclinado al poder político, es decir ha perdido su independencia y autonomía, los abogados que lucha por la justicia formulan denuncias y quejas, son sometidos a malos tratos, principalmente el castigo indirecto que recibe es con la sentencia en contra de su patrocinado a pesar que todas las pruebas demuestran fehacientemente que su fallo es injusto, y en otros casos son multados y denunciados ante el Ministerio Público por supuestos delitos contra la administración de justicia.

Tenemos tantas experiencias de la casuística procesal que faltaría espacio citar las diversas resoluciones agraviantes a los abogados.

Apartándonos de los aspectos generales, ¿Qué espacio ocupa la función de los abogados en el proceso civil empresarial? ¿Es parte de la relación jurídica procesal? Estos enunciados nos llevarían a realizar un amplio trabajo de investigación, pero por la práctica cotidiana de los abogados dedicados a la defensa civil empresarial, para responder a estos interrogatorios afirmamos:

1) En esta época contemporánea con gigantesco desarrollo científico tecnológico y las grandes transacciones sin barreras de límites territoriales, surgimiento del registro electrónico que es un instrumento especial de las operaciones empresariales, comerciales y financieras de incalculable rapidez, ha surgido la gran necesidad de la tutela de los bienes jurídicos, alcanzando mayor importancia la función de los abogados.

2) Como consecuencia del apartado anterior, los conflictos de intereses ya no son de naturaleza común sino que tienen una naturaleza especial, y pasa ser sometidos al órgano jurisdiccional se requiere la intervención del abogado, quién tiene que tener capacidad para absolver las consultas con capacidad y eficiencia.

3) Por el desarrollo científico-tecnológico, en materia civil empresarial, ningún proceso se inicia con el simple apersonamiento del accionante, así como el apersonamiento del demandado. El juez está en la obligación de exigir el apersonamiento de sus abogados, y

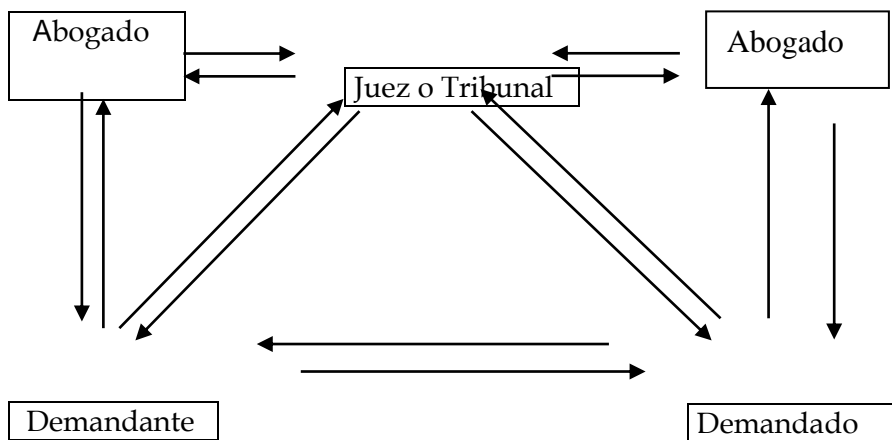
actualmente las leyes orgánicas del Poder Judicial exigen que los escritos que se presenten en los procesos tiene que estar autorizados por el abogado, porque este es el profesional preparado par ala defensa de los derechos e intereses de la sociedad.

4) Ningún profesional que no sea abogado puede redactar la demanda o contestación de demanda, solamente proporciona la información de los actos o hechos jurídicos que dan origen al conflicto de intereses y que se ajusten a la verdad, es el abogado el encargado de formular la demanda o contestar el emplazamiento, sin que mayormente el patrocinado entienda las técnicas de la formulación de su defensa, entendiendo lo esencial que en el abogado a depositado su confianza y que logrará un resultado positivo.

I. De conformidad con la concepción de Teoría Procesal Moderna, los abogados ocupan una posición especial en el proceso, encontrándose en el mismo nivel que el juez y tribunal, por su calidad de ser profesionales del Derecho y tener la responsabilidad común ante la sociedad, la materialización de la justicia y alcanzar la paz social.

Esta afirmación nos lleva a reformular la grafica de Goldsehst:

Gráfica de la relación Procesal Moderna



II. Al segundo enunciado

Los abogados defensores son parte integrante de la relación jurídica procesal, porque ellos son autores de la interposición de las demandas y contradicciones en donde materializan su conocimiento científico y tecnicismo juridico, envolviendo de protección especializada a las pretensiones de su patrocinado, en consecuencia será integrante de la parte accionante, o de la parte emplazada, además los actos procesales son practicados con expresión científica y técnica y si se practica sin la intervención del abogado defensor no otorga garantía de eficacia al litigante.

La concepción moderna de la importancia de los derechos humanos a los que están adheridos los derechos patrimoniales, la importancia de la función de los abogados en los

procesos judiciales, ha llegado al inicio de una nueva era de la Teoría General del proceso y especialmente de la Teoría Procesal Civil Empresarial, el Tratado de Roma y el Estatuto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos modificado por el Protocolo N°11⁴³³ que obliga a los Estados miembros la adecuación de las normas procesales al Estatuto, consistente en la obligación del juez o tribunal a nombrar un procurador al demandante y al emplazado al admitir la demanda a trámite, a pesar que han nombrado sus abogados, los representantes denominados procuradores continúan participando en el proceso hasta la conclusión, como por ejemplo la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

En conclusión afirmamos que los abogados defensores en los procesos constituyen parte integrante de la relación jurídica procesal, y no considerados como terceros del proceso, concepción que todavía existe, tratando de deformar la realidad concreta. Sin embargo tienen una posición especial en cuanto al litigante, porque tienen obligaciones de control de la actuación del juzgador en el buen desarrollo del proceso con todas las garantías del debido proceso, tienen derechos y obligaciones como el juzgador de la independencia, y el Estado tienen la obligación de garantizar la independencia del abogado sin estar sujeto al poder político, como garantía de la función especial que tienen los abogados para que el Poder Judicial otorgue ese recurso escaso que es la justicia con los fallos justos, y así la sociedad refuerce la confianza en sus magistrados, y tenga la seguridad y garantía de la convivencia pacífica.

El abogado defensor tiene la obligación de cuestionar las sentencias mediatizadas agotando los recursos impugnatorios y dando cuenta a la sociedad de la conducta de los magistrados de todas las instancias, sin perjuicio de recurrir al Tribunal Constitucional o en defecto de haber colusión con el gobierno antidemocrático, recurrir ante los Tribunales de competencia supra nacionales.

10. LA TEORIA DE LA INSTANCIA

10.1. Definición

*Carnelutti*⁴³⁴ expone que la relación procesal se desenvuelve objetivamente a través de los actos, términos y plazos objeto de la *dinámica procesal*. *Méndez Júnior* dice que la duración se mide por la trayectoria del móvil y el tiempo matemático es una línea para observar que la línea es inmóvil y el tiempo es movilidad. La línea es fecha, el tiempo es el que se hace, y por eso la medida del tiempo no da la idea de duración.

⁴³³ Conseil de l' Europe-STE n° 005 – Convention de sauvegarde des Droits de l' Homme et des Libertés fondamentales, telle qu' amendée par le Protocole n° 11, Rome, 4--11-1950, www.conventions.coe.int/teatry.

⁴³⁴ CARNELUTTI, FRANCESCO. Instituciones del proceso civil, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1959, edit. E.J.E.A., p. 393. También ROCCO, UGO, op. cit., tomoI, p. 292.

Henry Bergson,⁴³⁵ tomando las enseñanzas del jurista procesalista *Méndez Júnior* decía que *instancia* es la existencia fluyente del mismo móvil, es decir, la identidad del móvil antes y después en el curso del movimiento.

La instancia es el ejercicio de la acción jurisdiccional ante el órgano jurisdiccional competente con la admisibilidad de la demanda hasta la sentencia, amparada en una o varias pretensiones conexas que se denomina *móvil*. Por esta razón conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial de cada Estado, se han establecido las instancias jurisdiccionales teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales: la *jerarquía vertical*, la *independiente* y la *competencia*.

10.2. Etapas de la instancia

Esta parte de la estructura del proceso trataremos en un capítulo específico, donde estudiaremos las diversas teorías de la acción y pretensión y otras instituciones dentro de cada etapa del proceso, solamente haremos una somera exposición de cada una de ellas.

En la *teoría procesal moderna*, la *instancia* recorre cinco etapas preclusivas: *postulatoria*, *conciliatoria*, *probatoria*, *decisoria* y *de ejecución*.

a) La **etapa postulatoria** se inicia con la demanda, la contestación de demanda y el saneamiento procesal, son las pretensiones y contradictorios, allanamiento que puede ser en todo o en parte denominado también *litiscontestatio*, sin embargo el emplazado puede formular excepciones y reconveniciones que serán absueltas por el demandante (*autor o denunciante* que le denomina la doctrina y en la legislación comparada), y concluye esta etapa con el saneamiento procesal. El saneamiento procesal es la segunda revisión de la etapa postulatoria volviendo a calificar la existencia de una relación jurídica procesal válida para dar paso a la segunda etapa procesal, resolviendo las excepciones que afectan la existencia relación procesal.

b) La **etapa conciliatoria**, es la segunda del proceso inmediatamente después que el Juez declara saneado el proceso y en consecuencia la existencia de la relación jurídica procesal válida. Esta tiene por objetivo llamar a las partes a una composición amigable de sus intereses dando por concluido el proceso con el acto de conciliación, y el juez emite la resolución aprobatoria, la que tiene el carácter de sentencia. En el Derecho Procesal Civil Empresarial moderno es obligación del juez invitar a las partes a conciliación, en busca de la *restitución de la convivencia pacífica* y la consolidación de las relaciones jurídicas materiales en la práctica cotidiana de la actividad socio - económica como parte de la paz social, porque de una u otra manera los conflictos de intereses afectan no solamente a los justiciables sino que se proyecta a la familia y la comunidad. Además como una cuestión también no menos importante es la *prontitud en la impartición de justicia*, en aplicación de los principios de *celeridad* y *economía procesal*. Si la conciliación tiene éxito o fracasa precluye esta etapa, dando lugar a la etapa probatoria, sin que esto signifique que durante la etapa probatoria incluso en la etapa decisoria antes que se emita la sentencia, el juez de oficio o cualquiera de los litigantes o en forma conjunta no puedan solicitar al juzgado señalar día y hora para una audiencia de conciliación,

⁴³⁵ BERGSON. *La pensée et mouvant*, cit. por WILSON DE SOUSA CAMPOS BATALHA, Op. cit., p. 393.

ante este requerimiento el juez está en la obligación de notificar inmediatamente para la audiencia conciliatoria, por la finalidad que persigue esta institución aparte de constituir la segunda etapa en la estructura del proceso.

Además hay que tener presente la casuística procesal, que durante la etapa postulatoria, una vez emplazado el demandado con la contestación de la demanda o sin ella, o incluso el demandado a formulado excepciones, a petición exclusiva de uno o de ambos litigantes pueden peticionar al juzgador para que señale día y hora para una audiencia de conciliación especial.

En el Perú se introdujo esta institución con la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de la vigencia del Nuevo C.P.C. instituyó como una de las facultades de los Magistrados prescrito por el art. 185, inc. 1, y algunos *destacados Magistrados*⁴³⁶ propiciaban la conciliación a pesar que se encontraba vigente el C. de P.C. de 1912 con el sistema normativo procesal dispositivo, con la finalidad de hacer viable la tutela jurisdiccional pronta y eficaz restituyendo la paz entre los litigantes y el medio social. Este artículo de la L.O. del P.J. prescribe:

«Artículo 185.- Facultades:

Son facultades de los Magistrados:

1.- *Propiciar la conciliación de las partes mediante un comparendo en cualquier estado del juicio...»*

En la práctica forense es muy flexible la conciliación, por ejemplo en un proceso de obligación de dar suma de dinero en el Exp. 8556-2006 seguido ante el Primer Juzgado Civil de Trujillo, los demandados formularon excepciones de falta de legitimidad para obrar, y habiéndose señalado la fecha y hora para la audiencia de saneamiento y conciliación, pero los demandados, antes que la juzgadora, Dra. Mirta Pacheco, resuelva las excepciones invitó a un dialogo entre litigantes con su intervención, los demandados proponen conciliar reconociendo la obligación, pese a la oposición de su Abogado, quien era del criterio que previamente se resuelva las excepciones, concluyo el proceso restituyendo la armonía que estaba afectado.

c) La *etapa probatoria* consiste en la comprobación de los hechos expuestos en sus pretensiones del demandante y demandado que se inicia con la frustración de la conciliación, admitiendo los medios probatorios ofrecidos en la etapa postulatoria por los litigantes y las ordenadas de oficio por el juzgador y actuados en la misma audiencia de conciliación o en audiencia especial de pruebas, según la naturaleza del proceso (*de cognición, conocimiento, abreviado, sumarísimo, de ejecución, ejecutivo, ejecución de garantías, ejecución de resolución judicial etc.*). El agotamiento de la etapa probatoria, no significa que las partes litigantes no puedan ofrecer documentales probatorios que consideren ser decisivos para la solución justa de los conflictos de intereses, como veremos más adelante.

⁴³⁶ El Juez Civil de Primera instancia Dr. OSCAR JAVIER SALAZAR VÁSQUEZ, en el EXP. 1649-89 seguido por Gustavo del Pino Loayza y otros con la Empresa Hidrandina S.A. sobre Acción de Amparo, en el pago de la liquidación de devengados de remuneraciones insolutas, propició una conciliación para llegar a un término medio para ambas partes, pero lamentablemente se frustró por negativa de la demandada. El Magistrado rompiendo esquemas tradicionales aplicó el art. 185, inc. 1 de la L.O. del P. J. (ahora TUO de la L.O. del P.J.) trató innovar la impartición de justicia con la *Teoría procesal civil moderna*.

d) La *etapa decisoria o resolutive*, se inicia con la preclusión de la etapa probatoria al haberse agotado la actuación de los medios probatorios admitidos, el juzgador comunica a las partes que el proceso se encuentra expedito para sentencia. La sentencia puede ser emitida en la misma audiencia o dentro del plazo máximo que prescribe las normas procesales para cada tipo de proceso, con la decisión concluye la instancia. Si la sentencia es objeto de recurso impugnatorio, el proceso será materia de nuevo pronunciamiento por el órgano jurisdiccional superior en aplicación del principio de la doble instancia.

f) La *etapa ejecutiva* es el cumplimiento de la sentencia, cuando ésta ha quedado consentida o ejecutoriada, y depende del carácter de la misma (*condenatoria, declarativa, constitutiva, o es inejecutable*). Cuando es declarada infundada o improcedente la demanda, en estos casos se ejecutará el pago de costas por el perdedor a favor del emplazado.

10.3. Incidencia de la instancia

En el recorrer de la instancia pueden concurrir incidentes como sostiene *Carnelutti*,⁴³⁷ absolucón, suspensión y extinción de la instancia que constituyen *crisis procesales*, es decir modos de ser anormales del proceso, con los que se detiene el curso del proceso temporal o definitivamente.

En la *Consolidación de Leyes del Trabajo Brasileño*, Art. 844^o, considera es el antecedente de la *absolucón de la instancia*, cuando el reclamante no comparece a la audiencia, pero la *teoría procesal moderna* encabezada por *Micheli*,⁴³⁸ prefieren considerar no solamente como la *extinción del proceso* a través de la sentencia de mérito, sino también las *hipótesis de inactividad* de las partes (*abandono*), o por mutuo acuerdo, la renuncia (*desistimiento*), la transacción, etc.

La *suspensión del proceso* ocurre: a) por muerte o incapacidad procesal de cualquiera de las partes, de su representante legal o procurador, b) por acuerdo de las partes, c) por excepción de incompetencia del juez, d) cuando la sentencia depende del juzgamiento de otro proceso *dispositivo* de puro impulso procesal correspondiente a las partes, y conforme al principio *inquisitorio* el impulso procesal corresponde al Juez.

En realidad los dos principios se combinan, porque el juzgador es *director* del proceso exprese o no la ley procesal, pero las normas procesales también imponen a las partes ciertas obligaciones que deben ser cumplidas por los justiciables (*demandante y demandado*) dentro del plazo prescrito por la norma o por mandato del juez para evitar consecuencias desfavorables. La finalidad es resolver el conflicto de intereses sometidos al órgano jurisdiccional para lograr la seguridad y la paz social.

⁴³⁷ CARNELUTTI, FRANCESCO. Instituciones del proceso civil, op. cit., p. 397.

⁴³⁸ MICHELI, GEAN ANTONIO. Op. cit., tomo II, p. 221.

Capítulo XI

Teoría de los Actos Procesales

1. DEFINICIÓN

Los actos procesales son comportamientos de los sujetos de la relación jurídica procesal (litigantes - abogados - juez) y auxiliares de justicia en el desenvolvimiento de la dinámica procesal, conductas que pueden ser de carácter *voluntario u obligatorio* de los litigantes y abogados y de carácter *obligatoria* la conducta procesal del juzgador que se materializan en resoluciones jurídicas o formas distintas observando las normas de procedimiento civil empresarial, y de no ser impugnadas adquieren el carácter preclusivo determinando una situación jurídica procesal que pueden ser satisfactorias a una o a ambos litigantes.

2. CATEGORÍAS JURÍDICO-PROCESALES

Consideramos necesario establecer una diferenciación de tres categorías jurídico-procesales: *hechos procesales, actos procesales y negocios procesales*.

2.1. Hechos jurídicos procesales

Son los acontecimientos de la naturaleza o eventos de toda clase independientemente de la voluntad de las partes pero tienen influencia en el proceso constituyendo, modificando o extinguiendo la actuación de un acto procesal o de la relación jurídica procesal. Por ejemplo la inspección judicial en un edificio cuando este es dañado totalmente por un terremoto, el fallecimiento del litigante, el transcurso del tiempo opera la prescripción de la acción o la caducidad del derecho de accionar, el abandono, la preclusión de las etapas y actos procesales.

*Ugo Rocco*⁴³⁹ define a los hechos jurídico-procesales diciendo que «*son aquellos fenómenos procesales o aquellas circunstancias relevantes de hecho, a los que el derecho procesal objetivo vincula efectos jurídicos procesales; es decir el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas*

⁴³⁹ ROCCO, UGO. Teoría general del proceso, trad. FELIPE DE J. TENA, México D.F., 1959, Edti. Perú S.A., p.455.

procesales» *Wilson de Sousa Campos Batalha*⁴⁴⁰ dice que los hechos procesales por generalidad y por la ausencia de la voluntad, no son susceptibles de una clasificación relevante.

La afirmación del jurista brasileño en el sentido aunque no sea relevante para una clasificación, pero la praxis forense nos demuestra que estos hechos afecta la dinámica regular de proceso, y en muchos casos no solo interrumpe o suspende su dinamismo, también dan por concluido el proceso sin haber transitado el móvil por el espacio temporal hasta la final de la estación con el último acto procesal *precluyente* de la instancia que es la *sentencia*. Por ejemplo, si *Pedro* demanda a su sobrino *Víctor* para que el juez ordene cumpla con pagarle su crédito de US\$ 100,000.000, el proceso se encuentra en la etapa probatoria, pero *fallece el demandante*, de este hecho se pone en conocimiento al Juzgador, quién ordena la suspensión de proceso y notifica por edictos para que se apersonen los herederos con apercibimiento de nombrarse curador procesal, y resulta que *Víctor (emplazado)* es declarado único heredero, acredita al juzgado con el documento formal sustentatorio haber sido declarado de su derecho de único heredero del demandante, entonces el proceso se da por concluido al haber desaparecido la condición de demandado para asumir el derecho del demandante fallecido como titular del crédito, porque desapareció la obligación y no hay razón para continuar con el proceso dándose por concluido.

2.2. Los actos jurídicos procesales

Los actos procesales comprende la generalidad del comportamiento de las partes de la relación jurídica procesal desde la interposición de la demanda y emplazamiento con o sin contestación de la demanda por el emplazado, como ya hemos expuestos son manifestaciones de la voluntad observando comportamientos activos u omisivos de los sujetos de la relación jurídica procesal por los justiciables y auxiliares procesales (litigantes, abogados, testigos, peritos, etc.) y el comportamiento obligatorio del juez, generando como efecto situaciones jurídicas procesales.

2.3. Los negocios jurídicos procesales

Los negocios jurídicos procesales son una especie de los actos procesales practicados por las partes que van a determinar efectos en forma directa sobre el proceso como la *transacción*, el *desistimiento*. *Ugo Rocco*⁴⁴¹ prefiere la denominación «*negocios jurídicos extra-procesales*»

El jurista considera que al lado de los actos jurídicos con efectos procesales extra-procesales existen verdaderos negocios jurídicos procesales, que constituyen declaraciones de *voluntad dispositivas* emitidas en la órbita del proceso, dirigidos por una o ambas partes a los órganos jurisdiccionales con efectos jurídicos procesales (*nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas procesales*). Estos fenómenos del proceso están previstos en todas los Códigos procesales.

⁴⁴⁰ BATALHA, WILSON DE SOUSA DE CAMPOS. Op. cit., p. 398.

⁴⁴¹ ROCCO, UGO. Curso di teoria e pratica de proceso civile, tomo I, Italia, 1951, p. 498.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

La clasificación de los actos procesales tomaremos en cuenta las establecidas por los doctrinarios *Gian Antonio Micheli, Liebman y Goldschmidt*.

3.1. Gian Antonio Micheli⁴⁴² clasifica los actos procesales en: *a) actos de los litigantes y actos del proceso, b) actos lícitos y actos ilícitos, c) actos válidos, nulos y anulables, y d) actos facultativos, actos necesarios y actos obligatorios.*

a) *Los Actos procesales de los litigantes*, afirma *Rocco*,⁴⁴³ son las alegaciones que hacen los justiciables de hecho y de derecho en sus pretensiones como los medios probatorios, las declaraciones de voluntad y actividades meramente materiales vinculadas al proceso. Los actos de las partes tienen mucha incidencia en el proceso, dentro de las cuales nos referimos a las declaraciones unilaterales o bilaterales de voluntad producen inmediatamente *constitución, modificación o extinción* de derechos procesales, y así contempla el C.P.C. brasileño de 1973 que ha servido de modelo al C.P.C. peruano. Por ejemplo, el desistimiento de la acción de la pretensión, el allanamiento, la transacción, etc.

b) *Actos procesales del proceso* (juicio como lo denominan algunos juristas), son los actos procesales del juzgador por imperio de la ley o a petición de la parte litigante. Se clasifican en *ordinarios* y *decisorios*. Los *primeros* se refieren al impulso procesal o fijan el *mérito causae*, o determinan la preclusión de una incidencia cuestionada, como el art. 162º del C.P.C. brasileño de 1973 clasifica los actos procesales en sentencias, decisiones interlocutorias y despachos. Las *sentencias* son los actos por las cuales el juez pone término al proceso decidiendo o no el mérito de la causa, las *decisiones interlocutorias* son los actos procesales por las cuales el juez en el curso del proceso resuelve una cuestión incidental (*por ejemplo resuelve las excepciones*). Los *despachos* son todos los demás actos del juez practicados en el proceso de oficio o a requerimiento de los justiciables, porque la ley no establece otra forma de actos procesales.

Consideramos importante formularnos la siguiente interrogante: Cómo se consideran a los actos del Secretario en casos de emitir razones, practicar liquidaciones y las actuaciones del Fiscal? ¿Son actos procesales de parte o decisorios? En estos casos son actos del proceso en cumplimiento de su obligación del auxiliar jurisdiccional, el Secretario al emitir una razón de cualquier incidente dando cuenta al Juez (*pérdida de un recurso, de la inasistencia a la audiencia de los justiciables, etc.*). En cambio el Fiscal contesta demanda, o promueve acción civil, etc. son actos procesales de parte litigante.

c) *Actos procesales lícitos*, son todos los actos procesales que se practican conforme a la normatividad procesal por el juez como por los litigantes. Los *actos ilícitos*, son los que se practican en contravención a la norma jurídica procesal o material. Por ejemplo el juez adjudica un bien cuando ha sido desafectado por caducidad, o el juez en subasta pública adjudica un bien inmueble tasado solamente el cincuenta por ciento de su área total, etc.

⁴⁴² MICHELI, GIAN ANTONIO. Curso de derecho procesal civil, trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO, tomo I, p. 291.

⁴⁴³ ROCCO, UGO. Op. cit., p. 536.

d) *Actos procesales válidos*, son los que se practican observando las formalidades de procedimiento, por ejemplo la resolución de admisión de la demanda que cumple con los presupuestos de admisibilidad, acusar rebeldía al emplazado cuando la diligencia de notificación de ésta se ha practicado con las formalidades de ley garantizando el principio de contradicción y derecho de defensa.

e) *Actos procesales nulos*, son los que no han observado las normas procesales afectando los derechos de los litigantes y los vicios son insubsanables con una resolución posterior, siendo sancionados exclusivamente con la declaración de nulidad quedando sin efecto procesal, volviendo al estado anterior la situación jurídica procesal que hubiera determinado el acto procesal nulo. Más adelante trataremos sobre la nulidad, anulabilidad, eficacia e ineficacia de los actos procesales.

f) *Actos procesales facultativos*, son aquellos que dependen de la voluntad de *las partes litigantes, abogados y juez*, por ejemplo promover reconvencciones, formular tachas, deducir excepciones, interponer recursos impugnatorios, etc.

g) *Actos procesales necesarios*, son los que necesariamente tienen que practicarse, porque en caso contrario afecta la validez del proceso, por ejemplo, para demandar en representación del titular del derecho en conflicto tiene que tener necesariamente el poder especial por escritura pública, la representación del incapaz en el proceso como accionante o emplazado tiene que ser por su representante legal (*padre, tutor, curador acreditados con documentos públicos*), el emplazamiento al demandado mediante las diligencias de notificación observando las formalidades de ley. En caso de fallecimiento de uno de los litigantes el juez al tener conocimiento tiene que suspender el proceso y emplazar a la sucesión hereditaria mediante edictos para que se apersonen al proceso como sucesores procesales con apercibimiento de nombrárseles curador, el juez tiene que resolver las excepciones, tachas, etc., porque de no ser así el proceso adolece vicios de nulidad.

h) *Actos procesales obligatorios*, son los que aparentemente pareciera que se encuentran subsumidos dentro de los *actos procesales necesarios*, sin embargo no es así, son aquellas conductas que tienen que observar las partes procesales obligatoriamente dentro de los términos que señala la ley u ordena el juez, y si no cumple con el mandato las consecuencias son negativas al litigante o al juzgador. Por ejemplo, la obligación de contestar la demanda dentro del plazo de ley, sino contesta se tiene por contestada en su rebeldía dando lugar a la *presunción de verdad relativa* de las afirmaciones de las pretensiones del accionante. En el caso del Juzgador, si como consecuencia de una apelación, el órgano jurisdiccional superior revoca la resolución impugnada y ordena que el juez de primera instancia cumpla con determinada conducta procesal, sino observa el mandato incurre en falta administrativa civil y penal, tenemos otro ejemplo, la obligación del juez de emitir el acto procesal dando respuesta a la demanda, ya sea admitiendo, declarando inadmisibile o improcedente, etc. Dentro del plazo de ley.

A parte de la clasificación de los actos procesales expuestos, en la doctrina se han formulados otras clasificaciones, de las cuales exponemos algunas de ellas.

3.2. **Enrico Tulio Liebman**,⁴⁴⁴ clasifica a los actos procesales en *causativos* e *inductivos*.

- a) *Actos causativos*, son los que operan por sí mismo y producen determinados efectos en la situación procesal, por ejemplo, solicitar el saneamiento procesal, y el acto de mero impulso procesal.
- b) *Actos inductivos*, son aquellos que tienen por finalidad obtener del juez un pronunciamiento favorable, influyendo sobre la convicción acerca de la fundamentación de las razones expuestas por parte del litigante que realiza el acto procesal, por ejemplo el informe oral.

3.3. **Goldschmidt**⁴⁴⁵ clasifica en actos procesales de las partes y actos procesales del proceso como Liebman.

a) *Actos procesales de las partes*, a estos actos **Goldschmidt** hace una subclasificación en *actos de obtención* y *actos de causación* o *dispositivos*

I. Los actos de obtención, son las peticiones, afirmaciones, producción de pruebas. **Wilson de Sousa Campos Batalha**⁴⁴⁶ hace aclaraciones de las últimas clasificaciones que hace **Goldschmidt** formulando definiciones a cada una de ellas.

Los actos de obtención son actos de las partes que se destinan a obtener una resolución de contenido determinado mediante influencias psíquicas ejercido sobre el juez (*peticiones, afirmaciones, producción de pruebas*). *Peticiones* son requerimientos dirigidos al juez para que emita una resolución de contenido determinado, las *afirmaciones* son comunicaciones de hechos o de derechos que se hacen al juez, y la *producción de pruebas* es el conjunto de actos de las partes que tienen por objetivo convencer al juez acerca de la veracidad de las afirmaciones de un hecho o acto jurídico material objeto de las pretensiones.

II. Los actos procesales de causación o dispositivos, son los actos de las partes que permanecen en la periferia del proceso, son todos los actos que no sean de obtención a los que **Couture** denomina *paraprocesales*.

Los efectos en el proceso se manifiestan sobre la *constitución*, el *desenvolvimiento* o sobre la *conclusión* del proceso. Estos actos no son de necesidad (*en sentido dialéctico del proceso*) ni obligatorios porque pueden prescindirse de ellos y en muchos casos son calificados por el juzgador la *eficacia* en la incidencia procesal.

Goldschmidt ubica dentro de los *actos de causación* a los convenios procesales, declaraciones unilaterales y participaciones de voluntad. Los *convenios procesales* son acuerdos de las partes para dar solución a una determinada situación procesal, las *declaraciones*

⁴⁴⁴ LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manuale di diritto processuale*, op. cit., p. 209.

⁴⁴⁵ GOLDSCHMIDT, JAMES. *Teoría general del proceso*, trd. 1946, op. cit., p. 101; sobre la misma materia EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos do direito processal civil*, trad. 1946, p. 111.

⁴⁴⁶ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. *Op. cit.*, p. 400.

unilaterales de voluntad tenemos el otorgamiento y revocación de mandato, el desistimiento de cualquier acto procesal incluso desistimiento de la acción y pretensión, dejar consentida una resolución (*auto o sentencia*), etc., y finalmente las *participaciones de volunta*, en las cuales la declaración de voluntad no necesariamente coincide con el efecto producido, por ejemplo la confesión (*declaración de parte* en el C.P.C. Peruano).

b) **Los actos del proceso (del juicio)**, son los que se expresan en resoluciones; actos de causación como las notificaciones, y *suplen o substituyen* los actos de obtención de las partes como la producción de la prueba. Couture⁴⁴⁷ clasifica a estos actos en actos de *instrucción*, actos de *ordenación (actos de comunicación y actos de ordenación)* y actos de *decisión*. Esta clasificación comprende los provenientes del juzgador y de los litigantes, y los practicados por los auxiliares de justicia (*secretario, testigos, peritos, etc.*).

4. NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS PROCESALES

La delimitación de la naturaleza jurídica de los actos jurídicos procesales, es objeto de variados criterios doctrinarios. Alcalá-Zamora y R. Levene⁴⁴⁸ citando a Bartolini Ferro, consideran que existen por lo menos tres agrupaciones de teorías que explican la naturaleza de los actos procesales, y son las siguientes:

a) *Naturaleza pública*, consideran que el acto procesal es siempre público por la intervención del Estado a través de los órganos jurisdiccionales quienes reciben, practican o aseguran la eficacia del acto procesal, aún cuando provenga de la voluntad de las partes litigantes de derecho privado.

b) La *segunda teoría* considera que los actos procesales son públicos, siempre que emanen de sujetos que tienen calidad de funcionarios, o por lo menos que sean recibidos por ellos aunque se originen en sujetos privados.

c) La *tercera teoría* considera que el acto procesal es de derecho público por estar regulado por el derecho penal que es derecho público. En este caso el estudio han realizado en materia penal, sin que esto puede dejarse de explicarse extensivamente a los actos procesales del proceso civil empresarial, los que están regulados por las normas procesales de Derecho Público.

La *tesis de Bartolini* ha sido formulada dentro del proceso penal, sin embargo no existe diferencias esenciales, porque ambas disciplinas se encuentran sustentadas en la *Teoría procesal*. Los actos procesales siempre son de carácter público, porque se encuentran regulados por las normas procesales que son de derecho público, cuya manifestación de voluntad bilateral o unilateral de los justiciables o del juez están sujetas a las normas procesales, y se orientan a incidir en el proceso ya sea como acto procesal o negocio procesal.

⁴⁴⁷ COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Argentina, 1946, p. 111.

⁴⁴⁸ ALCALÁ-ZAMORA, NICETO Y R. LEVENE. *Derecho procesal penal*, tomo II, Buenos Aires, Argentina, 1945, edit. Guillermo Graft Ltda. p.147.

5. EFICACIA Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Liebman,⁴⁴⁹ refiriéndose a la publicidad de los actos jurídicos procesales, señala que apenas el acto final que culmina el procedimiento presenta eficacia jurídica externa. Los efectos de los otros actos procesales son internos del procedimiento haciendo proseguir para su meta influyendo directa o indirectamente sobre el contenido del acto final. El acto final tiene normalmente eficacia duplicada: sobre el plano procesal, encierra el proceso y, sobre el plano substancial, tiene los efectos propios del derecho, efectos que varían de acuerdo con la naturaleza del pronunciamiento.

Los actos procesales son públicos en atención al *principio de publicidad*, entonces cualquier persona con interés tiene acceso al expediente sin perjuicio de presenciar las audiencias por ser esencialmente de carácter público. Existe diferencias con el *proceso penal tradicional* en parte sobre la publicidad del proceso, durante la instrucción los *actos procesales son reservados* y desaparece esta reserva al concluir la investigación o instrucción con el dictamen acusatorio o por el sobreseimiento del proceso, está fundamentada esta reserva en la garantía de las actuaciones probatorias de la comisión del delito y la identificación plena del autor. Sin embargo con la *Teoría General del Proceso* exige la publicidad de los actos procesales porque se encuentra en juego *la libertad, el procesado hasta tiene el derecho de mentir como defensa natural de su libertad*.

Los Códigos procesal penales con esta anticuada concepción en la actualidad la reserva de la instrucción está cayendo en desuso, en aplicación del principio de publicidad de todo tipo de proceso como una de las garantías del debido proceso conforme a las diversas declaraciones de derechos humanos, y por el acceso a los medios de comunicación social.

En el proceso civil, por el contrario los litigantes tienen la obligación de decir la verdad bajo responsabilidad, y en algunas legislaciones procesales modernas todavía obligan al juez a tomar el juramento de decir la verdad, como el C.P.C. peruano en vigencia, que resultan extremados, pero en la práctica esta formalidad no se aplica. El fundamento para la publicidad de actos procesales civil empresariales, es un medio de garantía del debido proceso y la decisión justa del conflicto de intereses.

6. FORMALIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

La forma de los actos procesales generalmente obedece al principio de *instrumentalidad*, según el cual el acto procesal debe tener la forma adecuada para lograr sus objetivos dentro de la estructura contradictoria del proceso. *Liebman*⁴⁵⁰ dice que «*el principio de la instrumentalidad de la forma subordina la invalidez de un acto procesal en la simple inobservancia de la forma, mecánicamente relevante*»

⁴⁴⁹ LIEBMAN. Op. cit., tomo I, p. 190.

⁴⁵⁰ IBIDEM. Op. cit., tomo I, p. 192.

Los actos procesales son eminentemente formales, adoptando las formas extrínsecas e intrínsecas bajo sanción de nulidad. La *primera de forma*, la que significa que su estructuración tiene que observar el procedimiento previsto por las normas procesales, la *segunda de fondo* o contenido del acto procesal para que tenga eficacia jurídica. Pero puede haberse observado su formalidad, sin embargo afecta el derecho de uno de los litigantes en el derecho material como el derecho de defensa, hasta el mismo derecho pretendido, fenómenos que siempre corren en muchos por el exceso del formalismo.

En ambos casos tiene que tener un sustentado en hechos probados y en la normatividad jurídica, sin perder de vista que la fundamental *función de la razonabilidad* que se oriente hacia el objetivo final con la sentencia justa.

También se distingue el *modo de expresión* y el *modo de recepción*. El primero es la forma de uso del idioma que puede ser oral o escrito, y de ser oral siempre constará en acta, y el *modo de recepción* sobre los principios de publicidad e inmediación (*en audiencia pública y con la intervención directa del juzgador*).

Adolf Schonke⁴⁵¹ referente a la formalidad de los actos procesales dice: «*Los actos procesales se rigen por todos sus requisitos, formas, finalidad, contenido y efectos, solamente por el derecho procesal y no por el derecho material...; como excepción únicamente es de tener en cuenta aquellos actos procesales que al mismo tiempo contengan disposiciones (de derecho material) del aspecto litigioso, como allanamiento, renuncia, transacción*»

Talvez el jurista hace un exceso en la imperatividad de las normas procesales en el procedimiento de los actos procesales justamente partiendo de la concepción del carácter de instrumentalidad de las normas procesales, en consecuencia vienen a ser la envoltura de los derechos *subjetivos materiales* y derechos *subjetivos procesales* en ejercicio. Los actos procesales necesariamente están elaborados conforme a las normas procesales y normas materiales como elementales, más adelante trataremos sobre la formalidad procesal y las consecuencias riesgosas de los derechos materiales y adjetivos de los justiciables.

7. LUGAR Y TIEMPO DE LOS ACTOS PROCESALES

7.1. Escenario de los actos procesales

El *lugar* del desenvolvimiento de los actos procesales generalmente es el local del juzgado, salvo situaciones especiales que exija la naturaleza de la actuación del medio probatorio o situaciones de salud del justiciable que imposibilite su concurrencia al juzgado, y siempre a

⁴⁵¹ SCHONKE, ADOLF. *Derecho procesal civil*, trad. española de la 5ª edic. alemana, Barcelona, España, edit. Bosch, Casa Editorial, 1950, p. 109 y 110.

solicitud de parte interesada el juez puede señalar otro lugar para la actuación de los actos procesales.

7.2. Los plazos

a) Definición

Es el espacio de tiempo comprendido dentro del término inicial y término final (*a quo* y *a quem*) fijado por la ley procesal o por el juez o fijado por las partes, en cuyo lapso debe producirse determinados actos procesales y el plazo para la producción determina la eficacia de estos actos. Los plazos son computados por días, horas, minutos, meses y años siendo perentorios y dilatorios.

Los *plazos* de los actos procesales tanto para su producción o realización y para la adquisición de su eficacia, depende de los plazos y términos establecidos por la ley procesal y los que establezcan el juzgador. Estos se computan a partir del día siguiente de notificado a los justiciables y los auxiliares jurisdiccionales. Los términos tan conocidos por la doctrina son los extremos del plazo.

b) Clasificación

Los plazos son perentorios y dilatorios, prorrogables e improrrogables, comunes e individuales.

Los *plazos perentorios* denominados también *fatales*, son los que al término final producen preclusión del acto procesal extinguiendo derechos si no se practicaron dentro de los términos. El art. 146° del C.P.C. peruano expresa que los plazos previstos en este Código *son perentorios* y no pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. Por ejemplo, la declaración de rebeldía del demandante o del reconvenido si no contesta la demanda dentro del plazo de ley.

Los *plazos dilatorios* son los que vencido el término final de plazo, se puede actuar los actos procesales después de su vencimiento. Por ejemplo, el Art. 212° del C.P.C. prescribe la hipótesis de *plazo dilatorio* expresando: «Dentro de un plazo común que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia, los Abogados pueden presentar alegato escrito, en los procesos de conocimiento y abreviado» Sin embargo en la praxis forense, después de vencido el plazo los Abogados no están impedidos de formular sus alegatos por escrito y el juez dispone tenerse presente al momento de resolver, sobreponiéndose la *razonabilidad* a la norma a pesar de tener el carácter imperativo con la expresión «*que no excederá de cinco días desde concluida la audiencia*» y si el juzgador fuera un legalista tendría que rechazar el informe escrito presentado fuera del plazo precisado.

También el art. 289°, inc. 5 del T.U.O. de la L. O. del P. J. prescribe que son derechos del Abogado Patrocinante, «*Informar verbalmente o por escrito en todo proceso judicial, antes que se ponga fin a la instancia*» aplicable como norma superior al C.P.C. en este extremo, por la garantía constitucional del *derecho de defensa*.

Los **plazos prorrogables** son los que pueden ser prorrogados o postergados por el juez a solicitud de los litigantes o de oficio lo que debe ser antes de su vencimiento. Por ejemplo, la incomparecencia de las partes a la audiencia de saneamiento y conciliación, el juez a pedido de una o de ambas partes litigantes o de oficio, señala nuevo día y hora para la realización de la audiencia, con apercibimiento de archivar el proceso, asimismo la prórroga de oficio de los plazos legales de audiencias por la carga procesal. Esta previsto por el artículo 317° del C.P.C.

«Art. 317°.- La declaración de interrupción tiene por efecto cortar el plazo o diferir el término para realizar un acto procesal, produciendo la ineficacia de la fracción del plazo o difiriendo el término transcurrido.

La interrupción será declarada por el Juez en resolución inimpugnable, de oficio o a pedido de parte, sustentándola en la ocurrencia de un hecho imprevisto o que siendo previsible es inevitable.

El plazo para solicitar la declaración de interrupción vence al tercer día de cesado el hecho interrumpido»

Son **plazos improrrogables** los que por mandato imperativo de las normas procesales no pueden ser diferidos los actos procesales. Por ejemplo, la contestación de demanda, vencido el término final aún cuando absuelve el traslado de la demanda fuera del término se tiene por no contestada por extemporánea y se declara la rebeldía del emplazado. Los plazos para interponer recursos impugnatorios son improrrogables, el juez no puede conceder un plazo ampliatorio después de vencido el plazo, quedando consentida la resolución, materializándose su eficacia procesal.

Plazo legal es el determinado por las normas jurídicas, como los plazos para contestar demandas, deducir excepciones, para interponer recursos impugnatorios, etc.

Plazo judicial es el que determina el juez o el tribunal. Por ejemplo, requerir al litigante cumpla con presentar documento original para una prueba pericial con apercibimiento de multa, plazo para la subsanación de la demanda o recurso impugnatorio los que se encuentran dentro de los márgenes de uno a diez días según el caso, regulado por el C.P.C. peruano.

El **plazo convencional** es el determinado por convención de los litigantes con aprobación del juez, como por ejemplo, el plazo de suspensión por acuerdo de las partes de la realización de determinados actos procesales previsto por el art. 319° del C.P.C. «La suspensión acordada por las partes requiere aprobación judicial. Se concede sólo una vez por instancia y no puede ser mayor de dos meses en cada caso» También en la audiencia de conciliación, las partes acuerdan suspender la audiencia con la finalidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, el juez suspende la audiencia y señala día y hora para la continuación.

El **plazo común** es aquél determinado por la ley o el juzgador, dentro del cual ambas partes litigantes tiene la obligación de realizar determinados actos procesales con el carácter preclusivo. Por ejemplo, en segunda instancia de conformidad con el art. 131, 2° apartado del TUO de la L. O. del P. J. el órgano jurisdiccional (*juzgado de revisiones o Sala Civil*) señalan día y hora para la audiencia de la vista de la causa, los Abogados tienen el derecho de pedir ser escuchados la defensa oral (*informe oral*) dentro del plazo de tres días de notificado con la resolución que señala día y hora para la audiencia pública, los Abogados están facultados para

pedir al órgano jurisdiccional se les conceda el tiempo de ley para formular informes orales, de conformidad con el Art. 375º, 4ª parte del C.P.C. Peruano, expresando:

«Dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista, el Abogado que desee informar lo comunicará por escrito, indicando si la parte informará sobre hechos. La comunicación se considera aceptada por el solo hecho de su presentación, sin que se requiera citación complementaria. No se admite aplazamiento»

El **plazo individual o personal**, es el estipulado por la ley procesal u otorgado por el juez para que una de los sujetos de la relación procesal cumpla con determinado acto o actos procesales, por ejemplo el plazo concedido al emplazado para contestar la demanda, también el plazo concedido a uno de los litigantes para que habilite el medio probatorio ofrecido y admitido en la etapa probatoria, con el apercibimiento de tenerse por no admitido, etc.

c) Cómputo de los plazos

El **cómputo del plazo** en el proceso civil empresarial es por días hábiles a partir del día siguiente de practicada la diligencia de notificación con las formalidades de ley, cuando el requerimiento es en días conforme a la ley procesal, descontando los días feriados o declarados no laborables, días sábados y domingos, como en el caso del Perú las instituciones públicas tienen establecida la jornada laboral semanal de lunes a viernes

El T.U.O. de la L. O. del P. J., en el art. 124º, primera parte prescribe que las actuaciones judiciales se practican en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad. El C.P.C. peruano precisa que los actos procesales se practican en los días y horas hábiles prescritas por el art. 141º, 1ª y 2ª parte del C.P.C.:

«Art. 141º.- Las actuaciones judiciales se practican puntualmente en el día y hora hábil señalados, sin admitir dilación.

Son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados»

Los **días inhábiles** son definidos por la L. O. del P. J. en el art. 124º, última parte, expresando que son aquellos en que se suspende el despacho conforme a esta ley.

El T.U.O. de la L. O. del P. J., art. 124º, 2ª parte, ha precisado cuáles son las **horas hábiles**, prescribiendo que son las comprendidas entre las seis y veinte horas (06.00 a.m. y 8.00 p.m.), pero en materia penal son hábiles todas las horas y todos los días de conformidad con el art. 126º del TUO de la L. O. del P. J. El art. 141º, última parte del C.P.C. ha previsto el caso de las actuaciones procesales fuera del Despacho Judicial, prescribiendo que son horas hábiles las que están comprendidas entre las siete y las veinte horas (07 a.m. a 08 p.m.) tratándose de *actuaciones procesales fuera del local del despacho del juzgado*, en el 4º apartado del art. 141º citado precisa que son horas hábiles las comprendidas entre las *siete y veinte horas (07.00 a.m. y 08.00 p.m.)*.

Pero si la norma establece **plazos en meses**, se computan días laborables y no laborables, es decir sábados, domingos, feriados y los días declarados no laborables por cualquier otra causa.

7.3. Habilitación de días y horas inhábiles

El juez puede habilitar los días y horas inhábiles a pedido de parte o de oficio para aquellos actos procesales que puedan realizarse en días hábiles, o cuando por la naturaleza o circunstancia del bien protegido en discusión requiera de actuaciones procesales urgentes porque el retardo puede perjudicar a una de las partes, son las medidas cautelares. Esta necesidad procesal también ha sido prevista por el art. 125° del T.U.O. de la L. O. del P. J. facultando los Magistrados habilitar los días y horas inhábiles en los casos señalados por las normas procesales. La habilitación de días y horas también regula el art. 142° del C.P.C. determinado los supuestos que fundamentan la habilitación.

«Art. 142°.- De oficio o a pedido de parte, el Juez puede habilitar días y horas en aquellos casos que no pueda realizarse una actuación judicial, dentro del plazo que este Código establece o cuando se trate de actuaciones urgentes cuya demora puede perjudicar a una de las partes»

En la praxis se produce la *habilitación implícita* de día y hora, cuando iniciada una diligencia en día y hora hábil no se concluye, continuándose la diligencia en día y hora inhábil, sin necesidad de una resolución previa. Por ejemplo un lanzamiento de un predio rústico, iniciado las diez de la mañana del día viernes no se concluye hasta la 20 horas, continuará hasta la 10 de la noche, es decir continúa la diligencia las 21 y 22 horas, así mismo si se inició la diligencia inspección judicial en un predio rústico, por la dificultad del traslado del personal del juzgado, se inicia el día viernes en horas hábiles, pero no es posible concluir, continuará la inspección el día sábado siguiente sin necesidad de decretar su habilitación.

En algunos Códigos procesales no están regulados, pero sí el C.P.C. Peruano ha recogido esta realidad que siempre se ha venido produciendo en la práctica jurisdiccional. El art. 143° citado prescribe:

Art. 143°.- La actuación judicial iniciada en día y hora hábiles, podrá continuar hasta su conclusión en tiempo inhábil, sin necesidad de que previamente se decrete la habilitación»

La actuación procesal diferida, consiste en la suspensión del acto procesal para continuar en otro día hábil. Esta práctica es muy común en las audiencias, generalmente en la actuación de medios probatorios. También el Art. 144° del C.P.C. ha tenido en cuenta la actuación diferida.

8. ACTUACIÓN DIFERIDA DE LOS ACTOS PROCESALES

Consiste en la suspensión de los actos procesales cuando la actuación judicial requiere de mayor tiempo de lo previsto, el Juez suspende la diligencia y señala día y hora para la continuación, debiendo constar en acta. La actuación diferida de las audiencias es muy común en primera instancia. En el C.P.C. peruano ha previsto en el art. 144°, prescribiendo:

«Art. 144°.- Cuando la actuación judicial requiera de más tiempo del previsto, podrá ser suspendida para su continuación al siguiente día hábil o cuando el Juez lo fije. Tal decisión se hará constar en el acta»

9. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

En el estudio de las instituciones de *interrupción* y *suspensión*, nos referimos exclusivamente como instituciones de la Teoría Procesal Civil Empresarial, sin introducirnos en las instituciones de interrupción y suspensión de los plazos en el derecho material.

9.1. La interrupción

Según *Guillermo Cabanellas*⁴⁵² es el obstáculo, estorbo o impedimento para seguir una cosa o situación, aplazamiento, suspensión o cese temporal de una actividad iniciada con el propósito de posterior prosecución. Podemos definir la *interrupción* del plazo, como la fuerza mayor o caso fortuito que imposibilita llevar a cabo los actos procesales en el plazo legal, judicial o convencional cortándose o difiriéndose el plazo fijado, quedando sin efecto la parte del plazo que ha transcurrido. El presupuesto es la concurrencia de un hecho imprevisto o siendo previsible, no ha sido posible la detención, es decir, el acontecimiento escapa a la voluntad de las partes del proceso (*litigante y juzgador*).

La práctica judicial en nuestro país la interrupción de los plazos se está haciendo costumbre en la realización de las audiencias en los Juzgados especializados civiles y de Paz Letrado, que no se cumplen con los plazos establecidos por las normas procesales, invocando como justificación la excesiva *carga procesal*, como resultado en muchos casos un exceso del uso de la interrupción del plazo. Por ejemplo, el art. 554º, 2º parte del C.P.C. prescribe que la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia deberá realizarse dentro de diez días hábiles de contestada la demanda o de transcurrido el plazo bajo responsabilidad, sin embargo interrumpiendo el plazo, difirieren de tres a cuatro meses después del vencimiento del plazo, consideramos injusta la aplicación de interrupción prevista por el art. 317º del C.P.C.

En la legislación comparada, tenemos el *Código de Procedimiento Civil*⁴⁵³ del Estado de Coahuila de Zaragoza, de la República de México publicado el 29 de junio de 1999, vigente del 27 de mayo del 2005, ha regulado en el Título Octavo del Libro Primero del Proceso en General, previendo las hipótesis que pueden producirse.

«Artículo 307º

Interrupción del procedimiento.

El procedimiento se interrumpirá:

⁴⁵² CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario jurídico, cit. por WILVELDER ZAVALA CARRUITERO, Código procesal civil, 3ª edic. Lima, 1997, edit. Manuel Chahu E.I.R.L., tomo I, p. 401.

⁴⁵³ INSTITUTO DE INVESTITACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, D.F. Código procesal civil para el estado de Coahuila, publicación inicial el 29-06-1999, vigente al 27-06-2005, República de los Estados Unidos de México, D.F. <http://info4.juridicas.unam.mx>

i. por la muerte de cualquiera de las partes. Si esta hubiere estado representada por mandatario, no se interrumpirá sino que continuará con éste, entre tanto el albacea o los herederos comparezcan al proceso. Si no hubiere mandatario, la interrupción durará mientras no comparezcan el albacea o los herederos. Si no lo hacen, a petición de la otra parte, el juzgador fijara un plazo razonable de treinta días hábiles para que lo hagan y mandará notificarlo al representante de la sucesión y a los herederos. Si no comparecen uno y otros, el procedimiento se continuará en su rebeldía, una vez transcurrido el plazo fijado por el juzgador.

ii. Por pérdida de la capacidad procesal, quiebra o concurso de una de las partes. En este caso, el procedimiento se interrumpirá hasta que se nombre representante legal de la parte mencionada y se le haga saber la reanudación»

iii. Por muerte del mandatario o patrono. En este caso el procedimiento se reanudará tan pronto como se notifique a la parte principal para que provea la substitución de representante o patrono desaparecido o comparezca voluntariamente, por si o por medio de nuevo mandatario o patrono.

iv. Cuando por fuerza mayor los tribunales no puedan actuar, o bien las partes o una de ellas, sin culpa alguna, por fuerza exterior irresistible, se encuentre en absoluta imposibilidad de atender su defensa en la causa»

La interrupción del plazo puede ser declarada de oficio o a pedido de cualquiera de los litigantes, y el art. 317° citado expresa que el vencimiento del plazo para solicitarlo es el tercero día de cesado el hecho causante de la interrupción.

El Código del Proceso Civil del Estado de Coahuila, es menos proteccionista del derecho de defensa, como se puede apreciar en el art. citado. En cuanto al C.P.C. Peruano, atendiendo a la teoría más avanzada en el caso de fallecimiento, se notifica a los presuntos herederos del causante para que en el plazo de sesenta días se apersonen al proceso con el apercibimiento de nombrar curador procesal, que en Código de Procedimientos Civiles derogado de 1912, se denominaba defensor de herencia, es decir se interrumpen los plazos sin interesar que haya sido representado por apoderado o mandatario judicial. En cambio en el Código comprado si el causante se encontraba litigando con Representante, el proceso continúa hasta que el albacea o herederos comparezcan al proceso, y si no tuviera representante, el juzgador otorga un plazo de treinta días a los herederos para que comparezcan al proceso, y en caso contrario continúa en rebeldía. El texto del art. 307° del Código del Proceso Civil de Coahuila, no está acorde con la teoría moderna de la Representación como acto jurídico, porque con el fallecimiento del representado termina la representación.

9.2. La suspensión

a) Definición

Esta institución procesal es más compleja que la interrupción, porque puede suspenderse ciertos actos procesales y luego inmediatamente continuar con su actuación o suspenderse ciertos actos procesales y la continuación con otros o la suspensión total del proceso, en estos

últimos casos se puede decir que la suspensión es parcial o total. En resumen estamos ante dos clases de suspensión: *suspensión del plazo y la suspensión del proceso*.

Podemos definir la *suspensión procesal* en términos generales, como la paralización temporal de la producción o ejecución de los actos procesales o la paralización total del proceso por disposición de la norma procesal o por acuerdo de las partes, para luego reanudar la dialecticidad de los actos procesales suspendidos o la reanunciación de la dialecticidad general del proceso en su conjunto.

La *suspensión del proceso* que la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español denomina *suspensión del procedimiento*, está relacionada con la *teoría de la prejudicialidad en el proceso civil* considerada por la doctrina y regulada por la mayoría de Códigos procesal civiles, esto nos obliga a diferenciar la *suspensión del plazo y suspensión del proceso*. Dentro de los Códigos procesal civiles tenemos el brasileño, y el Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza en vigencia,⁴⁵⁴ regula la *suspensión del proceso* fundamentado en la *teoría de la prejudicialidad*.

«Artículo 308º

Suspensión del procedimiento.

El procedimiento se suspenderá:

i. Cuando en un proceso civil o familiar se denuncie un hecho que constituya delito, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que con motivo del ejercicio de la acción penal se dicte auto de formal prisión o de sujeción al proceso.

b) Que lo pida el ministerio público en el proceso civil o familiar.

c) Que los hechos denunciados sean de tal naturaleza que la sentencia que se llegue a dictar en el proceso penal con motivo de ellos, deba necesariamente influir en las resoluciones que pudieren dictarse en el proceso civil o familiar este, salvo disposición en contrario, solo se suspenderá en la parte relacionada con el hecho delictuoso y la suspensión se mantendrá hasta que recaiga sentencia definitiva en el proceso penal, o antes si se decreta la libertad por falta de meritos o por desvanecimiento de datos, o el procedimiento concluye por cualquier motivo sin decidir sobre los hechos delictuosos denunciados.

ii. Cuando el mismo u otro juzgador deban resolver una controversia civil o familiar cuya definición sea previa o conexas a la decisión del proceso. Este podrá suspenderse total o parcialmente, según afecte la controversia todo o parte del fondo del negocio.

⁴⁵⁴ IBIDEM. Op. cit. <http://info4.juridicas.unam.mx>

iii. A petición de todas las partes interesadas, siempre que no se afecten derechos de tercero, y por un periodo que en ningún caso excederá de tres meses.

iv. En los demás casos en que la ley lo determine.

La suspensión se hará constar a petición de parte o de oficio y la reanudación del procedimiento, una vez que cese la causa que la motivo, será ordenada por auto del juzgador»

La **suspensión del plazo**, es la detención del plazo procesal que ha iniciado a correr para el cumplimiento de determinado acto procesal, y tiene su origen en la ley o es convencional.

El art. 318° del C.P.C. Peruano define la suspensión del plazo expresando:

«Artículo 318°.- La suspensión es la inutilización de un período de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal»

b) Clases de suspensión

En este tópico nos limitaremos al estudio de las clases de suspensión de los plazos, y la suspensión del proceso será objeto de estudio en la *teoría de prejudicialidad del proceso civil*.

La posición doctrinaria en la clasificación de la suspensión procesal es uniforme, y se ha considerado en los Códigos procesales modernos y Leyes orgánicas del Poder Judicial de Brasil, México, Ecuador, Venezuela, Colombia, Perú y otros Estados iberoamericanos.

I. La **suspensión legal**, está previsto por el art. 247° del T.U.O. de la L. O. del P. J. y expresa en forma taxativa que no hay Despacho Judicial los días sábados, domingos y feriados no laborables y los de duelo nacional y judicial, asimismo por inicio del año judicial y por el día del Juez. *El duelo nacional* por fallecimiento del Presidente de la República u otro funcionario de los altos órganos de los poderes del Estado.

El C.P.C. también en el art. 248° prescribe cuáles son los *días de duelo judicial*, los del sepelio de los Magistrados en ejercicio., el sepelio del Presidente de la Corte Suprema duelo nacional, de Vocales Supremos en la Capital de la República. de los Miembros de las Cortes Superiores, en la Provincia sede de cada Corte o Sala (en la Provincia de Chota sede de la Sala Mixta de la Corte Superior de Cajamarca, y si fallece el Presidente de la Corte o Vocal Superior que tiene su sede en la ciudad y Provincia de Cajamarca, se suspenden los plazos en toda la Provincia), de los Jueces Especializados o Mixtos en la Provincia de su sede, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se rigen por las normas de duelo de los Magistrados y Servidores del Poder Judicial. El inc. 6 del art. 248° de la L.O.P.J. prescribe que en los casos de los Magistrados en actividad, jubilados o cesantes será declarado duelo laborable, izándose el Pabellón Nacional a media hasta en los locales correspondientes el día de las honras fúnebres.

II. La **suspensión convencional** es la decisión de mutuo acuerdo de los litigantes e intervención del juez se suspende los plazos de la ejecución de los actos procesales por un tiempo prudencial que no afecte el principio de celeridad y economía procesal, y que tenga por finalidad la solución armónica del conflicto de intereses, la petición será calificada por el juez y

proceder a su aprobación, si tiene por finalidad restituir la paz en aplicación del sistema procesal mixto (*dispositivo e inquisitivo*). El art. 319° del C.P.C. considera la suspensión convencional acordada por los litigantes con aprobación del juez y reconoce este derecho solamente una sola vez en cada instancia, prescribiendo:

«**Artículo 319°.-** La suspensión acordada por las partes requiere aprobación judicial. Se concede sólo una vez por cada instancia y no puede ser mayor de dos meses en cada caso»

III. La *suspensión judicial*, es la manifestación de la voluntad de juez suspender el proceso o los actos procesales de oficio o a pedido de parte, cuando existan causas intra o extra del proceso que ponga en riesgo la eficacia del proceso o del acto procesal previstos legalmente o no que afectan al proceso, en aplicación del *principio de dirección del proceso* y de *impulso procesal ex officio*. El art. 320° del C.P.C. prescribe:

«**Artículo 320°.-** Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente, y cuando a criterio del juez sea necesario»

Por el ejemplo, sobre el trámite de la inhibitoria, el art. 40°, 1er. párrafo del C.P.C. prescribiendo: «Recibido el oficio, el Juez comunicará al demandante la interposición de la inhibitoria y dispondrá la suspensión del proceso»

Asimismo produce la suspensión de la ejecución de las resoluciones que son objeto de recursos de apelación o simplemente la resolución se emite y por mandato de la norma procesal se suspende su ejecución incluso sujeta a condición suspensiva. NoA encontramos con las siguientes hipótesis:

1) La *suspensión general* que afecta toda resolución en su ejecución durante los términos del plazo que precisa la norma procesal, como garantía del derecho de defensa y contradicción. Todas las legislaciones procesales han establecido un plazo determinado por la norma que les concede a los litigantes para hacer valer su derecho impugnatorio.

En el C.P.C. peruano el plazo para interponer recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias es de tres días hábiles, si se trata de sentencia, el plazo depende del tipo de proceso, si es proceso sumario tres días en el proceso abreviado es de cinco días, si es de conocimiento el plazo es de 10 días. En segunda instancia, los autos que se producen dentro del proceso, el plazo es de tres días para que los justiciables hagan valer su derecho de apelación, pero si el Tribunal Superior conoce el proceso por recurso de apelación de auto que pone fin al proceso o es una sentencia, quedan suspendidas durante diez días hábiles, vencido el plazo si los justiciables no interponen *recurso de casación* quedan ejecutoriadas, y se devuelve al juzgado o tribunal que conocían en primera instancia para su ejecución.

2) *Suspensión como efecto del recurso de apelación o de casación*, toda resolución impugnada con recurso de apelación o casación se suspende la fuerza de ejecución hasta que ser resuelven en la instancia superior.

En el caso de los *recursos de apelaciones contra resoluciones interlocutorias* surgen otros supuestos supeditados a la forma de concesión del recurso impugnatorio:

a) Si se concede la *apelación sin efecto suspensivo*, es decir, la resolución impugnada se elevará al órgano jurisdiccional superior formándose un cuaderno o expedientillo con las copias de las piezas del expediente principal que sustenten la causa de la producción de la resolución impugnada. En este caso queda suspendido solamente la ejecución o efectos de esta resolución hasta que el Tribunal Superior resuelve la impugnación, pero el proceso continúa normalmente su cause.

En la doctrina y algunas legislaciones consideran la ejecución de la resolución impugnada sin efecto suspensivo, sin embargo en la praxis ha generado graves daños y muchos de ellos irreparables, lo preferible es la evaluación que debe hacer el juzgador hasta qué medida es factible los efectos de la ejecución.

b) Si se concede la *apelación con efecto suspensivo*, se produce la suspensión del proceso, es decir la paralización de toda la actividad procesal, en otros términos se suspende la competencia del juzgador hasta que el Tribunal Superior resuelva.

c) Si se concede la *apelación sin efecto suspensivo del proceso y en calidad de diferida*, queda suspendido el proceso de la apelación concedida pero su eficacia se ejecuta, a espera que el proceso concluya con sentencia o por otras formas de conclusión con el carácter de sentencia. Si concluye con sentencia en contra del apelante de la resolución interlocutoria, y apela contra la sentencia, o por cualquiera de los justiciables, se tramitará ambos recursos de apelación en forma conjunta remitiéndose al superior. Si la sentencia queda consentida la resolución que concedió el recurso de apelación en forma diferida y sin efecto suspensivo queda sin efecto, y la resolución interlocutoria impugnada recupera todos sus efectos de ejecución.

Las hipótesis expuestas están previstas por el C.P.C. peruano en los arts. 368° y 369°, expresando:

«Art. 368.- El recurso de apelación se concede:

1. Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior.
2. Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de esta»

En cuanto a la concepción del recurso de apelación en calidad de diferida y sin efecto suspensivo está prescrito por el art. 369°, expresando:

«Art. 369°.- Además de los casos en que este Código lo disponga, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede ordenar que se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo, a fin de que sea resuelta por el superior, conjuntamente con la sentencia u otra resolución que el Juez señale. La decisión motivada del Juez es inimpugnable.

La falta de apelación de la sentencia o de la resolución señalada por Juez determina la ineficacia de la apelación diferida»

IV. La *suspensión prejudicial*, en este caso se suspende el proceso hasta que se resuelva lo penal o laboral del cual depende el pronunciamiento de mérito. Esta suspensión está regulada en la normatividad procesal comparada, aunque en el C.P.C. peruano no ha sido regulado, pero esto no quita la posibilidad que el juzgador decida la suspensión por esta causa.

V. La *suspensión por acumulación* de procesos, en estos casos cuando a solicitud de los litigantes o de oficio el juez ordena la acumulación con otro proceso, por tener conexidad a fin de evitar doble sentencia sobre las pretensiones en discusión. Se suspenden ambos procesos, el proceso del *juzgado requeriente* se suspende hasta que el juez requerido remita el proceso para su acumulación, así mismo se suspende el proceso del *juzgado requerido* para su remisión, una vez acumulado ambos procesos unificados reanudan su actividad procesal.

Si en un proceso de divorcio, existe un proceso de alimentos en giro, es decir pendiente de sentencia y comunicado en la demanda, el juez ordena la acumulación al proceso de divorcio, suspendiéndose el proceso durante el trámite de la acumulación, por ser los alimentos una acción accesoria del proceso de divorcio en el que el Juez tiene que necesariamente pronunciarse sobre los alimentos en caso de ser declarada fundada la demanda de divorcio, señalando el monto mensual de alimentos a favor de los hijos alimentistas e incluso a favor de cónyuge divorciado si así lo requiere las condiciones personales de salud y económica de uno de los divorciados.

Capítulo XII

Teoría de la Preclusión y del Impulso Procesal

1. GENERALIDADES

La Moderna Teoría General del Proceso ha dedicado el máximo de sus preocupaciones a la *teoría de la preclusión*, la misma que se encuentra vinculada a la *teoría del impulso procesal*, por lo que debe hacerse el estudio en forma conjunta de estas dos instituciones procesales.

El proceso considerado como movimiento es la sucesión de actos y términos en el orden previsto por las normas procesales, cada acto procesal puede presentar una reacción al anterior y estimular al siguiente, pero con la actuación de los sujetos de la relación procesal en el desenvolvimiento del proceso.

La doctrina mayoritariamente ha concluido que la iniciativa del proceso es a instancia de la parte litigante promover acción con la demanda. El problema está en determinar a quien compete el impulso procesal después de admitida la demanda, si será posible ubicarnos en uno u otro sistema procesal *dispositivo* (*corresponde a los litigantes*) o *inquisitivo* (*corresponde al juez*).

En la teoría moderna el impulso procesal no es puramente ni lo uno ni lo otro, es la aplicación de ambos sistemas con el predominio del principio dispositivo, considerando al juzgador como el director del proceso, tiene la obligación del impulso procesal de oficio (*ex officio*), sin perder de vista que el inicio del proceso es a instancia de parte sin perjuicio que hay actos procesales que requieren de la acción necesaria de los litigantes, para su producción.

La operatividad del impulso *procesal de oficio* tiene que ser inmediato a la preclusión del acto procesal o etapa del proceso para que el juez determine la verdad objetiva de las pretensiones y contradictorios, luego someterlos a la valoración y decisión del conflicto. Por ejemplo, contestada la demanda, el juez sin petición de los litigantes tendrá por contestada la demanda y señalará día y hora para la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, o también vencido el plazo para que el demandado subsane las omisiones en la contestación de

la demanda, el juez resolverá teniendo por contestada en rebeldía y señalará día y hora para la audiencia de saneamiento y conciliación.

El impulso procesal *ex officio* esta limitado a aquellos actos procesales que son de propio interés de los litigantes y no afectan al interés social o que no contravenga a los principios de imparcialidad y eficacia de las decisiones del juzgador. Por ejemplo, el juez no puede de oficio interponer recurso de apelación contra las sentencias aunque todavía existen en algunas Legislaciones procesales los conocidos como *recurso de apelación de oficio*. Nuestro C.P.C. vigente en ciertos casos dispone elevar el proceso en consulta al haber perdido competencia con la emisión de la sentencia y cuando los litigantes no interponen recurso de apelación. El *fundamento* está supuestamente en que los conflictos de intereses discutidos merecen tutela especial por el Estado, como por ejemplo, el divorcio, la declaración de incapacidad absoluta y nombramiento de curador, etc.

Consideramos que el C.P.C. peruano atenta contra el *Principio de Preclusión*, porque si los litigantes no interponen recurso de apelación contra la sentencia, es porque están conformes con el fallo, no hay razón de duda o desconfianza de la capacidad profesional y actitud de justicia del juzgador, surgiendo como consecuencia la innecesaria carga procesal en el órgano jurisdiccional superior y el retardo de la impartición de justicia.

En este sentido la doctrina procesal tiene su fundamento en que la prestación jurisdiccional es restituir la paz social con la tutela jurisdiccional efectiva y eficaz como potestad estatal, resolviendo los conflictos de intereses o incertidumbres de los justiciables. En consecuencia, las instituciones de la *preclusión* y el *impulso procesal* tienen que aplicarse operativamente como instrumentos fundamentales de la dialecticidad del proceso a fin de llegar al acto preclusivo final que es la sentencia y poniendo fin al conflicto devolviendo la tranquilidad a los justiciables y a la sociedad.

2. TEORÍA DE LA PRECLUSIÓN

2.1. Posiciones doctrinarias

*Robert Wynness Millar*⁴⁵⁵ exponiendo sobre la *teoría de la preclusión* sostiene cuando el proceso se halla rigurosamente articulado por la ley, se dice que en él impera el *principio de orden consecutivo legal* y cuando no prescriben las leyes tal articulación, rige el *principio de orden consecutiva discrecionaria*. Cuando existen tales fases puede regir o no la regla que una medida particular debe realizarse dentro del término que le corresponde, o no puede más realizarse si se aplica el principio de preclusión, consideradas como la expresión de la idea ineludible y evidentemente existe en mayor o menor normatividad en todos los sistemas procesales la obligación del litigantes de actuar dentro del plazo determinado, si no cumple queda precluido su derecho, si lo hace será rechazado, sin que signifique devolución del escrito. Por ejemplo, el vencimiento del plazo para contestar la demanda sin que se haya cumplido, se tiene por no contestada y se declarará rebelde.

⁴⁵⁵ WYNNES MILLAR, ROBERT. Op. cit., p. 95.

En Alemania no se le atribuyó denominación particular por tener como fundamento las fases procesales. *Robert Wynness Millar* la denomina preclusión por fases.

*Chiovenda*⁴⁵⁶ dice que la preclusión consiste en la pérdida de una facultad procesal por haber tocado dos extremos fijados por la ley para el ejercicio de esa facultad en el proceso o una fase del proceso. El *autor* afirma que todo proceso, en unos más y otros menos, con el fin de asegurar precisión y rapidez el desenvolvimiento de los actos procesales, señala límites al ejercicio de determinadas facultades procesales con la consecuencia que después de tales límites, no se puede usar de ella,⁴⁵⁷ es la *preclusión* por la cual el litigante pierde el derecho sino lo ejercerse dentro de los términos que prescribe la norma procesal o los señalados por el juez.

Para *Goldschmidt*,⁴⁵⁸ «el desenvolvimiento de la situación jurídica procesal lleva la consecuencia de que el desaprovechamiento de posibilidades o el hecho de no cumplir los encargos no puede ser separado y también los actos de obtención o las resoluciones no pueden ser revocados o alterados, desde que la situación procesal, a que el acto omitido o revocable se refiere, ya no existe. Se puede hablar en ese caso de *avance procesal* o *superación procesal*»

La *preclusión* es propia de la dinámica procesal, está sujeta a los plazos y términos del proceso previsto por las normas procesales y los señalados por el juzgador. La preclusión se muestra en dos aspectos fundamentales:

Por una parte la *preclusión de las etapas o estadios* del proceso, se consuman los actos procesales por el vencimiento de términos, produce el inmediato traslado a la siguiente etapa o estadio superior y es irreversible por ejemplo la etapa postulatoria, vencido el término para contestar la demanda, si el emplazado lo hizo o no, precluye esta etapa con la resolución que emite el juzgador teniendo por contestada la demanda expresa o fictamente y se paso inmediato la segunda etapa del proceso con la audiencia de saneamiento y conciliación.

Por otra parte, durante el proceso se produce una *secuencia de actos preclusivos* en cortos plazos dentro de todas las etapas del proceso, si los litigantes no hacen valer su derecho contra los actos procesales considerados negativos a sus derechos, o por no cumplir el justiciable con el mandato judicial, pierde el derecho por el vencimiento del término, esto no significa que todo acto procesal tiene que ser impugnado, sino aquellos que las partes consideran que están viciados con elementos de ineficacia perjudicantes a sus derechos de a uno o ambos litigantes.

Las impugnaciones a los actos procesales dentro del plazo legal o judicial tienen por finalidad que el acto procesal o las decisiones del juzgador sean modificados o declarados nulos mediante los recursos impugnatorios que franquea las normas procesales debiendo ser resuelto por el mismo juzgador o en segunda instancia según el caso.

⁴⁵⁶ CHIOVENDA, GIUSEPPE. Op. cit., tomo I, p. 515; tomo II, p. 44, y tomo III, p. 219.

⁴⁵⁷ IBIDEM. Tomo III, p. 220.

⁴⁵⁸ GOLDSCHMIDT, JAMES. Derecho procesal civil, op. cit, p. 193.

El peticionario tiene que sustentar el recurso indicando cuáles son los vicios que afectan el acto procesal con la finalidad de explicar al juez o hacer ver el vicio, pero en la praxis procesal civil los Jueces, al resolver la nulidad de un acto procesal contenido en resolución o no, generalmente la decisión es negativa amparándose en la aplicación errónea del *principio de invariabilidad* de la resolución por el mismo juzgador, principio considerado actualmente muy relativo, y el litigante tenía que hacer valer su derecho con el recurso impugnatorio de apelación, en muchas veces el juzgador incurriendo en falta, deja la oportunidad de resolución inmediata al conflicto que genera el acto procesal, tardándose la impartición de justicia, lamentablemente por su concepción formalista subestima la resolución del conflicto, que produce retardo en la administración de justicia.

3. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA

La *preclusión* y la *cosa juzgada* se encuentran en estrecha conexión, porque por el transcurso del plazo legal para interponer recurso impugnatorio contra la sentencia adquiere la categoría de cosa juzgada o por haber transitado el proceso por ambas instancias jurisdiccionales, ha alcanzado la más alta preclusión impugnatoria.

Por su parte *Oderigo*⁴⁵⁹ diferencia la preclusión y la cosa juzgada y afirma que «*Dos son los acontecimientos procesales que producen efectos preclusivos: el cumplimiento de un acto, y el vencimiento del término dentro del cual debió cumplirse. La preclusión se refiere exclusivamente a cuestiones de forma, a la actividad procesal, y por consiguiente, su efecto se circunscribe al proceso de que se trate; en lo que se refiere a la cosa juzgada o suma de preclusión, que concierne a las cuestiones de fondo, al derecho material cuya declaración se procura mediante el proceso*»

La *cosa juzgada* es la preclusión de la contradicción procesal del proceso con el que se pone fin a la instancia y al proceso, ya sea por no haberse interpuesto recurso impugnatorio o porque habiéndose interpuesto recurso impugnatorio, es vuelto a revisar el proceso y calificando la sentencia el órgano inmediato superior confirma, revoca en todo o en parte reformando la sentencia declarando fundada o infundada según el caso, y no hay otro recurso impugnatorio en aplicación de la doble instancia, salvo el *recurso de casación*. Si la sentencia impugnada es declarada nula, se devuelven el proceso a primera instancia para que emita nueva sentencia, teniendo en cuenta las razones que la fundamenta que constan en la parte considerativa, en este caso con la sentencia de segunda instancia el proceso no ha llegado a la preclusión de la contradicción final del proceso.

4. FLEXIBILIDAD DE LA PRECLUSIÓN

La *preclusión* en principio es *inflexible*, pero atendiendo a los fines del proceso que es determinar la verdad o falsedad de las pretensiones y contradicciones o incertidumbre en una justa distribución de justicia, mucho más con la nueva concepción de la función jurisdiccional a partir de la segunda guerra mundial, el juez deja de ser un simple aplicador de la ley para

⁴⁵⁹ ODERIGO, op. cit., tomo II, p. 90.

convertirse en el interpretador de la norma jurídica, rompiendo incluso el formalismo de la norma procesal en busca de la veracidad de los hechos expuestos en las pretensiones que lesionan los derechos de las partes por *criterios de lógica jurídica, teórica, de razonabilidad y jurisprudencial*, se viene desarrollando *la teoría de la elasticidad de la preclusión* a excepción de las etapas o estadios del proceso.

Como uno de los ejemplos verificamos las prescripciones sobre *preclusión de la oportunidad del ofrecimiento de pruebas* en el C.P.C. peruano. El art. 424º, inc. 10 del C.P.C. expresa como uno de los requisitos de la demanda contendrá «*Los medios probatorios*» Asimismo el Art. 442º, inc. 5 del mismo Código expresa como uno de los requisitos de la contestación de la demanda «*Ofrecer los medios probatorios*». El derecho de ofrecimiento de pruebas se ejercerá únicamente en la etapa postulatoria, es decir al interponer la demanda y en la contestación de la demanda dentro del plazo de ley, vencido el plazo precluye este derecho. Sin embargo, el litigante tiene el derecho de pedir al juez que agregue al proceso las pruebas documentales y que sean evaluadas al momento de expedir sentencia después precluida la oportunidad de ofrecimiento de las pruebas. Los medios probatorios documentales pueden ser presentados en cualquier momento antes de la sentencia, y el juzgador no puede dejar de examinarlo pese a que nuestro C.P.C. no es claro. Es importante porque en muchos casos estas pruebas extemporáneas son decisivas para determinar los fallos jurisdiccionales y que no fue posible a su acceso oportuno.

Además la teoría procesal sobre los medios probatorios adquiridos con posterioridad a la oportunidad de su ofrecimiento denominada *nueva prueba*, el justiciable tiene derecho de ofrecer y pedir su admisión y actuación, considerado un *acto procesal justo*. El C.P.C. peruano ha incluido ésta *teoría de la nueva prueba*. Así mismo si se tiene por contestada la demanda en rebeldía, (*ficta*) pero sí con el informe oral o escrito sustenta su argumentación con pruebas documentadas que desvanecen las pretensiones del accionante, el juez o tribunal tiene que someterlas a valoración conjunta con otros medios probatorios actuados en el proceso.

En conclusión la **Teoría de la preclusión** y su *flexibilidad* es cada vez tan importante en las decisiones del juzgador en la solución de conflicto de intereses sometidos a su jurisdicción, con el desarrollo y entendimiento de la nueva concepción de la administración de justicia, en aplicación de los nuevos Principios procesales de *aformalidad* y *no indefensión*.

Capítulo XIII

Teoría de la Ineficacia de los Actos Procesales

1. PRESUNCIÓN DE EFICACIA *IPSO IURE* DEL ACTO PROCESAL

Los actos procesales son todos eficaces y con efectos jurídicos si éstos quedan firmes, aunque se hayan producido con o sin la observación normativa procesal, sin embargo muchas veces estos actos se encuentran con vicios al ser advertidos se convierten en ineficaces. La dogmática jurídica que se ocupa del estudio de estos vicios es la *Teoría de la ineficacia de los actos procesales*, también se denominada *teoría de las nulidades* o *Patología y Terapéutica del Proceso*, es decir, el tratamiento a las anormalidades que presentan los actos procesales afectando derechos de los litigantes, como sostiene el jurista brasileño *Wilson Campos Batalha*.⁴⁶⁰

La *Teoría General moderna del Proceso* ha establecido que la declaración de ineficacia de los actos pueden ser *ex officio* o a instancia de los litigantes.

2. FORMAS DE CALIFICACIÓN DE INEFICACIA

La ineficacia puede ser calificada de varias formas, así como nulidad, anulabilidad, inexistencia, irregularidad, que nos lleva a determinar que deben responder a ciertas características específicas de cada elemento patológico que afecta al acto procesal. Vamos a ver cada una de estas formas de vicios de ineficacia procesal.

⁴⁶⁰ BATALHA, WILSON DE SOUZA CAMPOS. Op. cit., p. 427.

2.1. La nulidad

Es un vicio que invalida el acto procesal *ipso iure*, por ser contrario a las normas jurídicas procesales o materiales perjudicando los derechos de los sujetos justiciables, y no tiene lugar al saneamiento. La nulidad del acto procesal es declarada de oficio sin necesidad de petición de parte, pero sin desconocer el derecho de poder alegar la nulidad si el juzgador no advierte el vicio de ineficacia.

La nulidad tiene que ser declarada con otra resolución debidamente fundamentada. El nuevo acto procesal válido opera *ad futurum* y no *retrahendo* sin guardar ninguna relación con el acto procesal declarado nulo, así mismo no se considera superado el vicio de nulidad ni menos puede vincularse al pasado, el nuevo acto procesal rige a partir de la fecha de su notificación en aplicación del Principio de contradicción.

Nuestro Código Procesal Civil vigente en el art. 171° ha prescrito los supuestos de nulidad:

a. *Solamente* cuando está *previsto en la ley*. En este caso pareciera que no hay posibilidad fuera de los vicios de nulidad expresados en la ley.

b. El segundo supuesto si el acto procesal *careciera* de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad no pueden ser convalidados. Estos vicios de nulidad están comprendidos en la afectación de los derechos de los litigantes como el principio de contradicción y de defensa. Por ejemplo, la declaración de rebeldía sin la debida notificación al emplazado.

c. El tercer supuesto es cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.

La nulidad puede ser deducida por cualquiera de los justiciables o de oficio por el juzgador, también puede peticionar la nulidad cualquier persona que tenga interés legítimo acreditado con medio probatorio documental.

El Art. 174° del C.P.C. peruano prescribe los presupuestos para solicitar la nulidad:

a) Acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y precisar la defensa que no puede realizar como consecuencia directa del acto procesal.

b) Acreditar interés propio y específico con relación al pedido.

Los presupuestos expresados en este artículo son barreras al derecho de defensa, porque exige tácitamente medios probatorios con las expresiones: «*tiene que acreditar estar perjudicado*» y «*precisar la defensa que no pudo realizar*», «*acreditar interés propio y específico*».

Si el petitorio de nulidad del acto jurídico no se sustenta en las exigencias del artículo en comentario, el juzgador puede declarar inadmisibile o improcedente.

Sin embargo partiendo de la definición de nulidad del acto procesal y sobreponiendo el principio de defensa, en la práctica judicial resulta inaplicable éste artículo, porque es suficiente el análisis del acto procesal y la explicación razonable de nulidad para que el juez declare la ineficacia del acto procesal y de no ser así en responsabilidad que puede ser civil, penal y administrativa.

2.2. La anulabilidad

La *anulabilidad* vicia el acto procesal de manera salvable y depende de la solicitud de parte interesada, pero puede ser también declarada anulable *ex officio* en este caso el saneamiento es siempre posible.

La resolución que deja sin efecto el acto procesal anulable opera su validez retroactivamente desde la fecha de su emisión de la resolución anulada, esto es la *ratihabito* opera *ex tunc*, significa como si el acto anulable hubiera sido válido desde el inicio.

En cuanto al término para declarar la anulabilidad es contradictorio, para algunos autores como el jurista brasileño *Wilson de Sousa Campos Batalha*⁴⁶¹ comentando el C.P.C. brasileño dice que «*al contrario de la nulidad, decretable en cualquier tiempo, la anulabilidad superase merced del transcurso del período prescripcional*»

El C.P.C. peruano no ha prescrito la anulabilidad de los actos procesales sin embargo en la práctica procesal se producen muchos actos procesales anulables que son convalidados tácitamente al quedar consentidos, o son anulados a petición de parte interesada.

2.3. Acto jurídico inexistente

La *inexistencia del Acto Jurídico Procesal*, es otra forma de patología de proceso y *equivale a un no ser jurídico*, el acto jurídico no llegó a perfeccionarse por no reunir los requisitos mínimos para su eficacia, es decir que no llegó a tener vida y no puede convalidarse. Por ejemplo, con la *Teoría procesal civil empresarial moderna*, en la audiencia de pruebas se abre el sobre cerrado del interrogatorio para la declaración de parte (*confesional*) sin la concurrencia del llamado a prestar su declaración confesional, y se tiene por absuelto positivamente el interrogatorio, esta acta tiene que ser declarado inexistente.

La declaración de inexistencia puede ser de oficio o recurriendo a los recursos impugnatorios que franquea las normas procesales.

2.4. Irregularidad del acto procesal

La *Irregularidad del acto procesal*, como dice *Wilson Campos Matalhana*⁴⁶² es considerada *falta venial*, no vicia el acto, y se integra la irregularidad *ex officio* o ha pedido del justiciable. La irregularidad puede ser un error evidente de la sentencia en el cálculo matemático, o en un

⁴⁶¹ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 425.

⁴⁶² IBIDEM. Op. cit., p. 427

error en el nombre de los litigantes, omitir el pronunciamiento de un extremo del petitorio dentro del proceso, etc.

El C.P.C. peruano ha prescrito la corrección de la irregularidad en el Art. 172º, 5º y 6º párrafo, prescribiendo:

«Artículo 172º.-

...

El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra.

El Juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurran los supuestos del párrafo anterior»

Este artículo comprende a los vicios de nulidad y de simple irregularidad de la resolución, porque si el juez omite el pronunciamiento de un punto principal de las pretensiones la resolución es nula, la jurisprudencia y la doctrina han superado el criterio de la prohibición de la integración de las resoluciones por el juez. El C.P.C. ha prescrito un plazo para la integración, sin embargo, después de vencido el plazo y de haber quedado consentida la resolución, a pedido de parte puede corregirse los vicios con la categoría de irregularidades.

La jurisprudencia ha establecido sobre esta materia recaída en el Exp. 756-95-Lima, 4º Sala Civil, en los términos siguientes:

«Tal omisión, no obstante ser de carácter imperativo todas las normas procesales como las formalidades previstas en el texto legal (C.P.C.), no siempre es invalidatoria, pues depende más bien de la existencia de la regulación permisiva en contrario y de la adecuación que el juez efectúe al logro de los fines del proceso, según los principios de vinculación y de formalidad»⁴⁶³

3. POSICIONES DOCTRINARIAS

Las definiciones de las categorías de ineficacia de los actos procesales en la doctrina siempre son uniformes, así tenemos a **Ugo Rocco**,⁴⁶⁴ quien remarca que en la *teoría general del derecho*, la ineficacia puede derivar de la falta de uno de los elementos esenciales del acto o negocio jurídico que se considere lógica o jurídicamente tal (*causa intrínseca*), o de la falta o la existencia de una circunstancia extrínseca al acto o al negocio, pero por la voluntad de las partes o por disposición de la ley es necesario que exista o que no exista (*causa extrínseca*). El jurista sostiene que la ineficacia por *causa extrínseca* puede denominarse *invalidez*, la ineficacia por *causa intrínseca* puede denominarse en sentido estricto *ineficacia*. Además sostiene que la *invalidez* es de dos especies: **completa** cuando faltan los requisitos esenciales derivados de su

⁴⁶³ CAJAS BUSTAMANTE, WILLAM. Código civil, código procesal civil, Lima, 2000, edit. RODHAS, p. 507.

⁴⁶⁴ ROCCO, UGO. Op. cit., tomo I, p. 547.

propia naturaleza, es *incompleta* cuando los elementos esenciales no faltan, pero tienen algún vicio que puede derivar de la ley o de la voluntad de las partes.

Según el autor citado, en el primer caso, especialmente en el derecho procesal civil empresarial se debe hablar de *inexistencia*, o *nulidad radical*, en el segundo caso de *anulabilidad*.

El *acto jurídicamente inexistente*, según algunos actores, tiene una existencia material con ciertos efectos jurídicos diversos a que el acto se dirige. Según **Ugo Rocco** el *acto inexistente* sobre todo en el derecho procesal no puede tener ningún reflejo, porque es un acto que por la falta de los elementos esenciales para su vida, no puede considerarse ni como existente de hecho, mientras que el *acto nulo* es aquel al cual no se puede desconocer su existencia de hecho.

Para **Rocco**, la ineficacia en *stricto sensu* esto es la que tiene causa extrínseca puede dar oportunidad a diversas figuras. Los *actos irregulares* constituyen la categoría de actos no conformes a una disposición legal, pero la propia ley no conmina como sanción la ineficacia, estos actos son plenamente válidos.

Los vicios de los actos procesales pueden estar vinculados a los sujetos de la relación procesal (*órganos jurisdiccionales o litigantes*) tal como actuar con dolo, fraude, violencia, error, etc. Es importante distinguir los *errores in procedendo* y los *errores in judicando*. Los *primeros* son propios de la ignorancia, falsa interpretación o mala aplicación de la norma procesal, y los *segundos* falsa interpretación o mala aplicación de la norma material. Los *errores in judicando* presentan propiamente la falta de correspondencia entre la acción y la sentencia, como la sentencia *ultra petita* o que omiten pronunciamiento de uno o más extremos de las pretensiones de la demanda o de la reconvención.

Capítulo XIV

Principios que Regulan las Nulidades

1. GENERALIDADES

En el desarrollo histórico, los actos procesales se han ceñido a la formalidad con observancia obligatoria, pero se viene superando con las teorías procesales modernas. En muchos códigos procesales civiles modernos han establecido un sistema de nulidades, como el Brasil el Reglamento N° 737 de 1850, ya distinguía los actos procesales nulos y anulables. La inobservancia de las formalidades era motivo de las nulidades, porque las formalidades constituían fines en sí mismo.

El formalismo dejó de ser tal cuando se consagra el principio de *instrumentalidad de las formas procesales*, cuya caracterización se debe a *Liebman*.⁴⁶⁵ El jurista brasileño *Francisco Campos* en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de Proceso Civil de 1939 y que entró en vigencia, se pronunció sobre el *sistema de nulidades en contra del formalismo*: «El proyecto sometió a las nulidades a un régimen estricto, sólo admitiendo en casos especiales, cuando los actos no pueden ser repetidos o sanadas las irregularidades. Estableciendo, aún, que el juez, antes de comenzado el periodo de instrucción: decreta el despacho saneador, en que deberá mandar que el proceso sea corregido a tiempo de los vicios; el proyecto renovó de modo enteramente satisfactorio, una de las causas más importantes de desmoralización del proceso y una de las fuentes más abundantes de los indicios, sorpresas e injustas en que era tan rico el proceso tradicional»⁴⁶⁶

En el Perú recién se está rompiendo el formalismo con el Código Procesal Civil promulgado el 29 de Febrero de 1992 vigente desde el 28 de Julio de 1993, el mismo que ha tomado como fuente principal el Código de Proceso Civil Brasileño de 1973, pero en la praxis nuestros magistrados y también Abogados todavía son resistentes al avance legislativo, por la formación profesional jurídica formalista con la concepción conservadora valorando erróneamente el carácter formalista de las normas procesales en el proceso civil, actuando con

⁴⁶⁵ IEBMAN, ENRICO TULLIO. Cit. por CHIOVENDA en op. cit. Tomo III, p. 15.

⁴⁶⁶ CAMPOS, FRANCISCO. Exposição ao projecto do processo civil de 1939, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS en op. cit. pp. 432 y 433.

relevancia preferencial del formalismo de los actos procesales antes que la búsqueda de la justicia.

2. PRINCIPIOS DE LAS NULIDADES

La *teoría procesal civil empresarial moderna* ha establecido *principios* que orientan a la solución de las nulidades y han sido recogidos por los códigos procesales civiles modernos. Estos principios son:

a) **Principio de imposibilidad de invocación por el causante**, por este principio quien dio causa o ha inducido a error al juzgador está impedido de invocar la nulidad.

El Código Procesal Civil peruano de 1992, reproduce lo previsto en el Código de Proceso Civil brasileño de 1973, el primero en el Art. 175º, inc. 1) y el segundo en el Art. 243º, expresando:

«Artículo 175º.- El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, cuando:

1. Se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar el vicio»

b) **Principio de instrumentalidad de las formas** sin pena de nulidad, cuando la ley prescribe determinada forma, sin conminación de nulidad, el juez considerará válido el acto procesal realizado de otro modo si alcanza su finalidad.

El C.P.C. Peruano en el Art. 171º, 2da. parte, prácticamente ha reproducido el texto del Art. 244º del Código de Proceso Civil brasileño de 1973 recogiendo este principio:

«Artículo 171º.-

....

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiendo realizado de otro modo, ha cumplido su propósito»

c) **Preclusión de la nulidad no argüida**. Por este principio la nulidad de los actos debe ser alegada en la primera oportunidad en que tuviera conocimiento el perjudicado, sobre pena de preclusión. Este principio no es aplicable a las nulidades que el juez debe resolverlo de oficio.

Este principio está normado en el Art. 245º del Código de Proceso Civil Brasileño y en el Art. 176º del C.P.C. Peruano:

«Artículo 176º.- El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia. Sentenciado el proceso en primera instancia, sólo puede ser alegado expresamente en el escrito sustentario del recurso de apelación. En el primer caso, el Juez resolverá previo traslado por tres días; en el segundo, la Sala Civil resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o el momento de absolver el grado.

La nulidades por vicios ocurridos en segunda instancia, serán formuladas en la primera oportunidad que tuviera el interesado para hacerlo, debiendo la sala resolverlas de plano u oyendo a la otra parte»

El C.P.C. peruano ha previsto la excepción al principio de preclusión de la nulidad no argüida a las nulidades decretables de oficio, expresada en la última parte del artículo citado:

Artículo 175°.-

.....
«Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda»

Estas nulidades son declaradas de oficio en primera instancia o en segunda instancia con la resolución de vista, y aun por el Tribunal Supremo mediante recurso de casación emitiendo nueva resolución.

d) **Principio *utile per inutile non vitiatur***, significa que la declaración de la nulidad del acto procesal, quedan sin ningún efecto los subsiguientes que de él dependen, pero si la nulidad es solamente de una parte o de uno de los extremos del acto procesal, no perjudicará los otros que sean independientes de aquella.

El C.P.C. peruano en el Art. 177° recoge este principio de los Arts. 248° y 249° del C.P.C. brasileño:

«Artículo 177°: La resolución que declara la nulidad ordena la renovación del acto o actos procesales afectados y las medidas efectivas para tal fin, imponiendo el pago de las costas y costos al responsable»

Este artículo contiene una norma nada técnica, porque se encuentra subsumido en el artículo 175° última parte del C.P.C., a excepción de la sanción de costas y costos y la indemnización contra terceros responsables de la nulidad.

El art. 173° del C.P.C. es más preciso recogiendo este principio de nulidades de los actos procesales:

*«Artículo 173°.- La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél.
 La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario»*

e) **Principio de convalidación de los actos anulables.** Estos actos procesales no se anularán cuando no perjudica a los justiciables. En el C.P.C. Brasileño está prescrito en el art. 249°, inc. 1° y 2°, y en el C.P.C. Peruano en el art. 172°, pero hay que remarcar que nuestro Código Procesal Civil no ha distinguido *nulidad* y *anulabilidad* de los actos procesales, de tal modo que en la casuística jurídica diaria el juzgador no alcanza entender los pedidos de nulidad de los actos procesales principalmente contenidos en resoluciones, tal vez todavía no se ha logrado

aprehender la importancia de la categoría jurídica del debido proceso, guiado por apreciaciones subjetivas de la parte perjudicada. En muchísimas oportunidades se sobrepone el subjetivismo a los medios probatorios documentales o al puro derecho para declarar improcedente, inadmisibile o infundada la nulidad.

Pero de modo confuso se materializa este principio en estudio en el Art. 172°, 2ª y 3ª parte del C.P.C. cuyas normas entendemos que se refiere a la anulabilidad de los actos procesales.

f) **Principio de saneamiento.** Este *Principio* es novedoso y muy importante, consiste en la obligación del juzgador volver a revisar el proceso en la etapa postulatoria para determinar si se ha incurrido en vicios de nulidad que invaliden el proceso, en aplicación de los principios del debido proceso, economía y celeridad procesal.

El *Principio de saneamiento* se produce a la preclusión de la etapa postulatoria, y luego entrar a la etapa conciliatoria.

En el saneamiento se pueden dar *varias hipótesis*:

1. Declarar *inadmisibile la demanda* y otorgar un plazo para subsanar las omisiones que observe el juzgador, esto puede ocurrir porque la relación jurídica material también comprende a un tercero no demandado, es decir, *litis consorcio necesario* y tiene que ser emplazado, luego de subsanado vuelve a transcurrir los plazos para contestar la demanda solamente para el nuevo emplazado.

2. Declarar la *nulidad de lo actuado dejando válida la resolución admisorio de la demanda*, cuando se advierte que se ha declarado rebelde al demandado, pero el Juez advierte que las notificaciones no han sido practicadas con las formalidades de ley, en este supuesto el Juez declara la nulidad de los asientos de notificación y ordena que se notifique con las garantías conforme de ley en tutela del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

3. Declarar la *nulidad de todo lo actuado y la improcedencia de la demanda*, en los siguientes supuestos:

a) Si de los medios probatorios que sustentan el objeto de la controversia, se advierte que *no existe tal relación jurídica material*, en consecuencia no se puede entablarse la relación jurídica procesal.

b) Se advierte que el accionante *no tiene la representación del titular de la acción*, o de tenerlo *es defectuosa*, es decir el documento que acredita la representación carece de formalidad. Por ejemplo, la preestación por escritura pública no autoriza promover acciones judiciales, sino solamente se le otorga poder especial para vender bienes inmuebles.

c) El juez advierte que el emplazamiento se dirige contra una *persona distinta al Representante* del titular de una obligación que pretende su cumplimiento, por ejemplo demandar al tutor o curador cuando el cargo ha sido revocado o dejando sin efecto por acuerdo de consejo de familia o mandato judicial, el juzgador declarará inadmisibile la demanda y

otorgará un plazo al accionante para que adecue su demanda al debido emplazado, con el apercibimiento de rechazarse la demanda.

d) Cuando se han deducido *excepciones de caducidad, de prescripción, cosa juzgada, o pleito pendiente*, si el Juez declara fundada las excepciones, declara nulo todo lo actuado e *improcedente* la demanda y ordena el archivo del proceso.

En todas las hipótesis expuestas, si el Juez no encuentra vicios de nulidad procesal o declara infundadas o improcedentes las excepciones, declarará válida la relación jurídica procesal y por saneado el proceso.

Este Principio tiene su antecedente en el art. 25° del Código de Proceso Civil brasileño, prescrito por el C.P.C. peruano vigente en el art. 465. Los momentos del saneamiento procesal depende de cada tipo de proceso, haciendo presente que esa institución es aplicable en los proceso de cognición y proceso de ejecución. El art. 465° del C.P.C. prescribe la regla general:

«Artículo 465°.- Tramitado el proceso conforme a esta sección y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el Juez, de oficio y aún cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando:

- 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o,*
- 2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos ; o,*
- 3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fueron subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental»*

Subsanado los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida, dando lugar a la segunda etapa del proceso.

La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo.

El saneamiento procesal puede ser emitido o no en audiencia según la naturaleza del proceso, como en el caso del C.P.C. peruano en los procesos de conocimiento, vencido el plazo para contestar la demanda, el Juez emitirá el auto de saneamiento procesal, pero si se han formulado excepciones, necesariamente tiene que citar a audiencia de saneamiento, sin embargo es obligatoria la audiencia en los procesos abreviados y sumarísimos. Se tenga presente que la actuación de pruebas para determinar la validez o invalidez de la relación procesal, no constituye audiencia de pruebas.

Capítulo XV

El Abuso del Derecho Procesal

1. DEFINICIÓN Y DIFERENCIAS CON EL ABUSO DE ILEGALIDAD

En la casuística procesal y dentro de la historia del derecho, los derechos procesales comportan abusos, es decir, dentro de los límites objetivamente establecidos por la ley, éstos derechos pueden ser desviados de sus finalidades con el objetivo de adquirir resultados contrarios de aquellos para los cuales el ordenamiento jurídico les otorgó. Los justiciables en muchos casos pretenden utilizar el órgano jurisdiccional para obtener un enriquecimiento ilícito o abuso del derecho, encubierto con la garantía constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional promoviendo acciones judiciales y difíciles de descubrir por el juzgador.

Se puede establecer la diferencia del *abuso de la ilegalidad* y el *abuso del derecho procesal* partiendo de sus definiciones. *El abuso de la ilegalidad* consiste en que la conducta ultrapasa los límites objetivamente señalados por las normas, *el abuso del derecho procesal* consiste en el desvío intencional de los derechos imperativos y facultativos a través de su empleo objetivamente correcto, para lograr fines contrarios a la ley material o formal, distorsionantes de la *máxima* fundamental de la *buena fe y responsabilidad en la impartición de justicia manifestadas por las conductas en los actos procesales por las partes procesales, los justiciables y el juzgador.*

En la doctrina, desde sus inicios hasta la actualidad la gran mayoría han afirmado que los que incurrir en abuso del derecho procesal son los litigantes (*demandante y demandado*), pero muy pocos atribuyen esta conducta a los juzgadores de todas las instancias, porque siempre en la dogmática procesal se ha *creado* el *juez ideal* incorruptible, justo, que *Radbruch* y del *Vecchi* sintetizan en la imagen de *Themis* diosa de la justicia, una joven mujer de mirada viva y energética, sin humildad ni orgullo. Es decir el abuso del derecho procesal es la actuación temeraria del litigante y de algunos juzgadores.

2. PRINCIPIO DE VERACIDAD

En la doctrina se viene discutiendo si los litigantes están obligados a decir la verdad en el proceso civil empresarial, proceso del trabajo, etc., la mayoría de los juristas procesalistas se han inclinado por la posición de la obligatoriedad de los litigantes a decir la verdad. Esta corriente doctrinaria ha influenciado en la mayoría de los Códigos Procesales modernos prescribiendo como una de las obligaciones del litigante a *decir la verdad* en el proceso, y así está expresado en el art. IV, 2ª parte del Título Preliminar del C.P.C. peruano: «Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general todos los participantes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe»

3. MANIFESTACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO PROCESAL

Adolfo Gelsi Bidart,⁴⁶⁷ dice que la peculiaridad del abuso del derecho en sí mismo y con relación del uso del proceso parte de un proceso ineludible: «el derecho al proceso y el derecho en el proceso implican la existencia de un derecho fundamental de rango constitucional y naturaleza instrumental (para garantizar la eficacia del derecho), éste derecho puede utilizarse para el aludido fin propuesto por el ordenamiento jurídico, que no siempre coinciden con la realidad»

El abuso procesal se manifiesta a través de la mala fe o culpa grave, cuya conducta se puede resumir en las siguientes figuras:

- a) Formular pretensiones o defensas sin fundamento alguno.
- b) Alterar intencionalmente la verdad de los hechos.
- c) Omitir intencionalmente hechos esenciales para el juzgamiento del proceso.
- d) Usar el proceso como instrumento para conseguir un objetivo ilegal
- e) Oponer resistencia injustificada a las diligencias ordenadas por el juez.
- f) Actuar temerariamente en cualquier acto procesal.
- g) Promover procesos simulados, utilizando el órgano jurisdiccional para obtener un enriquecimiento ilícito o legitimar un hecho en la realidad ilegítimo, en perjuicio de terceros.
- h) Formular incidentes manifiestamente infundados.

Las sanciones a los litigantes temerarios, son tipificadas por el Código Penal.

El abuso del derecho puede ser unilateral o bilateral, es decir conducta procesal abusiva de uno de los litigantes, o de mutuo acuerdo entre litigantes para perjudicar el derecho de terceros. En nuestra casuística forense en materia procesal civil empresarial las conductas de abuso del derecho se vienen manifestando dentro de las grandes esferas económicas empresariales ligadas al poder político, y tenemos innumerables casos que se hacen de conocimiento público por los medios de comunicación social (*radio y televisión y la prensa escrita*), en los que han participado las partes procesales (*justiciables y magistrados*) en todas las

⁴⁶⁷ GELSI BIDART, ADOLFO. Abuso del proceso, ponencia en el XI Jornada Nacional de Derecho Procesal, La Plata, Argentina 1981, p. 218.

instancias del Poder Judicial influenciados por el Poder Político, resumiéndose al final en la apropiada expresión «*corrupción*»

La conducta bilateral de abuso del derecho procesal, como afirma **Oswaldo Alfredo Gozaini**⁴⁶⁸ se manifiestan promoviendo procesos:

a) Procesos aparentes, aquellos que no componen un litigio real y concreto, persiguiendo una finalidad diversa a la natural eficacia que sirve a la justicia.

b) Procesos simulados, consistente en la concertación de ambas partes supuestamente litigantes con el objetivo de distraer o evadir derechos de terceros, como la sustracción al pago de obligaciones a los acreedores, y en la realidad casuística es muy abundante.

c) Procesos fraudulentos, utilizan la estructura procesal con el fin de provocar daños a terceros, frecuente en la praxis forense.

⁴⁶⁸ GOIZAINI, OSWALDO ALFREDO. La prueba en el proceso civil peruano, Trujillo, Perú, 1997, edit. Normas Legales S.A., p. 126.

L

Capítulo XVI

La Conciliación y Objeto de Controversia

1. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN

La conciliación es muy antigua instituida tanto en la colonia española como en el reino portugués, y después de la independencia la conciliación era obligatoria ante el Juez de Paz antes de iniciar el proceso, pero con la corrientes filosóficas liberalista desapareció la conciliación en muchas legislaciones procesales civiles.

La conciliación es una institución de orden público que constituye la segunda etapa del proceso civil empresarial, consiste en la función obligatoria del juez invitar a los justiciables en audiencia para que de mutuo acuerdo lleguen a un acuerdo haciendo ciertas concesiones en sus derechos materiales, dando por finalizado el conflicto, restituyendo la armonía y la paz entre éstos.

En la praxis el juzgador debe otorgar amplia libertad a los justiciables para el diálogo conciliatorio con orientación y explicación del juzgador. En caso de no llegar a un acuerdo, de todas maneras el Juez les presentará una fórmula conciliatoria y preguntará a las partes si están conformes, dejando constancia en acta la decisión de cada uno de ellos. Si no hay acuerdo, el Juez dará por fracasada la conciliación, pero si concilian, el Juez emite la resolución aprobatoria la que tiene el carácter de sentencia.

Los resultados de la conciliación en el Perú, no es muy significativa conforme a las estadísticas judiciales, la causa de éste fenómeno se debe a la estructura socio-económica, principalmente en casos de derechos de crédito, debido a la voracidad de los acreedores con los contratos leoninos y abuso del derecho, con los cuantiosos supuestos pactados intereses comerciales, moratorios y compensatorios, las comisiones y gastos administrativos de los bancos y financieras deja en la indigencia a los deudores, y la quiebra de las pequeñas y medianas empresas.

En conclusión, el resultado positivo de la conciliación es mínimo, generalmente por la conducta de mala fe de los justiciables.

2. NATURALEZA JURÍDICA

*Wilson de Sousa Campos Batalha*⁴⁶⁹ dice que «La conciliación constituye *negocio jurídico*, con efectos sustanciales entre las partes y efectos procesales entre los litigantes y el órgano judicial. Constituyendo negocio jurídico, se le aplica los principios que rigen los contratos, y asumiendo efectos procesales, se le aplica los principios pertinentes a la cosa juzgada»

*Gian Antonio Micheli*⁴⁷⁰ también sostiene que la conciliación es un *contrato*, y refiriéndose a los vicios que se pueda advertir en el acta, afirma: «Contra el proceso verbal (acta) se puede proponer querrela de falsedad al objeto de impugnar la parte extrínseca (por ejemplo, cuando se quiera hacer resaltar que se ha hecho constar en acta declaración diversa de la efectivamente prestada en aquella sede), mientras que contra la convención son ejercitables los remedios admitidos contra los contratos y con las eventuales limitaciones previstas para cada uno de ellos: si la presencia y la intervención activa del Juez en la obra de conciliación puede disminuir la posibilidad de vicios, esto es obvio que no puedan ser totalmente excluidos, ya que la conciliación, como regulación entre las partes, no se aplican los principios válidos para los actos procesales»

La conciliación puede asumir el carácter de *transacción* o de *reconocimiento* del derecho invocado, o de la inexistencia del derecho pretendido. Para *Ugo Rocco*,⁴⁷¹ normalmente la conciliación ocurre *aliquo data aliquo retento*, es decir, con recíprocas concesiones, porque puede ser que la conciliación no revista del aspecto típico de la transacción, puede ser un reconocimiento total o parcial de la existencia del derecho invocado, o el reconocimiento de la inexistencia del derecho por parte del accionante.

La conciliación considerada como *fenómeno procesal*, extingue el proceso y una vez homologada, constituye título de ejecución.

Como es de verse, los autores citados le dan un carácter dualista a la conciliación: a) como *negocio jurídico*, es decir regulado por el derecho privado, y los vicios de nulidad o anulabilidad, se regulan por los principios que rigen para los contratos, y b) como *acto procesal* los efectos se rigen por los principios de la *cosa juzgada*.

Se debe considerar que la conciliación es una institución *sui generis* dentro de los actos procesales, cuya producción es con la manifestación de voluntad de los justiciables con la dirección y aprobación del juzgador, y los vicios que contuviera, se rigen por los principios de las nulidades de los actos procesales, es *naturaleza mixta*, de *derecho privado* y *público*. Por la manifestación de voluntad de los litigantes en poner fin a sus controversias y la intervención activa del juzgador, cuidando que sea justa, salvo que el accionante condone su derecho si es de

⁴⁶⁹ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit. p. 484.

⁴⁷⁰ MICHELI, GIAN ANTONIO. Op. Cit., Tomo II, p. 64.

⁴⁷¹ ROCCO, UGO. Op. cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit., p. 485.

libre disponibilidad y la aprobación del juzgador con resolución declarando al acto conciliatorio el carácter de sentencia.

La conciliación solamente contendrá sobre derechos disponibles, como prescribe el Art. 325° del C.P.C. prescribiendo:

«Art. 325°.- El Juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio»

3. OPORTUNIDAD DEL ACTO CONCILIATORIO

Si en la audiencia fracasa la conciliación por cualquiera de las causas que pueden presentarse, esta facultad procesal no precluye, en consecuencia puede realizarse en cualquier momento antes de la sentencia a solicitud de cualquiera de las partes o de ambas partes, y aún de oficio si así considera el juzgador, también en segunda instancia es procedente la conciliación antes de la sentencia.

Esta liberalidad de conciliación está previsto por el art. 323° del C.P.C. prescribiendo: *«Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia»*

Si son varios los accionantes o emplazados, la conciliación puede efectuarse sobre algunas de las pretensiones o se refiere a algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o litigantes no afectados. El C.P.C. regula en el art. 327° y se puede decir que se trata de las acciones acumulativas subjetivas y objetivas.

En la praxis procesal, concurriendo a la audiencia de saneamiento y conciliación, habiendo excepciones por resolver como por ejemplo, falta de legitimidad para obrar, prescripción extintiva, etc., los litigantes tienen el interés de conciliar en la audiencia iniciada, el juzgador sin resolver las excepciones tiene que avocarse concretamente a la conciliación, lógicamente escuchando a cada uno de los litigantes porque el emplazado está reconociendo las pretensiones del accionante.

4. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Fracasa la conciliación, el juez y en consulta con los litigantes y abogados, procede a determinar el *objeto de la controversia*, constituido por la esencia del conflicto de intereses, es decir la hipótesis materia de comprobación a la que está dirigida toda la producción de pruebas. En el C.P.C. peruano le denomina *puntos controvertidos*, expresión carente de tecnicismo de la ciencia procesal.

Los puntos de la controversia a fijarse tienen sus antecedentes en el Derecho Romano, fue en el período de las *legis actiones* con la *litis contestatio*, servía para determinar los puntos controvertidos y para someterse al Juez que acordaron elegir. En el procedimiento formulario,

se reemplazó los actos orales de las *legis actiones* por un procedimiento escrito, en el cual las partes precisan los puntos de la controversia y designaban al Juez encargado de resolverlo.

En la audiencia de conciliación, si fracasara ésta, el Juez procede a fijar los puntos teniendo en cuenta las pretensiones del accionante y los argumentos de defensa, el Juez pondrá a disposición de los abogados y sus patrocinados, si hay otros puntos contradictorios que deben considerarse.

Los puntos controvertidos constituyen la esencia del conflicto de intereses, en consecuencia la actuación de los medios probatorios están orientados a la comprobación de la veracidad o falsedad de la existencia y menoscabo por el empleado. Por esta razón consideramos que el proceso jurisdiccional es la investigación científica del derecho aplicada a la impartición de justicia, la demanda es la hipótesis y la actuación de los medios probatorios es la contrastación de la hipótesis, y los puntos controvertidos es la esencia de la hipótesis.

La fijación del objeto de la controversia está regulado en el art. 471° del C.P.C.:

«Artículo 471°.- De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios, ofrecidos, si los hubiera. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes, el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor a cincuenta días, contados desde la audiencia conciliatoria».

Los puntos controvertidos constituyen la esencia de la controversia, teniendo en cuenta que las hipótesis de las pretensiones y contradictorios son objeto de la comprobación en la etapa probatoria, para determinar la verdad o falsedad de los hechos expuestos por los justiciables que serán sometidos a valoración y materializados en la sentencia.

Capítulo XVII

Juzgamiento y Conclusión Anticipada del Proceso

1. JUZGAMIENTO ANTICIPADO

El juzgamiento anticipado del proceso ocurre en dos hipótesis:

- a) Cuando la cuestión de mérito es o no es *ipso jure*, no hay necesidad de producir prueba en la audiencia.
- b) Cuando al emplazado se le haya declarado la rebeldía y las pretensiones están corroboradas con los medios probatorios, produce la presunción legal relativa de verdad.

El C.P.C. peruano tiene su antecedente en el Art. 330° del C.P.C. brasileño de 1973 textualmente reproducido por el Art. 473°.

«Artículo 473°.- El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando:

1. Luego de rechazada la fórmula conciliatoria, advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o,
2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad»

2. CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

La conclusión anticipada del proceso puede darse en cualquier etapa del proceso antes de la sentencia, pronunciándose el Juez sobre el fondo o no de la litis.

En el C.P.C., art. 474°, prescribe que el Juez declara concluido el proceso si durante su tramitación se presentan cualquiera de los presupuestos previstos en los Arts. 321° y 322°, incs. 2, 4 y 5 del C.P.C.

La conclusión anticipada del proceso puede ser sin el pronunciamiento sobre el fondo de la litis, el C.P.C. ha previsto las hipótesis de formas de conclusión.

2.1. Conclusión sin pronunciamiento de fondo

El Art. 321° de nuestro C.P.C. prescribe las hipótesis de conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

a) El inc. 1: «*Se sustrae la pretensión al ámbito jurisdiccional*» Por ejemplo, se acredita en el proceso, que las partes se han sometido a un tribunal arbitral.

b) El inc. 2, cuando *el conflicto de intereses deja de ser justiciable por disposición legal*. Por ejemplo, el reconocimiento de paternidad, si la madre demanda la filiación extramatrimonial, y resulta que el demandado ha reconocido a su hijo por escritura pública, entonces deja de ser un caso justiciable.

c) El inc. 3, contiene el supuesto del *abandono del proceso*, en el Art. 346° del C.P.C. prescribe que se produce el abandono, cuando el proceso permanece en primera instancia más de cuatro meses, el Juez declarará de oficio a instancia de parte.

No procede el abandono, si transcurrido más de cuatro meses de inactividad procesal, el beneficiario con el abandono realiza actos de impulso procesal, conforme al Art. 348°, 2ª parte.

d) El supuesto de quedar consentida la resolución que ampara alguna excepción o defensa previa de falta de legitimidad y sin que haya subsanado las omisiones en el plazo conferido por el juez, se declarará la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso.

Esta hipótesis está prescrita por el Art. 451°, inc.4 del C.P.C.

e) La *caducidad del derecho invocado* (inc. 5). La caducidad opera de pleno derecho al día siguiente de vencido el plazo señalado por la ley. Por ejemplo: si el adquirente de un bien inmueble promueve la *acción redhibitoria*, por el incumplimiento de la obligación del saneamiento por parte del transferente, pide la resolución del contrato conforme al Art. 1511° del C.C. pero la acción tiene que ser promovida dentro de tres meses si se trata de bienes muebles y seis meses si se trata de bienes inmuebles de conformidad con el art. 1514° del C.C. También la *acción estimatoria* prevista por el art. 1513° del mismo Código, la acción de indemnización por daños materiales o morales prescribe a los dos años. En estos casos el juez declarará improcedente la demanda, que puede ser en el acto de calificación para la admisión o en el saneamiento.

f) Otro supuesto es el *desistimiento del proceso* o de la *acción y pretensión* (inc. 6), teniendo en cuenta que la acción civil es siempre promovida a instancia de parte por el principio dispositivo, es lógico que de la misma manera el accionante en aplicación del *principio dispositivo* tiene el derecho a solicitar la declaración del desistimiento, el juzgador tiene la obligación declarar concluido el proceso por esta causal, salvo que el emplazado con la demanda, se oponga al desistimiento.

g) El inc.7, ha previsto el supuesto de la *consolidación sobreviviente* denominado también *confusión*, es decir, durante el proceso sobre derecho de crédito se produce la consolidación.

Por ejemplo: *Pedro acreedor* demanda a su sobrino *Pablo* hijo de hermano Andrés ya fallecido, para que cumpla con pagar la suma de S/. 50,000.00, sin embargo durante el proceso fallece el acreedor (*Pedro*) sin dejar herederos y resulta que el deudor (*Pablo*) es el único heredero, convirtiéndose en acreedor y deudor. Entonces el Juez declara concluido el proceso sin pronunciarse sobre el fondo.

h) En el inc. 8, ha dejado la posibilidad de otros supuesto previstos por la ley.

2.2. Conclusión con pronunciamiento de fondo de la controversia

En estos casos da por concluido anticipado el proceso resolviendo el conflicto de intereses. Los supuestos están previstos por los incs. 2, 4 y 5 del Art. 322° del C.P.C. concordante con el Art. 474° del mismo Código.

«Artículo 322°.- Concluye el proceso con declaración sobre el fondo cuando:

...

2. Las partes concilian;

...

4. Las partes transigen; o,

5. El demandante renuncia al derecho que sustenta su pretensión»

La *conciliación* pone fin al proceso y tiene el carácter de sentencia, la que puede realizarse en cualquier estado del proceso antes de la sentencia.

La *transacción* es la manifestación de las partes de cederse mutuamente sus derechos en discusión de libre disposición, que puede ser judicial o extrajudicial, pero la transacción tiene que ser aprobada por el Juez, teniendo en cuenta que ésta no constituya abuso del derecho de la parte revestida de condiciones subordinantes, como es el caso de los derechos de crédito por parte del acreedor, aplicando el principio del *favor debitoris*, es decir concesiones recíprocas en materia patrimonial, que no afecta el orden público y las buenas costumbres.

Si el *accionante renuncia al derecho pretendido* en su acción, el emplazado queda liberado de la obligación, por ejemplo, si A demanda a B para que se le reconozca como copropietario de un bien inmueble, alegando que ha contribuido con el pago del precio y no se le ha incluido como comprador, luego renuncia a su derecho ya sea presentando su escrito con firma certificada ante el Secretario de Juzgado, o puede ser una declaración jurada con firma certificada notarial,

el Juez poniendo en conocimiento del demandado, declarará concluido el derecho. Se puede formular muchos supuestos de esta naturaleza.

3. FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

El C.P.C. ha considerado las formas especiales de conclusión del proceso con la manifestación expresa de las partes, figuras jurídicas procesales que tienen su fundamento en los actos jurídicos de derecho material, algunas de ellas ya hemos expuesto en forma somera anteriormente sobre la conclusión anticipada del proceso.

3.1. La conciliación

La definición hemos precisado en acápites anteriores.

a) Oportunidad

La conciliación puede realizarse ante el Juez del proceso en la audiencia respectiva (obligatoria) o en la que convoque de oficio o a intención de parte, el Juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en la audiencia (Art. 324°).

b) Requisitos de fondo

El Juez aprobará la conciliación que trata de derechos disponibles, siempre que lo actuado se adecue al acuerdo de la naturaleza jurídica del derecho en conflicto (Art. 325°).

c) Formalidad de la audiencia de conciliación

A. Presentes las partes en el día y hora señalada para la audiencia conciliatoria, o sus apoderados o representantes (mandatarios) con capacidad para conciliar, el Juez escuchará al demandante y demandado y sus abogados en forma ordenada, las razones que expongan.

B. Luego propondrá la fórmula conciliatoria, conforme a su prudente arbitrio teniendo a la vista el expediente, los hechos expuestos en la fase postulatoria y los medios probatorios elementales que sustenta el derecho material pretendido.

C. Propuesta la fórmula conciliatoria, el Juez pregunta por su orden a las partes si están de acuerdo o no. Pueden ocurrir tres hipótesis:

1) Pedir al Juez la suspensión de la audiencia, ya sea de mutuo acuerdo por los litigantes o por una de ellos, el Juez suspende la audiencia y señala nuevo día y hora que debe llevarse a cabo dentro de un plazo no mayor de diez días;

2) Si la fórmula es aceptada por las partes, se anotará en el libro de conciliaciones que llevara a su cargo cada órgano jurisdiccional dejándose constancia en el expediente;

3) Si la propuesta no fuese aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula conciliatoria, y la constancia de la parte que no estuvo de acuerdo y el juez declarará frustrada la conciliación.

En este último caso si la sentencia otorga igual o menor derecho del propuesto en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez unidades de referencia procesal, a excepción de los procesos de alimentos, en el que el Juez puede reducir la multa en atención al monto y al que se ordena pagar en sentencia (Art. 326°).

La última parte sobre la sanción pecuniaria, en la casuística jurídica no es aplicable, partiendo del principio de la libre manifestación de voluntad de las partes para conciliar, la que está prohibida del requerimiento de coacción.

d) Conciliación total y parcial de las pretensiones

Estas hipótesis están reguladas por el Art. 327° del C.P.C. si las partes concilian todas las pretensiones, el proceso se da por concluido, si se concilia sobre algunas de las pretensiones concluye el proceso en cuanto a las pretensiones conciliadas y continúa referente a las pretensiones o con los justiciables no afectados.

e) Efectos de la conciliación

Tiene el mismo efecto que la sentencia con carácter de cosa juzgada (Art. 328° C.P.C.) y la copia certificada las actas registradas en el libro de conciliaciones expedidas por el juez a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos contenidos y es inscribible en el registro correspondiente si fuera el caso (Art. 329° C.P.C.).

«Art. 329°.- La copia del acta del Libro de Conciliaciones, certificada por el Juez y expedida a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda»

3.2. Allanamiento

a) Definición

Para el maestro *Teófilo Idrogo Delgado*⁴⁷² se entiende «Por el allanamiento, el demandado asiente a la pretensión del demandante y no disputa el posible proceso, no escucha al órgano

⁴⁷² IDROGO DELGADO, TEÓFILO. Derecho procesal civil. Juicio Ordinario Tomo I, Edit. MARSOL Perú Editores S.A. s/f, p. 185.

jurisdiccional ni mucho menos opone resistencia a la pretensión del actor contestando la demanda»

El allanamiento es un acto procesal consistente en admitir o aceptar por el demandado las pretensiones del demandante en todo o en parte y en cualquier estado del proceso antes de la sentencia sobre derechos patrimoniales y extra patrimoniales de libre disposición, y que no atentan contra el orden público y buenas costumbres.

b) Sujetos con facultades de allanamiento

El demandante puede ser una persona natural o jurídica, con facultades para allanarse. La persona natural con capacidad de ejercicio de sus derechos puede allanarse directamente a través de su representante judicial (*apoderado*) con mandato expreso de allanamiento conforme al Art. 75° del C.P.C., regulador de la Representación con facultades especiales en el proceso encontrándose el allanamiento y tiene que ser expresa en escritura pública o por acta ante el Secretario del juzgado que interviene.

Los Representantes legales de incapaces como los curadores y tutores también pueden allanarse a la demanda, en estos casos el juez remitirá el proceso al Fiscal para que emita su dictamen y aprobará el allanamiento de conformidad con el Art. 1307° del C.C., aplicable supletoriamente al proceso civil.

«Artículo 1307°.- Los Representantes de los ausentes o incapaces pueden transigir con la aprobación del Juez, quien para este efecto gira al Ministerio Público y el Consejo de Familia cuando lo haya y lo estime conveniente»

Los Representantes de las personas jurídicas de derecho privado pueden allanarse, siempre que estén facultados en el estatuto social. Los Representantes judiciales de empresas pueden allanarse con las facultades de Representación que les otorga el Directorio o Junta General de Socios tratándose de sociedades de responsabilidad limitada.

Los Representantes legales de Derecho Público interno como los procuradores y todos los Representantes de instituciones públicas, pueden allanarse siempre que estén autorizados mediante las resoluciones expresas o la pretensión está amparada en el puro derecho o los medios probatorios son contundentes que prueban la conducta resistida de la institución emplazada. Por ejemplo, en un proceso contencioso administrativo seguido por *Eligio Naúm Valverde Cruz* contra la Dirección Regional de Educación de La Libertad por habersele negado la inscripción del Título de Profesor de Educación Primaria fundamentándose en una resolución ministerial derogada y aplicando un Decreto Supremo retroactivamente, prohibido por la Constitución Política del Estado, procurador debería allanarse a la demanda, y el Juez emite la sentencia ordenando la inscripción del Título Profesional.

c) Modo del allanamiento

El allanamiento tiene que ser aceptando la pretensión o pretensiones de los hechos y el derecho que lo sustenta, pudiendo condicionarlo.

*Teofilo Idrogo Delgado*⁴⁷³ citando a *Perla Velaochaga* sostiene que el demandado que se allana a la demanda debe hacerlo en forma incondicional, pura y simple a fin de que no exista alguna posibilidad de abrir el proceso, pero la jurisprudencia en ciertos casos admite el allanamiento puro y condicional.

d) Formalidad del allanamiento

El allanamiento tiene que ser por escrito y el demandado legalizará su firma ante el Secretario que interviene, éste puede legalizar la firma antes de ingresar el documento por mesa de partes o después de recepcionado por el Secretario.

3.3. El reconocimiento

Por el reconocimiento el emplazado acepta las pretensiones de la demanda reconociendo como verdaderos los hechos expuestos sin allanarse, entonces el Juez procederá a emitir la sentencia, porque no hay nada que probar.

3.4. La ejecución de la obligación

Es otra forma especial de conclusión del proceso, consiste en que el demandado sin allanarse a la demanda, no espera el resultado del proceso, si no que cumple con la obligación. En tal caso no se requiere de sentencia, porque cumple con todos los extremos demandados, el juez pone en conocimiento de los litigantes contrarios, luego emite la resolución dando por cumplida la obligación pretendida y declarará concluido el proceso con el pago de costas. Si es obligación de dar sumas de dinero, en ejecución de la resolución como toda sentencia, a solicitud de parte el juez ordenará la liquidación de intereses.

3.5. La transacción judicial

a) Definición

Ihering⁴⁷⁴ afirma que la transacción es el punto de coincidencia de tal cálculo de probabilidades hecho por ambas partes, y bajo las condiciones previas que admito aquí, no sólo es un medio de solución de la disputa admisible, sino el más justo. Pero sí suele ser difícil de obtener, incluso si ambas partes en el debate con sus abogados ante el tribunal rechazaban de antemano todas las negociaciones transaccionales, esto no sólo tiene un motivo en el hecho que

⁴⁷³ PERLA VELAOCHAGA, ERNESTO. Juicio Ordinario, 5ta. Edic. Lima, Perú 1979, Edit. Lumen S.A., p. 212.

⁴⁷⁴ IHERING, RUDOLF VON. *La lucha por el derecho*, 1ª edic. cibernética, septiembre del 2003, captura y diseño, CHANTAL LÓPEZ y OMAR CORTÉS, Biblioteca Virtual Antorcha, www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho (03-07-07).

en relación con el desenlace del litigio cada una de las partes contendientes cree en su victoria, sino también que una supone en la otra injusticia consciente, mala intención.

La transacción judicial es aquella que celebran los justiciables dentro de un proceso judicial, por la cual ambas partes hacen concesiones recíprocas sobre derechos patrimoniales que no afecten al orden público y las buenas costumbres poniendo fin al proceso y el Juez aprobará la transacción quedando homologada a la sentencia con el carácter de cosa juzgada.

b) Formalidad de la transacción

A) La transacción judicial será celebrada únicamente por las partes litigantes o sus Representantes judiciales (*apoderados*) que estén facultadas expresamente con tal fin, y puede ser por escritura pública o por acta ante el Secretario de juzgado.

B) La transacción se presentará por escrito estableciendo en sus cláusulas los acuerdos tomados mutuamente por las partes resolviendo el conflicto de intereses.

C) La transacción puede celebrarse fuera del Juzgado, en documento privado o escritura pública o documento con firmas certificadas por el Notario o Juez de Paz donde no hay notario, en estos casos presentarán al juzgado el documento anexado a al escrito solicitando su aprobación, legalizando las firmas ante el respectivo Secretario en los casos de documento privado de transacción, pero si es escritura pública o documento con firmas legalizadas no se requiere la legalización de firmas.

c) Oportunidad de su celebración

La transacción puede celebrarse en cualquier estado del proceso antes de la sentencia, incluso estando en trámite los recursos impugnatorios hasta el recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia, como prescribe el art. 334° del C.P.C. Peruano, pueden transigir una vez expedida sentencia pero sin que ésta haya quedado consentida (antes del vencimiento del término para interponer recurso de apelación o casación según el caso) o ejecutoriada. Pero si la sentencia adquiere la categoría de cosa juzgada, las partes pueden celebrar cualquier acto jurídico con la finalidad de regular o modificar el cumplimiento de la sentencia, sin embargo estos acuerdos no constituyen transacción judicial y no producen los efectos jurídicos sobre la sentencia, y no son materia de aprobación por el juzgado. Por ejemplo *condonar* la obligación, la *novación*, *prorroga del plazo* para el cumplimiento de la sentencia, la *dación en pago*.

El fundamento es el *principio de invariabilidad* de la sentencia que adquiere la categoría de cosa juzgada, como garantía del interés colectivo. El Art. 339° del C.P.C. recoge esta teoría procesal:

«Art. 339°.- Aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modifica el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce efectos de ésta»

d) Aprobación de la transacción

La transacción judicial es una propuesta de las partes justiciables para poner fin al conflicto de intereses, cuyo contenido es elaborado por ellos y luego poner a consideración del juzgador solicitando su aprobación, el Juez calificará el contenido de la transacción, y si versa sobre bienes materiales que no afecta al orden público y las buenas costumbres, el Juez aprueba y da por concluido el proceso si ésta comprende a la totalidad de las pretensiones del accionante. Si la transacción recae sobre algunas de las pretensiones, el Juez aprobará la transacción en este extremo y continuará el proceso respecto de las pretensiones no transadas o se relaciona con alguna de los litigantes que no ha intervenido en la transacción.

e) Efectos de la transacción

I. La transacción aprobada tiene el carácter de sentencia con autoridad de cosa juzgada.

II. Si una de los justiciables incumplen con los términos estipulados en la transacción, el afectado tiene el derecho de solicitar la resolución o se deje sin efecto la transacción y se prosiga con el proceso.

III. El acreedor puede solicitar la ejecución de la transacción de ser el caso, hasta su cumplimiento total.

3.6. El desistimiento

a) Definición

Es la manifestación de voluntad del demandante, por la cual comunica al juzgador su deseo de poner fin al proceso o a un acto jurídico procesal, en esta última hipótesis puede ser solicitada por cualquiera de los litigantes. El desistimiento es por escrito y con firma certificada por el Secretario interviniente en el proceso.

b) Clases de desistimiento

1) **Desistimiento del proceso.** El demandante solicita al juzgado se le tenga por desistido del desarrollo del proceso y se declare concluido, es decir, no quiere el pronunciamiento del juzgador con la sentencia sobre las pretensiones formuladas en la demanda. Este es un acto procesal exclusivamente del accionante o su Representante judicial con las facultades especiales para desistirse. El desistimiento del proceso no quita el derecho al accionante promover nuevamente la acción por las mismas pretensiones o acumulativamente con otras pretensiones.

2) **Desistimiento de un acto procesal.** En estos casos puede hacerlo el demandante o demandado, consiste en la renuncia del litigante a un acto procesal o medios de defensa o cuestiones probatorias. Por ejemplo, de las excepciones, de las tachas u oposiciones. Así mismo puede desistirse de los recursos impugnatorios en cualquier instancia y la resolución impugnada queda consentida, a *excepción* cuando el litigante contrario se ha *adherido* al recurso impugnatorio.

3) Desistimiento de la pretensión. Por este desistimiento el demandante renuncia a derechos materiales que han sido insatisfechos o vulnerados por el demandante, recurre al juzgado promoviendo acción pretendiendo ordene su cumplimiento o reconocimiento del derecho. En este caso la *doctrina alemana* afirma que el demandante ya no podrá promover nueva acción sobre las mismas pretensiones desistidas, posición que no la compartimos, porque el desistimiento no ha resuelto absolutamente nada el conflicto de intereses que originó el proceso, únicamente se produce la interrupción de la dialecticidad del proceso, no se ha solucionado el problema de fondo. Esta es la razón por la cual la resolución que declara el desistimiento a solicitud de parte accionante, *no está investida de la categoría de cosa juzgada*.

El desistimiento es un acto voluntario de los litigantes de pedir al juzgado la interrupción del proceso pero no se puede exigir la renuncia a sus derechos materiales como presupuesto de equidad, porque pueden darse muchas circunstancias que impulsan al litigante a desistirse, sin embargo la generalidad es el mutuo acuerdo extrajudicial del reconocimiento de la obligación resumidas en tres hipótesis: *a) el emplazado ofrece el cumplimiento de la obligación dentro de cierto plazo, b) el obligado cumple con la totalidad de la obligación, c) el obligado cumple en parte con la obligación.*

El problema está en las *hipótesis a) y b)*, Qué ocurre cuando en estos casos el obligado no cumplió con su obligación, cuál es la situación del accionante que se desistió de la acción y pretensión. Si optamos por la doctrina alemana, el acreedor perdería su crédito a favor de un enriquecimiento abusivo pero legitimado por la ley procesal, pero si optamos por la posición doctrinaria que reconocen el derecho del accionante desistido de promover nueva acción, el derecho reconocido e incluso por el demandado, está garantizado el derecho del accionante que se desistió a promover nueva acción con las mismas pretensiones o acumuladamente con otras.

Nuestra posición es por esta última, porque la función jurisdiccional es resolver los conflictos de intereses y a nadie se le puede recortar el derecho a la tutela jurisdiccional, a parte que se le admita a trámite la demanda, lo preocupante que concluya con una sentencia de mérito, si bien es cierto que algunas legislaciones con el C.P.C. peruano expresa que por el desistimiento de la pretensión pierde al derecho a promover otra acción, es decir el legislador se ha inclinado por la *Teoría alemana*, conforme a los supuestos expuestos de incumplimiento de las obligaciones reconocidas extrajudicialmente antes del desistimiento, el juzgador no puede pronunciar una sentencia declarando infundada por haber incurrido en desistimiento, significaría legalizar el enriquecimiento indebido del deudor a costa del acreedor aunque la ley sea expresa en este favorecimiento, el juzgador aplicará la norma del sistema jurídico que garantice los derechos reales o de crédito conforme a la Constitución Política del Estado, y declarará fundada la demanda e inaplicable la norma procesal que afecta al acreedor.

c) Oportunidad del desistimiento

El desistimiento del proceso y de la pretensión puede hacerlo el demandante en cualquier estado del proceso antes de la sentencia y hasta en el órgano jurisdiccional de última instancia, debiendo pronunciarse sobre el fondo del asunto, pero *no procede ante el órgano jurisdiccional de casaciones*, porque conforme a la definición de la casación, es para revisar la observancia formal y material de la resolución impugnada con el recurso de casación.

El Código Procesal Civil Peruano, en el Art. 342° expresa que procede el desistimiento antes de expedir sentencia en primera instancia, salvo que sea convencional, es decir de *mutuo acuerdo* entre las partes.

El desistimiento del proceso y del acto procesal sin afectar la pretensión se interpone antes que haya surtido sus efectos del emplazamiento. Después de notificada la demanda se requiere poner en conocimiento de la parte emplazada, quien tiene el derecho de oponerse o no al desistimiento, si se opone y hay razones suficientes conforme al análisis de los documentos que sustentan los medios probatorios sin audiencia de pruebas, puede declarar fundada la solicitud de desistimiento o declararla improcedente y la contusión del proceso.

En el caso del Perú, el art. 343° del C.P.C. prescribe:

«Art. 343°.- El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Cuando se formula después de notificada la demanda, requiere la conformidad del demandado, expresada dentro de tercer día de notificado, o en su rebeldía. Si hubiera oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso.»

El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la citación procesal favorable a su titular. Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que hubiera interpuesto adhesión»

d) Efectos del desistimiento

Tal como acabamos de ver el desistimiento parecía tan fácil, pero no es uniforme en la legislación y en la doctrina, partiendo del valor supremo la *justicia* que persigue materializar la función jurisdiccional con los presupuestos normativos y la razonabilidad, sin embargo brevemente precisamos sus efectos:

- a) El desistimiento del proceso, da por concluido y se archiva.
- b) El desistimiento de un *acto procesal* y medio de defensa, recurso impugnatorio contra la resolución que aprueba el desistimiento, deja sin efecto la situación favorable a su titular.
- c) El desistimiento de un *recurso impugnatorio*, el acto procesal impugnado queda firme, salvo que el otro litigante haya interpuesto recurso de adhesión.
- d) El desistimiento *de la pretensión* en algunas legislaciones procesales (*que no estamos de acuerdo*) tiene la categoría de sentencia infundada como el caso del Perú.

3.7. El abandono

Es otra forma especial de conclusión del proceso, definición y características se ha expuesto en acápite anteriores, y está regulado por el Capítulo V del Título XI del C.P.C.

Capítulo XVIII

Teoría de la Prueba

1. GENERALIDADES

La *Teoría de la prueba*, es la disciplina más importante de la *Teoría General del Proceso* y en particular de la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, porque constituye el estudio de un conjunto de elementos necesarios para la contrastación de las hipótesis formuladas por los litigantes en sus afirmaciones de hechos violatorios a sus derechos formulados en su demanda.

Entendiendo el proceso jurisdiccional como proceso de investigación para determinar la verdad objetiva, es decir la investigación científica aplicada a un caso particular pero con repercusión social, entonces para el juzgador no existe otro medio científico que recurrir al auxilio de la *Teoría general del conocimiento*.

Talvez durante muchos siglos no se le dio importancia a la teoría del conocimiento, actuando el juez en cierta forma guiado por las *máximas de experiencias* y la ley con el criterio de la *búsqueda de la verdad formal o legal* ahora muy cuestionada en la doctrina, porque han especulado esa gran realidad de los efectos negativos de los fallos fundados en la verdad legal generadora de grandes perjuicios en agravio de generaciones, induciendo al descontento social.

Históricamente en el occidente, se han evidenciado las diferentes posiciones sobre la concepción de *verdad*. Por ejemplo, la verdad como la *coincidencia* del conocimiento con su objeto, según *Kant*, la verdad como la *unión* del conocimiento, el pensamiento y la realidad según los *epistemólogos*, entre otros. Sin embargo, se concluye filosóficamente, *la verdad es una sola*, aunque tenga varias concepciones o medios de acceder a ella, y se reconoce cuando se comprueba la total ausencia de contradicción, esto no significa que sea absoluta.

Esta concepción tiene gran importancia en la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, pues *el fin de la justicia* es la *equidad* llegándose a través de la verdad, ya que es esta la que debe dirigir toda *concepción lógica y racional del juez* para una decisión justa. El juez para desempeñar su función de administrar justicia debe tratar de llegar a la verdad, la cual se logra por medio de la actuación de las pruebas, pues toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente incorporadas al proceso.

En esta oportunidad, la discusión que se plantea es si se debe hacer distinción entre la verdad real y la verdad procesal, o si por el contrario debemos reducir a una, la verdad que genera los fallos judiciales sin tener en cuenta dicha distinción como filosóficamente se establece, y determinar qué medios son los más idóneos para obtener esa verdad. Para dilucidar este problema, partiremos conceptualizando cada una de las concepciones entre las cuales se presenta la discusión y finalmente concluir exponiendo los argumentos en favor y en contra y nuestra conclusión particular.

a) **La verdad real**, ha sido materia de discusión filosófica pasando por la concepción puramente idealista (*primero pensamiento y luego realidad*) hasta la concepción contemporánea por la cual la verdad como conocimiento es la abastación de la realidad concreta o real. Sobre este tópico **Xavier Zubiri**⁴⁷⁵ dice como en tiempos de Pilatos, sigue abierta la cuestión de la verdad. « ¿Qué es la verdad? » Varias han sido las respuestas a esta pregunta. La filosofía antigua y medieval afirmó que la verdad consistía en la adecuación de la inteligencia a las cosas. Por el contrario, la filosofía moderna hizo de la verdad un atributo de la inteligencia, y consideró que eran las cosas las que debían adecuarse a la razón, no al revés, frente al realismo antiguo, el racionalismo y el idealismo moderno.

La filosofía contemporánea comenzó cuando se abandonaron ambas actitudes, iniciándose la búsqueda de una nueva vía que fuera más radical que las anteriores. Aquellas pretendidas verdades ya no lo eran y por tanto se hacía necesario profundizar más en el asunto. Debía haber una verdad primaria, preconceptiva y prejudicativa, incluso para defender la posibilidad de conceptos y juicios no verdaderos, falsos. Esa verdad primaria es la que **Heidegger** creyó descubrir en los orígenes del pensamiento occidental bajo forma de «desvelación» **Zubiri** cree que aún es posible ir más atrás, radicalizar más el problema llegando hasta lo que él llama «verdad real» Se trata de una verdad tan primaria y radical que en ella no cabe el error. En ese nivel todo es verdad, sólo más adelante, en el orden de los juicios y los raciocinios, la verdad se debilita hasta hacerse casi evanescente. A este nivel, nuestra comprensión de la realidad será siempre inadecuada e incompleta.

La verdad real, dice **Zubiri**, es de la cosa, la impone ella, no la ponemos nosotros. Por eso en la verdad real es la cosa la que se apodera de nosotros, la que nos puede, no nosotros a ella. En otros términos quiere decir el autor, que la realidad objetiva (*la cosa*) existe al margen de nosotros y cuando entra en contacto ésta se refleja en nuestra conciencia que es el punto de partida para el conocimiento empírico, pero cuando el sujeto tiene la intención programática de ponerse en contacto con determinada realidad, estamos ante el inicio del proceso del conocimiento científico. A diferencia de cualquier filosofía en cuanto a la posición del sujeto o de la conciencia, **Zubiri** elabora una filosofía del poder, del poder de lo real. Ese poder es el que se actualiza en la inteligencia bajo la forma de verdad.

En conclusión la verdad real en la *Teoría procesal civil empresarial moderna*, es la operación del juzgador los litigantes y abogados que han permitido entrar en contacto con los hechos, actos jurídicos y conductas constitutivas del conflicto de intereses sometidos al órgano jurisdiccional,

⁴⁷⁵ ZUBIRI, XAVIER. *El hombre y la verdad*, edit. Alianza Editorial, Madrid, 1999. ISBN: 84-206-9058-9, www.zubiri.net/libroshv.html

por la acción probatoria el juzgador contrasta las hipótesis formuladas en las pretensiones y contradictorios, haciendo uso de la teoría del conocimiento científico procede a la abstracción de esa realidad se convierte en conocimiento verdadero manifestada en definiciones a través del lenguaje materializado en la sentencia.

La *teoría procesal civil empresarial* es científica, porque la función jurisdiccional es llegar a la verdad del conocimiento objetivo de las pretensiones y contradictorios, y las sentencias sean la expresión de esta verdad real dándole un tratamiento con la razonabilidad axiomática, se imparta justicia restituyendo la armonía de los litigantes y la sociedad.

b) La *verdad procesal* denominada también *verdad formal*, es aquella que resulta del proceso teniendo por cierto y verdadero aunque dicha prueba está en contra de la realidad. Lo importante es que en los procesos modernos se busca la verdad real o material del derecho, cuyo campo de investigación está determinado por las afirmaciones o contradictorios, propuestas en la etapa postulatoria, esta es la fuente de la prueba la prueba de oficio. Esclarecer de modo más completo en todos los aspectos, las circunstancias reales del asunto así como también los derechos y obligaciones, en el sistema de la prueba tasada era improbable

Esto significa que el juez al ser el principal dispensador de justicia debe obtener la verdad real, la que por excelencia nos lleva a la justicia, y el fin último de la confianza depositada en él por los habitantes del conglomerado social, el hecho de no poder llegar a ella, algunas veces nos impone la obligación de crear una ficción, es decir la verdad procesal como justificación de los fallos judiciales, lo que nos lleva a determinar que existe un ser (*verdad procesal*) y un deber ser (*verdad real*).

Si la finalidad del proceso judicial es la búsqueda de la verdad objetiva para establecer el *porqué* de esa diferencia que se presenta en nuestros sistemas judiciales, nos induce a formularnos la siguiente pregunta: *¿De dónde proviene el conocimiento de esa verdad?*

La fuente de esta verdad es el proceso de la producción de pruebas que determinan los hechos, y el juzgador tiene que prestar la mayor atención en la prueba. Sin embargo muchas veces no es posible llegar a la realidad objetiva, por lo que la impartición de justicia como dice *Ana Giacometto Ferrer*,⁴⁷⁶ «lo convierte en un mito»

Como conclusión, debemos dejar en claro que la sentencia contiene la abstracción de la verdad objetiva, concreta de dos factores incorporada con un tercer factor:

1) La *existencia de la conducta resistida* del emplazado o demandado en agravio del derecho accionante. Es decir la hipótesis de uno de los litigantes ha adquirido la categoría de verdadera.

⁴⁷⁶ GIACOMETTO FERRER, ANA. Teoría general de la prueba judicial, edit. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., 2003, p. 31.

2) Las *condiciones personales de sujetos litigantes*, considerados dentro del contexto de la juricidad (*aceptación por la mayoría de la sociedad*), es decir, la aprehensión de particularidades de cada litigante, como poder económico, poder político, religioso, cultura, idioma, etc.

3) La *racionalidad*, que no vamos a entrar al estudio de esta categoría del conocimiento, solamente visto del conflicto de los factores anteriores que el juez tiene que utilizarla para la unificación de ambos para que no lesione el *supremo valor la justicia* a materializarse con la sentencia. Estos factores pueden ser muy contradictorios o coincidentes, se incorpora un tercer elemento la que determina la abstracción de esas dos realidades y su función conduce a una *sentencia justa, sin afectar la dignidad humana*.

En parte tiene razón la *Teoría procesal clásica*, afirmando que la *sentencia* se convierte en el *ser* por considerarse como *verdad procesal*, es decir que puede haberse aproximado o no a la verdad objetiva, pero se considera como *verdad procesal*, en consecuencia la sentencia se convierte en una *ficción de la verdad* indiscutible y sin resistencia a su fuerza ejecutiva, convirtiéndose en el ser. La gran influencia de la teoría procesal clásica ha influenciado en todas las legislaciones procesal civiles, como en el Perú con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 derogado en 1993 por el C.P.C., se *administró* justicia con la verdad procesal, más que todo no porque los jueces se resistieron a llegar a la verdad concreta, sino por la concepción formalista de su formación profesional, como nos enseñaron que las *normas procesales son de observancia obligatoria so pena de nulidad* de los actos procesales practicados sin la formalidad procesal, aunque éste haya alcanzado su finalidad.

La *verdad concreta* en la teoría procesal clásica fue considerada como uno ideal, una aspiración que algunas veces podría llegar o no la sentencia a ser la abstracción de la verdad objetiva y se convirtió en el *deber ser* de la sentencia.

2. METODOLOGIA DE COMPROBACIÓN

Como hemos venido exponiendo, los conflictos de intereses o incertidumbres sometidos a los órganos jurisdiccionales, el juzgador en la moderna *Teoría General del Proceso*, tiene por objetivo determinar la *verdad objetiva* e *intersectándose* con el pilar de la *razonabilidad* para una verdadera y eficaz administración de justicia y se haga realidad que el Poder Judicial tiene la grande obligación la búsqueda del *equilibrio* de la convivencia social. Partiendo desde este punto de vista, el *juzgador* como profesional en el *Derecho y Ciencias Políticas*, tiene que recurrir a la *Teoría del conocimiento*, la que proporciona a todas las disciplinas científicas el método más eficiente en las investigaciones de la verdad de las hipótesis formuladas, convirtiéndose en *teorías científicas*. En el campo de la *impartición de justicia*, en la actualidad satisface las expectativas de acceder a la verdad a través de *teoría del conocimiento*, llegando a la certeza como fundamento de las sentencias judiciales en la moderna tutela jurisdiccional.

El saber teórico de las situaciones objetivas contempla la *posibilidad* de relacionar un *objeto* o *sujeto* con su *consecuencia*, siempre y cuando subsista la posibilidad de comprobación a través del *entendimiento* y la *razonabilidad* que se relaciona con la filosofía y diversas ciencias como la psicología, la lógica, la metafísica, el derecho y la tecnología que necesiten de una operación racional.

Esas técnicas de comprobación que llevan al conocimiento tienen varias etapas dependiendo de su eficacia y rango de credibilidad se llega a la verdad. *Ana Giacometto Ferrer*,⁴⁷⁷ precisa a cada una de estas fases o etapas de la teoría del conocimiento.

a) La *ignorancia*, es el desconocimiento o la falta de instrucción sobre un objeto o sobre un tema determinado. Este es el *estado subjetivo* de la conciencia⁴⁷⁸ y constituye la primera etapa que se manifiesta en la *teoría del conocimiento*, es cuando el juez aún no ha tenido *acceso* a la situación que se va a poner en su conocimiento, esto significa el *desconocimiento* de todo lo relacionado con el objeto, sin embargo se encuentra *abierto* al conocimiento.

En esta etapa el juez no tiene por qué conocer los hechos pues las partes no le han dado oficialmente esta función.

También es necesario aclarar que para fines jurídicos no basta el conocimiento privado de los hechos, sino que se debe seguir el procedimiento estipulado para la iniciación de un proceso, es decir, por iniciativa de las personas particulares (*principio dispositivo*) o del Estado (*principio inquisitivo*).

b) La *duda*, es la tendencia espontánea de la razón que oscila entre la *aceptación* y la *no aceptación* de una entre varias proposiciones o tesis, entre las cuales la mente se siente fluctuar yendo de una a otra sin detenerse.⁴⁷⁹ Es el conocimiento de varias situaciones sobre las cuales no se tiene convencimiento, entonces se presenta una indeterminación del ánimo entre ellas. La *noción general* es que en el *proceso civil empresarial* estas dudas se deben aclarar, mientras que en el proceso penal existe el *principio in dubio pro reo*, como también en el Derecho procesal trabajista el *principio de indubio pro operarum*, en el derecho de crédito rige el principio del *favor debitoris* (lo más favorable al deudor).

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, no se debe olvidar que sólo es un grado del conocimiento y que el fin de todo este procedimiento es llegar a la certeza de aquellos que según las apariencias puede ser verdadera o no.

c) La *probabilidad*, en esta etapa nos encontramos ante el predominio de la afirmación sobre la negación o viceversa, lo que nos lleva a determinar que dentro de esta etapa existen grados de menor o mayor convencimiento, dependiendo de los motivos convergentes o divergentes respectivamente. Entonces hablaremos de *mayor probabilidad* cuando esos motivos convergentes nos aproximan a la certeza, y de *menor probabilidad* cuando los motivos divergentes nos aproximan a la duda. Esta graduación se realiza con base en la importancia de las pruebas que obran en el proceso, según la lógica jurídica y la racionalidad.

⁴⁷⁷ GIACOMETTO FERRER, ANA. Op. cit., p. 32.

⁴⁷⁸ MARTÍNEZ ECHEVERRI, LEONOR; MARTÍNEZ ECHEVERRI, HUGO. Diccionario de filosofía, edit., Panamericana, Bogotá D.C., Colombia, 1997, p. 280.

⁴⁷⁹ IBIDEM. Op. cit., p. 147.

Por lo anterior podemos considerar esta etapa como una imperfección que no puede ser considerada buena lógica, pero sí un primer paso hacia la certeza, la *percepción de iguales razones* para *afirmar* como para *negar* una situación determinada puesta en conocimiento del dispensador de justicia, en la cual el razonamiento lógico prioriza las razones afirmativas.

d) La *certeza*, es el «*asentimiento firme fundada en la evidencia de un estado de cosas*»⁴⁸⁰ Este estado subjetivo en el que se cree tener la verdad es el *fundamento actual* de las sentencias judiciales, por lo cual se estudiará con mayor profundidad. Para llegar a esta etapa, necesariamente tenemos que experimentar previamente las etapas anteriores, o directamente cuando las situaciones o verdades son evidentes, sin embargo nos encontramos con un procedimiento lógico determinado para obtener la certeza.

Este procedimiento se *inicia* a través de la *inteligencia*, la cual percibe las situaciones a través de los sentidos -*certeza física* - y a través del raciocinio - *certeza lógica*- para proporcionar la verdad percibida de un modo seguro.

La *inteligencia* trabaja por medio de la *intuición*, que es la *percepción de la verdad de modo inmediato*, y de la *reflexión*, que es la *operación lógica que llega a una verdad desconocida partiendo de una conocida, las cuales son conjugadas por la razón para llegar a una certeza mixta -física y lógica*, que es la que proporciona la seguridad de la posesión de la verdad.

La *certeza mixta*, según los medios de acceso que la proporcionan se divide en tres:

I. La *certeza mixta físico - lógica*, a esta se llega a través de los *indicios*, es decir, de un hecho plenamente probado se infiere otro nuevo con base en lo percibido, llevándonos a consecuencias *probables* y *no ciertas*, es por esta razón que un solo indicio no basta para determinar la responsabilidad o dictar sentencia.

II. La *certeza mixta físico - histórica*, aquí se trata de *establecer* la eficacia de la prueba, su *falsedad* o su *verdad*, pues a través de los sentidos y el raciocinio se determina el grado de veracidad en concordancia con la prueba. En esta clase de certeza los medios probatorios empleados son el *testimonio*, la *declaración de parte*, el *dictamen pericial* y el *documento*, etc., por lo cual se debe establecer la *relación* entre la *declaración* y la *cosa* sobre la cual se declara, entre el *informe pericial* emitido y su *coherencia* y entre el que *otorgó* el documento con el *documento* mismo que fue *otorgado* respectivamente.

III. La *certeza mixta físico - lógico - histórica*, constituye la relación entre la *afirmación veraz* y la *obligación* jurídica supuestamente *inobservada* para determinar su concordancia a través de la percepción directa del funcionario judicial.

Por eso el medio de prueba utilizado en esta clase de certeza es la *inspección judicial*. Teniendo en cuenta lo expuesto, la *praxis* es la vía para que el juez llegue al convencimiento en desarrollo de la teoría y practica del derecho y su alto grado de sensibilidad social para poder emitir la sentencia justa.

⁴⁸⁰ IBIDEM. Op. cit., p. 68.

3. DEFINICIÓN DE LA PRUEBA

Montero Aroca⁴⁸¹ define la prueba como «la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos» Con esta definición el jurista busca resolver el problema de la función de la prueba y si el *proceso civil empresarial* tiene por finalidad descubrir la verdad material y no la verdad procesal, porque de ser este último generaría una grave crisis en los negocios empresariales, limitando muchas operaciones comerciales por la inseguridad en la impartición de justicia amparada en una *verdad ficticia*.

Montiel Argueta⁴⁸² afirma que en realidad lo que importa en el proceso civil es en si las afirmaciones de hecho que una de las partes han quedado establecidas en el litigio, de modo que pueda estimarse su pretensión o su resistencia, independientemente de que esa afirmación de hechos sea o no exactamente la verdad como precepto de ajuste a la realidad de un determinado hecho. Así, si bien por reconocimiento de una de las partes, bien porque se trata de una presunción legal, algo es cierto en el proceso, así se afirmará en la sentencia, con independencia de que lo afirmado sea toda la verdad. Ni siquiera es evidente en la actualidad que en el proceso penal, donde por esencia se ha argumentado a favor de la verdad material como función de la prueba, la declaración judicial de los hechos probados sea estrictamente la verdad.

Sin llegar a la profundidad si el objetivo de la prueba es determinar la existencia o no de la violación de los derechos materiales sustentados en la demanda y contradictorios, definimos a la prueba desde el punto de *vista subjetivo y objetivo*. En el primer caso, la prueba es una *institución* del derecho procesal, consistente en un conjunto de teorías, principios y normas jurídicas materiales y procesales que garantizan el derecho material de las personas constituidas en justiciables para determinar la verdad o falsedad de sus pretensiones y contradictorios.

Desde el punto de *vista objetivo*, es el conjunto de elementos materiales comunes y especiales de alta tecnología ofrecidos y actuados en determinado proceso judicial sometidos a la acción axiomática del juzgador en la confrontación con las pretensiones y contradictorios, con la potencialidad que llevan a la convicción del juzgador la verdad o falsedad de los hechos alegados, determinando la decisión justa y poniendo fin al proceso y a la controversia.

⁴⁸¹ MONTERO AROCA, JUAN. La prueba en el proceso civil, Edit. Civitas, cit. por MENDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA; TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO y MONTIEL ARGUETA, LUIS RAMÓN. Derecho a la prueba como categoría jurídica, protegible en el proceso civil, Universidad Francisco Gavidia, Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales, San Salvador, Julio, 2003, luis.montiel@comedica.com.sv

⁴⁸² MONTIEL ARGUETA, LUIS RAMÓN. Derecho a la prueba como categoría jurídica protegible en el proceso civil, op. cit. luis.montiel@comedica.com.sv

4. OBJETO DE LA PRUEBA

El estudio del objeto de la prueba, nos impulsa a formular la interrogante: *¿Qué es lo que debe de probarse en el proceso?* El objeto de la prueba se refiere a las realidades en general que pueden ser probadas, es decir, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que deriva un mandato o regla con una consecuencia jurídica, así como las mismas normas. El objeto de la prueba tiene por finalidad determinar la materia sobre la que recae la prueba, como la esencia que constituye el núcleo del punto de partida para la imputación de consecuencias jurídicas determinadas.

En otros términos, nos formulamos los siguientes enunciados: *¿Qué debe probar el actor para acreditar la consecuencia jurídica teniendo en cuenta su pretensión, y qué debe probar el demandado para que tenga éxito la resistencia a la pretensión del accionante?* Es imposible determinar el objeto de la prueba, teniendo en cuenta que las posibilidades son infinitas como puede ser el tipo de pretensiones articuladas y sus correspondientes contradictorios, pero es posible su ordenamiento con carácter general referido a tipos de hechos en concreto, llevándonos a concluir sobre los hechos controvertidos, la prueba del derecho, la prueba de las máximas de experiencia y los hechos exentos de prueba.

El objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones de los hechos en relación con lo alegado por las partes, porque los hechos no se comprueban, se conocen con las pruebas. Las afirmaciones de hechos por los litigantes en sus pretensiones y contradictorios son desconocidos por el juzgador, por lo que se prueban partiendo de la concepción general de los hechos que pueden ser probados, los acontecimientos y circunstancias concretas determinadas en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.

En cuanto al problema del objeto de la prueba, la doctrina ha formulado posiciones contradictorias, una posición sostiene que el objeto es la prueba de los hechos expuestos por los litigantes, y la segunda posición sostiene que el objeto de la prueba es la comprobación de las afirmaciones de los hechos que hacen los justiciables en su demanda y contradictorio.

La primera posición que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos. Este criterio doctrinario parte de la distinción entre alegaciones, donde se invocan hechos de los hechos mismos, en el acto alegatorio las partes afirman o niegan la existencia de un hecho o la aplicabilidad de una norma jurídica, como así sostiene Palacio.⁴⁸³ Por lo tanto la afirmación de los hechos en la demanda forma el núcleo objetivo de la alegación, más no de la prueba.

Chiovenda⁴⁸⁴ distingue claramente entre hechos y afirmaciones: «Los hechos de influencia en el proceso civil deben ser de ordinario afirmados por las partes para que el juez pueda tenerlos en cuenta... tales hechos, deben, regularmente, ser probados por las partes para que puedan considerarse existentes»

⁴⁸³ PALACIO, LINO ENRIQUE. Derecho procesal civil, tomo IV, 1984, p.320.

⁴⁸⁴ CHIOVENDA, JOSEPPE. Principios de Derecho Procesal Civil, Madrid 1977, tomo II, p.258.

La *segunda posición* viene siendo resaltada por destacados juristas, entre ellos tenemos a *Santiago Sentis Melendo*⁴⁸⁵ sosteniendo que habitualmente se dice que se prueban los hechos a lo que califica de erróneo, desde que los hechos existen y la materia probatoria recae sobre las afirmaciones referidas a esos hechos. Las partes afirman lo que saben y requieren al juez la verificación o comprobación de sus aseveraciones. Los justiciables conjuntamente con sus abogados averiguan y afirman el resultado de esa búsqueda, y el magistrado los verifica. Por su parte *Carnelutti*⁴⁸⁶ es del mismo criterio, cuando define a la *prueba* como la «comprobación de la verdad de una proposición, sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada» concluyendo que las partes afirman y el juez comprueba.

*Couture*⁴⁸⁷ sostiene que la actividad de la prueba es la «comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio»

Sin embargo entra en contradicción al afirmar que el objeto de la prueba lo constituye el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes. Así mismo *Hugo Alsina*⁴⁸⁸ es del mismo parecer, para quien los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende constituyen el objeto de la prueba, agrega que no hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Por su parte *Devis Echandía*⁴⁸⁹ dice que de aceptarse la tesis que considera a las afirmaciones como objeto de la prueba, habría que concluir que, cada uno de los medios probatorios debería estar constituido también por esas afirmaciones. Empero la realidad demuestra la falsedad de tal inferencia. Los testigos declaran sobre los hechos que han percibido sensorialmente con independencia de las afirmaciones de las partes y generalmente en la ignorancia de tales aseveraciones. Los documentos pueden suministrar conocimiento de situaciones no alegadas y los informes pueden aportar circunstancias y elementos desconocidos para los sujetos de la relación procesal. De lo expuesto se infiere que la *afirmación* no es el necesario antecedente de la consecuencia configurada por la convicción judicial.

En otros términos, puede producirse prueba sobre hechos no alegados pero vinculados en forma inmediata y directamente a la cuestión debatida.

*Michelli*⁴⁹⁰ dice que es cierto tanto actor como demandado intentarán probar el fundamento fáctico de sus afirmaciones, pero el magistrado tiene facultades suficientes para determinar la existencia y sustento de los hechos. Las facultades instructoras de los jueces existen con independencia de las afirmaciones de las partes con la única limitación del *thema decidendum*. Cuando las partes han determinado el alcance del litigio, queda a cargo del juez hacer lo necesario para el esclarecimiento de la cuestión planteada.

⁴⁸⁵ SENTIS MELENDO, SANTIAGO. La prueba, 1979, p. 12 y 57 y ss.

⁴⁸⁶ CARNELUTTI, FRANCESCO. La Prueba Civil, 1982, p.37.

⁴⁸⁷ COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1977, p.215 y p.219.

⁴⁸⁸ ALCINA, HUGO. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, tomo III, 1971, p.239.

⁴⁸⁹ ECHANDIA, HERNANDO DEVIS. Teoría general de la prueba judicial, tomo I, 1974, p. 156.

⁴⁹⁰ MICHELLI, GIAN ANTONIO. La carga de la prueba, Bogotá, 1989, p. 101.

Comprendiendo la *complejidad del objeto* de la prueba, *Devis Echandía* considera que dentro de los hechos se comprenden:

- a) *Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y los actos humanos involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias de tiempo, lugar y modo.*
- b) *Todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que no interviene la voluntad humana.*
- c) *Las cosas u objetos materiales y los lugares de cualquier aspecto de la realidad material, sea o no producto del hombre que sobre ellos haya incidido o no la actividad humana.*
- d) *La propia persona humana, en cuanto a la realidad material, tanto en lo que se refiere a su propia existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades.*
- e) *Los estados psíquicos o internos del hombre, pues aun cuando no tengan materialidad en sí mismos, sí tienen entidad propia, y como el derecho objetivo los contempla a veces en tanto que presupuestos de consecuencias jurídicas han de poder ser objeto de prueba.*

La *prueba de las normas jurídicas*, en aplicación del principio *iura novit curia* implica que el juez tiene obligación de conocer el derecho así como el juez no puede incurrir en falta al principio *non liquet* (los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan). Pero al mismo tiempo, es evidente que la obligación del juzgador es conocer el derecho se refiere exclusivamente al Derecho interno, pero no al Derecho extranjero. En este caso todos los ordenamientos exigen a la parte que acredite la vigencia y aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto, aunque ello no implica que el Juez no pueda conocerlo como veremos más adelante.

Además se tenga presente que el *objeto de prueba* es la costumbre, el Derecho histórico no vigente, e incluso las normas estatutarias y no generales invocados por las partes deben ser objeto de la prueba en el proceso, y en consecuencia las reglas de la carga de la prueba afectan a estos últimos, con los efectos de que su no probanza no podrá ser incluida en el deber de los jueces de conocer el derecho por mas que se trate de normas.

Las *máximas de experiencia*, son definiciones o juicios hipotéticos desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso procedente de la experiencia, pero independiente de los casos particulares de cuya observación se han inducido y por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Lo relevante es que como sostiene *Montero*, esta amplia concepción de las *máximas de experiencia* implica que pueden *integrar* tanto el *supuesto de hecho* como la *consecuencia jurídica*.

Los juristas en su mayoría han tomado la posición de aceptar los hechos como objeto de la prueba, incluyendo en ellos la ley extranjera, la costumbre y según algunos las reglas de experiencia y los juicios que se emitan sobre los hechos. Sin embargo, la multiplicidad de cuestiones que pueden suscitarse determinan que los autores tiendan a buscar un concepto de *hecho* que los comprenda a todos, en *este sentido*, el *objeto* de la prueba judicial son los *hechos pasados, presentes o futuros* y los que pueden asimilarse a ellos (*costumbre o ley extranjera*). Se trata

de tomar el término en sentido amplio y no gramatical, pero estas afirmaciones requieren de un análisis más profundo.

5. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

La *teoría de la prueba* ha recogido los *Principios* fundamentales que rigen el derecho probatorio de los litigantes que garantizan el debido proceso, y orientan la estructura normativa jurídica procesal sin que tenga que restarse importancia a las actuaciones probatorias de oficio.

Los más importantes son:

a) ***Principio de bilateralidad.*** Es consecuencia del principio de contradicción del proceso, garantiza a cada uno de los litigantes (*accionante y emplazado*) a ejercer el derecho de ofrecer los medios probatorios que demuestren sus afirmaciones en la demanda y contradictorios.

b) ***Principio de liberalidad.*** Los justiciables tienen la libertad de ofrecer sin limitación alguna las pruebas que mejor convenga a su descargo siempre que se encuentre dentro de la juricidad, es decir, no atenten a la intimidad personal ni a la moral, no existe límites a la actividad. **Santiago Santos**⁴⁹¹ dice que «*La prueba requiere ineludiblemente la libertad. Donde falta libertad, habrá sucedáneos de prueba, por eso no habrá prueba*» También se denomina *derecho a la utilización de medios de prueba pertinentes para la defensa*, es inseparable del derecho de defensa, consiste en que los medios probatorios ofrecidos sean admitidos y actuados por el juzgador, siendo *posible* la admisión excesiva en caso de duda.

c) ***Principio de igualdad.*** Por este Principio, los litigantes tienen el derecho de ejercer su derecho probatorio en igualdad de condiciones, cualquiera que sea su situación económica, cultural, origen nacionalidad, religión, posición política, etc. Por ejemplo, si tiene la necesidad de la pericia biológica de ADN y no se encuentra en capacidad de correr con el pago del costo pericial, de ninguna manera se puede dejar de practicarse la pericia, en estos casos el Estado tiene que ejecutar la pericia para no dejar desamparado el derecho probatorio del justiciable indigente.

Márquez J. Federico⁴⁹² dice que las partes tienen la misma oportunidad procesal, el *Principio de Igualdad* de las pruebas basada en el Principio General de Igualdad ante la ley, como igualdad en los actos procesales y la ley debe propiciar un funcionamiento procesal en el plano de igualdad, con posibilidades de la alegación y pruebas similares.

d) ***Principio de inmediación.*** Este Principio exige que la pruebas se practiquen en presencia del juez que conoce el proceso, salvo las excepciones que las circunstancias así exijan se produzca la prueba por delegación mediante exhorto como una necesidad inexcusable, no

⁴⁹¹ SANTOS, SANTIAGO. EN Prefacio a «O Proceso Civil no Direito Comparado» de MAURO CAPELLETTI; Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa – América 73, pág. XI

⁴⁹² MARQUEZ, J. FEDERICO. *Instituicoes de direito procesual civil*, tomo II, pág. 112, cit. por COQUEIJO COSTA, op.cit, pág. 284, trad. LOPEZ SANCHEZ, MARIA LEONOR, 25 DE JUNIO DEL 2007.

solamente como una declaración general, sino que es tan importante para que el juez resuelva el conflicto de intereses o la incertidumbre al entrar en contacto en la producción de la prueba para la abstracción de la realidad y someterlo al proceso de valoración de los medios probatorios contrastando las hipótesis formuladas por los litigantes y sustentados en argumentados de hecho y de derecho.

e) **Principio de contradicción.** Por este Principio se materializa la garantía del derecho de defensa, garantizando a las partes el derecho no solamente la facultad de proponer las pruebas que convengan a su derecho, sino la de participar en la producción de propia prueba y de la admitida por el otro justiciable, así como las pruebas ordenadas *ex officio*.

Este Principio de contradicción se manifiesta en todo el curso de los medios probatorios desde el ofrecimiento con la demanda y contradictorio del emplazado hasta la conclusión de la audiencia de pruebas, aún en la etapa resolutoria del proceso y en segunda instancia. En consecuencia, los litigantes tienen que estar bien informados de todos los medios probatorios admitidos y debidamente notificados a la audiencia de pruebas para garantizar su intervención.

El *Principio de contradicción* exige no solamente dar oportunidad a las partes de comparecer a los actos probatorios, sino que tengan intervención aunque la ley que no sea expresa, incluso debiendo interpretar la intervención del modo más *favorable al derecho a la prueba*.

f) **Principio de adquisición procesal de la prueba.** Es la aplicación del Principio general de adquisición procesal al Derecho Probatorio. Consiste en que los resultados de la actividad probatoria son comunes a las partes (*litigantes – juzgador*) es decir la producción probatoria es de todos y para todos dentro del proceso. Todo el material probatorio es del proceso y el juzgador tiene que aprehenderlas independientemente de la parte que haya producido el medio probatorio, litigantes o *ex officio*. La actividad valorativa del material probatorio existente en los autos corresponde al juez, y la acreditación de una afirmación de hecho puede lograrse expresa o tácitamente por todo el material de pruebas aportadas principalmente por los litigantes, o también por la prueba practicada a instancia solamente de una de las partes, independientemente de las reglas *onus probando*, esto sin que haya cumplido uno de los litigantes con su obligación de probar los hechos alegados.

En consecuencia, la *adquisición probatoria es conjunta*, el juez no puede realizar la operación valorativa prescindiendo la producción de las pruebas a quien le correspondió probar sus afirmaciones de hecho, porque el resultado probatorio constituye un *acervo común*, teniendo como marco el descubrimiento de la verdad objetiva y la búsqueda de la equidad.

Jesús Eugenio Corbal Domínguez,⁴⁹³ sobre este principio dice que «lo más relevante a estos efectos no es la polémica doctrinal sobre los supuestos en los que puede ser aplicable, sino relacionar este Principio con el de la inutilidad de las pruebas sobre todo en la fase de admisión de los medios probatorios concretos, y por supuesto, en la fase de valoración. Aportada una prueba para la acreditación de una afirmación de hecho de una parte, no es preciso que la otra

⁴⁹³ CORBAL DOMINGUEZ, JESUS EUGENIO. La adquisición procesal y la carga de la prueba, en cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 993, pp. 149 y ss.

produzca y a su vez prueba sobre el mismo hecho. Si la adquisición procesal es conjunta, es absolutamente superfluo que la otra parte tenga que probar lo mismo, y la fase de fijación del objeto procesal (*en los sistemas donde exista la audiencia preliminar*) o en la decisión del juez tras comprobar los escritos de demanda y contestación, ha de aplicar este principio rechazando por superflua la producción de prueba sobre lo mismo.

g) **Principio escritural o de documentación.** La producción de la prueba tiene que documentarse a través de la correspondiente acta. Esta puede realizarse en cualquier forma que permita su autenticidad por medio de la fe pública judicial, la documentación del acta puede realizarse en cualquier forma que permita constatar su autenticidad. La principal documentación es la escrita, sin embargo no podemos dejar de considerar otras formas como las fotografías, las filmaciones, la firma electrónica, etc.

El juez ordena al Secretario o personal especializado recoja el resultado probatorio en otra forma, teniendo en cuenta los medios que existen en la actualidad con el avance ciencia y la tecnología.

6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA

La *Teoría procesal moderna* ha reorientado la función jurisdiccional, su actuación se circunscribe dentro de los parámetros de la constitucionalidad y la teoría de los derechos humanos plasmados en las declaraciones universales, convenciones y tratados internacionales y aun tratados comerciales de derecho internacional.

La *Teoría moderna de la prueba*, comprende el estudio desde el punto de vista del Derecho Constitucional y de la Teoría de los Derechos Humanos. En la actualidad todos los sistemas modernos han recogido en sus legislaciones procesales un conjunto de garantías procesales a los litigantes a nivel de regulaciones por ley ordinaria, a nivel de principios constitucionales e internacionales. Garantías como el "*derecho a la acción*", el "*derecho a un juicio justo*" y la "*oportunidad de ser oído* en juicio público, se incluyen usualmente en el inventario de derechos fundamentales.

Ellos importan que las partes tienen el derecho a acceder al tribunal a efectos de interponer demandas *civil-empresariales*, el derecho a determinar el objeto de las disputas y a perseguir una compensación adecuada, el derecho a *presentar la prueba disponible*, así como el derecho a *hacer valer* los argumentos legales y fácticos en apoyo de sus respectivas pretensiones.

*Michelle Taruffo*⁴⁹⁴ dice que dentro de este complejo conjunto de derechos, uno particularmente importante es el derecho a la prueba. Usualmente se lo define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda

⁴⁹⁴ TARUFFO, MICHELLE. Investigación judicial y producción de prueba, en Revista de derecho, vol. XV, diciembre 2003, pp. 205 – 213, conferencia dictada en Beijing, China en noviembre del 2002, trad. del inglés por VARAS BRAUN, Juan Andrés, Profesor de la Universidad Austral de Chile; revider@auch.cl

esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa, en realidad sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas.

Estas garantías no implican que solamente las partes individualmente tengan un papel que jugar en el proceso, sino que estas funciones importantes pueden ser ejecutadas por otros como *organizaciones o asociaciones públicas o privadas*. Por ejemplo, *las asociaciones de consumidores u organizaciones para la protección del medio ambiente*, tienen el derecho de tomar parte en los procesos haciendo usos de derechos a la prueba y proveyendo al juez información que puede resultar relevante para la decisión correcta del conflicto. Por otra parte, el mismo tribunal puede jugar un rol significativo y activo en el manejo de los procedimientos y en la guía de las investigaciones apropiadas *produciendo pruebas de oficio* con el fin de conseguir una decisión informada y precisa.

El *fundamento* está en que la *prueba* es la *institución fundamental* del proceso, por ser el instrumento para la contrastación de las hipótesis formulas por los litigantes en sus pretensiones y contradictorios, los que tienen que ver con los derechos patrimoniales y morales (la salud, el medio ambiente, etc.). Los derechos patrimoniales están protegidos por las Constituciones de todos los Estados, de los que no pueden ser despojados sus titulares sin juicio justo, protección recogida de la *Declaración de Derechos Humanos* en cuanto a los derechos inherentes a la persona humana, el proceso no puede afectar estos derechos por deficiencia probatoria o por no someterlo al proceso de valoración esa verdad que se descubrió con la actuación de los medios probatorios, el juzgador atentaría contra la dignidad de la persona.

La Constitución Política por su naturaleza esencialmente orientada al bienestar de la persona, está incorporada a un sistema de valores fundamentales que permite necesariamente la constitución de un orden de convivencia política.

La norma constitucional se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico, sin soslayar su aplicación directa en caso de contradicción con otras normas de inferior jerarquía por su carácter específico consistente en la *información* al resto del ordenamiento jurídico, carácter que se puede resumir en los siguientes términos:

a) La Constitución impone al legislador límites que impiden dictar normas que contravengan los derechos fundamentales.

b) Es un mandato al juez para que como norma fundamental, observe estrictamente la *Jerarquía normativa*, es decir que aplique la Constitución porque justamente se encuentra en el vértice de la pirámide normativa.

c) Es un elemento de integración o interpretación del ordenamiento Jurídico, por lo que se tiene que partir de la consecuencia de *principios constitucionales básicos*. La principal dificultad (*observada en todos nuestros países, en los que conviven normas preconstitucionales, con la propia Constitución*) reside en la posible derogación tácita de normas, porque se oponen a la propia Constitución, como la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico con arreglo a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ejemplo, la obligación de notificar la sentencia

al rebelde, o la exacerbación de los requisitos del emplazamiento para poder declarar la rebeldía y la subsidiariedad del denominado emplazamiento por edictos.

En primer lugar el juzgador está obligado aludir a la Constitución como fuente principal del Derecho por ser normas directamente aplicable por el juez y por el resto de órganos llamados eventualmente a aplicar el Derecho, significando su eficacia directa, derivada de lo dispuesto en el artículo 138° de la Constitución Política de 1993, expresando:

«Artículo 138°.- 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 otra norma de rango inferior»

La garantía constitucional es universal y todas las normas jurídicas se encuentran subordinadas a la Constitución, así como los Tratados Internacionales que tienen el carácter de normas constitucionales, y en cuanto a su interpretación y de haber contradicción de la norma constitucional y los tratados y Convenciones Internacionales sobre materia de derechos humanos, se aplicará las normas internacionales.

El resto de las normas están subordinadas a la Constitución no sólo formalmente, sino desde un punto de vista material, lo que significa que las otras fuentes del derecho no pueden contradecir, y de hacerlo serán interpretadas conforme a la constitución o simplemente expulsadas del ordenamiento por el órgano que tenga dicha función, no constituirán parte del ordenamiento jurídico, sino solamente las normas que material y formalmente se encuentran acordes con los presupuestos constitucionales.

*Tinetti*⁴⁹⁵ resumiendo la gran importancia del constitucionalismo salvadoreño afirma: «a) La Constitución es Derecho, no se trata de una Institución ideal o simbólica, sino de un documento jurídico y como tal vinculante, b) La Constitución tiene un valor normativo y directo, c) no solamente es una norma, sino la primera de las normas del ordenamiento jurídico salvadoreño, la Ley superior»

Ello no quiere decir que no existan normas en la Constitución que no tengan este valor de declaración de principios y normas de contenido puramente programático. Es decir, sobre todo en el catálogo de derechos y libertades fundamentales, las normas no están situadas en el ordenamiento como simples declaraciones de principios, sino más bien por el contrario, están situadas en él para precisamente servir de normas de garantía y de aplicación directa por los propios tribunales de Justicia.

Entrando más de lleno en la relación entre Constitución y Proceso civil empresarial, la cuestión reside en determinar que integra el derecho fundamental de acceso al proceso y los derechos que se han de respetar en el mismo, y cómo se aseguran estos derechos dentro del

⁴⁹⁵ TINETTI, ALFONSO, BERTRAND GALINDO, JOSÉ ALBINO; KURI DEMENDOZA, SILVIA LIZETT, ORELLANA, MARIA ELENA. Manual de Derecho Constitucional, Centro de investigación y capacitación, San Salvador, 1992., p. 148.

proceso, esto es cómo se respetan dentro de él las denominadas garantías procesales constitucionales.

La constitucionalidad garantiza el derecho al debido proceso, que en el Derecho Constitucional también se denomina «*derecho o garantía de audiencia*», pero como ha resaltado la totalidad de la doctrina, este derecho de audiencia es el mismo que con otras denominaciones se recoge en otros ordenamientos jurídicos, el derecho a la *tutela judicial efectiva sin indefensión*.

La prueba como hemos expuesto, tiene la categoría de *derecho fundamental*, carácter que induce a dos prominentes proyecciones:

a) El parámetro para el *control de constitucionalidad* de las normas, poniendo límite al legislador que no podrá dictar leyes que contravengan este derecho fundamental impidiendo de alguna forma el derecho a la prueba procesal de la población, es un límite al legislador prohibiendo dar o crear leyes que impidan a los ciudadanos la posibilidad de participar en condiciones de libertad en un proceso, para hacer valer sus derechos en conflicto materializando tres garantías: el respeto al *debido proceso*, exigiendo la obligación de *juicio previo* y la necesidad de que en el proceso se respete el *principio de no indefensión*, y el derecho al *uso de suficientes medios de prueba*.

b) La otra proyección es el *deber que corresponde a los tribunales respetar el derecho de los ciudadanos directamente ejecutable y aplicable por ellos mismos*. Esto es así, porque como han afirmado diversos Tribunales Constitucionales y Corte Suprema en caso que no hubiera Tribunal Constitucional, en general las Cartas Magnas tienen eficacia normativa. En conclusión, el *derecho al debido proceso*, el *derecho a la defensa*, incluye el *proceso axiológico de los medios probatorios* actuados, es un derecho aplicable a toda clase de procesos de innecesaria concreción legislativa, aunque está sujeto a formalidades establecidas en la ley procesal.

El hecho de que exista la norma procesal, se debe gracias al límite impuesto al legislador o por la cláusula de interpretación conforme a la Constitución, impone no solamente la necesidad de cumplir normalmente con sus mandatos, sino desde el lado negativo impone la absoluta necesidad de que la ley bajo *sanción de inconstitucionalidad*, respete el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, porque la ley se encuentra necesariamente vinculada a la Constitución.

7. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA

Según *Montero*,⁴⁹⁶ todas las pruebas tienen algo de procesal y de extra procesal, porque en todas ellas existe algo previo al proceso (*la fuente*) y algo que se realiza en el proceso (*el medio*), por lo que no puede existir medio de prueba sino exista previamente una fuente de prueba.

⁴⁹⁶ TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO; MONTIEL ARGUETA, LUIS RAMÓN y MENDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA. Derecho a la prueba como categoría jurídica, protegible en el proceso civil, San salvador, julio de

Para *Sentís Melendo*,⁴⁹⁷ distinguir entre fuente y medio de prueba importa encontrar la claridad necesaria para completar el estudio de la prueba, «*las fuentes de prueba sirven para acreditar que lo afirmado corresponde a la realidad, mientras que los medios se utilizan para hacerlas llegar al proceso*» Explicitando los conceptos de *Carnelutti*, quien sostiene que *medio de prueba* es la actividad mediante la cual se busca la verdad del hecho a probar, y *fuentes* prueba el hecho o la cosa de la cual es posible servirse para deducir esa verdad.

También *Sentís Melendo*⁴⁹⁸ afirma que «*la fuente es la parte de la realidad que constituye materia de percepción, es un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; el medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal, nacerá y se formará en el proceso*»

Está muy claro para lograr el objetivo buscado por los litigantes en un proceso, es decir, para poder llevar al Juez a la convicción de la verdad de los hechos aducidos, de los cuales depende en definitiva el derecho cuyo reconocimiento cada uno pretende, es imprescindible contar no sólo con un método jurídico que permita verificar las proposiciones de las partes (*medios*), sino también con al menos un elemento (*fuentes*) que luego de su incorporación al proceso suministre la *posibilidad cierta* de demostrar la realidad del hecho principal que se quiere probar. El *medio* como modo establecido por la ley tendiente a organizar la actividad probatoria de las partes en el proceso, permite incorporar la fuente, pero es claro que el hecho que debe probarse no se deduce de aquél sino de ésta, por ejemplo, si se trata de probar la existencia de un contrato y se ofrece como medio de prueba testigos, ello no significa que la realidad de la vinculación jurídica contractual se deduzca propiamente de este medio, sino en cambio de los hechos narrados en sus testimonios por las personas citadas a la existencia de ese acto jurídico.

Por su parte *Falcón*⁴⁹⁹ afirma, «*Efectivamente, en el universo cognoscitivo se producen constantemente modificaciones en los objetos, sean éstos reales o ideales, y estas modificaciones son atribuidas a fenómenos denominados hechos*» Pero como estos hechos impregnan los objetos de una manera que no siempre se nos aparece de modo evidente, y además en el proceso se requiere una cierta certeza en el conocimiento de los mismos, es necesario contar con algún *medio racional* que nos permita extraer los hechos a probar de tales objetos impregnados. Tal como afirma Enrique Falcón, los hechos que se han registrado en los objetos en sentido lato, ya sea en objetos físicos (incluyendo el cuerpo humano) o en la mente de las personas, por ese asentamiento constituyen las fuentes de prueba, es decir, los elementos primigenios de los que se puede valer

2003 Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, Escuela de Ciencias Jurídicas de la, Universidad Francisco Gavidia, luis.montiel@comedica.com.sv (5 de abril, 2006).

⁴⁹⁷ SENTIS MELENDO, SANTIAGO. Problemática actual del derecho procesal, Argentoma, Edit. Platense, p. 575.

⁴⁹⁸ SENTIS MELENDO, SANTIAGO. Fuentes y medios de prueba, en Rev. Argentina de Derecho procesal, Nº 2, pag. 40, cit. por HERMANN, JORGE THEODORO. La firma digital, analogía simbólica de una institución jurídica tradicional, Ponencia para el Simposio argentino de informática y derecho, tema: Documento electrónico y medios de identificación electrónica, www-theodoro@arnet.com.ar.

⁴⁹⁹ FALCÓN, ENRIQUE M. Gráfica procesal, timo II, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 54

la parte para extraer el conocimiento fáctico necesario a fin de crear una certeza tal que permita que los hechos alegados sean incluidos de modo natural y lógico en la norma jurídica adecuada.

Con lo expuesto hay que *distinguir* entre lo que existe en la realidad y *cómo introducir* en el proceso esta realidad para convencer al Juzgador de la certeza de las afirmaciones de cualquiera de las partes.

Es necesario resalta la fuente de la producción de la prueba como actividad procesal de ambas partes (*litigantes – juzgador*).

a. La **Fuente**, es un concepto extra jurídico, que es correspondido con una realidad anterior y extraña al proceso, mientras que *medio* es un concepto jurídico-procesal.

b. La **realidad** extra jurídica (*la fuente*) existe, independientemente que pueda o no existir posteriormente un proceso. Si el proceso no se inicia con la fuente no tendrá repercusiones procesales aunque pueda tenerlas materialmente, en cambio el *medio* se forma en el proceso y siempre tendrá efectos procesales.

c. Los **litigantes y sus abogados** investigan las fuentes de prueba *antes de iniciar el proceso* en una labor de investigación (*el accionante antes de interponer la demanda y el emplazado antes de contestar la demanda*) y *en el proceso* lo que se realiza es una *actividad de verificación* de esa previa investigación. Así mismo dentro del proceso el juez por entrar en el conocimiento del proceso, investiga las fuentes de prueba y *ex officio* ordena la actuación de medios probatorios.

d. Las **fuentes preexisten** al proceso sin excepción, mientras que en éste sólo se practican los medios probatorios, es decir, *sin proceso* no hay medios de prueba.

En consecuencia, la *fente* está vinculada a lo material, mientras que el *medio de prueba* es la actividad si seguimos la enumeración legal de los medios de prueba en el Proceso Civil Empresarial, seleccionando aquellas idóneas que conduzcan a la realidad, *excluyendo las presunciones* como ya hemos expuesto no son medios de prueba, sino un sistema de valoración. En la confesión la fuente es la persona litigante y el medio es el modo en que ésta declara, en la instrumental la fuente es el documento y el medio la forma como se incorpora al proceso y se establece su autenticidad, en la testimonial la fuente es el testigo y el medio la forma en que se incorpora este conocimiento de los hechos, en la pericial la fuente es la cosa, lugar o persona a reconocer y el medio el examen o el dictamen del perito, en la inspección la fuente es también el lugar o cosa que se examina y el medio la actividad por la que se constata dentro del proceso.

8. TEORIA DEL ONUS PROBANDI

El problema del *onus probandi*, viene desafiando a través de los tiempos las posiciones de los procesalistas. El *onus probandi* (*carga de la prueba*) expresión *latina* del principio *jurídico* que señala quién es el obligado a probar ante los *tribunales*.

El fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que «*lo normal se presume, lo anormal se prueba*» En consecuencia, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad debe probarlo (*affirmanti incumbit probatio: a quien afirma, incumbe la prueba*).

En la antigua Roma constituyó el centro de las preocupaciones de *Aulus Gellius*, orientado por su maestro el filósofo *Favorinus* apoyado en la enseñanza de *Catán*, en caso de duda probatoria a los romanos aplicaron el principio del *favor debitorum*, si las pruebas no convencen se debe decidir el hecho a favor del *litigante más pobre*, si ambos tienen igual reputación debe decidirse a favor del reo. En el *Derecho Romano* según el sistema formulario, el *praetor* en su fórmula no se limitaba a indicar al *judex* al *thema probandum*, también indicaba a quién competía el *onus probandi*.

En el período de las *extraordinarias cognitiones*, la regla prevaleciente era en el sentido de que la prueba de los hechos incumbe a quien de ellos funda una pretensión o contra pretensión.

*Wilson Sousa Campos Matalhana*⁵⁰⁰ citando a *Joao Monteiro* hace referencia a varias doctrinas recientes sobre la teoría de *onus probandi*, cita a *Unger*, para quien a ninguna de las partes se debía imponer el *onus probandi*, si habiendo igualdad entre ellos, vence aquél que mejor prueba hubiese producido, afirma que ese *onus* deberá incumbir al autor si fundase su intención sobre hecho propio, al reo (*demandado*) en el caso inverso.

Para *Bar y Laband* era el Juez y no la ley que debía cargar con el *onus* de la prueba, según *Bar*, el juez debe imponer ese *onus* a la parte que, *prima facie*, pareciere estar de lado de la razón, y según *Laband* a la parte que hubiera aducido hechos más decisivos. *Bethmann Holweg*, sostiene que la carga de la prueba debería incumbir al reo (*demandado*) y no al autor (*demandante*), por que según el *derecho germánico* el autor no demandaba por su derecho, si no por la evasión de la justicia venida del adversario.

Aparte de estas doctrinas importantes, se ha dado importancia en los últimos años el precepto de *onus probandi ei incumbit qui dicit* (la carga de la prueba pesa sobre quien afirma) aplicable no sólo al accionante, si no también al demandado (*reus in exceptione fit actor*). Esta posición sigue al primer principio al texto de *Paulus*⁵⁰¹: «*Ei incumbit probatio, qui dicit: non qui negat*»

Joao Monteiro acepta las reglas establecidas por *Lessona* y son las siguientes:

1° El *onus* de la prueba no es determinado por la cualidad del hecho a probarse, si no por la cualidad jurídica que tiene en el hecho aquél que lo invoca.

2° El autor debe probar el fundamento de su acción, y el reo (*emplazado*) el de su excepción probar su defensa.

*Neves y Castro*⁵⁰² afirman que la obligación de probar es obligación de aquél que alega el hecho, excepto si tuviera en su favor alguna *presunción* de derecho. El *onus probandi*, se sintetiza

⁵⁰⁰ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 489.

⁵⁰¹ PAULIUS. Digesto, Lib. XLV, tít. III de Probationibus, et praesumptionibus, frag. 2; cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 489.

⁵⁰² NEVES Y CASTRO. Teoría das provas, cit. por PONTES DE MIRANDA, op.cit. 1917, p. 36.

en el Principio de la «*carga de la prueba*» como afirma el profesor *Sebastiao Soares de Faria*,⁵⁰³ en base al derecho brasileño, el autor prueba sus alegaciones y el demandado su defensa, salvo que la ley determine la inversión del *onus probandi* o atribuir a una de las partes de modo diferente.

Los juristas procesalistas más modernos han resuelto el problema del *onus probandi*. *Chiovenda*⁵⁰⁴ sostiene que cualquier indagación sobre el problema debe partir de la distinción básica entre hechos constitutivos, extintivos o impeditivos y formula las definiciones:

- a) *Hechos constitutivos*, son los que dan vida a una voluntad concreta de la ley y a la expectativa de un bien por parte de alguien.
- b) *Hechos extintivos*, son los que hacen cesar una voluntad concreta de la ley y la consecuente expectativa de un bien.
- c) *Hechos impeditivos*, son los que carecen de una de las circunstancias que deben concurrir con los hechos constitutivos a fin de que estos produzcan los efectos que les son peculiares y normales.

El jurista italiano explica que los hechos constitutivos son aquellas circunstancias que tienen por función específica dar vida a determinados derechos y que normalmente producen ese efecto (*causas eficientes*), sin embargo para que produzcan ese efecto peculiar, deben concurrir estas condiciones cuya falta impide que el efecto de las primeras se produzca (*causas concurrentes*).

La distinción tiene su reflejo en la teoría de *onus probandi*, debiendo el autor probar los hechos constitutivos y al reo (*emplazado*) probar los hechos extintivos o impeditivos. Actualmente esta posición ha sido superada en la moderna *Teoría Procesal*, por la cual la obligación de la producción de la prueba no recae solamente en los litigantes, sino también al juzgador *de Officio*, posición doctrinaria que ha sido recogida primero por la jurisprudencia y finalmente por normas jurídicas procesales con la finalidad de llegar a la verdad objetiva, constituyendo el fundamento para la justa impartición de justicia.

El Profesor de la Universidad de Austral de Chile *Michele Taruffo*⁵⁰⁵ dice que el rol activo del tribunal y de las partes ha sido considerado mediante la distinción entre los modelos de litigación civil *adversarial e inquisitivo*. Mi opinión es que esa distinción es equivocada e inductiva a errores: por lo tanto, debiera ser dejada de lado.

La distinción es descriptivamente falsa, debido a que ya no existen *sistemas adversariales* (*sistema dispositivo y sistema inquisitivo*) «puros» de litigación civil empresarial, todos los

⁵⁰³ SOARES DE FARIA, SEBASTIAO. Principias teorías relativas ao onus probando, Brasil, 1936, p. 94.

⁵⁰⁴ CHIOVENDA, GIOSEPPE. Tomo II, Op. cit., p. 473.

⁵⁰⁵ TARUFFO, MICHELE. Investigación judicial y producción de prueba, en Revista de derecho, vol. XV, diciembre 2003, pp. 205 – 213, conferencia dictada en Beijing, China en noviembre del 2002, trad. del inglés por VARAS BRAUN, Juan Andrés, Profesor de la Universidad Austral de Chile; revider@auch.cl (4 de abril, 2006).

modernos sistemas procesales, incluyendo el inglés después de 1999 y el de Estados Unidos, Alemania, Francia, España, Italia y de China, proveen a los tribunales con un *rol de gestión* usualmente fuerte, investidos con poderes relevantes para recabar pruebas de su propia iniciativa.

Por otra parte, si *adversarial* significa que las partes tienen el derecho a incoar el caso a determinar el objeto de la litis y a desarrollar sus propias defensas presentando toda la prueba disponible, entonces todos los *sistemas modernos* son adversariales, a pesar de que usen diferentes medios técnicos para concretar los derechos procesales de las partes. Más aún, si *inquisitivo* significa, como el origen y la historia del término lo sugieren, un procedimiento en el cual todos los poderes están en manos del tribunal y las partes no tienen ninguna oportunidad de ser oídas, entonces ningún *sistema moderno de litigación civil empresarial* podría ser apropiadamente definido como inquisitivo.

La distinción es también equívoca a causa que muy frecuentemente se usa como arma ideológica en vez de considerarla como un medio de descripción. En otros términos, se usa con el ánimo de apoyar la creencia de que un *sistema adversarial* es bueno en sí mismo, porque se corresponde con la *ideología liberal* clásica de la sociedad y también con la *idea de justicia civil*, siendo una estructura basada en la *libre competencia* entre individuos particulares ante un juez *arbitral y pasivo*. En el sentido opuesto, cualquier *sistema inquisitivo* se presenta como intrínsecamente malo, en consecuencia, merecedor de rechazo porque le otorga al tribunal la posibilidad de interferir en el arreglo privado de las disputas, y conforme al sistema *controversial (dispositivo)* estos conflictos deben depender de la dinámica de la iniciativa individual y privada.

La *Teoría procesal civil empresarial moderna*, como necesidad *histórico-científica* ha instituido la intervención activa del órgano jurisdiccional en la producción de las pruebas, porque las sentencias tienen que guardar armonía con el interés general de la sociedad, y no solamente satisfacer el interés de la parte litigante, es decir la mayor potestad investida al tribunal o juzgador en la producción porque así lo exige la sociedad, incluso declarando inaplicables las normas jurídicas prohibitivas, es muy contraria a la *concepción de la Teoría procesal clásica*.

9. INVERSION DE LA PRUEBA

La realidad jurídica procesal, nos obliga a observar que el *principio de igualdad* de los litigantes no resulta absoluto, en nuestra realidad social universal de desigualdad cada vez más se manifiesta, porque es muy constante que los litigantes no están en condiciones iguales o por lo menos comparables desde el punto de vista cultural y económico, los recursos de una parte pueden ser limitados y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra.

En otros términos, puede haber una parte *débil (el trabajador, el consumidor, el pobre)*, que no está capacitada para realizar el ejercicio efectivo de sus derechos procesales, en particular su *derecho a la prueba*. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales puede impedir seriamente la producción de toda la *prueba relevante*, *imposibilitan* el descubrimiento de la *verdad* y en consecuencia la corrección de la decisión final.

El peligro concreto es que la *verdad* sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.

Teniendo en cuenta como Principio general el *onus probandi*, corresponde a los litigantes probar sus afirmaciones y contradictorios y cuando la producción de las pruebas aportadas por los litigantes no son suficientes, corresponde al juzgador la producción *ex officio*. Sin embargo existen supuestos en los que se produce una *inversión* en la carga de la prueba, es decir en los que la regla es contraria a la establecida con carácter general. La decisión tanto debida al legislador como a la jurisprudencia, puede producirse normalmente en tres supuestos:

- a) Cuando es más fácil para una parte que para la otra la obtención y la aportación de una determinada fuente de prueba.
- b) Cuando una parte está más próxima que otra a la fuente de prueba.
- c) Cuando se constata que existe una desigualdad material en la relación jurídica que subyace.

Estos últimos casos proliferan en los últimos tiempos en materias en las que están en juego la *protección* de los intereses de los *consumidores* y *usuarios*, pero es en el campo de la responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva es donde se observa una mayor tendencia a la inversión en materia probatoria.

Teniendo en cuenta que el resultado existe, será quien atribuya a éste una causa distinta y exculporia, deberá probar que el hecho no se produjo por negligencia.

10. REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La actividad probatoria corresponde a los litigantes y al juzgador la recolección de pruebas. Estas pruebas pueden ser muy diferentes dependiendo de una variedad de *factores* que merecen darles relevante consideración.

Para *Michelle Taruffo*,⁵⁰⁶ uno de esos factores es la existencia de diferentes suposiciones sistémicas concernientes a los propósitos y a la función del litigio civil. Simplificando fuertemente un rango de opiniones muy diversas, podríamos identificar *dos aproximaciones teóricas* principales. La *primera* se basa en la idea de que el propósito y la función del litigio civil empresarial es la *resolución* de disputas entre individuos privados. Eso significa que algunos sistemas legales y sociales no tienen un interés real en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial, supuesto que esas decisiones son efectivas para superar los conflictos. En este sentido un proceso puede ser correcto o incorrecto, justo o injusto, pero el propósito del litigio se consigue cuando las partes de cualquier modo ponen término a su conflicto. En esta perspectiva, la oportunidad de las partes de ser escuchadas es únicamente un medio para inducir las a aceptar la decisión final, lo que ésta diga. La así llamada "*teoría de la justicia*

⁵⁰⁶ TARUFFO, MICHELE. Op. cit.

procesal” dice que la justicia exclusivamente depende de la equidad en el procedimiento de la producción de los actos procesales, no importando la calidad y los contenidos de la decisión.

Desde que el propósito es poner fin al conflicto, los criterios con los cuales se determina la decisión del caso realmente no importan, el tribunal podría incluso realizar decisiones echando los dados, si ese fuera un método socialmente aceptado para resolver las disputas. En particular, en este contexto no importa si la decisión final se basa o no en una reconstrucción fidedigna de los hechos del caso. La verdad de los hechos del caso no se considera como un propósito del litigio civil empresarial, y por tanto el sistema procesal no debiera estar orientado a la búsqueda de la verdad, esta búsqueda puede ser una empresa compleja y ardua que no es realmente necesaria para los efectos de resolver una disputa. De hecho, podría incluso impedir un rápido y eficiente manejo de los conflictos individuales. No puede sorprender que el *principal valor* sobre el cual se basa esta perspectiva, es la *completa e irrestricta libertad* de las partes en el contexto de los procedimientos judiciales.

El otro enfoque parte de la suposición de que el principal propósito del litigio civil empresarial es resolver disputas por medio de decisiones que aplican correctamente las provisiones legales relevantes a los hechos del caso particular. Para la correcta aplicación de las normas, una reconstrucción fidedigna de los hechos a los cuales las normas deben ser aplicadas es una condición necesaria (*aunque no suficiente*), por la buena *razón* que ninguna regla legal puede ser correctamente aplicada a los hechos incorrectos. En otros términos, una *decisión justa* es el propósito final del litigio civil empresarial, pero una *ponderación fidedigna* de los hechos del caso es un requisito para una decisión justa, por lo tanto deviene en un *valor instrumental* pero esencial.

También en esta perspectiva, la solución de las disputas es la tarea de la *justicia civil empresarial*, pero no cualquier solución se acepta sólo porque permite superar el conflicto, solamente las *buenas* decisiones resultan admisibles. Una buena solución es una decisión verdadera que respeta la *ley que está en armonía con el sistema jurídico (juridicidad)*, una mala solución es una decisión incorrecta, basada en una pobre, incompleta o no confiable ponderación de los hechos y la aplicación de normas jurídicas anticonstitucionales.

El *factor ulterior* que debiera considerarse es la existencia de diferentes *supuestos epistemológicos* acerca de la verdad en general y de la verdad judicial en particular.

Existe una *opinión escéptica* bastante extendida acerca de la posibilidad de lograr una reconstrucción fidedigna de los hechos en un contexto judicial, sea sobre la base de un *escepticismo general y radical* acerca de cualquier posibilidad de un conocimiento fidedigno, o sobre la base de un *escepticismo más limitado y específico* acerca de la posibilidad de conseguir un conocimiento verdadero en el contexto del proceso. El *escepticismo radical* puede derivar de varias *premisas filosóficas*, como aquéllas que son características de la llamada filosofía postmoderna, el *escepticismo específico* es típico de abogados prácticos y usualmente justificados por referencia a los límites de la búsqueda de la verdad en los procedimientos judiciales. En ambos casos, la idea de una *verdad judicial* es considerada un sin sentido, o se concibe solamente en términos de una *verdad formal* que no tiene nada que ver con la realidad de los hechos.

La *suposición contraria* admite la posibilidad de alcanzar al menos una *verdad relativa* (*nadie piensa en una verdad absoluta*) acerca de los hechos materiales e históricos, un grado razonable de aproximación a la realidad de esos hechos. Tal posibilidad se admite en general sobre la base de *epistemologías* críticamente realistas que postulan y se puede alcanzar un conocimiento racional de los hechos si se emplean los medios adecuados. En *contextos judiciales*, esta posibilidad se admite considerando sin perjuicio de los límites intrínsecos en la investigación judicial y en la producción de la prueba, puede conseguirse una razonable aproximación a la realidad de los hechos en juicio sobre la base de una prueba adecuada, particularmente cuando los mecanismos procesales están orientados hacia la consecución de una reconstrucción fidedigna de esos hechos.

Estas *distinciones sistemáticas y epistemológicas* pueden cruzarse y combinarse con cada una de las otras de varias maneras. En realidad, los enfoques escépticos tienden a encuadrarse bien con la *teoría de la resolución de conflictos* del proceso civil empresarial, mientras que los enfoques orientados a la verdad tienden a calzar mejor con la "*teoría de la decisión justa*" Cualquiera sea la proporción, estos factores influyen en la concepción acerca de la naturaleza y función de la prueba, y consecuentemente también el *modo* cómo se definen los papeles del tribunal y de las partes en la producción de la prueba.

Actualmente dentro de la *Teoría de la prueba* se realiza una distinción general. Para un amplio sector de la doctrina la prueba puede entenderse como un *medio de conocimiento*, como un conjunto de información mediante el cual el tribunal conoce por inferencia los hechos del caso y realiza una reconstrucción fidedigna de esos hechos, por tanto parece apropiado hablar de una *función epistemológica* de la prueba, y de un *rol epistemológico* del tribunal en la búsqueda y consecución de la verdad. Un enfoque diverso concibe a la prueba meramente como un *medio de persuasión* utilizado por las partes a efectos de convencer al juzgador de que una versión de los hechos debe ser preferida a otra versión.

Partiendo del objetivo de la prueba es producir una creencia en la mente de los jueces, parece apropiado hablar de una *función retórica* de la prueba. En esta perspectiva, el papel del tribunal es el de un sujeto que es persuadido por otros sujetos (*los abogados*) para creer algo, no el de un sujeto que busca la verdad objetiva de algo.

Estas diferentes concepciones de la *naturaleza y rol de la prueba* están conectadas con las teorías de la justicia civil empresarial y de la verdad que concluimos de exponer, la *concepción epistemológica* es consistente con la *teoría de la decisión justa* y el enfoque orientado a la verdad, mientras que la *concepción persuasiva* se conecta con la *teoría de la resolución de disputas* y el enfoque escéptico.

En los sistemas del proceso civil empresarial que están enfocados a la resolución de disputas por medio de decisiones justas, la búsqueda de la verdad de los hechos del juicio adquiere un carácter esencial.

La iniciativa de las partes en la presentación de prueba es también muy importante en estos sistemas, pero no puede ser considerada suficiente para asegurar que se alcance efectivamente la verdad de los hechos. No hay duda de que las partes litigantes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance los efectos de cumplir con la carga de la prueba

que tienen en relación con los hechos que han sentado como bases de sus pretensiones y defensas. Sin perjuicio de ello, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes.

Por una parte, no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad, en realidad, practican un tipo muy diferente de juego de sumatoria cero con el objeto de ganar su caso a cualquier costo, y desde luego, si es necesario, al *costo* de la verdad. En contra de un sector de la doctrina, nada asegura que el choque libre de las actividades probatorias en competencia de las partes hará por sí solo que el tribunal encuentre la verdad. De hecho, nadie puede razonablemente suponer que la verdad se encuentre, por definición, *contenida* en las aseveraciones de las partes y que ella se verá develada únicamente en virtud de su afán competitivo. Más aún las partes pueden tener intereses *convergentes en no desarrollar* respecto de los hechos relevantes, un análisis completo o una prueba global, o incluso pueden tenerlo en ocultar algunos hechos de los ojos del tribunal.

Estas razones están en la base de una tendencia general existente en casi todos los sistemas procesales, en el sentido de proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal mucho más allá de la prueba presentada por las partes. En las últimas décadas del siglo pasado y en este siglo, como la *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español*, y la generalidad los sistemas procesales han adoptado la concepción de la **Teoría procesal moderna**, *habiéndose producido la inversión a lo particular la concepción clásica procesal que por siglos han controlado las codificaciones del sistema tradicional adversarial*, con un tribunal *pasivo* que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, cambiando por un *modelo moderno* en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de las pretensiones en discusión procesal. Consecuentemente, los *tribunales* son *investidos* con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.

La *función de los tribunales* se define en términos más amplios o más restringidos, de acuerdo a los distintos sistemas procesales. Cuando el valor de una decisión ajustada a la verdad de los hechos tiene una ponderación especialmente alta, las funciones del tribunal se definen con amplitud, y éste tiene una responsabilidad mayor en la colección de la prueba relevante y en el descubrimiento de la verdad. El ejemplo chino es especialmente significativo, en el que el tribunal tiene la tarea de investigar todos los hechos del caso y de recoger toda la prueba significativa (*Art. 116 del Código de Procedimiento Civil*). Pero no hay que perder de vista que otros sistemas jurídicos siguen la misma tendencia al menos hasta cierto punto, aunque la estructura general del juicio civil pueda ser diferente. Por ejemplo, de acuerdo al *Art. 10 del Código de Procedimiento Civil francés*, el tribunal tiene la facultad de ordenar de propia iniciativa todos los medios admisibles de prueba. En Italia, el tribunal tiene un poder semejante pero solamente en casos laborales (*Art. 421 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil*).

La gran influencia de la **Teoría procesal civil empresarial moderna** aceleradamente en estas últimas décadas en los sistemas procesales es prominente, y los sistemas jurídicos procesales conservadores han sido afectados también por la *moderna teoría procesal*, además de algunas menores introducciones normativas, es fuertemente influenciada por la jurisprudencia como históricamente ha sido desde sus inicios.

En los *modernos sistemas procesales*, el tribunal tiene la facultad de producir o de ordenar la presentación de prueba, pero tal facultad no está definida en términos generales y se refiere específicamente a algunas clases de pruebas. Por ejemplo, en *Alemania* el tribunal puede ordenar cualquier tipo de prueba, pero no puede llamar a testigos por propia iniciativa, como en Italia en los casos ordinarios el tribunal puede ordenar algunos medios probatorios (*como inspecciones y prueba pericial*), pero los demás sólo pueden ser presentados por las partes. Es interesante considerar que incluso en los Estados Unidos, en un sistema que no parece estar interesado en la búsqueda de la verdad, el tribunal tiene la facultad de llamar a testigos que no han sido llamados por las partes (Regla 614 (a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975), y de citar a testigos neutrales expertos (Regla 706) Pese que estas facultades son usadas muy infrecuentemente por los jueces de Estados Unidos, el hecho de que estén previstas a nivel federal es una característica muy interesante del sistema americano actual.

También en sistemas jurídicos en los cuales la ley no provee al tribunal poderes específicos para ordenar la captura de prueba por propia iniciativa, se logran resultados sustancialmente equivalentes proveyendo al tribunal con un fuerte rol ejecutivo. Un buen ejemplo está dado por las *Reglas de Procedimiento Civil inglés* vigentes desde 1999, de acuerdo a las cuales el tribunal tiene amplios poderes para darles a las partes instrucciones acerca de las materias de hecho y de la prueba que tiene que ser presentada al tribunal.

Por lo tanto, puede decirse sin perjuicio de las diferencias apuntadas, existe una tendencia general a otorgar a los tribunales facultades significativas dirigidas a la producción de toda la prueba significativa, y finalmente a la consecución de *decisiones verdaderas*. En algunos casos es particularmente claro que estas facultades se conceden con el objeto de respaldar a la parte que no es capaz de desarrollar por sí misma una adecuada producción de la prueba. Por ejemplo, el art. 146 del *Código de Procedimiento Civil francés* especifica que la facultad concedida al tribunal por el Art. 10, debe ser usada sólo cuando una parte no puede presentar ninguna prueba acerca de un hecho que ha alegado. Sin embargo, cuando esta función del tribunal no esté expresamente prevista, se entiende generalmente que el tribunal usará sus poderes autónomos cuando resulte que una de las partes o ambas, no presenten toda la prueba relevante.

En otros términos, se supone que el juzgador debe ayudar a las partes complementando su presentación insuficiente de pruebas. Entonces el *rol del tribunal* no es tomar el lugar de las partes en la producción de la prueba, ni menos impedir que las partes presenten *su prueba*. Si las partes son exitosas en el ofrecimiento de toda la prueba disponible, el tribunal puede no hacer uso en absoluto de sus poderes. Es sólo cuando la actividad de una de las partes litigantes o ambas, no resulta suficiente en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos que el tribunal debiera jugar su *rol activo* en la producción de la prueba.

*Michele Taruffo*⁵⁰⁷ concluye, si la búsqueda de la verdad se concibe como un propósito importante del litigio, la solución ideal debiera ser concretar al mismo tiempo los derechos de las partes y el rol activo del tribunal con una interconexión de *frenos y contrapesos*, que deben enfocarse a *maximizar* las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso.

⁵⁰⁷ TARUFFO, MICHELE. Op. cit.

Resulta interesante formular la interrogante: *¿Cómo las garantías de los litigantes y el rol activo del tribunal pueden maximizarse al mismo tiempo?* Está ilustrado por el Código de Procedimiento Civil Francés como se comentó anteriormente, el art. 10 provee al tribunal con una muy amplia facultad de ordenar de propia iniciativa cualquier medio probatorio admisible, pero no hay duda sin embargo, que los litigantes tienen la carga y el *irrestricto derecho* de presentar cualquier prueba relevante que esté disponible para ellos (arts. 9 y 11). Más aún, el art. 16 del código establece un modo específico para el ejercicio de las facultades del tribunal que en ningún caso debiera interferir con el derecho de las partes a contradecir a la otra, y no debe basar su decisión sobre argumentos y pruebas que las partes no han estado en posición de discutir, ni podría basarse en argumentos legales sin que las partes hayan sido previamente invitadas a presentar sus observaciones.

Esta previsión legal no implica ningún límite a las facultades del tribunal, sino que requiere que tales facultades se ejerzan con pleno respeto a los derechos procesales de las partes (litigantes, sus abogados y el juez).

Sin embargo de similar modo, un poder amplio de investigación por parte del juzgador podría ser contrapesado (*no limitado*) por la *plena oportunidad* de los litigantes para presentar toda su prueba para *discutir y contra argumentar* acerca de la *relevancia, admisibilidad y valor probatorio* de la prueba reunida por el tribunal por propia iniciativa, para presentar prueba contraria enfocada a destruir los hechos que pudieran ser probados por la prueba reunida por el tribunal. De esta manera, la investigación llevada a cabo de oficio por el juzgador podría ser adecuadamente combinada con una posibilidad plena para las partes de desarrollar sus propias defensas acerca de los hechos del caso a la vista del propósito global de conseguir la más completa y fidedigna reconstrucción de los hechos.

La historia de la teoría del *onus probandi* ha determinado que la producción de la prueba corresponde a quien afirma los hechos en sus pretensiones y no al emplazado que la niega, ha sido ampliamente superada como estamos viendo. *La teoría general* sobre las reglas de la carga probatoria, fuertemente influida por cada sistema legal en materia de valoración de la prueba, deja un margen que la jurisprudencia hace cada vez más amplio, para solucionar casos concretos y cada día existen más pronunciamientos sobre la flexibilidad en la aplicación de las reglas generales del *onus probandi*, que no son privativos de un país o de un determinado sistema jurídico, sino por el contrario están muy generalizadas.

La *concepción moderna de la flexibilidad* de las reglas del *onus probandi*, responden todos los movimientos doctrinales y jurisprudenciales que han tratado de buscar las excepciones a la regla general en las modernas relaciones jurídicas contractuales y sociales. No puede ser ajeno al juez el hecho constatado de que la mayor parte de las relaciones jurídicas, como por ejemplo en materia de créditos, o en las relaciones con organismos oficiales o en los contratos de servicios y los contratos modernos en general, *imponen* una mayor facilidad para una parte que para la otra en materia probatoria, sobre todo sobre en cuanto a los datos o documentos, o que los tribunales sean especialmente sensibles a las situaciones de riesgo en la actividad diaria.

La *doctrina clásica* ha tenido que acceder a la mayor parte de los Códigos modernos, considera que al actor ha de exigirse la carga de acreditar los hechos que constituyen su

pretensión, mientras que al demandado es exigible acreditar los hechos modificativos, extintivos excluyentes o impeditivos de la pretensión del demandante.

Teniendo en cuenta la exigencia de los nuevos fenómenos jurídicos, la doctrina anterior comenzó a matizar con *criterio de normalidad*, según el cual no se debe probar lo que es normal u obligado según la consecuencia jurídica del presupuesto de hecho, sino lo que es anormal, es decir aquello que no ocurre siempre, porque una cosa serían las condiciones generales de una relación que no requerirían probanza en la medida en que son consecuencias naturales de esa relación, y otras las condiciones específicas, es decir las propias y esenciales de la relación jurídica que sí requiere prueba a cargo de quien las alega.

Sin embargo ambas teorías, con la innegable utilidad que tienen en muchos supuestos, no pueden contemplar todos los que se plantean en la práctica, y por tanto han sido matizadas hasta llegar a una de nuestras primeras afirmaciones, no es posible reducir reglas generales a las normas sobre la carga de la prueba. Aunque sean válidas las reglas la de normalidad, seguirán existiendo supuestos específicos normalmente influidos por la *forma en que los hechos se han producido*, por la *teoría del riesgo*, por la *accesibilidad a los medios de prueba*, por la *mayor facilidad en la obtención*, por la constatación del *equilibrio real* de las partes antes del proceso y en el propio proceso, o por otras circunstancias especiales, requieran de una *cierta flexibilización* a la no inversión de la carga de la prueba.

La tesis que completada con las observaciones anteriores, que sigue siendo importante es la de *Guasp*⁵⁰⁸ quien sostiene que «cada parte ha de probar el supuesto de hecho previsto en la norma, puesto que el interés en probar deviene del interés en la alegación, de modo que cada litigante ha de soportar la carga de acreditar aquellas afirmaciones de hecho que constituyen el supuesto de hecho de la norma que le es favorable» Por su parte *Cortés Domínguez*⁵⁰⁹ considera que la norma española sobre la carga de la prueba es *lógica* interpretada en un sentido sistemático y constitucional.

El derecho material se compone de una serie de normas y contra normas que constituyen la base de las alegaciones de los justiciables, la prueba ha de recaer sobre los supuestos de hecho de estas *normas y contra normas*. La alegación y prueba del supuesto de hecho de la norma y de la contra norma, han de ser la base de las reglas de la carga de la prueba.

Si ambas tesis fueren ciertas, no dejan de presentar inconvenientes de orden práctico en la resolución diaria de los casos concretos, sin embargo se pueda afirmar en principio, quien debe acreditar que es cierto el supuesto de hecho del que el ordenamiento extrae una consecuencia jurídica, es quien alega también criterios de normalidad y facilidad son de mucha utilidad. No es posible mantenerse al margen de que en muchas ocasiones para acreditar el supuesto de hecho es preciso contar efectivamente con la posibilidad real de tener acceso a la fuente de prueba, incluso en el supuesto planteado por *Cortés* de extinción del derecho. Si en los ejemplos expuestos, el *documento*, el dato está solamente en poder de la parte que niega el supuesto de hecho, y quien lo afirma carece de la posibilidad real de aportar la fuente de prueba, no es posible sostener lo anterior o dicho de otro modo, ante el hecho incierto, el *Juez* no puede ser

⁵⁰⁸ GUASP, JAIME. Derecho Procesal Civil, tomo I, Tercera edición. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968.

⁵⁰⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. En op. cit, pagina 227.

indiferente a la *imposibilidad real* de probar lo que con la sencilla colaboración de la otra parte podría ser acreditado, el juzgador tiene que *requerir la exhibición* del documento o precisar el dato, el que puede ser una clave electrónica que permita el acceso al *registro electrónico*

Las consecuencias de la falta de acreditación del hecho razonablemente no pueden ser arrojadas a quien carece de tal posibilidad. De tal modo siendo cierto que cada parte ha de acreditar los hechos que normalmente sustentan su pretensión o su resistencia o como prefiere *Cortés*, los supuestos de hecho de las *normas y contra normas*, esta regla no puede ser elevada a categoría inimpugnabile cuando una de las partes tiene mejor o mas facilidad de acceso la fuente de la prueba, menos aún cuando obstruye la realización de la justicia. Esta afirmación esta relacionada con el derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*, a la *defensa* y a la *igualdad* en el proceso, en aquellos casos en los que la prueba de una afirmación de hecho deviene prácticamente imposible a una de las partes, como ha destacado el *Tribunal Constitucional español* y los tribunales ordinarios en diversas ejecutorias.

Los modernos *Códigos Procesal Civiles* determinan las *reglas legales generales* en materia de carga de la prueba. En realidad suponen la traslación de las viejas *máximas* romanas, al sostener en *primer lugar*, que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega y la obligación de producir pruebas corresponde al actor, si no probase el demandado será absuelto, pero si éste opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla, finalmente, el que niega no tiene la obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción.

En definitiva, se trata de reglas incompletas que siguen aludiendo a la prueba de las obligaciones y no contemplan ni los hechos modificativos, ni los excluyentes que no contemplan en absoluto los criterios de la *normalidad* y *flexibilidad*, en consecuencia, tienen que ser objeto de definición por los órganos judiciales aplicando los principios constitucionales en materia probatoria, singularmente los enunciados de *defensa*, *igualdad* de armas y *tutela jurisdiccional efectiva*.

11. EL HECHO COMO OBJETO DE PRUEBA

11.1. Definición de hecho

Si el objeto de la prueba son los *hechos*, es necesario prestar mayor atención a los acontecimientos que se resumen en el término *hechos*. En este sentido tenemos que partir de su definición.

El término hecho en su significación gramatical, se constituye en el modo *participio pasado* del verbo *hacer*. Desde el punto de vista *sustantivo* significa acción y obra, asunto o materia sobre el que se litiga, es decir es una idea de algo acontecido en el pasado.

Conforme a este criterio como dice *Echandia*,⁵¹⁰ los hechos son las conductas humanas, los hechos de la naturaleza, las cosas u objetos materiales, la persona humana su existencia y sus condiciones físicas o mentales, estados o hechos psíquicos o internos del hombre.

*Francesco Carnelutti*⁵¹¹ trata de hacer mayor distinción y formula diferencias entre los hechos *principales* de los hechos *secundarios*, encuadrando en la primera categoría los hechos *constitutivos* y *extintivos*, en la segunda categoría los hechos *impeditivos* y *modificativos*. Además de estas hipótesis concluye: «La clave del problema debería ser encontrada en el estudio de la relación entre la situación jurídica final: entre ambas puede existir, antes de todo, una relación de compatibilidad o de incompatibilidad; según estas dos hipótesis, el efecto jurídico del hecho se traduce en dejar que subsista o eliminar la situación inicial»

Por su parte *Couture*⁵¹² trata de ejemplificar:

«Hecho constitutivo	el mutuo
Hecho extintivo	el pago
Hecho invalidativo	ausencia de poderes o de mandato
Hecho convalidativo	la ratificación»

Se puede considerar innecesario las distinciones, porque todos los hechos jurídicos sobre el punto de vista que nos interesa, pueden encuadrarse en el *trinomio*: a) *constitutivos*, b) *extintivos*, c) *impeditivos*, incluyéndose los actos invalidativos en la categoría de los impeditivos y los hechos y actos convalidativos en la categoría de los constitutivos.

En cuanto a la *prueba de los hechos*, es evidente que se trata de una concepción muy amplia, sin embargo no es aún exorbitante respecto al contenido regular del término en análisis. En este orden la *persona humana* no es en si misma un hecho, lo son su existencia, su capacidad, su estado físico, etc. En lo que hace a *estados internos* de la mente habrá de estarse a su *exteriorización* reflejados en síntomas y comportamientos.

Tenemos que resaltar la cuestión planteada de los juicios emitidos sobre los *hechos* materia de prueba, partiendo de la *unidad inseparable* entre la situación *fáctica* y la *idea de juicio* que sobre ella tenga la persona que la percibió, pero como dice *Mario Alberto Fornaciari*⁵¹³ «aún cuando el hecho y la apreciación subjetiva no puedan separarse, siempre será aquél y no el juicio a su respecto el objeto de la prueba»

La *prueba de la ley extranjera*, requiere comprobar una serie de hechos tales como la existencia de la norma, su vigencia y aplicación temporal a la cuestión material en debate.

⁵¹⁰ ECHANDIA, DEVIS. Op. cit., 155 y 157.

⁵¹¹ CARNELUTTI, FRANCESCO. Teoría general del derecho; trad. POSADA, Carlos G., 1941, pp. 236 y 370.

⁵¹² COUTURE, EDUARDO J. Op. cit., P. 166.

⁵¹³ FORNACIARI, MARIO ALBERTO. Reflexiones acerca del objeto de la prueba en el proceso civil. El presente trabajo integra el capítulo de igual título y autor del libro "Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI", en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado Publicado por la Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI)

y su publicación en este medio ha sido debidamente autorizada

Asimismo los *usos y costumbres*, es decir conductas reiteradas en el tiempo como *conciencia social* y su obligatoriedad en cuanto se requiera su comprobación o en la medida que se requiere su prueba.

Referente a la *prueba de las máximas de experiencia* no son unánimes, afirmando que el objeto de prueba son normas a orientar el criterio del juzgador que a lo sumo pueden admitir una prueba contraria, como afirma *Couture*.⁵¹⁴

A manera de conclusión podemos afirmar que el término *hecho*, no se ha requerido de mayor esfuerzo para abarcar la mayor cantidad de situaciones de posibles planteamientos en los conflictos de intereses sometidos a los órganos jurisdiccionales.

11.2. Hechos de imposible producción

Como acabamos de conocer que la doctrina nos habla de hechos *pasados, presentes y futuros* como objeto de la prueba en el proceso. Sin embargo hay algunas situaciones de particular relevancia jurídica que no pueden incluirse en ninguna de esas posibilidades.

El claro ejemplo es la *acción de lucro cesante*, y *Alberto Fornaciari*⁵¹⁵ nos ilustra con un ejemplo muy práctico. Supongamos que un destacado deportista profesional sufre un serio accidente que interrumpe por un prolongado lapso el desarrollo de su actividad, el efecto económico estará dado por la pérdida de premios o mejoras contractuales. Similar condición puede encontrarse una afamada modelo o un simple vendedor remunerado por porcentajes o comisiones. En cualquiera de estos supuestos cabe reclamar *el lucro cesante*. Ahora bien, el reclamo en cualquier caso, estará dirigido al *resarcimiento de lo que debió percibirse y no lo fue en gracia al evento dañoso sufrido* por la víctima. La prueba debe versar sobre un hecho que no se produjo y nunca se ha de producir, estamos ante consecuencias de hechos que serán objeto de acción estimativa del juzgador.

*Augusto C. Belluscio*⁵¹⁶ dice que «debe señalarse que el lucro cesante, la ganancia esperada, como entidad en sí misma, no tiene existencia real ni la tendrá en el sentido de que no es un mero dato de hecho que se deja tomar o apreciar como un objeto corpóreo. En realidad, el lucro cesante debe considerarse, pura y exclusivamente, como una repercusión patrimonial de un determinado hecho»

El problema que surge es determinar si puede o no incluirse dentro de la definición de hecho formulada por la doctrina. *Mario Alberto Fornaciari*⁵¹⁷ resuelve este problema:

a) *En primer lugar* debemos observar que las situaciones descritas no corresponden a la idea de hecho como acontecimiento pasado, ya demostramos que los supuestos de *lucro cesante* son acontecimientos presuntivos que nunca aparecerán en el mundo real.

⁵¹⁴ COUTURE, EDUARDO J. Op. cit., p.22

⁵¹⁵ FORNACIARI, ALBERTO. Op. cit.

⁵¹⁶ BELLUSCIO, AUGUSTO C. Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, tomo 2, 1979, p.721.

⁵¹⁷ FORNACIARI, MARIO ALBERTO. Op. cit.

b) En *segundo lugar* y como corolario de lo dicho, es incorrecto ubicarlo como *hecho futuro*. Debemos recordar que la doctrina conceptualiza como objeto de la prueba los hechos pasados, presentes o futuros. En el caso que nos ocupa, ningún acontecimiento ha de producirse en tiempo por venir.

c) *Finalmente*, calificar nuestra particular situación como *hecho hipotético* no dice nada en sí misma a menos que la sometiéramos a una serie de precisiones, lo que intentaremos más adelante.

Si la mayoría doctrinaria sostienen que el objeto de la prueba son los hechos, como ya hemos visto en el caso del lucro cesante no existe el hecho, entonces el objeto de la prueba de *un no hecho*. Couture⁵¹⁸ muy acertadamente afirma que probar es demostrar de algún modo la *certeza de un hecho* o la *verdad de una afirmación*.

El jurista agrega que probar en el campo científico, es la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto. Concluye que en el ámbito procesal, la prueba es ambas cosas: un *método de averiguación* y un *método de comprobación*. La prueba penal es normalmente *averiguación, búsqueda* y la prueba civil es normalmente *comprobación, demostración, corroboración* de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio. Es así que la prueba civil se parece a la prueba matemática, una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.

Para mejor entender el problema, es necesario determinar la identificación de los términos *prueba* y *demostración*. La *teoría de la argumentación jurídica* precisa que la *prueba* responde a las reglas del método inductivo y la *demostración* responde a las reglas del método deductivo.

Jaime Nans Puigarnau⁵¹⁹ dice que la *demostración* comprende la *proposición* que debe ser demostrada, denominada *tesis*. Si la tesis es de índole *teórica* se llama teorema, si es *práctica* se denomina problema. La *proposición* a partir de la cual se desarrolla la demostración es el *fundamento*, predominando el *método deductivo*. En cambio en el ámbito de la prueba predomina el método inductivo y las *proposiciones* son fundamentalmente distintas. En la demostración su objeto está constituido por proposiciones abstractas, en la prueba por proposiciones fácticas que versan sobre realidades concretas.

En la prueba el método inductivo empleado es el que se denomina *inducción reconstructiva*, es el que pasa de un hecho a otro hecho, va de lo particular a lo particular. En este sentido señala Dellepiane⁵²⁰ «*Todas las ciencias reconstructivas recurren al mismo método para establecer las verdades que le conciernen; todas ellas tratan de ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas*»

⁵¹⁸ COUTURE, EDUARDO. Op. cit., p. 215 y ss.

⁵¹⁹ PUIGARNAU, JAIME MANS. *Lógica para Juristas*, Barcelona 1969, p.197 y ss.; MORRIS CAHEN y ERNEST NAGEL, *Introducción a la lógica y al método científico*, tomo II, 1990, p.181 y ss.; t.1, p.174.

⁵²⁰ DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, 1983, p. 23.

En consecuencia, la norma jurídica comprende un *tipo legal* y una *consecuencia jurídica* enlazadas por el *deber ser*. En la primera parte (*hipótesis o hecho específico legal*) se describe una conducta que puede constituir un supuesto jurídico o un hecho jurídico, el *primero* está generalmente constituido por tipos abstractos emergentes de la creación normativa que intenta abarcar todos los casos posibles, y el *segundo* por acontecimientos reales, es decir, las conductas a las que en definitiva se aplicarán las consecuencias jurídicas.

Estas son las proposiciones fácticas pertinentes a la prueba. Todo el sector normativo correspondiente al tipo legal o hipótesis es lo que se denomina *fattispecie o tatbestand*.

La *proposición fáctica* o supuesto de hecho, esa porción concreta de la realidad constituye el objeto de la prueba.

*Rosemberg*⁵²¹ afirma que *hecho* es todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial para concluir que es lo que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico. Esos presupuestos de la consecuencia jurídica contenida en la norma, son objeto de la prueba.

En conclusión, el problema se resuelve con la *caracterización del objeto de la prueba*, su condición de presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, la certidumbre proviene principalmente de la prueba que debe apuntar al presupuesto de hecho o proposición fáctica que guarda relación indisoluble con consecuencia jurídica específica.

11.3. Hechos que no requieren probanza

a) Hechos no controvertidos

Los hechos no controvertidos son aquellos reconocidos por ambas partes litigantes y los hechos afirmados por uno de los litigantes son reconocidos por el otro. Estos hechos no son los que no deben ser probados, sino que en un correcto entendimiento de las normas sobre el objeto y el tema de la prueba, está prohibida la valoración.

En cuanto a los primeros, la cuestión no tiene dificultad alguna; por ejemplo, si ambas partes admiten que la relación jurídica que les une es el contrato de compraventa, no hay razón alguna para probar si existe vicio o no en la manifestación de voluntad del vendedor. Esta prohibición no sólo afecta a la articulación del medio de prueba la pericial caligráfica, por ejemplo, en este caso, sino incluso también al contenido del medio probatorio, ésta es la razón por la que una pregunta a un testigo o una posición en la declaración testimonial no deberá admitirse, por ser inútil que el testigo conteste algo que ambas partes han admitido la celebración del acto jurídico sin vicio alguno que invalide el acto.

⁵²¹ ROSEMBERG, LEO, Tratado de derecho procesal civil", t.II, 1955, p.209 y ss.; STEIN, FRIEDRICH. El conocimiento privado del Juez, Bogotá 1988, p.14; Devis Echandía, op. y loc. cit. p.157.op. y loc. cit. p.209; acerca de la cuestión del pretendido silogismo judicial y la posición de los hechos en la premisa menor, ver: GHIRARDI, OLSEN A. Lecciones de Lógica del Derecho, 1982, p.111 y ss.

Pero dentro de los *hechos no controvertidos*, se producen diferentes *grados de dificultades* al momento de su apreciación por el juzgador, cuando tenga que llevar a cabo una labor de selección que depende si el supuesto del hecho no controvertido es más o menos claro, como la admisión expresa en el escrito de contestación a la demanda, en la reconvencción o en la resistencia a la misma no plantea problema alguno, es diferente la declaración judicial del litigante, la que no debe confundirse con la admisión de los hechos, y todas las posibilidades de admisión tácita de los hechos.

Cuando nos referirnos al reconocimiento de hechos que no se puede probar, tiene su fundamento en el acuerdo de los litigantes sin que el juez pueda realizar otra valoración más que la simple constatación que se trata del reconocimiento de ambas partes. Una de las modalidades es el reconocimiento íntegro de los hechos es el *allanamiento*, en consecuencia es innecesaria la producción de la prueba, porque el efecto legal es la existencia de la controversia, el reconocimiento íntegro de los hechos afirmados en la demanda, sino también la consecuencia jurídica del acto procesal de allanamiento.

Ahora nos encontramos con el problema del *reconocimiento tácito* de los *hechos verosímiles*.

Esto se produce al declararse la rebeldía del emplazado, el silencio o respuestas evasivas. En el primer supuesto de la rebeldía, cuando el demandado no contesta la demanda en el plazo de ley, o no comparece a la audiencia si tiene que contestar la demanda oralmente según el sistema procesal de algunos Estados. En estos casos es de aplicación del principio de la *presunción legal* teniendo por ciertos los hechos expuestos en la demanda, pero el juzgador necesariamente tiene que hacer una valoración de las pruebas ofrecidas por el accionante, si corrobora o no la conducta rebelde del emplazado para declarar fundada, infundada o improcedente la demanda.

La *evasión*, el *silencio* o las *respuestas evasivas* deberían dar lugar a la decisión del juez de tenerlos por reconocidas las pretensiones dejando al margen la posibilidad de ser probados. Esta posición no resulta actualmente aplicable en la moderna impartición de justicia, a pesar que la evasión o silencio aparentemente pareciera que afecta el principio de buena fe, pero también significa una de las formas de defensa, por lo que el juez de modo simple no puede considerarlos en su propia contra.

El C.P.C. peruano regula la declaración de parte (*prueba confesional*) y en el art. 218° ha previsto los supuestos de las respuestas evasivas o el silencio del declarante, prescribiendo:

«Art. 218°.- *Las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensable. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver, la conducta del obligado*»

La norma es flexible en función a una verdadera administración de justicia, no por ser imperativa al juez para que declare la aceptación de los hechos expuestos alegados por el otro litigante, sino que valorará esta conducta y puede concluir a favor o negativamente al interrogado.

b) Hecho incierto

La definición que antecede, sirve para introducirnos en la primera aproximación a la carga de la prueba y a las reglas que disciplinan. Si la prueba está concebida para llevar al juez tanto por el convencimiento psicológico, como por las reglas legales cuando existan la acreditación de la certeza de hechos afirmados por las partes, se hace preciso que todos los ordenamientos *regulen* una de las *posibilidades* que evidentemente pueden producirse tras la actividad probatoria en la que una afirmación de hecho no haya resultado probada, es decir que no existan elementos de prueba suficientes para dictar sentencia en uno u otro sentido. Como el juez no puede dejar de resolver la cuestión que se le ha planteado, es evidente que el ordenamiento hace ofrecer al juez una regla de juicio para determinar si ha de producir una sentencia absolutoria o condenatoria.

Ahora bien, cuando *no existe duda*, cuando no ha existido la más mínima actividad probatoria, en el sentido de actividad dirigida a acreditar la afirmación del hecho, el juez absuelve simplemente porque no existe comprobación histórica del hecho, es decir no se cuenta exclusivamente con una hipótesis no comprobada ni siquiera mínimamente, sino que el problema se plantea cuando existe esa mínima actividad, pero el *resultado es incierto*.

c) Hechos notorios

Para **Eugenio Florián**,⁵²² «Notorio es el hecho que lo conoce la mayor parte de un pueblo, de una clase, de una categoría, de un círculo de personas, y por ello, en nuestro caso, parece que es suficiente el concepto y que resulta inadecuada una definición, que tal vez nunca llegaría a reflejar en sus infinitos matices, casi incomprensibles, el complicado fenómeno de la psicología colectiva»

Chiovenda considera como notorios los hechos que por consenso humano general se refutan ciertos e indiscutibles, sea porque pertenecen a la historia, o a las leyes naturales, o a la ciencia, o las ocurrencias de la vida pública. Además también se habla de una notoriedad más restricta, esto es de los hechos ordinariamente conocidos en determinada circunstancia, de tal manera que cualquier persona allí residente esté en condiciones de dar noticias de ello. Dice el autor que en cualquiera de los casos, el juez puede tomar en consideración los hechos independientemente de la afirmación o de las pruebas que sobre estos hechos presenta la parte interesada, pero no es lícito que el juez utilice el conocimiento que tiene en razón de las *circunstancias personales*.

La *característica fundamental* de los hechos notorios es que no requieren de prueba, pero en la realidad está lleno de dificultades. Partiremos precisando la definición de *hecho notorio*. La *primera aproximación* a esta cuestión implica, que la innecesariedad de prueba del hecho notorio no debería afectar a la carga de su alegación. Consecuentemente sobre las partes sigue recayendo la carga de afirmar el hecho por más notorio que sea, aunque parte de la *doctrina* ha entendido que esta necesidad ha de afectar a los hechos esenciales de la pretensión o resistencia de las partes, y no a los aspectos secundarios. **Stein** sostiene que existe la notoriedad fuera del proceso «cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o son divulgados sin refutación con

⁵²² FLORIAN, EUGENIO. De las pruebas penales, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1976, tomo I, p. 136.

una generalidad, tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso en base a la práctica de la prueba»

Notorio significa lo públicamente conocido, en oposición a lo *judicialmente notorio* o del *conocimiento judicial* específico. Sobre estos hechos, desde tiempos antiguos ya se sostenía la inutilidad de la prueba en la medida en que su acreditación no requería desplegar actividad probatoria alguna (*notoria non egent probatione*). Aparentemente es muy clara, pero en la práctica no tan fácil como parece.

En *primer lugar*, porque es preciso *definir el ámbito de lo notorio*, el que puede ser algo en un círculo geográfico determinado, incluso siguiendo la definición puede ser absolutamente desconocido en otro muy próximo. Puede existir algo notorio para un determinado círculo de personas interesadas por este tipo de acontecimientos, sin embargo puede ser ignorado legítimamente por otro círculo próximo y de cultura parecida. No hay, hechos notorios absolutos ni tampoco es preciso que se trate de un *conocimiento universal*.

En *segundo lugar*, sobre todo la notoriedad de un hecho es algo que afecta a la convicción del juez a la hora de la determinación la prueba. El problema surge siempre que las partes tienen sobre sí la tarea de proponer los medios de prueba, porque si los hechos notorios son alegados por las partes, lo que éstas no pueden saber si el juez no solamente va a considerar que se trata de un hecho notorio y exento de prueba, sino previamente si para el juez el hecho es notorio, porque no siéndolo para aquel, la afirmación quedaría improbada.

Los litigantes con el juez determinan el objeto de la controversia, el C.P.C. peruano denomina *puntos controvertidos* y la admisión de los medios de prueba propuestos por los litigantes y el juzgador. La cuestión se complica o se simplifica más consecuentemente, lo prudente y obligado es no solamente alegar el hecho notorio, sino tratar de acreditarlo y dejar que sea el órgano Judicial quien determine si ante la notoriedad (*a veces por evidencia otras por estricta notoriedad*) de la afirmación, la articulación de prueba sobre ella es superflua y el hecho puede tenerse por acreditado con la expresa mención a la notoriedad. Caso especial es el de la denominada *notoriedad judicial*, puede ser notorio para el juez pero no para las partes ni para otros jueces que eventualmente por ejemplo, en segunda instancia tengan que conocer el asunto teóricamente.

La primera aproximación requiere descartar el conocimiento privado del juez, cuando el conocimiento de un hecho proviene de cualquier actividad extra profesional del juzgador. En definitiva, no solamente hay que pedir cautela a las partes para dar por supuesta la notoriedad de un hecho, sino que el juez deberá extremar la prudencia en admitir la notoriedad de un hecho para no admitir un medio de prueba, porque no solamente estará sujeto a posibles errores en su propia apreciación de la notoriedad, sino que podrá impedir a las partes que prueben tal error o la excepción a la notoriedad.

d) La prueba del derecho

El problema de la prueba del derecho, para el análisis se tiene que partir del principio *iura novit curia* por el cual obliga a los jueces aplicar el derecho vigente, pero este principio alcanza solamente al derecho nacional vigente, el juez no tiene la obligación de conocer el derecho

extranjero ni el derecho histórico, salvo en los casos de la *teoría de los hechos consumados o cumplidos*, según el cual los actos jurídicos consumados con la ley derogada siempre se aplicará esta ley, es decir, el principio de ultractividad de la vigencia de la ley, como dice **Francesco Messineo**,⁵²³ «el juez no puede aplicar la nueva norma a los hechos pasados (consumados)» Así mismo el juez no está obligado a conocer el *derecho estatutario no general*, sin que signifique que no conozca absolutamente

Existe una excepción a la no obligación del juez de conocer el derecho extranjero, cuando las normas nacionales se remiten a las normas de derecho extranjero para *la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho* determinado, entonces el juez está obligado a aplicar el derecho extranjero correspondiente. La *doctrina* ha sopesado entre la afirmación que la aplicación del derecho extranjero *es un tema de prueba*, y por lo tanto la carga procesal absoluta corresponde al litigante de la que el juez no puede ser ajeno al contenido de las normas, de modo que doctrinalmente se impone la necesidad que el órgano judicial con su propia intervención de oficio tiene la obligación de averiguar la *existencia, contenido y vigencia* de la norma extranjera.

La actividad procesal se limita a la *verificación* de la existencia de la norma para su aplicación. Esa es la razón por la que de un lado, la parte tiene la carga de acreditar la existencia, contenido y vigencia de la norma, y de otra parte el juez tiene la obligación de aplicar el derecho extranjero si lo conoce o averigua de oficio la existencia y vigencia de la norma jurídica extranjera aplicable al conflicto concreto alegado por uno o ambos justiciables.

Por su parte **Stein** afirma que el juez si bien no está obligado a conocer el derecho extranjero o la costumbre, pero está facultado para adoptar de oficio las medidas oportunas para adquirir su conocimiento.

Existe el *deber de investigación* del Juez correlativo al deber de las partes de apoyar la indagación del órgano judicial, al contrario en la prueba de las afirmaciones de hecho, las partes cumplen aquí una función más parecida a la de colaboradores del órgano judicial, a quien no le puede ser indiferente errar en la aplicación de otro ordenamiento jurídico que puede desconocer.

El *onus probandi* de la parte que invoca del derecho extranjero, no prohíbe que el juzgador si conoce el derecho extranjero pueda aplicar de oficio, porque no puede ser indiferente a la aplicación indebida de una norma alegada y probada por las partes, cuando personalmente le consta al juzgador al emitir la sentencia, que el derecho aplicable es otro.

Respecto del *modo de probar* la existencia y vigencia del derecho extranjero, la costumbre y la ley, a parte del conocimiento del juez, existen dos medios para su conocimiento:

1) El *primero* y principal, es la certificación auténtica del representante del país cuyo derecho ha de aplicarse.

⁵²³ MESSINEO, FRANCESCO. Op. cit., p. 91.

2) El segundo, el *dictamen pericial*, aunque necesariamente tiene que ser valorado no solamente la comprobación por otros medios, sino también el prestigio de los peritos. Este medio de prueba admitida en España por la doctrina y recogida por la jurisprudencia española.

Nos ocuparemos de la prueba de las *normas con carácter no generales* como la costumbre y el derecho estatutario, es decir que afectan a un grupo determinado de personas, por ejemplo, los estatutos de sociedades comerciales, fundaciones, asociaciones, comités, reglamentos de propiedad horizontal, reglamento interno de centro de trabajo, etc. La prueba de las *normas no generales*, dependerá de la posibilidad de su existencia de cada ordenamiento jurídico y de la forma de darles publicidad.

La costumbre en los casos que la Ley se remite a ella, suele acreditarse generalmente a través de la prueba pericial. En el supuesto de que dos personas depongan en el proceso para acreditar la *existencia, contenido y vigencia* de una *norma consuetudinaria*, por más que habitualmente se trate de personas simplemente prácticas, han de considerarse como peritos y no como testigos.

e) La prueba de las máximas de experiencia

Ahora bien respecto de las *máximas de experiencia*, tal como hemos definido, es evidente que resulta lógico diferenciar entre la prueba de las afirmaciones de hecho, en las que el conocimiento privado del juez está vedado de *máximas de experiencia*, en las que no ocurre lo mismo.

En la medida en que existen una multitud de supuestos, y en la actualidad las normas jurídicas incorporan cuestiones técnicas en su formulación, en la que la aplicabilidad de la consecuencia jurídica no depende exclusivamente de la apreciación y prueba de los hechos, sino que la apreciación, verificación y aplicabilidad de los mismos al caso concreto, requiere de la incorporación de elementos técnicos, científicos o prácticos incluso para comprender el supuesto de hecho, el juez no lo puede tener porque las *máximas de experiencia* han adquirido una relevancia indudable en el proceso civil empresarial. En estos casos hay que partir de la afirmación que la máxima de experiencia ha de ser probada, aunque no es necesaria cuando el juez la posee en virtud de sus propios conocimientos especializados.

Sin embargo, no siempre es preciso probar las *máximas de experiencia*, según *Cortés*,⁵²⁴ sucede cuando el juez es conocedor de los conceptos o de los *juicios de valor* contenidos en el supuesto de hecho de las normas, bien porque siendo tan generales están normalmente en el acervo cultural de la persona, o porque siendo especiales los conoce.

⁵²⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. En MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ Y GIMENO SENDRA Derecho Procesal Civil, Edit. Colex. 1996.

12. LAS PRESUNCIONES PROBATORIAS

12.1. Definición

Ugo Rocco define la *presunción* como la inducción de la existencia de un hecho ignorado partiendo de un hecho conocido. La presunción consiste, en el mero raciocinio o consecuencia de la no satisfacción de un encargo procesal, o aún de los criterios que orientan el *onus probandi* o de determinación legal.

La presunción genera el problema si constituye medio probatorio o no. Generalmente en la normatividad procesal civil empresarial son consideradas como medios de prueba, pero en la doctrina por unanimidad es considerada lo contrario.

Realmente, la *presunción* no es un medio de prueba, es simplemente la determinación de un sistema preciso de razonamiento mediante la valoración de los demás medios probatorios.

La *Corte Constitucional colombiana*⁵²⁵ en una ejecutoria de 1997 expone con claridad afirmando:

«La existencia de presunciones es asunto que toca de lleno con el aspecto probatorio de determinado supuesto de hecho. En efecto, en el caso de las presunciones simplemente legales y de derecho, al probarse los antecedentes o circunstancias conocidos, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción. Así pues, a quien favorece una presunción sólo corresponde demostrar estos antecedentes o circunstancias y la ley infiere de ellos la existencia del hecho presumido y del derecho subsiguiente, correspondiéndole a la parte que se opone demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se infirió, si la presunción es simplemente legal, o solamente la inexistencia de estos últimos, si la presunción es de derecho»

En conclusión, la presunción no es un medio de prueba es simplemente la determinación de un sistema preciso de razonamiento mediante la valoración de los demás medios probatorios. La presunción es el razonamiento que sobre la base de un hecho conocido se conoce otro desconocido (presumido). Así, sus elementos son: 1) Hecho investigado (desconocido); 2) Hecho indicador (conocido); 3) Razonamiento lógico crítico (juicio o inferencia); y, 4) Certeza del hecho investigado (conclusión).

12.2. Clases de presunciones

Los romanos distinguieron las *presunciones hominis* como inferencia del propio juez y las *presunciones iuris*, procedentes de normas o reglas jurídicas. Aquí encontramos de estas últimas presunciones *iuris tantum* y las *iuris et de iure* cuya definición antológica o conceptual admitiese o no la prueba en contra.

Se puede pueden distinguir tres clases de presunciones:

⁵²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 238 de 1997*, Colombia, 1997, www.procuraduria.gov.co (02 de noviembre del 2007).

a) *Presunciones iuris et de iure*, presunciones legales absolutas, que no admiten prueba contraria.

En la doctrina generalmente aceptada las presunciones son de *dos clases*: la *presunción legal* y la *presunción judicial*. La primera se divide en *presunción de derecho (iuris et de iuri)* y *presunción legal propiamente dicha* (presunción *juris*).

Conforme a la *presunción de derecho*, conocido un hecho establecido por la ley, se deduce necesariamente una consecuencia contra la cual no se admite prueba. Por este motivo, se afirma que en realidad no es una presunción, sino una norma jurídica como cualquier otra.

Las presunciones *iuris et de iuri* tienen su razón de ser en razones de política legislativa, y están relacionadas con la extrema dificultad de acreditar algún hecho material de las pretensiones o incertidumbres. En estos supuestos, probado el indicio denominado también hecho base, el propio ordenamiento jurídico extrae una consecuencia jurídica contra la cual no se puede admitir prueba en contrario. Es decir, estas presunciones constituyen simples preceptos jurídicos indelegables que imponen determinadas conclusiones irrefutables.

Joao Monteiro⁵²⁶ reconoce a las presunciones *juris et de jure*, como no verdaderas pruebas: «No, eso que el Reglamento llama *presunción legal absoluta*, y ejemplifica con la cosa juzgada, nunca fue prueba, sino la definición legal de una regla de derecho, o mejor en una frase de **Ramponi**, comprendiendo todos los posibles casos de tales presunciones *juris et de jure* – es en forma escogida por el legislador para crear un concepto jurídico» La *presunción juris et de jure* no es otra cosa sino un precepto legal indiscutible, no teniendo aspecto de medio probatorio.

b) *Presunciones legales condicionales*, hasta pueden ser admitidas prueba en contra. Las presunciones legales *no son otra cosa que hechos o situaciones que en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren las circunstancias previas o hechos antecedentes*. El C.C. colombiano en el art. 66 define:

« Art. 66.- Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

“Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la misma ley rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias (...)»

Las *presunciones legales* a diferencia de las *presunciones de derecho*, tienen la característica que admiten prueba en contrario y sus efectos se remiten al ámbito probatorio, especialmente a la

⁵²⁶ MONTEIRO, JOAO Cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, en op. cit., p.525.

carga de la prueba. Las presunciones por estar determinadas previamente por el legislador traen como consecuencia que se libera de la carga de la prueba a quién la alega se debe entender que por la ocurrencia de los hechos y circunstancias previstos en la ley, se produce el hecho o la situación presumida, aunque es lógico que en algunas oportunidades sea necesario demostrar que los hechos o circunstancias previas que dan origen a la presunción, si se sucedieron.

La existencia de presunciones es asunto que toca de lleno con el aspecto probatorio de determinado supuesto de hecho. En efecto, en el caso de las presunciones simplemente legales y de derecho, al probarse los antecedentes o circunstancias conocidos, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción. Así pues, a quien favorece una presunción sólo corresponde demostrar estos antecedentes o circunstancias y la ley infiere de ellos la existencia del hecho presumido y del derecho subsiguiente, correspondiéndole a la parte que se opone demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se infirió, si la presunción es simplemente legal, o solamente la inexistencia de estos últimos, si la presunción es de derecho.

Además las presunciones legales tienen que estar dentro del marco de la constitucionalidad, de ninguna manera puede afectar los derechos inherentes a las personas, como también a los derechos fundamentales del debido proceso y el debido proceso. Las presunciones legales son de carácter *probatorio* y *procesal* que se refleja en la inversión de la carga de la prueba, pero que de ninguna manera atenta contra el derecho de defensa, porque le permite al interesado interponer la prueba en contrario, en consecuencia no se puede afirmar que las presunciones legales atenten contra el debido proceso. La *Corte Constitucional colombiana*⁵²⁷ también se ha pronunciado en este sentido:

«Como lo ha aceptado esta Corporación, la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso. En efecto, nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales. En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones»

Las *presunciones juris* denominadas también *presunción legal propiamente dicha*, provienen de determinaciones legales, porque la ley establece que dándose un hecho determinado sigue una conclusión, la cual puede invalidarse con prueba en contrario.

Las *presunciones legales* constituyen preceptos pertinentes al *onus probandi*, o inversiones de esos *onus probandi* en determinadas circunstancias. Por ejemplo, el incumplimiento de mandatos procesales, como la negativa a exhibir documentos admitidos como prueba.

c) Las *presunciones judiciales*, en este caso la conclusión no se deduce por el ordenamiento jurídico, sino que es el propio órgano judicial el que valora la relación existente entre el hecho acreditado y el que se trata de acreditar mediante la constatación de un nexo lógico directo y en

⁵²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-388 del 2000*, Colombia, 2000.

forma precisa con la conclusión. La mejor definición de este *sistema de valoración* es la prueba de *indicios* que se utilizaba generalizadamente en el proceso penal y actualmente se ha introducido en la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, estas presunciones es evidente que no son medios de prueba, son sistemas de valoración de la prueba.

Mónica Henar Pérez Castaño⁵²⁸ cita a la jurisprudencia doctrinal (Rj 1998/9632) sentada por la Sala Civil española: «Toda presunción judicial exige tres requisitos esenciales, como son: a) Una premisa esencial para el hecho demostrado, b) Una consecuencia que se presume, como es el hecho que se trata de deducir, c) El nexo entre ambos elementos con arreglo a las reglas del criterio humano»

d) Las *presunciones hominis vel judicis*, son libres racionios que el juez extrae de las *máximas* de experiencia que conducen a inducir de los hechos conocidos, ilaciones relativas a hechos desconocidos. Estas son presunciones comunes no establecidas por la ley, fundadas sobre aquello que ordinariamente acontece.

e) Las *presunciones hominis factivel judicis*, tienen la máxima importancia en las hipótesis de dolo, fraude, simulación, y en general, en los actos de mala fe.

13. PRUEBA ILEGAL

El derecho a la prueba, aún cuando constitucionalmente se haya asegurado por estar inserto en las garantías de la acción, la defensa y el contradictorio, *no es absoluto*, reconociendo sus limitaciones.

El fundamento de las limitaciones, conforme a la *moderna teoría constitucional y los derechos humanos* no pueden ser entendidos en sentido absoluto, a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo, acentuaron la *transformación* de los derechos individuales en derechos humanos inscritos en la sociedad. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que la justifican en el Estado social de derecho, tanto los derechos como sus limitaciones.

La terminología que se viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia es bastante uniforme. **Manuel Miranda Estrampes**⁵²⁹ dice que es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de *prueba prohibida* o *prohibiciones probatorias*, *prueba ilegal* o *ilegalmente obtenida*, *prueba ilícita* o *ilícitamente obtenida*, *prueba ilegítimamente obtenida*, *prueba inconstitucional*, *prueba nula*, *prueba viciada*, *prueba irregular*, o incluso el de *prueba clandestina*.

⁵²⁸ PÉREZ CASTAÑO, MÓNICA HENAR. La carga de la prueba en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, www.juridicas.com/areas_virtual

⁵²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, JM Bosch Editor, España, 2004, Editorial vlex 2006, www.premiunvlex.com (5 de abril, 2006).

Hay que destacar que en algunas ocasiones estas diferencias terminológicas implican también verdaderas divergencias conceptuales. En nuestra doctrina, *Gimeno Sendra* distingue entre la *prueba ilícita* y la *prueba prohibida*. Para este autor mientras la primera es la que infringe cualquier ley, no sólo la fundamental (*constitucional*) sino también la legislación ordinaria. La *prueba prohibida* es la que surge con violación de las normas constitucionales tutelares de los derechos fundamentales. *Picó Junoy* tiene una opinión distinta, para quien el término *prueba ilícita* y *prueba prohibida* no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, es decir la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.

En el presente trabajo preferimos la utilización del término *prueba ilícita*, no sólo por ser el de mayor aceptación en la actualidad, sino principalmente por ser el más adecuado para delimitar su definición.

La *ilicitud de la prueba* es un límite extrínseco del derecho constitucional a la prueba, entonces es un derecho de configuración legal, motivo por el cual el legislador puede regular su ejercicio como estime más oportuno.

Prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental, o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia, como puede comprobarse, la concepción de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales.

Tradicionalmente la mayoría de nuestra doctrina se pronunciaba en favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. Para la doctrina estas pruebas no estaban afectas de nulidad y podían ser utilizadas por el órgano jurisdiccional para formar su convencimiento sobre los hechos. Al margen de otro tipo de consideraciones, el argumento decisivo que se esgrime en defensa de su validez reside en la proclamación de la *verdad material* como fin del proceso civil empresarial, en contraposición con la denominada *verdad formal* característica del proceso civil clásico. Todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material debía ser valorado por el juez para formar su convicción. Resulta irrelevante a los efectos de su apreciación el modo de obtención de las pruebas, sin perjuicio de las eventuales sanciones (*disciplinarias, civiles o penales*) que pudieran imponerse a quienes hubieran obtenido dichas pruebas vulnerando normas jurídicas.

La *ilicitud de la adquisición de la prueba* mayormente se produce en el proceso penal, pero también se producen en *proceso civil empresarial* con la vulneración de derechos fundamentales en la adquisición e incorporación de fuentes de prueba. Cuando nos referimos a la prueba ilícita en el proceso civil, estamos refiriéndonos a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y dejando a un lado otras cuestiones como las terminológicas, las denominadas prohibiciones probatorias, o pruebas ilegítimas o irregulares. En este sentido nos referimos a la prueba obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.

El *Tribunal Constitucional español* en la *sentencia 114/1984 de 29 de noviembre de 1984*, sostiene que aunque se careciera de una norma específica en el ordenamiento, la interdicción procesal de usar pruebas ilícitamente obtenidas era consecuencia necesaria de la *posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables*,

reconociendo que esta ilicitud podía producirse tanto en la adquisición de la fuente de prueba, como durante su práctica, incluso por afectar el derecho al proceso con todas las garantías en la fase de valoración por parte del juez, se impugnaba la licitud constitucional de una prueba consistente en una determinada grabación subrepticia en el centro de trabajo, En el *proceso civil empresarial moderno*, en la generalidad de Códigos procesal civiles tienen cierta regulación, y en los casos que no existiera norma jurídica, esta inexistencia no impide que el juzgador tenga que *expulsar o rechazar* esta prueba ilícita.

En el C.P.C. Peruano vigente está prescrito por el art. 199º, expresando:

«Art. 199º.- Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno»

El presupuesto de la garantía del *principio de legalidad de la prueba* y el rechazo de la ilicitud probatoria, está sustentado en que los derechos fundamentales ocupan una posición superior en el ordenamiento jurídico con especiales garantías como derecho a la vida, la integridad física, la moral, al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, no es necesario la preexistencia de precepto específicamente dirigido a prohibir utilizar las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales, el juez podrá impedir su introducción en el proceso, si en ese momento ya tiene constancia de ilicitud, o desechar su valoración en la sentencia.

14. TEORÍA DE LAS PRUEBAS EMPRESTADAS

Consiste en el aprovechamiento en un proceso de la prueba producida en otro proceso, el problema está en saber en qué hipótesis. La verdad producida por las pruebas *es una y siempre la misma* en todos los tiempos y lugares, por tanto si ella fue producida en primera instancia, continúa su valor en las instancias superiores.

*Alfonso Fraga*⁵³⁰ hace importante estudio de las pruebas emprestadas con posiciones negativas, recordando a los precursores antiguos *Cujacio, Huberus y De Luca*, y entre los menos antiguos defendida por *Pigeou, Carré, Merlin y Toullier* dieron la solución negativa preconizada entre los antiguos y opositores *Voet, Pothier, Ricci, Lomonaco y Lessono*.

El autor citado dice que «la solución verdadera, que debe ser acogida por la jurisprudencia, es la que propone para la adopción de la prueba en la nueva instancia, cualquiera sea su especie, una vez que la relación jurídica controvertida sea idéntica y el nuevo pleito fuera entre las mismas partes, entre sus sucesiones legítimas»⁵³¹

El maestro *Gabriel de Rezende Filho*⁵³² resaltó que «la doctrina y jurisprudencia están, generalmente, de acuerdo en que las pruebas causales pueden ser transportadas con eficacia, de una para

⁵³⁰ FRAGA, ALFONSO. Instituciones del derecho procesal, tomo II, p. 369 y sgts.

⁵³¹ IBIDEM. Op. cit. por BATALHA, Wilson de Sousa Camps, op.cit., p. 530.

⁵³² FILHO, Gabriel de Rezende, op. cit. tomo II, p. 222.

otra acción, cuando ocurran las siguientes condiciones: **a) identidad de partes** o sucesiones en ambas acciones; **b) identidad de hechos** en las dos acciones; **c) observancia rigurosa de las formalidades legales en la producción»**

Gusmao⁵³³ dedicó estudio especial antes que los procesalistas brasileños y formula dos hipótesis: **1)** la de una prueba producida en proceso civil que se pretenda ofrecer en otro proceso civil, **2)** la de una prueba de un proceso penal que se quiera transportar a un proceso civil y viceversa.

En cuanto a la *primera hipótesis*, la doctrina sostiene que debe ser admitida con su vigor y eficacia observando los siguientes requisitos:

- a) Que la prueba haya sido en causa debatida entre las mismas partes o sus sucesores legales, o entre partes diversas, en el caso de identidad absoluta de la relación de derecho controvertida.
- b) Que el hecho controvertido en el proceso subsecuente sea idéntico.
- c) Que en la producción de la prueba, hayan sido observadas las formalidades legales.

En la *segunda hipótesis*, la prueba producida en el proceso penal como regla general, su valor originario es admisible en el proceso civil empresarial, siempre que sean las mismas partes y recíprocamente mantengan esta relación material y procesal, sin interesar la situación que hayan mantenido en el proceso penal (*si en el proceso penal fue reo, en el proceso civil empresarial puede accionante y el agravio que fue en el proceso penal, es ahora demandado*).

Las pruebas emprestadas están sometidas al criterio de evaluación del juzgador, pudiendo formarse su propio criterio libremente, salvo el caso de sentencia con categoría de cosa juzgada y las que son intangibles.

15. POSIBILIDADES DE PRUEBA DE LOS HECHOS

Concluida la etapa probatoria con la producción de la prueba, el proceso queda expedito para su decisión, procediendo el juzgador a emitir sentencia. En este periodo resolutorio el juez, generalmente se encuentra con las siguientes posibilidades en relación con la contrastación de hipótesis formuladas por los litigantes:

a) El hecho afirmado por ambos litigantes contrapuestos o por uno de ellos, ha sido expresamente reconocido por la otra o teniendo la carga de negarlo, su silencio puede ser interpretado como admisión tácita. En consecuencia, la afirmación de hecho es cierto con efectos positivos en la resolución judicial.

b) El hecho *afirmado* por una de las partes y *negado* o *desconocido* por la otra, ha sido objeto de la actividad probatoria de acuerdo con las reglas que disciplinan la prueba en su

⁵³³ GUSMAO. Op. cit., tomo II, p. 90.

ordenamiento, ha acreditado la certeza el mismo juez dentro del proceso, en consecuencia el hecho se tendrá por cierto.

c) El *hecho controvertido* no existió, es decir, también se ha acreditado en el proceso que uno de los hechos afirmados por uno de los litigantes *es falso*. El juez dará por inexistente el hecho, y no se producirá la consecuencia jurídica propuesta en las pretensiones o contradictorios.

d) El hecho *afirmado* por una de las partes y *negado* por la otra, puede haber existido pero no ha sido acreditado ni por la parte a quien incumbe su prueba ni por la contraparte. En definitiva no se ha llegado a una certeza sobre el mismo, ni positiva ni negativa a pesar de la producción de pruebas de oficio, el juez declarará improcedente la demanda o la reconvencción o ambas acciones según el caso, pero no afecta el derecho de volver a promover la acción judicial si obtiene nueva prueba en su investigación preliminar a la demanda.

Consideramos muy importante detenernos en el análisis en la apreciación de *hechos inciertos* expuesto en el apartado que precede. En este caso se produce el efecto antes mencionado de las reglas legales para la apreciación del hecho incierto, es decir, el juez buscará la norma en el ordenamiento que regula *cómo* proceder en este caso y sin dejar de resolver la cuestión porque no está permitido, debiendo el juez dictar sentencia estimando o desestimando la pretensión.

En definitiva, se trata de que el ordenamiento jurídico indique al juez *qué debe hacer en los supuestos en los que exista un hecho incierto*, porque cuando el hecho está acreditado es evidente la posible reacción del juez.

La *teoría de la carga de la prueba* en los *hechos inciertos*, es más bien la *teoría de las consecuencias de la falta de prueba*, como es obvio, inciden también en determinar a las partes (litigantes y juez) cuáles serán las consecuencias de su inactividad probatoria a la hora de determinar las reglas sobre carga de la prueba, las que resumimos en dos:

a) Al juez le sirven para que en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probado, decida quienes de los litigantes han de sufrir las consecuencias de la falta de prueba.

b) A los litigantes se les avisa *cuáles* serán las consecuencias de una de las afirmaciones de hecho determinantes para su pretensión no resulte acreditada, con consecuencias negativas o positivas para cada una de ellas, entrando en juego la demostración de un hecho incierto.

Finalmente aunque sean válidas las reglas, como la clásica o la de *normalidad*, seguirán existiendo supuestos específicos normalmente influidos por la forma en que los hechos se han producido por la *teoría del riesgo*, por la *accesibilidad* a los medios de prueba, por la mayor *facilidad* en la obtención de pruebas, por la *constatación* del *equilibrio real* de las partes antes del proceso y en el propio proceso o por otras circunstancias especiales requieran de una cierta flexibilización a la inversión de la carga de la prueba.

16. LA PRUEBA INDICIARIA

16.1. Definición

Lograr el entendimiento de la prueba indiciaria no es fácil, para alcanzar este objetivo es necesario partir de la *etimología*. La expresión *indicio* tiene su origen en el vocablo latino *indicium* del verbo *induco*, compuesto de la proposición *in*, y del verbo *duco*, *ducere*, que significa *conducirla, llevarla*. **Jorge Rosas Yataco**⁵³⁴ dice que algunos autores afirman que la palabra *indicio* proviene de *indicare*, que significa *indicar, descubrir, dar a entender, revelar*. **Mittermaier, Jiménez de Asenjo y Brito Alves**, entienden que el origen se une al término *index*, que expresaba el dedo indicador, el objetivo o el hecho que se indica. Según **Mommsen**, la expresión *indicium* equivalía entre los romanos, más propiamente a la *denuncia*.

En la evolución histórica hubo una época que se desconocía la importancia de la prueba indiciaria y se la consideraba como un atributo *semi divino*, como la más grande expresión de la sabiduría (*juicio salomónico*). Relegada a un simple papel secundario, se le colocaba al nivel de las pruebas naturales imperfectas, como la declaración de un testigo, la confesión extrajudicial, etc. Desde entonces hasta nuestros días, la prueba indiciaria ha recorrido un largo trayecto durante el cual su importancia ha ido creciendo cada vez más en la doctrina y en la legislación.

Jorge Rosas Yataco⁵³⁵ continúa diciendo que el papel de la prueba indiciaria tiende a convertirse cada vez más importante en razón de los descubrimientos científicos, el que tiene su fundamento en doble motivo: no solo por el mayor crédito conferido a los indicios, sino por la desconfianza que comienzan a inspirar las pruebas antes estimadas en alto grado como la testimonial y la literal.

Los progresos realizados por la ciencia, han desarrollado el viejo *arsenal* de los indicios, haciendo conocer otros nuevos y antes jamás imaginados como los dactilogramas, caracterización de las manchas de sangre humana, el registro electrónico, la prueba de la ADN, y muy pronto se incorporará el mapa genético, etc., dándonos un conocimiento más completo de las leyes psicológicas y naturales, como consecuencia han elevado a la prueba indiciaria en la escala de las pruebas, presintiéndose que se convertirá en la *prueba por excelencia*, en la más importante de las pruebas (*probatio probatissima: la reina de las pruebas*) como se ha dicho de la confesión en los siglos pasados.

Teniendo en cuenta lo expuesto, nos remitimos a los términos de *indicio* y *prueba*. Por *prueba indiciaria* se debe entender aquella que se dirige a demostrar la certeza de ciertos hechos (*indicios*) que no son constitutivos de los puntos controvertidos materia de probanza, a través de la lógica y de las máximas de experiencia pueden inferirse los hechos objeto de la prueba, y la motivación tiene que ser en función de un *nexo causal* y coherente entre los hechos probados como indicios y el que se trate de probar.

⁵³⁴ ROSAS YATACO, JORGE. Prueba indiciaria: Doctrina y jurisprudencia nacional, en Anuario de derecho penal 2004, pp. 289 y 290.

⁵³⁵ IBIDEM. Op. cit., p. 290.

El *indicio* es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho conocido, es decir más exactamente debidamente comprobado susceptible de llevarnos al conocimiento de otro hecho desconocido por medio de la inferencia. El *indicio es fuente* de prueba, pero por sí solo no constituye prueba, porque primeramente tiene que someterse a un *proceso de raciocinio inferencial* que permita llegar a una conclusión verdadera de la existencia de otros hechos materia de la prueba.

La *prueba indiciaria*, también conocida como *prueba indirecta*, es aquella que se dirige a demostrar la certeza de uno o varios hechos indiciarios a través del razonamiento basado en un vínculo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, los que deben estar relacionados directamente con los hechos alegados por los litigantes objeto de la actividad probatoria. Los hechos deben ser *coherentes* y *concomitantes* que descarten los *contraindicios*.

El *hecho conocido* con base en el cual se afirma la presunción de la existencia del hecho desconocido tiene que ser probado, como así afirma *Gorphe Francois*,⁵³⁶ los hechos que sirven de base para la ilación judicial, deben ser necesariamente probados, para luego constituirse en prueba indiciaria.

17. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS

La *Teoría de la prueba* en cuanto a la clasificación, no es unánime, existiendo varias clasificaciones según los criterios para su determinación. Para algunos se clasifican por su *naturaleza*, por la relevancia de llevar al convencimiento del juez, por el valor probatorio, etc. *Devis Echandia*⁵³⁷ clasifica a las pruebas por el *objeto*, la *forma*, la *estructura* o *naturaleza*, por su *función*, la *finalidad*, el *resultado*, el *origen*, por *oportunidad de su producción*, por la *utilidad* y por las *relaciones* con otras pruebas.

Otros autores no están conformes en estos criterios de clasificación de las pruebas, porque exigen la actividad lógica del juzgador, por lo que sostienen que todas las pruebas son indirectas, y en consecuencia constituyen indicios. Para estos juristas no existen las pruebas directas sino solamente indirectas, pero esta clasificación general en directas e indirectas, es inobjetable, porque existen en la realidad concreta pruebas que demuestran de manera directa e inmediata los hechos que se busca probar denominados *tactun probandum*, y pruebas que prueban el hecho por medio de otras pruebas indirectamente relacionadas con el hecho buscado, denominado *hecho principal*.

17.1. Por la relación con el objeto de prueba

Esta clasificación está fundamentada según la relación que tenga las pruebas con el objeto materia de probanza, clasificándose en *pruebas directas* y *pruebas indirectas*. Estas pruebas se

⁵³⁶ FRANCOIS, GORPHE. Op. cit., p. 247, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit., 526.

⁵³⁷ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. Compendio de derecho probatorio, pags 165-178.

distinguen, teniendo en cuenta el modo o la manera *cómo* el objeto de la prueba practicada sirve para demostrar el hecho que quiere probar.

Es importante tener en cuenta que el *carácter indirecto y directo* de la prueba existe en dos casos: En los procesos encontramos muy poco el tipo de *prueba directa*, porque en este caso el juez necesita de la percepción inmediata del hecho mismo que se quiere probar, bien sea porque se trata de hechos pasados que no dejaron huellas materiales, o porque están ubicados en un lugar distante, o porque se necesitan conocimientos especiales que el juez no posee y exigen el dictamen de pruebas periciales, sin que signifique la absoluta ignorancia del juzgador, los dictámenes periciales son pruebas auxiliares sometidas a valoración. En cambio muy pocas veces se encontrará un *proceso sin prueba indirecta*, ya que ésta queda reducida a la indiciaria.

a) Las *pruebas directas* son las que ponen en contacto al juez con el hecho que se busca probar, permitiéndole conocer a través de sus propios sentidos, es decir, por percepción. La prueba directa es aquella que presenta una identificación especial, de tal modo que solamente existe un hecho que es al mismo tiempo el objeto de ella y aquél cuya prueba se persigue, aunque el juez no perciba ese hecho es suficiente para que el medio de prueba recaiga directamente sobre el hecho a probar. Por ejemplo, las confesiones, los testimonios, los dictámenes periciales, inspecciones judiciales.

b) Las *pruebas indirectas* tratan sobre un hecho diferente del que se quiere probar o es tema de prueba, únicamente se tiene por una operación lógica del razonamiento del juez, por consiguiente, solo la prueba indiciaria o circunstancial tendrá este carácter.⁵³⁸ Estas pruebas presuponen que el juez no percibe directamente la realidad del hecho que se trata de demostrar, porque se ha producido en tiempo pasado y mayormente ha desaparecido, jugando un importante papel las pruebas indirectas. Estas son *pruebas mediatas* porque el juez no percibe el hecho por probar, sino la comunicación o el informe que la percepción de ese hecho tuvo otra persona como en la confesión, los documentos, las testimoniales, las periciales, o un hecho diferente que le sirva de medio para inducir al hecho materia de la comprobación.

Suele decirse que en la prueba directa el hecho es prueba de sí mismo, y que la verificación del juez es mediante sus sentidos, esto hace que exista la prueba.

17.2. Por el objeto de prueba

Esta clasificación está fundamentada en el objeto de probanza clasificándose en *principales y accesorias o secundarias*.

a) *Pruebas principales* son cuando el hecho al cual se refieren forme parte del fundamento fáctico de la pretensión o excepción, en cuyo caso la prueba es indispensable. Por ejemplo: para la interdicción por demencia, es imperativo que a la demanda se acompañe un informe médico

⁵³⁸ MONTIEL ARGUETA, LUIS, TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO; RAMÓN y MENDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA. *Derecho a la prueba como categoría jurídica, protegible en el proceso civil*, San salvador, julio de 2003 Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, Escuela de Ciencias Jurídicas de la, Universidad Francisco Gavidia, luis.montiel@comedica.com.sv (5 de abril, 2006).

sobre el estado de salud del presunto interdicto y el juez nombre peritos médicos psiquiátricos para que emitan un dictamen sobre la salud mental del paciente. Otro caso es la inspección judicial que se debe practicarse en las acciones reales, como reivindicación y accesión en propiedad de las construcciones hechas de mala fe.

b) *Pruebas accesorias o secundarias*, son aquellas que están apenas indirectamente relacionadas con los supuestos de la norma por aplicar, por lo que la prueba tiene menor importancia.

17.3. Por la forma

Las pruebas por la forma de su estructura se clasifican en pruebas *escritas* y pruebas *orales*.

a) *Pruebas escritas*, son las que tienen una formalidad material como los documentos públicos o privados, así tenemos las escrituras públicas, certificados expedidos por funcionarios públicos, planos, dibujos, monografías, informes escritos periciales, imágenes y sonidos magnetofónicos, códigos electrónicos de transacciones comerciales, etc.

b) *Pruebas orales*, son las que se producen oralmente ante el juzgador, como la declaración de parte (*confesión*), las testimoniales y los dictámenes periciales orales sustentatorios de sus informes escritos que pueden darse en el proceso, a pesar que tienen que constar en el acta correspondiente.

17.4. Por la naturaleza o estructura

Esta clasificación se sustenta en el ser mismo, es decir en su composición o naturaleza del ente probatorio. Por esta razón tenemos las pruebas *personales* y pruebas *materiales*.

a) *Pruebas personales*, la estructura del medio que suministra la prueba son personas. Ejemplo: los testimonios, la confesión, el dictamen de peritos y la inspección judicial en cuanto es una actividad del juez que puede hacerlo con la concurrencia de testigos o peritos.

b) *Pruebas reales o materiales*, se tratan de cosas, como documentos, objetos de toda clase, videos, huellas, etc.

17.5. Por la función

Las pruebas según su función se clasifican en pruebas históricas y pruebas críticas o lógicas.

a) La *prueba histórica* representa claramente el hecho que se trata de demostrar, es la reproducción simbólica del hecho o hechos pasados.

Este medio de prueba le suministra al juez una imagen del hecho por probar, éste aprecia la verdad del hecho a través de su representación sin esfuerzo mental alguno. Cuando el juez decida con fundamento en esta clase de prueba, su actividad y su función se asemejan a la del

historiador y requiere la concurrencia de otro sujeto, el que le trasmite la imagen del objeto representado mediante el discurso, dibujo u otro acto, por ejemplo: los testimonios, la confesión (*pruebas personales*) y el escrito es el dibujo, los planos, videos audiovisuales (*pruebas materiales*).

b) Las *pruebas críticas o lógicas* carecen de función representativa, en la conciencia del juez no despierta ninguna imagen distinta de la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para el resultado probatorio mediante juicio o razonamiento.

Los casos típicos de estas pruebas tenemos a la prueba indiciaria y la inspección judicial. Dentro de la prueba indiciaria por ejemplo, las huellas dejadas por el acontecimiento materia de la prueba, a simple vista no representan sino a través de un *raciocinio*, hacen aparecer como posible o aún como *probable*, pero no como cierto. Por la prueba indiciaria de un hecho conocido y plenamente demostrado se infiere la existencia del hecho que se trata de demostrar.

17.6. Por su finalidad

Las pruebas por su finalidad se pueden sub clasificar en pruebas de *cargo* y de *descargo* o *contrapruebas*, pruebas *formales* y *sustanciales*.

a) *Pruebas de cargo y descargo*

Las *pruebas de cargo* como su nombre indica, son aquellas proporcionadas por los litigantes que afirman los hechos expuestos en sus pretensiones y contradictorios.

Las *pruebas de descargo*, son las tienen por finalidad desvirtuar las pruebas producidas por el otro litigante o las pruebas producidas de oficio.

Esta clase de pruebas pueden ser producidas por ambos litigantes.

b) *Pruebas formales y sustanciales.*

Las *pruebas formales*, son las que poseen un valor simplemente *ad probationem*, es decir que tienen una función exclusivamente procesal, llevando al juez al convencimiento sobre los hechos objeto de prueba.

Las pruebas *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* (*sustancial*), tienen un valor material, porque constituyen condiciones para la existencia o la validez de un acto jurídico material, por ejemplo en el caso de la escritura pública de la compraventa de un bien inmueble.

17.7. Por el resultado

Teniendo en cuenta el resultado, las pruebas se clasifican en *pruebas plenas* denominada también *perfectas* o *completas* y pruebas *imperfectas* o *incompletas* o *semiplenas*.

a) La *prueba plena*, es la que se presenta al juez como cierta e indudable la existencia de un hecho o de un acto jurídico, y ha sido conocida por el litigante contra quien se aduce, por

consiguiente ha podido ejercer su derecho de controvertirla o discutirla. En el derecho moderno no se admiten las pruebas secretas para que una prueba pueda producir la certeza en el juez sobre la verdad del hecho litigioso, se requiere que haya cumplido con los presupuestos de «*publicidad*» y «*posibilidad de contradicción*» que el litigante contra quien se actúa tiene que tener pleno conocimiento para que pueda ejercer o no su derecho de contradicción dentro del plazo legal o judicial.

b) Las *pruebas incompletas*, son aquellas que por sí solas no llevan al convencimiento del juzgador, siempre requieren de otros medios probatorios corroborantes para la formación del criterio de verdad en la conciencia del juzgador, o también se convierte en corroborante de determinada presunción de verdad. Por ejemplo, si la demanda de obligación de dar suma de dinero está sustentada en documento privado sin fecha cierta, es decir sin que hayan sido legalizadas las firmas los contratantes ante el Notario, y no haya sido materia reconocimiento en producción de prueba preparatoria, ni menos el accionante ha ofrecido como medio probatorio el reconocimiento por el demandado en su contenido y firma, sin embargo el emplazado no contesta la demanda, ni menos concurre a la audiencia de conciliación, en este caso el juez aplica la *presunción legal de verdad* prescrito por el art. 461° del C.P.C. peruano expresando que «*La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda*»

Para la declaración de esta presunción de verdad generada por la situación de rebeldía del demandado o reconvencionado, necesariamente requiere mínimamente de un medio probatorio incompleto que complemente la conducta negativa del emplazado.

17.8. Por los sujetos proponentes

Teniendo en cuenta los sujetos que proponen la producción de la prueba, se clasifican en *pruebas de oficio* y *pruebas de parte*.

a) La *prueba de oficio*, denominada también prueba oficiosa, el juez está facultado para disponer por propia iniciativa la producción de la prueba, cuando los medios probatorios producidos no son suficientes para determinar la verdad de los hechos objeto de la prueba, denominado pruebas *ex officio*. La actuación de estas pruebas tiene que observar el *principio de publicidad* y de *contradicción* con el pleno conocimiento de los litigantes.

Estas pruebas no son privilegiadas, no tienen mayor mérito probatorio que las producidas a instancia de los litigantes, están sometidas a las mismas formalidades previstas en las normas procesales, observándose la diferencia por su origen y el momento de su producción. Su actuación es ordenada dentro del proceso antes de la sentencia de conformidad con la legislación procesal moderna, dentro del periodo probatorio el que parte con la audiencia de pruebas, sin embargo si estando en estudio para sentenciar, el juez advierte la necesidad de la producción de nueva prueba de oficio, no está impedido de hacerlo en mérito al fin que persigue el proceso, mientras que las pruebas ofrecidas a instancia de la parte litigante, generalmente son ofrecidas al interponer la demanda y en la contestación por el emplazado, así como en los cuadernos de excepciones al proponerlas y al absolver el traslado de éstas.

Las pruebas de oficio pueden ser producidas no solamente en primera instancia, sino también en segunda instancia antes de emitir la sentencia, si se advierte la necesidad de la producción de nueva prueba de oficio, el Tribunal declarará nula la sentencia y ordenará al *a quo* para que actúe las pruebas ordenadas en la resolución de vista y emita nueva sentencia.

b) Las *pruebas de parte*, son las pruebas ofrecidas por los litigantes en ejercicio de su derecho y deber de demostrar la veracidad de los hechos que exponen en sus pretensiones y contradictorios garantizados por la normatividad jurídica, el ejercicio de este derecho tiene que hacerse dentro de las oportunidades y formalidades que caracteriza las normas procesales con la finalidad que el otro justiciable pueda conocer oportunamente las pruebas, y ejercer su derecho facultativo de controvertirlas.

17.9. Por el momento de producción

Por la oportunidad de producción se clasifican en pruebas *judiciales y extrajudiciales, procesales y extra procesales*.

a) Las *pruebas extrajudiciales*, son todas aquellas producidas sin la intervención del juez, que es la mayoría de las pruebas, existen sin que se haya iniciado el proceso judicial y en un momento dado pueden o no ser utilizadas y valoradas su eficacia dentro del proceso judicial. Las pruebas producidas extra judicialmente o extra proceso (*sin la mediación del juzgador*) no tienen relevancia probatoria por sí solas en el proceso judicial, a excepción de los documentos públicos. Por ejemplo las pruebas periciales de cualquier naturaleza producidas extrajudicialmente a pesar que han sido practicadas por peritos oficiales, no tienen eficacia decisoria, porque en su producción no se ha observado el fundamental principio *contradictorio* y el *derecho de defensa*.

b) Las *pruebas judiciales*, son las que se producen con la intervención del órgano jurisdiccional, que pueden ser dentro o fuera del proceso para resolver el conflicto de intereses. Es muy genérica esta definición, siendo necesaria su aclaración. Las pruebas judiciales producidas fuera del proceso, son las denominadas *pruebas anticipadas*, las que posteriormente serán incorporadas al proceso judicial en el que debe decidir el juzgador el conflicto de intereses o incertidumbre, también se denominan pruebas *preconstituidas* judiciales. Las pruebas judiciales dentro del proceso, son aquellas que se producen dentro del proceso mismo. Sin embargo en ambos casos están garantizadas por el principio de contradicción y el derecho de defensa, las pruebas tienen que producirse con el pleno conocimiento del litigante contrario haciéndole saber con todas la garantías de ley.

Como ya hemos expuesto, ante las pruebas judiciales dentro del proceso y extra proceso, para tengan pleno valor deben satisfacer el *principio de inmediación* judicial aun en el caso de recurrir a la comisión. Es decir, no se puede comisionar para la práctica de pruebas a autoridades distintas a las judiciales, las pruebas producidas serán declaradas nulas por incompetencia del funcionario y violatorias de las garantías jurisdiccionales.



17.10. Por la utilidad

Teniendo en cuenta desde este punto de vista, se clasifican en *pruebas pertinentes* y *pruebas impertinentes*.

a) Las *Pruebas pertinentes*, son aquellas que están dirigidas a probar los hechos alegados y son tomadas en cuenta al determinar el objeto de la controversia (*puntos controvertidos*), las afirmaciones de los litigantes son las que confirman el *thema probandum* del proceso, en consecuencia solamente serán admitidas las pruebas relacionadas a los hechos materia de prueba que lleven a la convicción de su demostración.

b) Las *pruebas impertinentes*, son las pruebas que pretendan demostrar hechos diferentes a los que se debaten en el proceso o que no hayan sido afirmadas por las partes. Si la impertinencia es *notoria*, esto es que se presenta a la mente del juez sin esfuerzo alguno, el juzgador deberá rechazarlas. Si la impertinencia de la prueba fuera *dudosa*, el juez está en el deber de admitirlas y disponer su producción, y en todo caso, al dictar sentencia, que es la verdadera oportunidad de calificar a fondo las pruebas producidas en el proceso, si las considera impertinentes podrá desestimarlas.

La calificación de las pruebas es responsabilidad muy delicada del jugador, porque si se equivoca y rechaza una prueba trascendental para la decisión del conflicto de intereses, puede causar grave perjuicio a uno de los litigantes que la pidió. Por tal razón el rechazo de la prueba debe hacerse cuando es notoria. En nuestro ordenamiento Procesal civil vigente se reconoce el derecho del litigante que ofreció y se considera afectado, interponer el recurso impugnatorio correspondiente.

17.11. Por la relación entre pruebas

a) *Pruebas simples*, son las que tienen una existencia autónoma para llevar al juzgador por sí sola a la convicción sobre el hecho a demostrar, como sucede con la escritura pública de compraventa, la inspección judicial, la declaración de parte o confesión, etc.

b) *Pruebas compuestas*, denominado también compleja, cuando la convicción se obtiene de varios medios probatorios, por ejemplo, la declaración testimonial cuando no convence al juzgador, o un indicio requieren necesariamente de otras pruebas para determinar la certeza.

Las pruebas complejas se pueden subdividir en *concurrentes* y *contrapuestas*. Las *concurrentes* existen cuando varios medios de prueba sirven para producir la convicción del juez en un mismo sentido, es decir, sobre la existencia o inexistencia del hecho. Las *contrapuestas* se presentan cuando varios medios están en contra posición, porque sirven para una conclusión, en ambos casos el juez tiene que hacer el estudio conjunto de los diversos medios probatorios producidos para llevarle al convencimiento y decidir el conflicto sometido a su juzgamiento.

18. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

La valoración de las pruebas es la parte final del proceso probatorio, después de la *recolección, organización y producción* de las pruebas, en esta fase el juez entra a una *operación mental* con el *análisis* individualizadamente a cada una de ella y en forma conjunta hace la contrastación con los hechos alegados por los litigantes, haciendo una reproducción mental de los hechos como expresión de las conductas de las personas, determinando la verdad objetiva o falsedad de los hechos expuestos por el accionante y contradictorios. Sin embargo en la doctrina se han formulado diversas posiciones sobre la valoración de los medios probatorios, e incluso en el desarrollo histórico de la administración de justicia se instituyeron *sistemas de valoración* de la prueba, como veremos más adelante. El punto culminante de un régimen probatorio que satisfaga la exigencia de verdad real que procura el debido proceso es un sistema racional de valoración de la prueba. Sólo liberando al juez de los enrejamientos del sistema de las pruebas legales y de la gran tentación para la arbitrariedad que ofrece el sistema de conciencia o íntima convicción es posible garantizar la recta administración de justicia

A parte de diversos criterios de valoración de la prueba Para valorar debidamente las pruebas debe darse la circunstancia de inmediación del juez y de las partes en relación con ellas. Esto sólo puede lograrse mediante la oralidad, la concentración de los actos del debate y la identidad física de quienes tienen a su cargo la crítica correspondiente. Para la valoración de la prueba estudiaremos con mayor amplitud el *criterio de conciencia* del juzgador al emitir la sentencia

José Puig Brutan,⁵³⁹ hace consideraciones muy importantes acerca de la *falacia de la justicia* fundamentada en un sistema de pruebas legales, recordando las antiguas *ordalías*. En la ciencia moderna del Derecho Procesal, el proceso se rige por el *principio contradictorio* o *adversativo*, en el cual los *abogados* de los litigantes *determinan los puntos litigiosos*, *escogen* las pruebas que se producirán ante el tribunal y por todos los medios permitidos por la ley, procuran que esta prueba se incline a su favor.

El autor continúa diciendo que «*No se trata, en nuestro moderno juicio, de una investigación objetiva de la verdad, sino de una serie de escaramuzas legalizadas según unas reglas de cuya fiel observancia el juez se limita a ser el árbitro. Aunque al abogado le interesa la verdad, lo cierto es que ha de obrar como si sólo le interesara la victoria de su cliente, porque el procedimiento que el Estado mantiene en vigor se funda en la suposición de que el hecho de oponerse dos partes a sí empeñadas hará brotar la verdad, de la misma manera que se daba por supuesto que ésta brotaría, en el juicio por combate, a través de la enconada disputa con las armas. Lo único que ha sucedido es la lucha con astucia*» El autor cita al Juez **Jerome Frank**, quien ha insistido reiteradamente que la prueba de los hechos en el proceso judicial es el punto débil de la administración de justicia.

También **Palacio**⁵⁴⁰ trata el tema citando a **Simpson** refiriéndose a la prueba testimonial, dice cuando los testigos creen que declaran la verdad, sus palabras han de ser aceptadas con extraordinaria cautela, por referirse muchas veces a hechos que no han sido debidamente observados, o por sufrir errores de memoria o por tratarse de personas predispuestas, incluso

⁵³⁹ PUIG BRUTAN, JOSE. la jurisprudencia como fuente del derecho p. 62 y sgs., cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS en op. cit., p. 526.

⁵⁴⁰ PALACIO. Op. cit., tomo I, p. 457

sin que se percaten de ello, prestándose a declarar en sentido favorable para alguna de las partes litigantes.

Lo expuesto por los autores es procedente cuando la normatividad procesal adopta el *sistema rígido de las pruebas legales*.

El Derecho romano – canónico se caracterizó por la adopción del *sistema de la prueba formal*. Los antecedentes de este sistema ya se percibían en los juristas italianos de los siglos XIII y XIV, logrando su auge en las «*Conclusiones probationum*» de *Mascardus*⁵⁴¹ publicadas en 1588, quien refutaba como solución ideal la atribución de valor predeterminado a cada elemento de prueba. La declaración de un testigo no tenía ningún valor (*testes unus testis nullus*), la declaración de dos testimoniales fidedignos (*testes classici*), constituía prueba plena (*plena probatio*), una declaración testimonial fidedigna, valía media prueba (*sempierna probatio*), un testimonio dudoso (*testis suspectus*) valía menos de media prueba (*probatio semiplena minor*), un testimonio fidedigno y un dudoso valía más de media prueba (*probatio semiplena mayor*). Significa que la función del juez se reducía a un simple contador.

El sistema probatorio formal fue abolido con la Revolución francesa, introduciéndose el *principio racional* en el proceso penal por Decreto de la *Asamblea Constituyente de Septiembre de 1791*, determinando a los jurados que decidieran los casos «*seguir vuestra conciencia y vuestra íntima convicción*» Posteriormente este principio fue aplicado al proceso civil y penal en la generalidad de las legislaciones procesales.

*Liebman*⁵⁴² dice que la *libre apreciación* de la prueba no significa facultad del juez de formar su convencimiento de manera subjetivamente arbitraria, libertad quiere decir el uso de la lógica y el buen sentido común dirigidos por la experiencia de la vida.

El juez no puede juzgar según la verdad que conocía como persona privada, ni formar su convencimiento íntimo por la apreciación subjetiva que tenía de los hechos litigiosos. *René Morel*⁵⁴³ categóricamente afirma que «*Los jueces no pueden formar su convicción ni motivar sus decisiones sobre la conciencia personal que él tiene de un hecho, particularmente sobre el resultado de sus investigaciones personales perseguido fuera de la audiencia y en ausencia de las partes*»

*Paulus Gellius*⁵⁴⁴ incurrió en error al sostener que el conocimiento del autor alegado ante el juez tiene que ser eficaz para decidir el conflicto en litigio en ausencia de cualquier otra prueba, diciendo que *cierta causa a favor del autor que personalmente conocía, siendo más honesto que el reo, en ausencia de cualquier elemento de prueba, talvez este fue uno de los primeros ejemplos típicos de*

⁵⁴¹ MASCARDUS. Conclusiones probationum, 1588, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, en op. cit., p. 527

⁵⁴² LIEBMAN. Op. cit., tomo II, vol I, p. 83.

⁵⁴³ MOREL, RENE. Op. cit., p. 378. «Les juges ne peuvent former leur conviction ni motiver leurs décisions sur la connaissance personnelle qu'ils ont eue d'un fait, notamment sur le resultat de leurs investigations personnelles poursuivies en dehors de l'audience et en l'absence des parties» Trad. CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR.

⁵⁴⁴ GELLIUS, PAULUS. Noctes Attice, Lib. XIV, cap. II, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, en op. cit., p. 529.

jurisprudencia sentimental; es decir, estaban más cerca de la verdad los que le objetaban que el juez no debe ser un censor de las costumbres.

Conforme a la *Teoría General moderna del proceso*, entrando al proceso penal, surge el problema si el abogado que conoce la verdad de los hechos de su patrocinado imputado de delito, tiene el derecho de pedir la absolución del procesado, o la obligación de contribuir con el juzgador aportando al descubrimiento de la verdad, o debe apartarse del proceso.

Gustav Radbruch⁵⁴⁵ respondiendo al problema dice: «Al lado del precepto jurídico que exige la punición del criminoso, se levanta el otro no menos imperativo de que sólo debe ser condenado el criminoso cuyo crimen fue probado. Ahora el abogado que pide la absolución del reo culpado, pero cuyo crimen no se probó, **no deja de abogar el derecho**, por cuanto ese derecho es un derecho puramente formal y no material. Por que no nos olvidemos que la única idea de valor capaz de servir de justificación a esta obligatoriedad del derecho procesal, sobre todo en los casos en que ese se encuentra en oposición con las exigencias del derecho material, es siempre a dar seguridad jurídica» En el caso de la Teoría Procesal Civil Empresarial, los litigantes tienen la obligación de decir la verdad y los abogados de contribuir a esa verdad, aunque existen corrientes doctrinaria contradictorias.

El jurista brasileño **Alipio Silveira**⁵⁴⁶ dice que el juez debe formar libremente su convencimiento, pero con apoyo en los hechos y circunstancias constantes de los autos, cabiéndole indicar detalladamente los hechos y circunstancias que motivarán su convencimiento.

Sin embargo el juez libremente debe formar su convencimiento en los límites ya expuestos, debe tener en cuenta algunos preceptos aunque no vinculativos que representan criterios aceptables en la mayoría de casos.

Wilson de Sousa Campos Batalha⁵⁴⁷ precisas algunas reglas básicas:

- a) En la apreciación de los testimoniales, debemos ponderar los dichos y no contarlos, dando más créditos a los que por las circunstancias especiales en que se encontraban y por la honorabilidad, puedan informar mejor sobre la realidad de los hechos.
- b) En el contraste de documentos y testimoniales, los primeros tienen prevalencia, salvo cuando se trate de probar la mala fe en algunas de sus modalidades.
- c) Cuando en el conflicto de pruebas testimoniales, fueron absolutamente imposible llegar a cualquier conclusión, el hecho debe ser decidido contra quien tenía a su cargo el *onus* de la prueba.

⁵⁴⁵ RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofia do direito*, trad. DE MONCADA, CABRAL, 1940, P. 257. Traduc. del portugués por CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR (04-03-06).

⁵⁴⁶ SILVEIRA, ALÍPIO. A apreciação da Prova no Direito Processual do Trabalho, en *Rev. Trábalo e Seguro Social*, XVII, pág. 67 y sgts.

⁵⁴⁷ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 529 y 530.

En la actualidad prevalece el *principio de la libre apreciación de la prueba* por el Juez, además de la prohibición de la negativa a la prestación jurisdiccional fundamentado en que las pruebas son contrarias y no ministran solución segura. *Micheli*⁵⁴⁸ dice que el juez tiene la obligación de sentenciar buscando la verdad de los hechos a través de todos los medios legítimos, aunque no ofrecidas por las partes, ofreciéndolos libremente, siempre mencionando las razones de su convencimiento. En cualquiera de las circunstancias tiene la obligación de actuar los medios probatorios aún ante la imposibilidad, siempre que no atente contra los derechos fundamentales de la persona humana en aplicación del principio «*non liquet*»

⁵⁴⁸ MICHELI. Op. cit., tomo II, p. 200.

Capítulo XIX

La Sentencia

1. REFLEXIÓN FILOSÓFICA DE LA SENTENCIA

La *sentencia* no constituye un simple acto procesal por el cual el juez decide el conflicto y cumplió su función, sino que la *sentencia* es objeto de estudio de la filosofía del derecho, y que tiene su naturaleza intrínseca la reflexión sobre los efectos de ésta en la sociedad, sin interesar de haber resuelto un conflicto de interés particular, por lo que el análisis y crítica a los fallos judiciales desde el pensamiento empírico, científico jurídico y hasta lo más complejo del pensamiento filosófico, la sentencia es materia de crítica o comentario permanente en pro o en contra. El *fundamento* de esta actitud del *pensamiento* social y especializado, está en ser un instrumento decisivo que tiene que ver con el equilibrio de nuestra sociedad, permitiendo el desarrollo armonizado en su dinámica hacia el bienestar, aún pareciera que no tuviera importancia desde el punto de vista somero. En este sentido no podemos dejar de entrar a esta *reflexión* conforme al pensamiento de algunos filósofos.

*Armando S. Andruet*⁵⁴⁹ sostiene que en el contexto de la argumentación jurídica, resulta innegable que no sólo argumentan los abogados, sino también los jueces. Lo grave es que algunos magistrados no han recalcado todavía lo que en dicha función jurisdiccional significa argumentar. Hasta no hace mucho tiempo, se ha advertido una suerte de menosprecio por dicha gestión. Intentaremos efectuar algunas precisiones acerca del ámbito material en el cual la *argumentación* de la magistratura es realizada, esto es en el documento que se conoce como *sentencia* judicial. Consideramos que la sentencia puede ser analizada desde una cuádruple perspectiva, siguiendo la orientación de *Rodríguez Aguilera*,⁵⁵⁰ debiendo aclarar que el enfoque no es de rigurosidad procesal, es posible que se advierta que la clasificación utilizada no se condice con los cuadros *taxonómicos* atendidos por dicha ciencia adjetiva a tal objeto material.

⁵⁴⁹ ANDRUET, ARMANDO S. *La sentencia judicial, diversas conceptualizaciones de ella*, Discurso de Incorporación – Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Córdova, <http://www.acader.unc.edu.ar/artan.pdf>, 17 - 12- 2006).

⁵⁵⁰ RODRIGUEZ AGUILERA, C. *La sentencia*, Barcelona, España, 1974, edit. Bosch, passim.

La *sentencia* puede ser motivo de estudio y análisis crítico, como una voluntad del Estado plasmada en ésta que resulta ser ejecutada por un funcionario público investido de autoridad suficiente para poder dictarla. Será vista como el *instrumento* que identifica en manera inmediata, palmaria e irrenunciable la relación existente entre el Estado que mediante el Poder Legislativo dicta normas y otro de sus brazos, como es el Poder Judicial tiene el *imperio* de imponer su cumplimiento; tenemos que señalar que tal consideración es propiamente advenida con la formulación del Estado moderno, y en virtud de ello es un momento temporal posterior a la función legislativa y dependiente de ésta, se ha encontrado una buena caracterización desde dicha óptica, como en el caso que un *Tribunal de la Provincia de Córdoba*, quedó impedido de dictar resolución por falta de suministro de papel, el *Tribunal Superior de Justicia*⁵⁵¹ sentó doctrina jurisprudencial estableciendo que «*El acto de sentenciar exterioriza el momento culminante de la función pública que el orden jurídico ha reservado de manera exclusiva e indelegable en el Poder Judicial... La sociedad en su conjunto reclama el efectivo cumplimiento del imperativo constitucional de afianzar la justicia*»

Esta construcción también se advierte en orden a la misma dimensión política del derecho y por lo tanto la función de esa misma índole que la magistratura cumple como tal cumple, en este sentido *Kemelmajer de Carlucci*⁵⁵² formula profusas conclusiones de este tema, y como prescribe la *Regla 503 del Código de ética modelo para las magistraturas provinciales de Argentina*, en cuanto a la *Convivencia Política* de la siguiente manera: «*El magistrado no vive fuera del contexto político de la sociedad, en virtud de lo cual, deberá estar sumamente atento para que no interfieran sus propias opciones y proyectos políticos con su actividad judicial. A la vez, deberá utilizar ese mismo conocimiento de la realidad política del medio, para ubicar contextualmente toda decisión que dicte. La prohibición del magistrado de ejercer la política, lo es en cuanto ella es partidaria activa. No está impedido de declarar públicamente su preferencia ideológica*»⁵⁵³

Este aspecto es notorio en la cabeza de dicho Poder Judicial que apunta en manera enfática la importancia que la politicidad tiene para el derecho y la obligación moral de los jueces de atender a ella, sólo así puede garantizar la magistratura que tiene una real inserción en la vida ordinaria de la sociedad, sin embargo esta acción de los jueces tiene que enmarcarse dentro de aquella expectativa y necesidad de la sociedad democrática que inspire el respeto a los derechos fundamentales de la persona, y jamás a las políticas dictatoriales y abuso del poder.

La *politicidad del derecho* y de la *misma magistratura* se confunde con la propia conformación y adecuación al bien común, puesto que él mismo funciona como un adecuado principio y por tanto criterio de discernimiento ante la desmesura del Ejecutivo y la correspondiente sanción por el Legislativo. Cuando usamos la expresión *principios* estamos otorgando una consideración unívoca a lo que estamos sosteniendo, por la trascendencia práctica requiere de una mayor

⁵⁵¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOVA. *Acuerdo extraordinario n° 6, Serie A*, del 24 de julio de 1996, cit. por ANDRUET, ARMANDO S. *La sentencia judicial, diversas conceptualizaciones de ella*, op. cit.

⁵⁵² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *El Poder Judicial hacia el siglo XXI*, Buenos Aires; también, RUBINZAL CULZONI, 1999, pp. 46 y ss.

⁵⁵³ ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACIONAL. *Código de ética modelo para las magistraturas provinciales*, en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional* N° 25, año 2000, pág. 89.

explicación al respecto. En este sentido *Dworkin*,⁵⁵⁴ sostiene que el principio es «*un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*».

En términos clásicos podemos decir que la conformación *intelectiva y práctica* de la magistratura tiene como fin al bien común, es el criterio supremo en la política. También puede ser enunciada la sentencia como expresión de una determinada actividad humana que resulta ser ejecutada. Lo que nos pone frente a la evidencia como afirma *Vide Scheler*⁵⁵⁵ que no existe acto o realización humana que no sea objeto de análisis cultural.

Toda obra humana es culturalmente envidiable, en consecuencia todo lo que el juez resuelve, como hombre también lo envuelve como hombre que es, y por ello de alguna manera se ve comprometido. La *sentencia* por esta razón refleja siempre una determinada personalidad de quien la realiza, por ello *existirán perfiles y cuestiones* como huella propia que cada resolución posee. Tales matrices son el reflejo de construcciones más profundas que ahondan en lo nuclear de la personalidad misma del magistrado. Por esta razón no existen estereotipos de resoluciones, cada juez compromete su integridad cuando resuelve.

La *sentencia* también se puede caracterizar como un documento escrito de naturaleza forense, que en rigor es la que de ordinario se comprende como documento. Esto no implica que los otros aspectos desaparezcan. Pensar así, resultaría tan incomprensible como sostener, que quien sólo puede mirar una parte de la luna, afirmara que el resto no velado es inexistente.

Tenemos otro elemento característico en la comprensión, la existencia al menos los siguientes planos de análisis: *ontológico, lógico, gramatical y lingüístico*. El *primero* se refiere al *ser* y que en este caso es identificable con los hechos acreditados en la causa, el *segundo* se relaciona con la atención que hace el magistrado de las *reglas* que orientan el buen pensar, lo *gramatical*, se ocupara de la manera en que se ha compuesto el discurso de la sentencia, y finalmente el *lingüístico* se refiere a la corrección en el decir discursivamente de lo que intelectivamente se entiende acertado. Además cada uno de ellos tiene una valencia diferente en orden a su misma suficiencia o insuficiencia como tal. Al respecto recuerda *Otto Bachof*,⁵⁵⁶ que «*el juez experimentado conoce los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad precisamente, por regla general sabe eliminarlos, habiendo dedicado a éste toda su formación profesional*»

Algunos autores sugieren a los jueces que hagan gala de una cierta *austeridad literaria* por ser la mejor vestidura para un razonamiento convincente. Esta consideración es grave, porque oculta la misma capacidad reflexiva que tiene el juez bajo un discurso fragmentario y proverbial. Se tiene que destacar que siendo la resolución judicial el documento en virtud del cual, los justiciables reconocen cómo sus derechos y garantías son activados dentro del orden jurídico que ha sido vulnerado o violado, se exige como documento escrito constituyendo un

⁵⁵⁴ DWOKIN, R. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, pág. 72

⁵⁵⁵ VIDE SCHELER, M. *El saber y la cultura*, Buenos Aires, Siglo XX. 1983, cit. por ANDRUET, ARMANDO S. *La sentencia judicial, diversas conceptualizaciones de ella*, op. cit.

⁵⁵⁶ BACHOF, OTTO. *Jueces y constitución*, Edit. Taurus, Madrid, 1963, p. 53

mínimo de técnica y de exposición metodológica que permita a las partes controlar con razonabilidad suficiente el iter del juzgador.

La *sentencia* no es una obra literaria, sino una *obra intelectual* de la razón valorante del magistrado, mediante la cual se cierra el debate y se otorgan competencias respecto a derechos subjetivos discutidos por los ciudadanos. Si no existe cuidado en este detalle, se facilita la tarea recursiva de los abogados, que cuando quizás con un mejor método expositivo, la satisfacción de los justiciables hubiera sido adecuadamente satisfecha.

Finalmente la *sentencia* se puede considerar como *instrumento* de realización de la justicia. De tal forma que en el mencionado documento y tal como comprende el derecho, como conducta recta, la *dimensión axiológica y justa* de ella no es una hipótesis de trabajo intelectual. Estamos convencidos, que las resoluciones judiciales tienen que tender aunque de hecho no siempre ello es posible- a que la convivencia social sea realizablemente Justa.

Partiendo de la problemática que acabamos de exponer, nos formulamos la siguiente interrogante: *¿Cuál es la posición del juez ante su concepción ideológica y filosófica en la sentencia?*

El juzgador al no poder prescindir de la realización de lo *justo* en las sentencias, y aún cuando ello quiera ser considerado como un prejuicio, la sentencia será también el resultado de influencias impuestas al magistrado desde su propia configuración ideológica que lo nutre y de la que difícilmente se puede desprender. Rechazamos por ser una *contradictio in adjectus*, los ensayos que afirman la existencia de una sentencia químicamente pura sin estas penetraciones ideológicas.

Los aspectos ideológicos habitan en cada una de nuestras naturalezas, sin perjuicio que no se pueda afirmar con precisión cuándo y cómo se han conformado; podemos estar seguros que existen y como sombra que son, aparecerán tanto como haya un artefacto *-natural o artificial-* que ilumine un espacio. Es decir, el hecho que no siempre se muestre la sombra no implica afirmar que no existe. En las sentencias judiciales acontece lo mismo, a veces la temática en cuestión genera mayor luminosidad y así la sombra ideológica se hace más visible, en otros casos ella no se evidencia.

A mayor complejidad del caso, mayor posibilidad para tal desarrollo, en función de que el sistema normativo se hace menos constringente para el juzgador y al encontrar éste mayor libertad y también discrecionalidad *-no arbitrariedad-* desarrolla su propia expansión ideológica. Ello será más evidente, en la medida que exista una mayor juridización de ámbitos en principio no previsibles de ser atendidos por la magistratura.

A mayor *gravedad* que se le pueda dar a un caso, encontraremos *mayor implicancia* ideológica. Así es como en el escalón menos comprometido en componente ideológico se ubican los llamados *casos sencillos* que tienen una matriz común y que resultan de trámite abreviado, sumarísimo y ejecución así como los no contenciosos, para los cuales existe ya una jurisprudencia pacífica por el Tribunal en su respuesta y no compromete con ella, su propia cosmovisión ni genera modificación en el sistema. Los *casos difíciles*, para los que no existe un criterio anterior que pueda referenciar la conducta del magistrado y por lo tanto, la respuesta

lograda bien puede ser considerada, desde una nada jurídico-judicial tanto para el magistrado como para los propios litigantes.

Finalmente son *casos extremos* aquellos donde se suma a lo anterior, que la definición obtenida no solo colinda con lo anterior como cuestión previa, sino que además al tiempo de seleccionar la respuesta jurídica correspondiente, el magistrado advierte que no lo puede hacer sin tener que definir su misma personalidad ante el mismo asunto. Es decir queda implicado con la respuesta como resultado de un *proceso* no exteriorizado.

La *sentencia* como *actividad humana* podrá expresar con mayor o menor vigencia e incluso con ausencia de los perfiles de tipo *idiosincrásicos* de los magistrados que la generaron, pueden ser reconocidos intelectivamente por el propio magistrado, y en virtud de lo cual poner en marcha algún tipo de mecanismo *-intelectual o práctico-* para lograr filtrarlos hasta anularlos, deficiencias en su propia compostura psicológica son superables.

En cambio, las *influencias ideológicas* o provenientes de las cosmovisiones adquiridas por la propia especulación teórica para evitar una perspectiva teleológica y que serían igualmente válidas. En definitiva constituyen la misma naturaleza del magistrado que se agrava en el sentido que no puede someter su resolución a un análisis ideológico antes que sea conocida por las partes, sin olvidar que la ley misma encierra la presencia ideológica que permite ser actualizada al tiempo de su interpretación y aplicación.

Concluyendo este desarrollo estructural de la sentencia, se precisa las razones cómo se explican los diversos estratos que constituyen en su conjunto la «*unidad gramatical, lógica y jurídica*» que es la sentencia judicial, donde el magistrado compromete, no sólo conocimiento científico del Derecho sino que ventila sus propios perfiles idiosincrásicos, estructura ideológica, filosófica, todo lo cual es dinamizado por *formaciones discursivas propias*⁵⁵⁷ y como tal, próximas a la lógica no formal. *Ducrot*⁵⁵⁸ afirma que se ha dicho que «*el razonamiento utilizado (por los jueces) puede ser de naturaleza menos formal que el silogismo, y ponen en juego relaciones que tienen que ver más con las convenciones oratorias que con la lógica*»

No será posible afirmar la existencia del documento sentencial sin advertir es el punto de *intersección de la totalidad de dimensiones* nombradas. No puede *existir sentencia sin documento* donde se realice un análisis de los hechos y de la prueba con adecuada suficiencia lógica jurídica, lingüística y gramatical, y *sin descuidar la preocupación valorativa* que reposa en una plataforma siempre ideológica propiciada desde una determinada cosmovisión del sentenciante. Además y como no es una actividad mecánica sino propiamente humana, quien la dicta no podrá desentenderse en principio de sus propios y adquiridos perfiles idiosincrásicos.

⁵⁵⁷ MAINGUENEUAU, D. Entendemos por 'formaciones discursivas' como «todo sistema de reglas que fundamenta la unidad de un conjunto de enunciados socio-históricamente circunscriptos; al hablar de formación discursiva se plantea que 'para una sociedad, una ubicación, un momento definidos, sólo una parte de lo que se puede decir (lo decible) es accesible, y que lo decible forma un sistema y delimita una identidad» *Términos claves del análisis del discurso*, Buenos Aires, edit. Nueva Visión, 1999, pág. 52

⁵⁵⁸ DUCROT, O. *Decir y no decir – Principios de semántica lingüística*, Barcelona, 1972, edit. Anagrama, p. 12

Concluida la cuestión planeada despejando la interrogante, consideramos necesario referirnos someramente al *silogismo sentencial*. Existen dos expresiones diferentes cuando se trata de denominar a la actividad jurisdiccional como la de un *silogismo judicial*, y otra denominación que refleja con mayor fidelidad la actividad ejecutada por los magistrados denominado *razonamiento silogístico judicial de naturaleza práctico prudencial*. Se puede decir inmediatamente, que el rostro de la sentencia judicial es *silogístico* y su espíritu es *prudencial* o no formal, y así sostiene *Mac Cormick*⁵⁵⁹ «que el razonamiento jurídico puede ser presentado bajo una forma deductiva perfecta utilizando el *modus ponens*»

El nombrado *silogismo judicial forense*, nos parece que merece alguna consideración un poco mayor a la que rigurosamente se le brinda. Afirmar que la *premisa mayor* es la norma y la *menor* los hechos y que el *modus ponens* lo preside, desde una perspectiva lógica no es ninguna incorrección, pero sin duda es una apreciación insuficiente. La *norma* contenida en la premisa mayor no es toda la premisa mayor, como tampoco los *hechos* que conforman la menor, no son excluyentemente toda la premisa menor. Además corresponde puntualizar, que a no ser la decisión judicial que se tome mera subsunción lógica sino una conclusión ponderada, es posible la existencia de la fractura lógica en el discurso y que la conclusión no responda *prima facie* a un riguroso encadenamiento anterior, sino a otro deslizado en último momento, como así afirma *Karl Larenz*⁵⁶⁰ que «toda la reciente metodología jurídica está de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente 'preprogramadas' en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez siempre ha de emitir juicios de valor y que a este respecto, le queda un cierto margen de libre enjuiciamiento»

La consideración de ordinario utilizada de la sentencia como mero silogismo y como puro proceder lógico formal, como afirma *García Amado*⁵⁶¹ es una demostración empañada de la actividad de la magistratura. Tal razonamiento silogístico no puede ser ignorado, sólo permite explicar parcialmente el problema de la decisión judicial, porque si bien la subsunción es una operación lógica, antes de eso, cuando se trata de establecer o reconocer derechos, ella se vigoriza y potencia como la manera prudencial de obtener juicios singulares a partir de normas generales.

Identificar este ejercicio como *silogístico demostrativo*, es darle una categorización estrecha, porque como razonamiento dialéctico que es el judicial, tiene en su matriz mucho más que métodos de indagación deductivos e inductivos. Si atendemos dicho razonamiento en una visión amplificada, advertimos componentes *meta lógicos* que atraviesan la dimensión del magistrado desde lo *axiológico* a lo *ideológico* y como tal no son comprensibles de ser atrapados en aquél otro silogismo demostrativo, puesto que su análisis desde esa perspectiva permite visualizar una ruptura de un desarrollo lógico riguroso que en algunos casos serán más evidentes, y por lo tanto su justificación *-externa-* podrá ser más o menos compleja.

⁵⁵⁹ CORNICK, Mac. *Le raisonnement juridique en Archives de philosophie du droit*, París, PUF, 1988, pág. 101.

⁵⁶⁰ LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1994, edit. Ariel, p. 496.

⁵⁶¹ GARCIA AMADO, J. *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 200

La importancia que contemporáneamente se le brindan, a los aportes que desde la hermenéutica jurídica se realizan o a la mera interpretación constitucional y que la totalidad de los magistrados deben realizar, son aportes que ensanchan cualquier posición que quiera sostener la construcción del razonamiento jurídico actual, al modo demostrativo tal como en otra época fuera cultivado. *Armando S. Andruet*⁵⁶² dice que el hecho cierto que la lógica tenga gran utilidad para el derecho es indiscutible, pero reducir el derecho sólo a la lógica es decapitarlo.

Concluyendo debemos destacar algún aspecto vinculado a la fiscalización que de las resoluciones judiciales se pueda hacer. La sentencia es el resultado de una gestión dinámica que cumplen los magistrados con la intervención de los abogados que posibilitan mediante la introducción de los hechos exteriores a ser juzgados. Además con la moderna concepción de la función jurisdiccional, en la cual por exigencia de la sociedad el *principio de publicidad es el que ha vigorizado el control social sobre la función del magistrado, en consecuencia, toda resolución judicial deberá ser sometida a un test de multicoherencia*, y sólo si lo supera exitosamente podría merecer la calificación de *sentencia judicial*, debiendo aclararse que no ocultamos detrás de la nota de *coherencia* ningún atributo o confección que pueda ser ligeramente considerada de extraordinaria. La *ratio* de la coherencia, es la comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada, conforme a los criterios colectivos vigentes en una sociedad históricamente determinada.

La más *inmediata* y *sensible* de estas coherencias para los abogados litigantes, es la *realización de la existencia de la cosa juzgada*, la cual tiene íntima vinculación con la firmeza y no recurribilidad del pronunciamiento. Siendo así, se debe advertir que la impugnación de las resoluciones se efectúa sobre la base de alguna disconformidad con ella, y que primariamente fuera absorbida por los *vicios in iudicando* (error en la aplicación del derecho positivo material) e *in procedendo* (error en el proceso, perjudicando el derecho de defensa, o el debido proceso) a los cuales la sana lógica jurídica agregó los errores *in cogitando* (error en la fundamentación de la sentencia o la falta de fundamentación como ocurre siempre con las sentencias de segunda instancia con la expresión «con los fundamentos o de conformidad de los fundamentos de la apelada») , para nuclear en tal tópico, lo vinculado con la manera de razonar del juez y la demostración que él realiza de la forma en que razona, como también de los elementos y materiales que componen su pensamiento mismo.

La *razonabilidad* es algo más que la mera motivación, pero a la vez la primera no agota a la coherencia de la resolución judicial. Sin embargo debemos tener la seguridad que la proyección constitucional y democrática del estado de derecho, otorgará cada vez más importancia y exigencia cómo se produce la narración de los hechos por los jueces. La *narratividad* de lo fáctico fuera de cualquier duda es la base material sobre la cual se emplaza luego, el razonamiento no factual sino judicial. Si el relato fáctico no es controlable, el control que se ejerza por los otros caminos, esto es por vía de errores *in procedendo, in iudicando e in cogitando*, estarán sobre la epidermis del verdadero problema que quedará ignorado, opacado o modificado por dicha falla en la narratividad misma.

⁵⁶² ANDRUET, ARMANDO S. *La sentencia judicial, diversas conceptualizaciones de ella*, op.cit.

La *narración* adecuadamente efectuada tiene la posibilidad de colocar a litigantes y auditorio, frente a la misma *realidad ontológica* que justifica el mismo proceso judicial. No se trata de mera nivelación del entorno procesal discutido, porque el atendido en la narración, cuando ella es acertada, llegará a ser semejante, parecido o al menos no disímil para quien ha sido sujeto narrador juez, para quienes asumen el carácter de *narratorios inmediatos, litigantes, abogados y narratorios mediatos*, como serían todos aquellos que conforman una instancia ideal la sociedad local, nacional e internacional, no por su necesaria inexistencia en la realidad histórica y temporal, sino por la ausencia en el *hic et nunc*⁵⁶³ al caso.

Armando S. Andruet⁵⁶⁴ propone un test de la multicoherencia que toda resolución debe superar exitosamente para ser tal, superando dicho pronunciamiento las siguientes dimensiones: 1) *la coherencia en la narración* de los hechos, 2) *la coherencia en el derecho* que es aplicado en cuanto sea sustancial o procesal; 3) *la coherencia en la respuesta* judicial que es dispuesta en el caso concreto, 4) *la coherencia entre la sentencia y los contornos sociales* que se debe advertir, en los cuales ella se *introduce* con efectos mediatos o incluso en algunos casos, remotos, 5) *la coherencia en la motivación* de la misma resolución.

La propuesta del *test de la multicoherencia* se encuentra superpuesta en una construcción anterior y que se reconoce bajo el rango que existe sentencia judicial, cuando la decisión jurídica en ella contenida es razonable.

Pero una *sentencia es razonable*, porque los litigantes involucrados en dicha resolución en primer lugar y la sociedad civil secundariamente, se satisfacen con ella y además porque se le agregan a ella la *existencia de la completitud de la coherencia sentencial* en los aspectos plurales que se han expuesto y no se agota a una de sus importantes facetas, como es la *razonabilidad*.

Por último se destaca que la coherencia de las sentencias se impone, porque es el resultado de una búsqueda de la sociedad política contemporánea, que el *magistrado* cumpla con *independencia e imparcialidad* la excelsa gestión que se le ha encomendado, si bien es cierto no involucrándose en modo particular con el asunto, pero no perdiendo tampoco los contornos *axiológicos, valorativos, históricos, políticos y sociales* que como tal existen siempre, y su adecuado cumplimiento coloca a la misma *resolución* en un estado de realidad y no de temporalidad que como resultado práctico puede ser semejante a una iniquidad de la solución judicial obtenida.

Para el maestro brasileño **Wilson de Sousa Campos Batalha**⁵⁶⁵ la sentencia es el acto por el cual el Juez pone fin el proceso decidiendo o no sobre el mérito de la causa. En la determinación de la naturaleza, hay que formularse varias interrogantes:

i. La sentencia constituye nuevo acto de inteligencia, resultado de silogismo en que la premisa mayor es representada por la norma jurídica, la premisa menor por la *quaestio facti* y la conclusión de la *deflui inexorablemente* en el *decisum*?

⁵⁶³ Expresión latina, literalmente significa aquí y ahora, expresa la necesidad de entender las cosas desde la realidad concreta.

⁵⁶⁴ ANDRUET, ARMANDO S. Op.cit.

⁵⁶⁵ BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 536.

ii. O constituye acto de voluntad, además de proceso intelectual?

iii. O constituye nuevo marco en el proceso creador del Derecho, en la *deducción* de lo general y abstracto para lo particular y concreto?

*Liebman*⁵⁶⁶ afirma que la sentencia constituye fundamentalmente un silogismo, resaltando que el pronunciamiento judicial no constituye puro acto intelectual. *Prieto Castro*⁵⁶⁷ afirma que la sentencia constituye acto lógico vinculado a las normas existentes, a pesar de caracterizarse también como momento de voluntad.

*Wilson de Sousa Campos Batalha*⁵⁶⁸ sostiene que «la sentencia judicial constituye silogismo aparente, que encubre acto creador del derecho, en concreto (a) por conclusión de los principios y (b) por determinación particular»

*Micheli*⁵⁶⁹ dice que la *premisa mayor* constituye la norma jurídica (*legislativa, o consecuencia de otras fuentes del derecho*) interpretado a la luz de las valoraciones del juicio y aplicada en consonancia con los criterios de la justicia, por ejemplo, aplicación analógica o *contrario sensu* de la norma jurídica, configuraciones de las enumeraciones como *taxativas* o meramente *enunciativas*, etc.). La *premisa menor* constituye el hecho analizado a la luz de las pruebas producidas con los criterios de libre apreciación judicial ya señalados. La conclusión no siempre resulta fríamente de las premisas ocurriendo hipótesis de *saltus lógico*. La sentencia envuelve declaración de certeza, es un *justum*.

La *sentencia* desde el punto de vista *reflexivo*, surge el problema si la *sentencia es un simple juicio lógico del juzgador o si además, supone un acto volitivo de éste*. Uno de los autores que con mayor profundidad se ha ocupado del estudio de la sentencia, particularmente de la sentencia civil, es *Alfredo Rocco*, quien en su obra la *Sentencia Civil* se manifiesta abierto partidario del primero de los criterios aludidos, o sea del que pregona que el fallo judicial no es sino producto de un razonamiento lógico-jurídico del sentenciador y no de otra cosa, afirma que éste se concreta a realizar una labor mecánica merced a la cual se aplica la *norma genérica e impersonal* al caso específico, y que por ello la voluntad expresada en la sentencia no es otra que la voluntad de la ley y nunca la del juez.

Así tenemos que en su célebre obra expone literalmente: «nosotros creemos que el elemento esencial y característico de la sentencia es el juicio lógico; esto es, que la sentencia es esencialmente un acto de la mente del juez... La operación por la cual, dada una norma general, se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el particular sujeto a la norma, es una pura operación lógica, y como se suele decir, un silogismo, en el cual tomada como premisa mayor la regla general, como menor el caso concreto, se deduce la norma de conducta que hay que seguir en el caso particular... El juez, pues, no expresa en esta operación una voluntad propia, sino que manifiesta simplemente su propio juicio sobre la voluntad del órgano legislativo en el caso concreto. El Estado ha afirmado ya su voluntad en el ejercicio de la función legislativa; no tiene necesidad de afirmarla una segunda vez en el ejercicio de la facultad

⁵⁶⁶ LIEBMAN. Op. cit., tomo I, pp. 7 y 52.

⁵⁶⁷ PRIETO CASTRO. Op. cit. 489, MICHELI, op. cit., tomo I, p. 257.

⁵⁶⁸ BATALHANA, Wilson. Op. cit.

⁵⁶⁹ MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 50.

jurisdiccional. La sentencia no contiene, pues, otra voluntad que la de la ley traducida en forma concreta por obra del juez»

Sin duda resultan interesantes e inquietantes las afirmaciones hechas por **Rocco** en base a los razonamientos que se dejan puntualizados. Sin embargo, *no compartimos* su criterio que la sentencia es una mera operación lógica del juzgador, quien a base de silogismos deba constreñirse a la aplicación de la norma general al caso particular, pensamos que el *acto sentenciador* es algo más, esto implica igualmente en gran parte la *voluntad del juzgador*, sobre todo en el caso de las llamadas sentencias constitutivas, como lo veremos a continuación. **¿Es un acto de voluntad del juzgador?**

Rafael Rojina Villegas uno de los civilistas más reconocidos, al enfocar el problema de si la sentencia judicial puede ser o no fuente *autónoma de obligaciones*, la considera como un acto jurídico público o estatal y agrega que como acto jurídico se compone de elementos esenciales, uno de los cuales equivale a una manifestación de voluntad.

La *manifestación de voluntad* corresponde al juez al determinar el sentido de la sentencia y sin que pueda ser arbitraria, debiendo sujetarse a los términos del derecho objetivo (*aun cuando integra y cuando interpreta la ley*), no significa que deje de ser una verdadera manifestación de voluntad y se reduzca, según **Alfredo Rocco**, a un simple *acto mental* del sentenciador, a un *mero silogismo*.

En efecto, aun cuando admite que el sentenciador debe ajustar su manifestación de voluntad a las normas de derecho positivo, y por ello pudiera pensarse que la voluntad contenida en la sentencia no es la propia, sino la de la ley, **Rojina Villegas** hace ver con toda razón que otro tanto ocurre por ejemplo, en los contratos, aun cuando se trata de actos jurídicos netamente privados y no públicos o estatales como la sentencia, ya que la autonomía de la voluntad de los contratantes para producir determinadas consecuencias jurídicas también debe condicionarse a la ley, o sea que no es irrestricta ni podría serlo, porque entonces ya no sería el Estado a través de la ley, sino los particulares a su arbitrio, quienes instituyeran el orden jurídico, cosa por demás absurda.

Rojina Villegas señala: «*Es verdad que el Juez en principio no hace una manifestación libre, sino que interpreta lo que podría llamarse la voluntad del orden jurídico, es decir, no se propone, mediante su acto, hacer una manifestación de voluntad libre y espontánea para crear ad libitum determinadas consecuencias; en cambio en el contrato y en el testamento, el autor o autores del acto jurídico proceden con libertad... Hay una libertad de acción que no tiene el Juez al dictar su sentencia. Creemos que fundamentalmente el problema es idéntico en todos los actos jurídicos, pues sólo el órgano constituyente tiene libertad de acción, pero ni el órgano legislativo, ni el jurisdiccional, ni el administrativo, ni el contratante, ni el testador, ni el actor del acto jurídico, pueden tener libertad para producir ad libitum las consecuencias de derecho; todos esos sujetos que intervienen, bien sea en los actos públicos o en los privados, se mueven y operan dentro del orden jurídico. Hemos dicho en múltiples ocasiones que no es la voluntad contractual la que crea las consecuencias de derecho si no la voluntad condicionada a la ley... Ahora bien, es cierto que la ley ha delegado la voluntad contractual y en su caso a la testador, un campo dentro del cual pueda operar libremente, pero entiéndase bien que es por delegación expresa de la ley; de la misma suerte operan el Juez y el Legislador y en su caso el funcionario administrativo. El juez manifiesta una voluntad de acuerdo con el orden jurídico, así como el contratante que tiene que hacerlo»*

Consideramos que es necesario precisar que en ciertos casos como por ejemplo, en la *función integradora* que el juez está obligado a realizar por mandamiento expreso de la Constitución Política del Estado, el Código Civil y el Código Procesal Civil, es decir, cuando no exista norma jurídica específica para resolver determinada controversia, su manifestación de voluntad contenida en la sentencia es prácticamente absoluta, porque las consecuencias jurídicas que de ella se deriven emanarán directamente de tal volitivo, aún cuando en efecto este deba orientarse por los *principios generales* del derecho, por la *analogía*, por la mayoría de razón y en todo caso por la equidad, entendida esta como *summum* de la justicia.

Además, cuando el juez tiene que decidir ante dos disposiciones semejantes, así mismo en el *silencio*, la *oscuridad* o la *insuficiencia* de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia, mientras que en el caso cuando haya conflicto de derechos a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia *se decidirá* a favor del que trate de evitarse perjuicios y no del que pretenda obtener un lucro, si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados (*equidad*).

Eduardo J. Couture⁵⁷⁰ afirma que «La lógica juega un papel preponderante en toda actividad intelectual; pero su función no es exclusiva. Ni el juez es una máquina de razonar, ni la **sentencia** una cadena de silogismos. Es, antes bien, una operación humana, de sentido **profundamente crítico**, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorio»

En suma, consideramos que la *sentencia* no es un simple juicio lógico, sino además *un acto de voluntad* del juez como dice **Wilson de Sousa Campos Batalhana** citando a **Redenti**⁵⁷¹ que por eso la *sentencia* no constituye acto de manera lógica, sino proceso creador del derecho, no *decide* de lo general y abstracto para lo particular y concreto, al que no son ajenos los criterios de valoración (*justicia, bien común, seguridad*). En ese acto creador, el juez no se encuentra desligado de criterios, pero vinculado a las normas superiores, pudiendo inferir conclusiones de los principios genéricos convenientemente interpretados de conformidad a las valoraciones o por determinación particular dentro de los límites que las normas le confían para proceder orientados a ese objetivo mediato, el equilibrio de la sociedad en el dinamismo de su desarrollo.

2. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LA SENTENCIA

a) **Ultra petita**. No es nula la sentencia que se pronuncia sobre extremos más allá de la pretensión, siendo posible reformarla con el recurso impugnatorio correspondiente como de Apelación o Casación. El órgano jurisdiccional superior puede confirmar la sentencia y reformarla conforme a ley.

⁵⁷⁰ COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit. en <http://www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/luisfernando/lasentenciajud.htm>

⁵⁷¹ REDENTI. Op. cit., tomo I, p. 21, citado por WILSON MATALHANA en op. cit., p. 540, pie de pag. 173.

Esta prohibición con la teoría procesal moderna es relativa, el juez puede pronunciarse sobre la solución de conflictos de intereses que constituyen la consecuencia de la materia principal del petitorio, por ejemplo, si en un proceso de obligación de dar suma de dinero, el accionante exige el pago de la obligación, costas y cotos procesales, pero omitió el pago de los intereses, en este caso si el juez declara fundada la demanda y puede ordenar el pago de intereses, porque no sería justificable iniciar otro proceso contraviniendo la eficacia de la tutela jurisdiccional, demandaría recargar el trabajo jurisdiccional y el conflicto de intereses no queda resuelto satisfactoriamente entre los litigantes.

b) *Extra petita*. Cuando la sentencia se pronuncia sobre conflictos o intereses que no fue materia de la demanda, el órgano jurisdiccional superior necesariamente tiene que declarar la nulidad de la sentencia y ordenar que el juzgado que la emitió emita nueva sentencia.

c) *Citra petita*. Cuando la sentencia omite el pronunciamiento de algunos extremos esenciales del petitorio de la demanda, debe declararse anulada la sentencia y devolverse el proceso para que el juez emita nueva sentencia reintegrando las omisiones, porque la sentencia es acto único, si es incompleta, se anula y se devuelve a fin de que el juzgador o tribunal emita nueva sentencia

Capítulo XX

Recursos Impugnatorios

1. DEFINICIÓN

Los recursos impugnatorios son materializaciones del ejercicio del derecho de defensa de los litigantes, cuando consideran que los actos procesales contenidos en resoluciones emitidas en el proceso están afectados de errores o vicios, que de adquirir la categoría de cosa juzgada perjudican sus derechos de defensa y contradicción o los intereses de fondo en discusión. Estos recursos tienen por finalidad que se vuelva a emitir nueva resolución revocando, modificando o declarando nula e insubsistente la resolución cuestionada.

Los recursos históricamente aparecen por una necesidad social de defensa del abuso del poder, es decir que el legislador que dicta la ley simultáneamente crea los mecanismos para reservarse el derecho de establecer su interpretación definitiva. El poder que así se procuraba proteger era el de la clase social que dominaba la Asamblea en contra de la clase social que aún dominaba las magistraturas y de quien se desconfiaba.

En la tramitación existen *actos simples* y *actos complejos*, dentro de estos últimos hablamos de la sentencia (*definitiva*) que se compone no sólo de la parte resolutive, sino también de los considerandos. Así puede existir una impugnación parcial objetiva, es decir cuando se ataca sólo una parte del fallo, y se consiente el otro extremo, pero también puede haber impugnación *parcial subjetiva*, es decir cuando los afectados no son todas las partes o interesados.

Lo mismo puede decirse respecto de la impugnación de una audiencia, de un informe pericial, de una medida para mejor proveer, etc. Sin embargo, tratándose del recurso de casación el acto de impugnación sólo estará constituido por actos complejos (*sentencias*) u otros actos procesales que expresamente las leyes establezcan de manera previa y cuya característica es que a través de ellos se pone fin al proceso.

*Liebman*⁵⁷² observa que «las impugnaciones son los remedios que la ley pone a disposición de las partes para provocar por medio del mismo juez o de un juez superior un nuevo juicio inmune del defecto del error de la sentencia anterior» agrega, «la probabilidad de obtener, con el ejercicio de tales remedios,

⁵⁷² LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manual de derecho procesal civil*, trad. SENTIS MELENDO, SANTIAGO, edit. EJE, Argentina, 1980, p. 440.

una sentencia más justa es inherente al hecho mismo ya que la nueva sentencia se pronunciará en vía de control y un nuevo examen crítico de lo que se hizo en un anterior juicio; mas aun cuando el nuevo juicio se lleva a cabo por un órgano diverso y superior, compuesto por jueces seleccionados, que se supone son los autorizados a juzgar; o bien cuando se confía al mismo órgano – por el hecho de que se elimina preventivamente el inconveniente que puede haber inducido a error al juez, o bien porque se adquiriera algunos elementos de cognición antes no conocidos o que no se pudieron considerar, o se utilizó un punto de vista anteriormente no considerado»

Los recursos impugnatorios pueden ser contra resoluciones de mero impulso procesal, resoluciones interlocutorias (*autos*) y sentencias.

2. ERRORES EN LAS RESOLUCIONES

Los errores o vicios, no es posible por ahora hacer una definición precisa, por sus diversidades que pueden materializarse en las resoluciones, en este sentido preferimos establecer los *tipos* de errores. La naturaleza de los errores puede ser *de hecho* o *de derecho y hecho* o *de derecho*.

Víctor Fairen Guillén⁵⁷³ dice que los errores o vicios pueden ser de *actividad* y de *fondo*:

a) Errores de actividad

Este tipo de errores puede producirse en dos circunstancias: durante el procedimiento, antes que el juez desarrolle mentalmente el *proceso lógico*, llevándole a tomar la decisión materializada en la resolución, y por *vulneración de normas procesales* que se producen durante el *iter mental* del juez, una vez concluido el procedimiento: *iter mental* externo, pero que se va a plasmar en un acto interno, como es la resolución, son los errores de actividad interna propiamente dichos.

b) Errores de fondo

También le denomina el autor *defectos de la actividad lógica del juez*, es cuando lleva a una subsunción errónea de los hechos a la hipótesis de una norma jurídica que no es aplicable y pueden afectar a derechos materiales o procesales de aplicación en el fallo. El proceso lógico con eficacia o validez de las resoluciones emitidas por el juez o tribunal, se consideran perjudiciales a sus derechos procesales o intereses en discusión. Los recursos impugnatorios serán interpuestos ante el órgano que emitió la resolución o ante el superior directamente, de conformidad con las normas de procedimiento de cada Estado.

⁵⁷³ FAIREN GUILLEN, VÍCTOR. Teoría general del derecho procesal, edit., Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2006, www.bibliojurica.org (29-11-2006).

3. CLASES DE RECURSOS IMPUGNATORIOS

3.1. Recurso de reposición

Este recurso se interpone contra *resoluciones de mero trámite* o de simple impulso procesal denominados *decretos*, y tiene por finalidad que el mismo juez revoque o modifique el decreto. Este recurso se interpone ante el mismo órgano jurisdiccional.

El C.P.C. peruano regula el recurso de reposición en los arts. 362° y 363°, prescribiendo el plazo de tres días para su interposición, computado a partir de la fecha de notificación. Si el decreto es expedido en la audiencia, el recurso será interpuesto verbalmente en el acto de audiencia.

El juez tiene la potestad para declarar inadmisibile o improcedente de plano, puede también previamente correr traslado a la otra parte por el plazo de tres días, con su absolución o no el juez resolverá. Lo resuelto por el Juez es inimpugnable.

3.2. Recurso de apelación

El recurso de apelación está dirigido contra decisiones del juzgador contenidas en *autos* denominadas también *resoluciones interlocutorias* y *sentencias*. El recurso de apelación es el ejercicio del derecho de defensa en aplicación del principio de contradicción, cuando considera que las resoluciones afectan sus derechos materiales o procesales.

El recurso de apelación tiene por finalidad que el órgano jurisdiccional superior modifique, revoque o declare la nulidad y ordene que el juez de primera instancia emita nueva resolución. El recurso de apelación está regulado por el C.P.C. peruano en los arts. 364°, 365° y ss.

Los presupuestos comunes a los recursos de apelación son la fundamentación del *error de hecho* y *de derecho* que afectan la eficacia de la resolución impugnada, y el agravio que genera la resolución.

Los plazos para la interposición de los recursos de apelación en el C.P.C. peruano están sujetos al tipo de resolución a impugnarse, es decir, si se trata de recurso de apelación de resoluciones *interlocutorias* o de *sentencias*, y que es necesario precisar.

a) Apelación de autos

Los recursos impugnatorios contra las resoluciones *interlocutorias* o *autos*, en cuanto al plazo es de *dos modalidades*: sí la resolución es *emitida en audiencia*, el justiciable o justiciables interponen recurso de apelación verbalmente inmediatamente después de su pronunciamiento en caso contrario, la resolución queda consentida.

Si la resolución es emitida en audiencia, pero el litigante no ha concurrido a la audiencia, se notificará el acta de audiencia y tiene derecho a interponer el recurso de apelación en el plazo de tres días.

Si la resolución es emitida como acto procesal *fuera de audiencia*, se interpondrá el recurso de apelación dentro de tres días de notificado con la resolución.

Los recursos de *apelación de auto*, se conceden en *tres modalidades*: con *efecto suspensivo*, *sin efecto suspensivo* y *en forma diferida*. En el *primer caso*, cuando la resolución es considerada que afecta a la tutela jurisdiccional, como las que declaran inadmisibles o improcedentes, concedido la apelación se suspende la competencia del juzgador y se eleva el proceso al superior. En el *segundo caso*, cuando la resolución resuelve determinada articulación sin afectar el fondo de la controversia, ordenando el juzgador se forme el cuaderno de apelación y remitiéndose al superior, mientras el proceso principal continúa desarrollándose normalmente.

El *tercer caso*, el juez concede el recurso contra el auto en forma diferida, es decir que este recurso queda reservado, para ser elevado al superior al resolver el proceso con la sentencia si ésta es objeto de recurso de apelación, si no se interpone recurso de apelación, queda consentida la sentencia y queda sin efecto el recurso de apelación sin necesidad de nuevo pronunciamiento del recurso de apelación concedido, automáticamente se aplica la presunción de derecho ipso iure. Esta modalidad de recursos de apelación procede en el C.P.C. en los procesos sumarísimos y de ejecución de resoluciones judiciales o administrativas.

b) Apelación de sentencia

El plazo para interponer el recurso de apelación varía según el tipo de proceso y conforme a la norma procesal civil empresarial de cada Estado. En el Perú en los procesos de cognición tenemos: dentro de diez días de notificada la sentencia en los procesos de *conocimiento*, dentro del plazo de cinco días de notificada en el caso de procesos *abreviados*, dentro del plazo de tres días de notificada la sentencia en los procesos *sumarísimos* la que puede ser en el acto de audiencia única o después de notificada a su domicilio procesal o real en el caso de rebeldía no apersonado.

En los procesos de *ejecución*: en el caso de proceso *ejecutivo* cinco días de notificada la sentencia, en los procesos de ejecución propiamente dicha (*ejecución de resoluciones judiciales, administrativas y ejecución de garantías*) dentro del plazo de tres días.

3.3. Recurso de casación

La noción etimológica de la palabra "*casación*" la encontramos en el verbo latino "*cassare*" que significa "*quebrar*", "*anular*", "*destruir*", lo que en sentido figurado equivaldría a "*derogar*", "*abrogar*", "*deshacer*", etc., mientras que en sentido restringido de acuerdo a los usos forenses, "*casar*" significa "*anular*", "*invalidar*", "*dejar sin efecto*".

Jelio Paredes Infanzón⁵⁷⁴ dice que el *recurso de casación* se debe considerar en primera instancia como un medio impugnatorio (*recurso*), cuyo procedimiento o juicio versa sobre la *rescisión* de la sentencia impugnada, y de ello toma su nombre, porque **casar** y **casación** no

⁵⁷⁴ PAREDES INFANZÓN, JULIO. *El recurso de casación: su visión peruana*, (Vocal Superior de Apurímac) www.amag.edu.pe (30-11-2006).

significan otra cosa que *rescindir o rescisión*, lo cual da contenido a la facultad que la ley le otorga al ente judicial más alto del país para examinar el recurso impugnatorio contra la sentencia que para el tribunal inferior ha quedado firme.

Partiendo de la idea expuesta por *Calamandrei*⁵⁷⁵ en el sentido que la casación es el resultado de la integración de dos instituciones complementarias, uno perteneciente al campo del ordenamiento político (*la corte de casación*), y la otra al derecho procesal (*recurso de casación*), entonces se puede calificar el recurso como casacional cuando su competencia está atribuida al órgano único y superior que cumple los mismos fines a los que está ordenada aquella, esto es la *normofilaxis* y la *unificación jurisprudencial*.

*Alberto Hinojosa Minguez*⁵⁷⁶ trata de definir diciendo que el *recurso de casación* es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por ley, dirigido a lograr que el máximo tribunal (*Corte Suprema de Justicia*) revise y reforme o anule las resoluciones expedidas en revisión por las Cortes Superiores que pongan fin al proceso o las sentencias de primera instancia en la casación por salto, que infringen las normas de derecho material, la doctrina jurisprudencial, las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Por su parte *Gómez de Liaño* sostiene que la casación es un recurso extraordinario de carácter jurisdiccional que cabe exclusivamente por motivos determinados frente a resoluciones definitivas dictadas por los tribunales de instancia. No se trata de una tercera instancia, en consecuencia para poder ser utilizado precisos no sólo la lesividad o gravamen de la resolución recurrida, sino la presencia de motivos determinados.

Tovar Lange define como un medio impugnatorio del cual conoce el órgano judicial supremo con el objeto de obtener la anulación de una sentencia de un juez inferior que rompa la unidad de la jurisprudencia, algunos autores definen al recurso de casación como una *acción de nulidad* contra la sentencia infractora del derecho dirigida contra el Estado, porque los errores cometidos en el fallo surgen por deficiencia del tribunal de instancia.

Pietro - Castro califica al recurso de casación como *un medio de impugnación, por regla general de resoluciones finales, esto es, de las que deciden el fondo de los negocios*.

La *finalidad* de la casación, como afirma *Francisco Javier Romero Montes*⁵⁷⁷ no sólo busca asegurar el exacto cumplimiento de la Ley, sino también que ese cumplimiento sea uniforme, lo que se plasmará en la aplicación de criterios judiciales igualitarios. Se trata entonces de la *creación de los precedentes judiciales* que en su conjunto constituyen la jurisprudencia nacional.

Para *Jorge Carrión Lugo*, es un remedio procesal extraordinario que procede contra resoluciones judiciales definitivas (*en el sentido que pone término al litigio*) con el objeto de

⁵⁷⁵ CLAMANDREI, PIERO. LA CASACIÓN CIVIL, TOMO I, VOL. 1º, P. 26 Y SS.

⁵⁷⁶ HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. *Medios impugnatorios en el proceso civil*, pág. 183, cit. PAREDES INFANZÓN, JULIO.

⁵⁷⁷ ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER. *Derecho procesal del trabajo, doctrina, análisis y comentarios a la Ley Procesal del Trabajo 26636*, edit. Edial, Lima, 1997, p. 170.

anularlas y dejarlas sin efecto por haber sido dictadas con infracción del derecho positivo o de la doctrina jurisprudencial establecida, restableciendo la vigencia del derecho, actividad que es *competencia* de los *organismos de la más alta jerarquía judicial*.

*Vinatea Recoba*⁵⁷⁸ muy acertadamente sostiene que el *recurso de casación* no es más que una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto es un mecanismo que pretende otorgar a los ciudadanos la posibilidad de cuestionar la inadecuada aplicación o interpretación de las disposiciones legales por los jueces.

*Nelson Ramírez*⁵⁷⁹ sostiene que la casación consiste exclusiva y excluyentemente, en el examen de las cuestiones de derecho de la sentencia impugnada, *no siendo una tercera instancia*. Es necesario reconocer que el recurso de casación importa un retardo de la Administración de Justicia - pudiendo generarse finalmente una injusticia - sin embargo, la Casación tiene por fin privilegiar la recta aplicación del derecho y de esta manera alcanzar la justicia en la resolución de los conflictos procesales, dándosele un *valor* más sustantivo y superior.

Por esta razón estamos ante una institución necesaria y de enorme importancia en la administración de justicia, gracias a ella se cuenta con una vía que asegura la correcta aplicación o interpretación de las normas jurídicas y la uniformización de la jurisprudencia nacional.

El C.P.C. peruano en el art. 384° precisa la finalidad de la casación, expresando: «*El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia*»

En el art. 386° del C.P.C. modificado por Ley 29364 prescribe las causales de interposición del recurso de casación:

«Artículo 386°.- Causales

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial»

La modificación de este artículo es muy importante habiendo superado al texto anterior, porque el recurso de casación tenía como únicas causales la aplicación o interpretación errónea del derecho material (derecho sustantivo), la inobservancia del debido proceso y cuando la sentencia no observan la jurisprudencia establecida. En este sentido, se garantiza el debido proceso a cabalidad que estaba limitado, por lo que en el extremo de la infracción normativa como causal del Recurso de Casación la infracción normativa comprende tanto a las normas de derecho material y a las normas adjetivas, que no reconoció ni siquiera la jurisprudencia.

⁵⁷⁸ VINATEA RECOBA, LUIS; *Las bases de la reforma del proceso laboral* En: VI Congreso peruano de derecho de trabajo y seguridad social, Lima, 1996, pag. 606 y sgts.

⁵⁷⁹ RAMÍREZ, NELSON. *¿Casación o recurso de nulidad?* En: *Revista Ius Et Veritas* N° 7, Lima, 1993, pg 123.

La parte final de este artículo incluye a la Constitución del Estado de 1979, y actualmente está previsto en el art. 51 de la Constitución del Estado de 1993, garantiza la supremacía de la norma constitucional, prescribiendo «*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*»

La *experiencia jurisdiccional suprema* del Perú, en la aplicación del nuevo C.P.C. ha venido manejando criterios muy contradictorios, llegando al extremo que se ha perdido la confianza en las decisiones de las Salas Supremas, que generalmente no ha puesto un esfuerzo del análisis de la violación del derecho material y el debido proceso, siendo muy pocos las sentencias han declarado fundadas las casaciones, dedicándose a aplicar *las multas* a la parte que interpuso el recurso de casación la mayoría injustas, dando lugar a la ejecución de sentencias injustas. Esperamos que los señores Magistrados Supremos tengan mayor cuidado y elevar la conciencia que se trata del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional, la que tiene que ser equitativa, y no castigar a los recurrentes para evitar la carga procesal suprema, como así es la pretensión de Poder Legislativo y Ejecutivo, afectando el carácter intrínseco de la garantía de la impartición de justicia, perjudicando el equilibrio de la convivencia social.

3.4. El recurso de queja

A parte de los recursos impugnatorios que hemos expuesto, existe el *recurso de queja* al cual tiene derecho el litigante que ha interpuesto recurso de apelación o de casación, y ha sido denegado. Entonces queda expedito el *recurso de queja* como un medio para llegar a la instancia superior.

En el caso del Perú nuestro C.P.C. ha regulado el procedimiento de este recurso en los arts. 401° y siguientes. El recurso de queja se interpone ante órgano superior, cumpliendo con los presupuestos prescritos por el art. 402° del C.P.C., pero si el órgano jurisdiccional está fuera de la ciudad, se interpone ante el mismo órgano jurisdiccional que denegó el recurso impugnatorio.

Capítulo XXI

La Cosa Juzgada

1. GENERALIDADES

La *cosa juzgada*, es una institución de la *Teoría general del proceso*, aplicada a la *Teoría procesal civil empresarial* con características *sui generis*, como en el Derecho Procesal Penal, las sentencias condenatorias con categoría de cosa juzgada son revisables, como en el Derecho Procesal Constitucional con las Sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales, Derecho Procesal Civil Empresarial, Derecho Procesal del Trabajo, etc. se rigen por los mismos *principios de inmunidad* de la cosa juzgada: principios de *inmutabilidad, invariabilidad, irrevisabilidad* por órgano jurisdiccional o administrativo y *cumplimiento obligatorio*.

La garantía de la *cosa juzgada* está amparada por las *Constituciones de los Estados*, y por Tratados Internacionales. *La Constitución Política del Perú* prescribe esta garantía en el art. 139º, numeral 2:

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2. *La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afecta el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno»*

La *cosa juzgada de las resoluciones* y especialmente de las sentencias en materia procesal distinta a la materia procesal penal, ha generado gran polémica entre los juristas y políticos del universo, a la que no escapan los juristas y magistrados peruanos.

El problema central está si las sentencias con carácter de *cosa juzgada* pueden ser impugnadas judicialmente, para resolver este problema la doctrina ha tomado dos posiciones: una en el sentido que *no es posible impugnar* las sentencias con carácter de cosa juzgada, y la otra posición que si es posible la impugnación.

La controversia anotada es la causa para el surgimiento de dos acciones procesales jurisdiccionales: la *primera (imposibilidad de impugnación)* ha dado lugar a la *Acción de Responsabilidad Civil de los Jueces*, y la *segunda posición*, origina las acciones impugnativas jurisdiccionales a las que han adquirido distintas denominaciones en la doctrina y legislaciones, como en el Perú en el nuevo C.P.C. se denomina *nulidad de cosa juzgada fraudulenta*.

El *fundamento* del cuestionamiento de la cosa juzgada está en dos supuestos: el primer supuesto en los *errores* en que incurre el juzgador al emitir las sentencias como toda persona humana, pese a su eficiencia profesional jurídica, por la complejidad del Derecho material y formal, el *segundo supuesto*, es el *dolo* del juzgador de emitir una sentencia parcializada, en perjuicio de uno de los litigantes del proceso. Este último supuesto, continúa en los fueros jurisdiccionales generalmente ligados al poder político en cualquier tipo de Estado, claro está en unos más que otros. En el Perú, tenemos muchos casos resueltos atentando al principio de imparcialidad del juzgador.

La *sentencia* considerada como una *norma particular, correcta y personalizada*, subordinada en su elaboración a las normas abstractas y generales. La sentencia puede ser modificada a través de los recursos impugnatorios, una vez agotados los recursos se produce la cosa juzgada, es decir la preclusión de todos los recursos impugnatorios. La *cosa juzgada* ha merecido mucha atención desde el Derecho Romano hasta nuestros días, resultando muy polémico y que se resume en las definiciones de las diferentes posiciones doctrinarias.

La *nulidad de cosa juzgada*, en España se denomina revisión de sentencia, y se promueve no como acción independiente, sino en el mismo proceso mediante *Recurso Extraordinario de Revisión de sentencia firme*, ha dado un tremendo giro con la *Teoría Procesal moderna* por los tratados internacionales, y la actual incorporación legislativa moderna en las legislaciones procesales, superando las resistencia de juristas y magistrados, en este sentido la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000* ha regulado en el Título VI, la revisión de la sentencia con categoría de cosa juzgada y en la actualidad el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español han sentado jurisprudencia, dentro de las cuales citamos la sentencia de la *Sala Primera del Tribunal Constitucional español*⁵⁸⁰

«Sala Primera. Sentencia 197/2006, de 3 de julio de 2006. Recurso de amparo 119-2002. Promovido por don Bernardo Fuentes Bobo frente la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que denegó la revisión de Sentencia sobre despido (STC 204/1997).

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libre expresión: recurso de revisión denegado en litigio social tras Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por inexistencia de lesión o vulneración actual (STC 245/1991); satisfacción equitativa mediante indemnización. Voto particular concurrente.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García- Calvo y Montiel, don Jorge

⁵⁸⁰ SALA PRIMERA. Sentencia 197/2006, de 3 de julio de 2006, recurso de amparo promovido por Bernardo Fuentes Bobo frente la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que denegó la revisión de Sentencia sobre despido (STC 204/1997), en Boletín oficial del Estado, número 185, Suplemento, viernes 4 de agosto, 2006.

Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY
la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 119-2002, promovido por don Bernardo Fuentes Bobo, representado por el Procurador de los Tribunales don Domingo José Collado Molinero y asistido por el Abogado don Manuel Ollé Sesé, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, dictada en el recurso de revisión núm. 3325-2000, así como contra la Sentencia de 5 de octubre de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en recurso de suplicación núm. 4653/94, interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid en autos núm. 378/94 sobre despido. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha comparecido Televisión Española, S.A., representada por la Procuradora doña Gloria de Oro-Pulido y Sanz y asistida por el Abogado don José Ezequiel Ortega Álvarez. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 9 de enero de 2002, el Procurador de los Tribunales don Domingo José Collado Molinero, en nombre y representación de don Bernardo Fuentes Bobo, interpuso recurso de amparo contra las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a las que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa el presente recurso de amparo, relevantes para la resolución del mismo, son los siguientes:

a) El recurrente prestaba servicios como programador en Televisión Española, S.A. (TVE), siendo despedido con efectos desde el siguiente 15 de abril, a raíz de las manifestaciones vertidas en dos programas radiofónicos de la cadena COPE. En el primero de los programas, que tuvo lugar el 29 de noviembre de 1993, el recurrente profirió, entre otras, las siguientes expresiones: «me han aplicado una falta muy grave por haberle enviado una nota a un directivo, a un subdirector incom-12 Viernes 4 agosto 2006 BOE núm. 185 Suplemento patente»; «los informativos son utilizados descaradamente como aparato de propaganda del poder... los directivos no cumplen la Constitución, ni el Estatuto de la Radio y la Televisión». En TVE ya no hay gente haciendo pasillos, «claro, ahora los mandan a salas ghetto»; «lo que está siendo un cáncer, profesional y económico, para RTVE son los negocios privados que algunos directivos están haciendo o consintiendo que se hagan». Hay «auténticas sanguijuelas pero, ¡jojo!, con el consentimiento, cuando no la participación, de determinados directivos». Hay «enorme cantidad de graves irregularidades, secretismo y ocultamiento de datos, por parte de los directivos»

En el segundo programa, que tuvo lugar el 3 de febrero de 1994, entre otras cosas, dijo: «algunos directivos se han llegado a creer que la radiotelevisión pública es de ellos»; «el trato de la Jefa de Informativos... es, a veces, un alarde de soberbia y despotismo». Algunos directivos se «cagan en el personal, en los trabajadores».

b) *Impugnado judicialmente el despido, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, en Sentencia de 18 de junio de 1994, lo declaró nulo por aplicación de lo dispuesto en el art. 108.2 b) del texto refundido de la ley de procedimiento laboral (LPL). Recurrida esta Sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 5 de octubre de 1995, estimó el recurso, revocó la Sentencia de instancia y declaró procedente el despido. En los fundamentos de Derecho la Sala razona, en síntesis, que de las frases pronunciadas por el recurrente se deducía una intencionalidad claramente ofensiva, pues no se limitó a la denuncia de los hechos que en su entender pudieran constituir anomalías o irregularidades, y que ese ánimo injurioso en persona que, por su profesión y cargo, debe guardar la debida consideración a sus superiores, supone un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales, al existir tanto ofensas verbales al empresario, en este caso TVE, S.A., como a sus órganos de representación y gestión. Interpuesto contra la anterior Sentencia recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fue inadmitido, por falta de contradicción, por Auto de 12 de julio de 1996.*

c) *Agotada la vía judicial, el demandante interpuso recurso de amparo contra la precitada Sentencia de 5 de octubre de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando, entre otros motivos, la lesión de su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1. a) CE], siendo denegado el amparo por STC 204/1997, de 25 de noviembre.*

En el fundamento jurídico 4 de la STC 204/1997 se señalaba que, si bien las denuncias efectuadas por el recurrente en las entrevistas radiofónicas sobre el funcionamiento del ente público TVE, S.A., y la actuación de algunos directivos del mismo están amparadas por el derecho a la libertad de expresión, pues se trata de críticas y denuncias públicas acerca del funcionamiento de un servicio público de titularidad estatal, no es menos cierto «que en sus declaraciones el recurrente no se limitó a informar y exponer los hechos y a explicar sus críticas al respecto, sino que también hizo juicios de valor claramente ofensivos, innecesarios para expresar su opinión sobre los hechos denunciados, y proferidos en descrédito de los directivos y responsables de la empresa... Es cierto que las declaraciones se hicieron en el curso de unas entrevistas radiofónicas y que, incluso, determinadas afirmaciones y expresiones dichas por el recurrente, entre ellas algunas de las consideradas tanto por la empresa como por la Sentencia impugnada como justificantes del despido –así el calificativo de "sanguijuelas" a algunos directivos de la empresa empleado en la primera de las entrevistas y la manifestación de que algunos directivos "se cagan en el personal, en los trabajadores..." pronunciada en la segunda de las entrevistas aparecen enlazadas y casi inducidas por los comentarios y juicios de valor previos de los conductores de los respectivos programas.

Pero estas concretas circunstancias ni pueden justificar tales declaraciones ni, desde luego, eliminan su contenido vejatorio e insultante, al estar manifiestamente desvinculadas de la crítica que se exponía y haber sido proferidas en menoscabo y descrédito de los directivos de la empresa. Es por ello que quedan excluidas del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20 CE, pues, como antes se dijo, la Constitución no reconoce el derecho al insulto».

d) *El 5 de enero de 1998 el recurrente formuló demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos frente al Reino de España, en la que denunciaba la violación de los arts. 10, 14 y 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (citado en adelante como CEDH) en la valoración judicial del despido de que fue objeto, solicitando también*

el pago de una indemnización. El 1 de junio de 1999 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró admisibles las quejas del demandante relativas a su derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) y al principio de no discriminación (art. 14 CEDH), declarando la demanda inadmisibile en lo restante.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 29 de febrero de 2000, decidió (con una opinión disidente de dos Jueces) que hubo violación del art. 10 CEDH, como consecuencia de lo cual declaró que el Estado español debía abonar al demandante en el plazo de tres meses un millón de pesetas en concepto de daño material y moral y 750.000 pesetas por costas y gastos.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000 comienza recordando su jurisprudencia relativa al derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Afirma, en ese sentido, que el derecho a la libertad de expresión ampara no solamente las «informaciones» o «ideas» acogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que contrarían, chocan o inquietan, porque así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática; que el hecho de que esta libertad esté sometida a excepciones no debe hacer olvidar que éstas deben ser interpretadas estrictamente; que el adjetivo «necesaria», en el sentido del artículo 10.2 CEDH, implica la existencia de «una necesidad social imperiosa», y que la circunstancia de que los Estados contratantes gocen de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de tal necesidad debe armonizarse con el control europeo que ejerce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene competencia para resolver en último lugar si una «restricción» determinada es conforme a la libertad de expresión que protege el art. 10 CEDH, incumbiéndole, en particular, examina si la injerencia discutida resulta «proporcionada a los fines legítimos perseguidos» y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla aparecen como «pertinentes» y «suficientes» (cita las Sentencias *Janowski c. Polonia*, de 21 de enero de 1999, y *Barfod c. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989). Al hacerlo, añade después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe estar convencido de que las autoridades nacionales aplicaron normas conformes con los principios consagrados en el art.10 CEDH y, además, que se basaron en una apreciación aceptable de los hechos (cita la Sentencia *Jersild c. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994).

En aplicación al caso de los principios anteriormente mencionados, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000 establece que, como dijeron los Tribunales españoles, no hay razón alguna para cuestionar que las declaraciones del demandante podían perjudicar la reputación ajena, más cuando el art. 10 CEDH no garantiza una libertad de expresión sin ninguna restricción, ni siquiera cuando se trata de rendir cuentas en la prensa de cuestiones serias de interés general. Ahora bien, el art. 10 CEDH obliga también a analizar si la sanción impuesta al demandante resultó proporcionada al fin legítimo protegido y, por lo tanto, si era «necesaria en una sociedad democrática». Para pronunciarse sobre ello, toma en consideración, especialmente, los términos utilizados en las declaraciones, el contexto en el que éstas se hicieron públicas y el caso en su conjunto, incluyendo, dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el hecho de que se trataba de declaraciones verbales pronunciadas en el transcurso de una emisión de radio en directo, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que fueran hechas públicas.

Pues bien, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el hecho de que el demandante hubiera retomado los términos utilizados por los presentadores de la radio con respecto a los directivos de TVE, tratándoles de «sanguijuelas» y acusándoles de «cagarse en los trabajadores»,

«puede ser considerado ofensivo y habría justificado, sin duda, una sanción bajo el punto de vista del artículo 10 del Convenio». Ahora bien, entiende que las declaraciones litigiosas se inscribían en el contexto particular de un conflicto de trabajo que oponía al demandante y a su empresario tras la supresión de la emisión de la que el primero era responsable, a lo que se añadía un amplio debate público respecto a cuestiones de interés general relativas a la gestión de la televisión pública. Las declaraciones litigiosas, por tanto, se hicieron en el marco de debates públicos y apasionados sobre las presuntas anomalías en la gestión de TVE. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata que el demandante denunció las disfunciones del ente público y, como subrayó el Tribunal Constitucional, sus críticas revestían, sin discusión, un interés general. Ciertamente, añadió declaraciones groseras y maleducadas, calificadas de ofensivas por los Tribunales nacionales. Sin embargo, dichas manifestaciones fueron empleadas en primer lugar por los presentadores de las emisiones de radio, limitándose el demandante a confirmarlas en el transcurso de un intercambio rápido y espontáneo de comentarios entre el demandante y los presentadores de esas emisiones. Por lo demás, a pesar de la inconveniencia de los términos empleados, no se desprende de las actuaciones que TVE o las personas a quienes supuestamente se referían las declaraciones ofensivas hubieran entablado acciones judiciales por difamación o injurias contra el demandante, la emisora de radio o los presentadores de la emisora.

Por todo ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que la sanción de despido «revistió, considerando principalmente la antigüedad del demandante en la empresa y su edad, una severidad extrema, cuando se podían haber contemplado otras sanciones disciplinarias, menos graves y más apropiadas». En consecuencia, «si bien las razones invocadas por el Estado demandado son pertinentes, no bastan para demostrar que la injerencia denunciada respondiera, teniendo en cuenta la gravedad de la sanción, a una necesidad social imperiosa». «A pesar del margen de apreciación que tienen las autoridades nacionales [concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos], no hubo una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción de despido impuesta al demandante y el fin legítimo perseguido. En consecuencia hubo violación del art. 10 del Convenio».

Hecha la declaración anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no considera necesario examinar la supuesta vulneración del art. 14 CEDH, también alegada por el demandante. Llegado a este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aborda la pretensión indemnizatoria deducida por el demandante, quien solicitaba que se le concedieran 279.519.584 de pesetas directas e indirectas como reparación de los diversos perjuicios materiales y morales causada por su despido. Esta cantidad se descomponía de la manera siguiente: 46 millones de pesetas en concepto de daño material vinculado a la pérdida de salario consecutivo a su despido; 13.519.584 de pesetas por los préstamos que se vio obligado a contratar a consecuencia de su despido; 30 millones de pesetas por gastos médicos desembolsados a causa del deterioro de su estado de salud a raíz de la extinción del contrato; 140 millones de pesetas en concepto de daño moral; 30 millones de pesetas por otros perjuicios morales; y 20 millones de pesetas en concepto de perjuicio relativo a su vida de familia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala al respecto que «antes incluso del inicio del proceso disciplinar que condujo al despido del demandante, éste ya se encontraba en una situación de precariedad profesional en TVE»; que «no ha presentado ninguna indicación que demuestre que se esforzó en buscar otro trabajo, pese a que sus capacidades y su experiencia en el terreno de lo audiovisual constituían una baza segura a su favor»; y que «resulta difícil disociar en este caso el perjuicio material del perjuicio moral, teniendo en cuenta la notoriedad del demandante en su esfera

de actividad». Bajo estos presupuestos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del art. 41 CEDH («satisfacción equitativa»), concede al Sr. Fuentes Bobo, por todos los conceptos, una indemnización a cargo del Estado español de 1.000.000 de pesetas. Y en cuanto a costas y gastos, frente a las 14.176.801 de pesetas reclamadas por el recurrente, reconoce a éste la suma 750.000 pesetas (menos 6.600 francos franceses ya percibidos por el recurrente en concepto de beneficio de justicia gratuita ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

e) El recurrente formuló el 13 de abril de 2000 un incidente de ejecución de Sentencia ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, órgano judicial que pronunció la Sentencia de instancia en el proceso de despido. Invocando la STEDH de 29 de febrero de 2000, el recurrente pretendía que se procediese a ordenar la readmisión en su puesto de trabajo y el abono de los salarios dejados de percibir.

Por Auto de 25 de julio de 2000 el Juzgado referido acuerda no despachar la ejecución, razonando que fue el propio demandante quien, en lugar de solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la restitución in integrum y la reposición en la situación anterior al despido (y sin perjuicio de la respuesta que tal pretensión hubiera podido merecer por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), optó por reclamar exclusivamente una indemnización que reparase los daños y perjuicios que estimaba ocasionados por el despido. Y como quiera que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en congruencia con dicha pretensión, la STEDH de 29 de febrero de 2000 queda debidamente ejecutada con el abono al demandante por el Estado español de la indemnización fijada en la misma de un millón de pesetas, más costas y gastos, careciendo de cualquier fundamento legal la pretensión de que, e ejecución de la citada Sentencia, se acuerde su readmisión en TVE, S.A., con abono de los salarios dejados de percibir, pues ni la STEDH de 29 de febrero de 2000 contiene pronunciamiento alguno al respecto ni tal consecuencia se deduce implícitamente de la misma, al haber circunscrito su pretensión el demandante a que se declarase la violación por parte del Estado español del CEDH y al abono de una indemnización para resarcirle de los daños y perjuicios derivados del despido considerado lesivo del art. 10 CEDH. f) El 5 de septiembre de 2000 el demandante interpuso recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo contra la precitada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de octubre de 1995, que declaró la procedencia de su despido disciplinario, invocando la STEDH de 29 de febrero de 2000.

El demandante reconocía que la STEDH de 29 de febrero de 2000 no constituía ninguno de los documentos a que se refiere el art. 1796 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 1881 –aplicable al caso en razón de la fecha de presentación de la demanda de revisión–, pero afirmaba que, pese a ello, al amparo del art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), era procedente la revisión pretendida, toda vez que la declaración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vincula a los Tribunales españoles, máxime cuando no existe ninguna norma que permita la ejecución directa en España de sus Sentencias, quedando únicamente el cauce del recurso de revisión para garantizar el derecho fundamental que resultó vulnerado como consecuencia de su despido. Por ello, concluía que una interpretación formalista de los requisitos procesales para acceder a la revisión privaría al recurrente de obtener la reparación íntegra de su derecho fundamental a la libertad de expresión, cuya vulneración declaró la STEDH de 29 de febrero de 2000. Solicitaba, en consecuencia, la declaración de nulidad del despido, o subsidiariamente la declaración de improcedencia, con las consecuencias legales inherentes.

g) La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestimó el recurso de revisión por Sentencia de 20 de noviembre de 2001, que es objeto del presente recurso de amparo. Razona la Sala, con cita de su reiterada doctrina al respecto, que la recuperación de documentos «decisivos» para la resolución del caso se contrae a los ya existentes en el momento de dictarse la sentencia cuya nulidad se pretende, y no a documentos sobrevenidos o posteriores a la misma. Esta interpretación descansa, dice el Tribunal Supremo, no sólo en el carácter restrictivo del recurso de revisión, sino también en el tenor literal del texto legal. No se puede hablar con propiedad de documentos «recobrados» y aún menos de documentos «detenidos por fuerza mayor o por obra de... parte» (art. 1796.1 LEC 1881), en relación con un documento que todavía no existía en la fecha en que fue dictada la Sentencia cuya rescisión se solicita. Siendo esto así, resulta incuestionable que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o de cualquier otro Tribunal) no encaja en ninguno de los motivos de revisión del art. 1796 LEC 1881, tal y como reconoce el propio recurrente en el motivo único de su recurso de revisión, lo que determina la desestimación del mismo, «pues no está dentro de las posibilidades legales de esta Sala eludir el cumplimiento de la referida norma»

Para que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuese causa o instrumento de revisión de Sentencias firmes añade la Sala «tendría que modificarse la legalidad actual, como han hecho los Estados de Noruega, Luxemburgo, Malta y el cantón suizo de Appenzell, estableciendo para ello un nuevo motivo legal de revisión», debiendo tenerse en cuenta que la nueva LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero), viene a regular el recurso de revisión y sus motivos en el art. 510 en términos similares a los de la precedente LEC, en los que no tiene cabida el motivo que se postula. Frente a ello –concluye la Sala– «no cabe hacer una interpretación extensiva de los motivos de revisión previstos en la LEC», pues «es el propio TEDH el que, aplicando el art. 10 del Convenio, de similar alcance al art. 20 CE, ha declarado la existencia de la vulneración de tal derecho con determinados efectos indemnizatorios, con lo que ya ha otorgado al recurrente la tutela que ahora nuevamente se solicita por otra vía».

Sin perjuicio de lo anterior, señala la Sala que, conforme viene reiteradamente señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «las Sentencias del TEDH son obligatorias, definitivas y no ejecutivas», y que, dada su naturaleza internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «únicamente decide sobre la responsabilidad internacional del Estado, sin necesidad de determinar a qué autoridad nacional pueda achacarse la violación del derecho». Añade la Sala, que en la demanda que el recurrente planteó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo se solicitaba una declaración de violación de su derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH), sino que «además solicitaba el abono de 279.519.584 pesetas, cantidad en la que cifraba el conjunto de los distintos perjuicios que decía sufridos a causa de ello». De esta forma, la STEDH de 29 de febrero de 2000 «es la culminación de un trayecto procesal, la última de las resoluciones de un Tribunal, si bien de especial naturaleza, pero que conoció con plenitud de la pretensión del demandante, en esencia la misma que la que se solventó ante los Tribunales españoles», pues lo relevante es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicó el art. 41 CEDH, «en el que se contiene una previsión de reparación que dota a la Sentencia de dicho Tribunal de una naturaleza compleja, no directamente ejecutiva pero en cualquier caso no meramente declarativa, como señala la doctrina más autorizada»

En suma –concluye la Sala–, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, partiendo de la premisa de imposibilidad de reparación perfecta de las consecuencias de la violación del art. 10 CEDH, procedió al reconocimiento de cuantos derechos pudieran derivarse para el demandante a causa del despido del que fue objeto en su día, llegando a la conclusión de que, ponderando los factores concurrentes y en equidad, la reparación económica del derecho lesionado debía ascender a

un millón de pesetas, más costas, gastos e intereses. Por ello, «las partes intervinientes en ese proceso están vinculadas por el efecto negativo de la cosa juzgada», lo que impide «promover de nuevo pretensiones relativas a la infracción del derecho a la libertad de expresión como elemento determinante del despido del recurrente».

3. *En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. A juicio del recurrente, aunque es cierto que la STEDH de 29 de febrero de 2000 sólo puede ser entendida como una sentencia declarativa, la garantía del art. 7 LOPJ sólo quedaría cumplida con el recurso interpuesto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si con su Sentencia se hubiera dado una reparación perfecta del derecho a la libertad de expresión que declara lesionado cosa que no ha sucedido, pues no se ha anulado la sanción de despido impuesta por TVE, S.A., ni se ha indemnizado al recurrente de la forma y modo en que dicha empresa tendría que haberlo hecho, según la legislación española, si los Tribunales españoles hubieran amparado en su momento dicho derecho fundamental. Siendo esto así, la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna en amparo lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, y en consecuencia el derecho a la libertad de expresión, pues deniega la revisión –y la consiguiente declaración de nulidad del despido y sus efectos aparejados – con base en una interpretación formalista y desproporcionada, cual es la de negar la condición de documento recobrado de la STEDH de 29 de febrero de 2000, a lo que se añade que el Tribunal Supremo rechaza que la Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tengan carácter ejecutivo. Es cierto que el art. 41 CEDH dispone que si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que ha habido violación del Convenio europeo de derechos humanos o de sus Protocolos y el Derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, se concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa, pero el Tribunal Supremo olvida que España ha asumido también la obligación de resultado prevista en el art. 46 CEDH conforme BOE núm. 185 Suplemento Viernes 4 agosto 2006 a la cual, en opinión del recurrente de amparo, en caso de declararse una violación de los derechos contenidos en el mismo debe procederse, en primer término, a poner fin a la violación denunciada, a continuación a la restitutio in integrum de los derechos vulnerados y, finalmente, al reembolso de lo gastos. Sólo ante la imposibilidad de proceder a la restitutio in integrum debe optarse por la satisfacción equitativa.*

En conclusión, tanto del CEDH como de la jurisprudencia constitucional (cita el recurrente la STC 245/1991, de 16 de diciembre, cuya doctrina y solución considera plenamente aplicables al presente caso) se deduce la obligación de tutelar y reparar la lesión del derecho fundamenta a la libertad de expresión, declarada por la STEDH de 29 de febrero de 2000. El Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente si hubiera de consentirse la perpetuación de una situación declarada contraria a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sin posibilidad alguna de ser reparada satisfactoriamente por su equivalente, pues no es suficiente, desde el punto de vista constitucional, una indemnización compensatoria, como la que prevé el art. 41 CEDH. Esta premisa no ha sido tenida en cuenta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, puesto que la declaración de vulneración del art. 10 CEDH implica en este caso una constatación de la violación del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], cuya vulneración persiste al no haberse obtenido la reparación correspondiente, lo mismo que se produce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no darse por la jurisdicción española la debida ejecución a la STEDH de 29 de febrero de 2000 que declara la lesión de la libertad de expresión del recurrente.

Por todo ello el recurrente solicita que declaremos la nulidad de la Sentencia de 20 de noviembre de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de revisión núm. 3325-2000, así como de la Sentencia de 5 de octubre de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, restableciendo al demandante en sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad de expresión, con declaración de nulidad del despido que tuvo lugar el 8 de abril de 1994 y la consiguiente inmediata readmisión en su puesto de trabajo en TVE, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

4. Por providencia de 16 de diciembre de 2002 la Sección Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que, dentro del mismo, presentaran las alegaciones que estimaran convenientes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC]

El recurrente, mediante escrito registrado el 31 de diciembre de 2002, reiteró su solicitud de admisión a trámite de la demanda de amparo, dando por reproducidos los argumentos expuestos en la misma. Por el contrario, el Ministerio Fiscal, en su escrito registrado con fecha 7 de enero de 2003, interesó la inadmisión de la demanda de amparo por carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo del asunto, toda vez que el Tribunal Supremo, pese a denegar la revisión solicitada por impedirlo la regulación legal vigente, ha examinado la pretensión del recurrente rechazando la misma porque la STEDH de 29 de febrero de 2000 ha fijado las consecuencias indemnizatorias derivadas de la apreciación de existencia de lesión del art. 10 CEDH.

5. La Sección Primera de este Tribunal, mediante providencia de 24 de febrero de 2003 acordó la admisión a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales concernidos para la remisión de testimonio de las actuaciones respectivas, así como el emplazamiento a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que, si lo desearan, pudiesen comparecer, en el plazo de diez días, en el presente proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda de amparo.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 21 de mayo de 2003 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, y se tuvo por personada y parte a la Procuradora de los Tribunales doña Gloria de Oro Pulido, en nombre y representación del ente público Televisión Española, S.A. (TVE). Asimismo, en virtud del art. 52 LOTC se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. El 12 de junio de 2003 presentó sus alegaciones TVE, S.A. Indica, en primer lugar, que el demandante de amparo acudió al recurso de revisión ante el Tribunal Supremo el 4 de septiembre de 2000, después de consentir el Auto del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, de 25 de julio de 2000. A su juicio, el órgano judicial competente, en su caso, para ejecutar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era el mencionado Juzgado, que conoció en primera instancia del despido, y su resolución desestimatoria de la ejecución solicitada quedó firme por no ser recurrida por el demandante, lo que determina la inadmisibilidad del recurso de amparo por incumplir lo

preceptuado en el art. 44.1 a) LOTC, al no agotar el demandante todos los recursos judiciales que tenía a su disposición.

En cuanto al fondo, sostiene TVE, S.A., que la discrepancia jurídica entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles consistió únicamente en la calificación jurídica de los hechos declarados probados. Bajo esas circunstancias, el Tribunal Supremo, aplicando correctamente la Ley de enjuiciamiento civil, tuvo que desestimar necesariamente el recurso de revisión por no darse los requisitos recogidos en la misma. En la legislación española el recurso de revisión sólo tiene lugar cuando se modifican hechos que resultaron trascendentes para el fallo de la Sentencia y que condujeron necesariamente al pronunciamiento de la misma en un determinado sentido. Por el contrario, nunca ha prosperado un recurso de revisión fundado en una discrepancia de conceptualización jurídica sobre hechos probados aceptados plenamente y no combatidos ni modificados por ninguna de las partes intervinientes en el proceso.

En todo caso –continúa señalando la representación procesal de TVE, S.A. en la demanda presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se solicitó el reingreso del demandante en TVE, S.A., sino que directamente se pidió, como contrapartida a la pretendida violación del art. 10 CEDH, la cantidad de 279.519.584 pesetas como reparación de los diversos perjuicios materiales y morales directos e indirectos causados por el despido. Este planteamiento es importante a los efectos de la interpretación del art. 41 CEDH, puesto que en ningún momento por el solicitante de amparo se solicitó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la restitutio in integrum y la reposición en la situación anterior al despido, sino que se optó por reclamar exclusivamente una indemnización que reparase el perjuicio sufrido, razón por la cual no se puede plantear ahora ante el Tribunal Constitucional lo que no se planteó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo demás, la STEDH de 29 de febrero de 2000 está ejecutada totalmente, como lo acredita la Resolución de 7 de octubre de 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, encargado del seguimiento de la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya copia se adjunta al escrito de alegaciones de TVE, S.A. En consecuencia, TVE interesa –para el caso de que se rechace el óbice procesal indicado– la desestimación del recurso de amparo.

8. El 12 de junio de 2003 evacuó el trámite de alegaciones el Ministerio Fiscal, solicitando la denegación del amparo interesado. Advierte en primer término el Fiscal que el problema a resolver en el presente caso radica en determinar cuál es la vía procesal a emprender por los favorecidos por una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando entiendan que persiste una lesión actual de sus derechos fundamentales. En su opinión, no es ésta una cuestión pacífica, de ahí la cierta paradoja que se desprende del iter procesal seguido por el demandante quien, tras instar la ejecución de la STEDH de 29 de febrero de 2000 ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, que le fue denegada, se abstuvo de interponer el recurso de reposición, consintiendo así la firmeza del Auto de 25 de julio de 2000 de dicho órgano judicial, para formular seguidamente demanda de revisión ante la Sala Social del Tribunal Supremo. En este sentido, sostiene el Fiscal que, dadas las dificultades de interpretación en cuanto al cauce de ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el comportamiento procesal del recurrente en amparo puede considerarse razonable, sin que proceda objetar la falta de agotamiento de la vía judicial por no haber recurrido en reposición el Auto del Juzgado de lo Social, ni apreciar la extemporaneidad del recurso de amparo por haber acudido a un cauce procesal manifiestamente improcedente, pues tal calificación no conviene a la demanda de revisión en estos casos.

En cuanto a la queja suscitada por el demandante de amparo, mantiene el Fiscal que para dar respuesta a la misma debe partirse de la premisa de que en el supuesto de hecho analizado en la STC 245/1991, invocada por el propio demandante, así como en el caso examinado en el ATC 260/2000, se trataba de condenas penales a penas privativas de libertad aún no extinguidas, por lo que en el primer caso se otorgó el amparo, inadmitiéndose en el segundo por no haber acudido previamente a la vía del recurso de revisión penal. Otro dato esencial a tener en cuenta –continúa el Ministerio Fiscal–, es que en dichos supuestos las resoluciones de los organismos supranacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de la ONU, respectivamente) no contenían pronunciamientos indemnizatorios. A diferencia de dichos asuntos, en el presente supuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó –ex art. 41 CEDH– la pretensión económica del recurrente y decidió en equidad que la indemnización por daños materiales y morales por la vulneración apreciada de la libertad de expresión (art. 10 CEDH) debía ascender a la cantidad que estimó oportuna, rechazando la demanda en lo restante, luego los efectos de la STEDH de 29 de febrero de 2000 ya fueron fijados por el propio Tribunal Europeo, por lo que no cabe hacer ningún otro pronunciamiento al respecto, como ya declarara el Tribunal Constitucional en ATC 96/2001 para otro supuesto en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fijó la indemnización pertinente. En definitiva, la decisión del Tribunal Supremo de no considerar la STEDH de 29 de febrero de 2000 como documento recobrado hábil a efectos del recurso de revisión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, pues se trata de una respuesta judicial motivada y razonable, sustentada en una sólida línea jurisprudencial. De igual modo, tampoco cabe estimar contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en conexión con el derecho a la libertad de expresión, la apreciación del Tribunal Supremo de que la STEDH de 29 de febrero de 2000 no es susceptible de la ejecución pretendida por el recurrente, no existiendo lesión actual alguna. Fue el recurrente quien eligió la tutela que pretendía del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin que quepa ahora extraer de la STEDH de 29 de febrero de 2000 más efectos que los otorgados por el fallo de la misma.

9. El recurrente presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 18 de junio de 2003, en el que se ratificaba íntegramente en el contenido de su demanda de amparo, reiterando que la única posibilidad de reparar la vulneración de su derecho a la libertad de expresión, declarada por la STEDH de 29 de febrero de 2000, es el otorgamiento del amparo solicitado, con declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas y de la nulidad del despido de 8 de abril de 1994, ordenando la inmediata readmisión del demandante en su puesto de trabajo en TVE y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

10. Por providencia de 15 de junio de 2006 se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 19 del mismo mes y año, en que comenzó habiendo terminado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. Como queda relatado en los antecedentes, el presente recurso de amparo se formula contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, que desestima el recurso de revisión interpuesto por el demandante contra la Sentencia firme de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de octubre de 1995 que declaró la procedencia de su despido disciplinario en TVE, S.A. La pretensión de revisión se basaba en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000, que declaró que la sanción de despido vulneró el art. 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH: derecho a la libertad de expresión) y, en aplicación del art. 41

CEDH, condenó al Estado español a abonar al demandante un millón de pesetas en concepto de indemnización por daño material y moral y 750.000 pesetas por costas y gastos.

Esta Sentencia desestimatoria del recurso de revisión es la que el recurrente en amparo estima lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], por cuanto considera que al rechazar la revisión pretendida se está denegando arbitrariamente la ejecución de la STEDH de 29 de febrero de 2000. Y concluye el recurrente que el restablecimiento en la integridad de su derecho a la libertad de expresión exige que anulemos también la Sentencia de 5 de junio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y asimismo que declaremos la nulidad del despido, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

Expuesto así el objeto del recurso de amparo, con carácter previo al examen de la queja que se formula por el recurrente debemos analizar la objeción procesal que aduce TVE, S.A. Mantiene el ente público que el recurrente acudió al recurso de revisión ante el Tribunal Supremo después de consentir el Auto del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de 25 de julio de 2000, que denegó la ejecución de la STEDH de 29 de febrero de 2000. A criterio de TVE, S.A., siendo el órgano judicial competente para ejecutar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el mencionado Juzgado, que conoció en primera instancia del proceso de despido, y habiendo quedado firme, por no ser recurrido en reposición (art. 184.1 de la Ley de procedimiento laboral: LPL), su Auto de 25 de julio de 2000, desestimatorio de la ejecución pretendida, no se habría cumplido el requisito del art. 44.1 a) LOTC, al no haber agotado el recurrente los recursos judiciales que tenía a su disposición. Ciertamente, el demandante de amparo abrió un doble cauce procesal una vez obtenida la Sentencia estimatoria de su demanda por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en primer lugar, instó un incidente de ejecución ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid (que conoció en instancia del despido), siendo rechazada su pretensión por Auto de 25 de julio de 2000, que quedó firme al no ser recurrido; seguidamente, formuló recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que fue desestimado por la Sentencia de 20 de noviembre de 2001, contra la que formula el presente recurso de amparo. Pues bien, que el demandante de amparo no interpusiera recurso de reposición (art. 184.1 LPL) contra el referido Auto de 25 de julio de 2000 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, conformándose con la respuesta judicial de rechazo de su pretensión ejecutiva por esta vía, no puede determinar en el presente caso la aplicación de la causa de inadmisión del art. 50.1 a) LOTC, en relación con el art. 44.1 a) LOTC, atendida –como acertadamente señala el Ministerio Fiscal la notoria incertidumbre procesal a la que se enfrentan los justiciables favorecidos por una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de escoger la vía procesal para hacer valer a efectos internos esa Sentencia, cuando entienden que persiste una lesión actual de sus derechos fundamentales. En este sentido el comportamiento procesal del recurrente puede considerarse razonable, sin que proceda, por tanto, apreciar la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial por no haber recurrido en reposición el Auto del Juzgado de lo Social, máxime teniendo en cuenta que la finalidad de este requisito no es otra que el planteamiento previo de la lesión constitucional en la vía judicial, posibilitando así su reparación en dicha vía y salvaguardando el carácter subsidiario del recurso de amparo (por todas, SSTC 162/1999 de 27 de septiembre, FJ 2; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 93/2002, de 22 de abril, FJ 3; 7/2006, de 16 de enero, FJ 3), oportunidad de reparación que, como ha quedado expuesto, ha tenido en este caso (además del propio Juzgado de lo Social) la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

2. Descartada la existencia de la causa de inadmisión alegada por la representación procesal del ente público TVE, S.A. procede que entremos a examinar la queja formulada por el demandante de amparo, atinente, como se ha señalado, a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], que se imputa a la Sentencia del Tribunal Supremo que deniega la revisión de la Sentencia por la que se declaró procedente el despido del recurrente. Entiende éste, como ya quedó indicado, que la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo supone privar arbitrariamente de eficacia a lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de febrero de 2000, lo que determina la pervivencia de la lesión del derecho a la libertad de expresión apreciada en dicha Sentencia, en tanto que no se ha obtenido la reparación ordinaria prevista en el ordenamiento jurídico interno para aquellos supuestos en los que el despido vulnera derechos fundamentales libertades públicas del trabajador (nulidad radical del despido, con efecto de readmisión inmediata del trabajador y abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido).

En suma, la desestimación del recurso de revisión significa, en opinión del demandante de amparo, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, al no acogerse su pretensión de anular el despido por vulneración del derecho a la libertad de expresión, extrayendo así las consecuencias pertinentes de la STEDH de 29 de febrero de 2000 y dando a la misma la ejecución que precisa toda resolución que declara la lesión de un derecho fundamental. En este sentido, el demandante invoca el precedente de nuestra STC 245/1991, de 16 de diciembre –caso Barberà, Messegué y Jabardo–, cuya doctrina («y casuística») considera aplicable mutatis mutandis al presente asunto. No es posible, sin embargo, compartir los paralelismos alegados por el demandante de amparo con el caso resuelto en la citada STC 245/1991, por las razones que seguidamente pasaremos a exponer.

3. Como se recuerda en la reciente STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 3 a), en la STC 245/1991 «se realizaron una serie de declaraciones que ahora, catorce años después, todavía siguen estando vigentes». Así, se declaró que «de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio» (FJ 2). En aquél entonces se citaron los casos Marckx (Sentencia de 13 de junio de 1979) y Pakelli (Sentencia de 25 de octubre de 1983), jurisprudencia que, como señala la citada STC 313/2005, FJ 3 a), ha sido mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta el día de hoy, no obstante la importante reestructuración operada en el Convenio como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 a fines de 1998 [cfr. inter alia los casos Olsson c. Suecia (núm. 2), Sentencia de 27 de mayo de 1992, §§ 93 y 94; Ribemont c. Francia (aclaración de la Sentencia de 10 de febrero de 1995), Sentencia de 7 de agosto de 1996, §§ 19 y 21 a 23; Hentrich c. Francia (aclaración de la Sentencia de 3 de julio de 1995), Sentencia de 3 de julio de 1997, §§ 13 a 16; Scozzari y Giunta c. Italia, Sentencia de 13 de julio de 2000, § 249; Mehemi c. Francia (núm. 2), Sentencia de 10 de abril de 2003, § 43; Assanidza c. Georgia, Sentencia de 8 de abril de 2004, § 198; Öcalan c. Turquía, Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2005, § 210]. Del mismo modo, la STC 245/1991, FJ 2, afirmó que «desde la perspectiva del Derecho internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal». Y es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46 CEDH (rubricado «fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias»), tan sólo ostenta una potestad declarativa, puesto que la fase de

ejecución de sus Sentencias es encomendada al Comité de Ministros, órgano encargado de «velar» por su ejecución, como recuerda la STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 3 a).

De ello se extraía ya en la STC 245/1991, FJ 1, una conclusión esencial en la materia que nos ocupa, que ahora debe reiterarse. Consiste en que el enfoque adecuado con el que el Tribunal Constitucional ha de examinar el presente recurso de amparo no ha de ser el de la discusión sobre la ejecución interna de la STEDH de 29 de febrero de 2000, y ello no sólo porque el debate sobre la ejecución de aquella Sentencia es ajeno a la competencia del Tribunal Constitucional, sino porque, además ha de darse en este punto la razón al Tribunal Supremo cuando señala que las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no son ejecutivas y que del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos no se desprende que el Tribunal Europeo «tenga atribuciones para derogar una norma, anular un acto administrativo o casar una sentencia que estimase contraria al Convenio». O dicho en términos de la STC 245/1991, FJ 1, la Sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son resoluciones «sin efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles». No obstante lo anterior, la propia STC 245/1991, FFJJ 2 y 3, precisó que el hecho de «que el Convenio europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio ... no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio», habida cuenta de que el Convenio europeo forma parte de nuestro Derecho interno (art 96.1 CE) y que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10.2 CE), entre los que ocupa un especial papel el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, siendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio. «De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno» (STC 245/1991, FJ 3). Lo que el Tribunal Constitucional ha de examinar, en definitiva, es si la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente en amparo, declarada por la STEDH de 29 de febrero de 2000, sigue siendo actual y, en consecuencia, precisa de la adopción de medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental.

4. Partiendo de esa premisa (existencia de una lesión actual del derecho fundamental), en la STC 245/1991 se estimó el recurso de amparo formulado por los demandantes por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), al constatar que el Tribunal Europeo de Derechos Humano «declaró la existencia de una violación del Convenio especialmente cualificada, la del art. 6.1, en un proceso penal que terminó con la condena de los actores y al que dicho Tribunal imputa una serie de irregularidades ... que le llevan a concluir que aquel procedimiento penal, tomado en su conjunto, no ha satisfecho las exigencias de un juicio justo y público»; y asimismo «que la violación del art. 6.1 declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere en el presente caso a unas condenas penales de pérdida de libertad pendientes aún de cumplimiento, de modo que la continuación de efectos de las Sentencias condenatorias, que

resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada, supone el mantenimiento de esa lesión del derecho reconocido en el Convenio, que es una violación especialmente cualificada, a consecuencia de una serie de irregularidades que han permitido al Tribunal Europeo llegar a la conclusión de que el procedimiento penal en cuestión tomado en su conjunto no satisfizo las exigencias de un juicio justo y público.. De este modo, la declaración de la violación del art. 6.1 del Convenio europeo declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, implica el hecho de la existencia y el mantenimiento de una condena penal impuesta con violación del derecho reconocido en el art. 24.2 CE, y, además, al tratarse de una pérdida de libertad impuesta sin la observancia de los requisitos formales exigidos por la Ley, resulta también lesivo del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 CE» (FJ 3). En consecuencia, para reparar satisfactoriamente la lesión de un derecho fundamental que seguía siendo actual (condenas penales de privación de libertad pendientes aún de cumplimiento), la STC 245/1991 anuló tanto la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo, como las Sentencias condenatorias de los recurrentes. Sin embargo, en el presente recurso de amparo, a diferencia del caso resuelto por la tantas veces citada STC 245/1991, no cabe sostener el carácter actual o subsistente de la violación del derecho a la libertad de expresión del recurrente, declarada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000.

Esta Sentencia apreció, en efecto, la vulneración del art. 10 CEDH, al estimar el Tribunal Europeo que, «a pesar de la inconveniencia de los términos empleados» por el demandante en sus declaraciones en programas de radio sobre las presuntas anomalías en la gestión de TVE, al utilizar expresiones «groseras y maleducadas» (en el transcurso de un intercambio rápido y espontáneo de comentarios entre el demandante y los presentadores de las emisiones de radio), «la sanción de despido revistió, considerando principalmente la antigüedad del demandante en la empresa y su edad, una severidad extrema, cuando se podían haber contemplado otras sanciones disciplinarias, menos graves y más apropiadas al caso».

En suma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció la vulneración del art. 10 CEDH al entender que, atendidas las circunstancias del caso, «no hubo una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción de despido impuesta al demandante y el fin legítimo perseguido». Esta apreciación lleva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del art. 41 CEDH («satisfacción equitativa») y dando respuesta a la pretensión indemnizatoria del demandante –en los términos ya indicados en el relato de antecedentes de la presente Sentencia – a conceder a éste, en concepto de daño material y moral, una indemnización de un millón de pesetas (más 750.000 pesetas por costas y gastos) a cargo del Estado español, al constatar «que antes del despido el demandante ya se encontraba en una situación de precariedad profesional en TVE; que no ha presentado ninguna prueba que demuestre que se esforzó en buscar otro trabajo, pese a que sus capacidades y su experiencia en el terreno de lo audiovisual constituían una baza segura a su favor»; y, finalmente, que «resulta difícil disociar en este caso el perjuicio material del perjuicio moral, teniendo en cuenta la notoriedad del demandante en su esfera de actividad»

No es posible, pues, compartir la tesis del demandante, quien pretende, en definitiva, que declaremos la nulidad de su despido en TVE –ordenando su inmediata readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir –, bajo la premisa de que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000 no ha dado una reparación perfecta del derecho a la libertad de expresión que declara lesionado, pues ni se ha anulado la sanción de despido impuesta por TVE, S.A., ni se ha indemnizado al demandante en la forma prevista en la legislación española. Tal pretensión resulta inatendible, pues, de un lado, la materialidad de la lesión del derecho

fundamental a la libertad de expresión del recurrente, que se produjo al ser despedido de su puesto en TVE con efectos desde el 15 de abril de 1994, no subsiste en el momento actual (a diferencia de lo que sí hemos apreciado cuando se trataba de penas privativas de libertad que aún se estaban cumpliendo), sin que los efectos derivados de la pérdida del puesto de trabajo, como consecuencia del despido, supongan el mantenimiento de la lesión del referido derecho fundamental (lo que hemos rechazado en la citada STC 313/2005, en un supuesto de condena penal que, entre otros efectos, determinó la pérdida de empleo de un militar de carrera) y, de otro porque en todo caso no se da ya la actualidad del perjuicio que aquella lesión pudo causar al recurrente, toda vez que fue el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de febrero de 2000, cuya ejecución fue oportuna y satisfactoriamente supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa [Resolución DH (2002) 106], el que, habiendo declarado la vulneración de la libertad de expresión, la ha reparado fijando la correspondiente satisfacción equitativa otorgada al recurrente por los perjuicios económicos y morales causados por el despido, conforme ha quedado expuesto.

5. Al no ser de aplicación al presente caso la doctrina específica sentada en la STC 245/1991, la queja que el recurrente formula contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, que desestimó su recurso de revisión, ha de ser resuelta desde el parámetro o canon tradicional del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, valorando si dicha Sentencia respeta nuestra consolidada doctrina acerca de la motivación exigible a las resoluciones judiciales. Conviene advertir, con carácter previo, que la Sentencia impugnada no es una resolución de inadmisión del recurso de revisión. Si así fuera, nuestro canon de control constitucional sería el aplicable a los supuestos de acceso a la jurisdicción, en el que nuestro enjuiciamiento no se limita a controlar la existencia de motivación en la decisión de inadmisión y la razonabilidad de la misma, sino que opera el principio *pro actione*, entendido como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (entre otras muchas, SSTC 88/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 119/1998, de 27 de noviembre, FJ 4; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 295/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; y 123/2004, de 13 de julio, FJ 3). Ello es así por cuanto el denominado como «recurso de revisión» por el art. 234 de la Ley de procedimiento laboral (LPL, con remisión a lo dispuesto en la vigente Ley de enjuiciamiento civil, LEC, que lo considera como un «proceso» autónomo al denominarlo, simplemente, «revisión de sentencias firmes» y regularlo en el último título del libro tercero, relativo a los procesos declarativos) «es en realidad un proceso especial y autónomo de carácter impugnativo o una acción provista de finalidad resolutoria de Sentencias firmes» (ST 158/1987, de 20 de octubre, FJ 2), por lo que, como señala la STC 11/2005, de 31 de enero, FJ 4, la denegación de acceso al legalmente denominado «recurso de revisión», en materia civil y social, es una denegación de acceso a la jurisdicción, no una denegación de acceso a un recurso (la misma doctrina hemos sentado para el recurso de revisión en materia penal: SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; y 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5).

6. Ahora bien, como queda indicado, la Sentencia impugnada en amparo no deniega el acceso al recurso de revisión, sino que desestima el mismo al entender la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que se invoca por el demandante como fundamento de su pretensión no encaja en ninguno de los motivos de revisión del art. 1796 LEC 1881 (tal y como reconoce el propio recurrente en el motivo único de su recurso de revisión). En efecto, el demandante postulaba en su recurso de revisión la consideración de la STEDH de 29 de febrero de 2000 como un «nuevo documento», a los efectos del motivo de revisión del art. 1796.1 LEC 1881 («habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: ... si después de

pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»), que se corresponde con el art. 510.1 de la vigente LEC 2000, tesis que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechaza fundadamente porque la obtención o recuperación de documentos decisivos para la resolución del caso se refiere a los ya existentes en el momento de dictarse la sentencia firme cuya revisión se pretende, y no a documentos posteriores a la misma. No se puede hablar con propiedad –razona la Sala– de documentos «recobrados» y aún menos de documentos «detenidos por fuerza mayor o por obra de parte», en relación con un documento (STEDH de 29 de febrero de 2000) que no existía en la fecha en que fue dictada la Sentencia cuya rescisión se solicita (la Sentencia de 5 de octubre de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaró el despido procedente). Para que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuese causa de revisión de Sentencias firmes –añade la Sala– «tendría que modificarse la legalidad actual estableciendo para ello un nuevo motivo legal de revisión», debiendo tenerse en cuenta que la nueva Ley de enjuiciamiento civil viene a regular el recurso de revisión y sus motivos en el art. 510 en términos similares a los de la precedente Ley de 1881, en los que no tiene cabida el motivo que se postula. Frente a ello –concluye la Sala– «no cabe hacer una interpretación extensiva de los motivos de revisión previstos en la LEC», pues es el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que, apreciando la existencia de vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH), ha establecido, en aplicación de lo dispuesto en el art. 41 CEDH, la reparación económica del derecho lesionado, con lo que ya ha otorgado al recurrente la tutela que ahora nuevamente se solicita por la vía del recurso de revisión.

A la vista de la fundamentación jurídica de la Sentencia impugnada, que acabamos de resumir, no puede sino concluirse que estamos ante una resolución judicial que satisface plenamente el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tal y como exige nuestra reiterada doctrina al respecto (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 10/2000 de 31 de enero, FJ 2; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 100/2004, de 2 de junio, FJ 5; y 60/2006, de 27 de febrero, FJ 2), dado que se trata de una resolución motivada, pues contiene los elementos razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, y está fundada en Derecho, al no ser arbitraria o irrazonable ni incurrir en error patente. En efecto, como ha quedado indicado, el Convenio europeo de derechos humanos no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio, ni tampoco confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el Derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria (STC 245/1991, FJ 2).

Por otra parte, tampoco resulta de aplicación al presente caso la doctrina sentada en la ya citada STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 6, en la que, respecto de la inadmisión de un recurso de revisión penal basado en el motivo consistente en sobrevenir después de la sentencia condenatoria firme «nuevos hechos de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado» (art. 954.4 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LEC), afirmamos que no sería conforme al art. 24.1 CE una decisión judicial que denegase la interposición del recurso de revisión por entender que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no constituye un hecho nuevo a tales efectos, pues se trataría de «una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan –especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes – y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE».

Pues bien, a diferencia del supuesto al que se aludía en la STC 240/2005, en el presente asunto el recurso de revisión no fue inadmitido, sino desestimado, y el motivo de revisión invocado por el recurrente fue, como ya se dijo, el previsto en el art. 1796.1 LEC 1881 (que después de pronunciada la sentencia firme «se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»), razonándose fundadamente por el Tribunal Supremo que no se puede hablar con propiedad de documento «recobrado» en relación con una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la Sentencia de 29 de febrero de 2000) que no existía en la fecha en que fue dictada la Sentencia de 5 de octubre de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya revisión se solicita. En efecto, en el presente caso no está en discusión que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueda ser considerada como un «hecho nuevo» (o si se quiere, en los términos empleados por el propio recurrente, un «documento nuevo»), sino que lo determinante es que la Sentencia del Tribunal Europeo de 29 de febrero de 2000 no puede entenderse como un documento recobrado, a los efectos del motivo de revisión establecido a la sazón en el art. 1796.1 LEC 1881, que se corresponde con el art. 510.1 de la vigente LEC. Por lo que en modo alguno es irrazonable entender –como lo ha hecho la Sala de lo Social del Tribunal Supremo– que recobrar un documento es recuperar un documento que ya se poseía o existía antes de dictarse la Sentencia cuya rescisión se pretende, y que no pudo ser aportado en su día al proceso por causa de fuerza mayor o por una actuación torticera de la parte contraria, siendo obvio que tales circunstancias no concurren en el supuesto que ahora examinamos.

En definitiva, considerar, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada en amparo, que la STEDH de 29 de febrero de 2000, en la que se fundamentaba el recurso de revisión del demandante, no encaja en el motivo del art. 1796.1 LEC 1881 (ni en ninguno de los motivos restantes de revisión), y que para que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuese causa de revisión de sentencias firmes tendría que modificarse la actual normativa, estableciendo un nuevo motivo legal de revisión ad hoc, constituye una respuesta que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que el art. 510.1 de la vigente LEC 2000 viene a reproducir, con leves matices de redacción, el art. 1796 LEC 1881 y, en definitiva, el legislador español no ha adoptado ninguna disposición que obligue a los Jueces y Tribunales a la revisión de sentencias firmes con fundamento en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que haya declarado la vulneración de un derecho fundamental reconocido por el Convenio europeo de derechos humanos. La queja del recurrente ha de ser, por tanto, desestimada y, con ella, el presente recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido Denegar el amparo solicitado por don Bernardo Fuentes Bobo. Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de julio de dos mil seis.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.– Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 119-2002

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de Sala debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia a pesar de compartir el fallo desestimatorio de la misma.

1. En primer lugar, entiendo que habiendo hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos uso de la potestad de fijación de «satisfacción equitativa» que le otorga el art. 41 CEDH debe concluirse que la Sentencia Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 2000, está correctamente ejecutada a todos los efectos, como por otro lado se puso de manifiesto por la ResDH (2002), 106, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que supervisó el cumplimiento por España del fallo. Así lo entiende también la mayoría, pero sin extraer de ello la consecuencia constitucional interna que a mi juicio de ello se deriva: ejecutada la Sentencia del Tribunal Europeo mediante el citado mecanismo carece de relevancia constitucional alguna la hipótesis misma de dar ejecución al fallo en el ámbito interno. Cuestión distinta es el efecto reflejo que una condena pueda tener más allá del caso concreto respecto de supuestos similares o, por ejemplo, la conveniencia que pudiera derivarse de reformas normativas, hipótesis que no se plantean en el presente asunto. En definitiva, la desestimación de la demanda de amparo debería haberse basado sólo y exclusivamente en que la STEDH Fuentes Bobo c. España, cuya ejecución se instó primero ante la jurisdicción ordinaria y luego ante la jurisdicción constitucional, ya estaba ejecutada una vez satisfecha la indemnización fijada por dicha Sentencia.

2. Por el contrario, la decisión votada por la mayoría se adentra aún más en el tema de la ejecución interna de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguiendo una línea de «voluntarismo jurídico» que abriera la STC 245/1991, de 16 de diciembre, para incurrir, siempre en mi opinión, en algunas contradicciones. Como ya afirmara la citada STC 245/1991, y se ha reiterado con posterioridad en todas aquellas ocasiones en que se ha planteado la cuestión de la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de lo que deja constancia el fundamento jurídico 3 con cita expresa de la STC 245/1991, en el ordenamiento español no existe ningún mecanismo que permita dar ejecución directa interna a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni a decisiones de ningún otro órgano internacional de garantía de derechos fuera del ámbito de la Unión Europea (entre las decisiones más recientes pueden citarse las SSTC 313/2005, de 12 de diciembre, y 116/2006, de 24 de abril). No obstante, este Tribunal ha dejado abierta la puerta a esas ejecuciones en algunos casos: «declarada por Sentencia ... [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos] una violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno» (STC 245/1991, FJ 3, reiterado en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia de la que ahora se discrepa).

Esta afirmación se hace convivir, sin embargo, con el reconocimiento de la carencia de competencia legal o constitucional para ejecutar las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que no deja de ser contradictorio. Y lo es especialmente si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional, como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC), tiene como únicos y necesarios límites constitucionales y legales su actuación de acuerdo con el principio de justicia rogada y la delimitación de su jurisdicción y competencias por parte de la Constitución (título IX en relación con el art. 123.1 a contrario CE) y LOTC. Esa genérica y algo retórica apelación al interés por los derechos fundamentales no puede fundar la atribución de una competencia en ningún lugar reconocida. Tampoco el art. 10.2 CE, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, puede suponer una fuente de atribución de competencias sino sólo un

cualeficado mandato de tipo hermenéutico que, como mucho, y por lo que aquí importa, puede traducirse, y así debe ser, en un principio general de interpretación de la Constitución de acuerdo con el Convenio europeo de derechos humanos tal y como, a su vez, es interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en este sentido, por ejemplo, STC 50/1989, de 21 de febrero, FJ 2) Pero entre ese mandato de interpretación y el ejercicio de una potestad como es ejecutar fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay un salto que sólo la intervención del legislador puede dar mediante la atribución de una competencia concreta y explícita, cosa que en España no ha hecho a pesar de las advertencias de este Tribunal en ese sentido. Que el legislador deba hacerlo o no, y en qué modo, son cuestiones que no corresponde valorar a la jurisdicción constitucional, pero tampoco le compete a ésta sustituir la falta de actuación de aquél, máxime cuando no existe un mandato constitucional expreso en dicho sentido.

3. A mayor abundamiento, y aquí se da implícitamente otra contradicción de la mayoría, no está de más recordar, como ya hiciera el Voto particular formulado en su día a la STC 245/1991, que la ejecución de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos supondría casi siempre ignorar lisa y llanamente el valor de cosa juzgada de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

En efecto, no puede olvidarse que un asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la mayor parte de los casos, y dado el principio de subsidiariedad del art. 35.1 CEDH, habrá sido previamente enjuiciado desestimatoriamente por el Tribunal Constitucional (como así ocurrió en el presente caso en la STC 204/1997, de 25 de noviembre). Desvirtuar, pues, ese efecto de cosa juzgada exigiría, también, una base legal expresa hoy inexistente que lo hiciera posible.

4. Dando un paso más, y aceptando efectos meramente dialécticos la posibilidad de dar ejecución a fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando la lesión de un derecho fundamental es «actual», en un caso como el que se juzgaba en el presente asunto es discutible que esa actualidad no se diera. En efecto, lo que el Tribunal Europeo consideró en su Sentencia Fuentes Bobo c. España fue la existencia de una lesión del art. 10 CEDH al haberse producido un despido con vulneración de la libertad de expresión. Siendo, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la sanción constitucional ante este tipo de despidos la «nulidad radical» es muy difícil mantener que un despido viciado de nulidad radical no sigue suponiendo la existencia de una lesión actual mientras dicho despido no se hace desaparecer, como pretendía el recurrente, mediante la correspondiente readmisión y el abono de salarios dejados de percibir. En consecuencia, en la propia lógica de la Sentencia su fallo debería haber sido estimatorio.

5. Mi última discrepancia se centra en el tratamiento que la Sentencia hace en su fundamento jurídico 6 de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como posibles «nuevos documentos» a efectos de la interposición de un recurso de revisión. Coincido con la mayoría en que, instada la ejecución de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la jurisdicción ordinaria mediante su invocación como documento nuevo a efectos de revisión, el parámetro de enjuiciamiento constitucional de la decisión que al respecto adopten los órganos judiciales es el del art. 24.1 CE. De acuerdo con este parámetro, me parece que es razonable afirmar que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es un documento nuevo a los efectos del art. 510.1 de la vigente LEC, como posiblemente también cabría dentro de la Constitución la interpretación contraria; pero esa apreciación está dentro de las potestades de interpretación de los requisitos legales de acceso al recurso de revisión, incluso considerando éste

como acceso a la jurisdicción y no al recurso (STC 150/1997, de 20 de septiembre, FJ 3). También en este punto la posición de la mayoría incurre en una nueva contradicción, que se arrastra realmente de la STC 240/2005, de 10 de octubre.

En esta última Sentencia, como *obite dictum* (no relevante para el fallo y no como «doctrina», como erróneamente, a mi juicio, se califica en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia de la que aquí se discrepa), se realizó una forzada construcción, allí a efectos de la revisión penal, pero que sería trasladable *mutatis mutandis* a todos los supuestos de revisión. En el fundamento jurídico 6 de la STC 240/2005 se concluye que «debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión “hechos nuevos que evidencien la inocencia del condenado” del art. 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración». Con ello pues, viene a mantenerse que la constatación de una lesión de derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ser considerada un hecho nuevo siempre que se produzca en otro procedimiento distinto de aquel respecto del que se insta la ejecución, es decir como efecto indirecto de otra lesión, pero no cuando directamente se aprecia la lesión por el propio Tribunal Europeo. Al margen, hay que insistir en ello, de que esa construcción difícilmente puede calificarse de «doctrina» -motivo por el que entonces no hice uso de la facultad reconocida en el art. 90.2 LOTC-, la misma conduce a una cierta paradoja: constatada una lesión de un derecho fundamental por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es irrazonable ni desproporcionado, sino más bien necesario desde el punto de vista del art. 24 CE, interpretar que la Sentencia que lo hace no es un hecho nuevo a efectos de la revisión interna de una decisión que afectaba a terceros y sin embargo sí es irrazonable y desproporcionado ese mismo juicio cuando la lesión se ha producido precisamente respecto de quien reclama una revisión de su condena o de cualquier otro fallo lesivo de derechos fundamentales según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estos son los motivos por los que discrepo no del fallo sino de parte de los fundamentos de la presente Sentencia, reiterando mi respeto hacia la mayoría. En Madrid, a cinco de julio de dos mil seis. -Pablo Pérez Tremps. -Firmado y rubricado.

Para mejor comprensión estudiaremos detenidamente, partiendo de la *cosa Juzgada* para comprender la acción de Nulidad de cosa juzgada y la responsabilidad de los juzgadores.

2. DEFINICIÓN

La cosa juzgada ya se conocía en el Derecho romano, según *Giuseppe Chiovenda*⁵⁸¹ la cosa juzgada no era *res in iudicium deducía* (*disputa entre las partes en juicio*), el bien de la vida disputado por los litigantes, después fue la *res iudicata*, es decir, reconocida o negada al autor (*accionante*). La que se hacía definitiva con la *cosa juzgada* no era la definición de una cuestión, sino el reconocimiento o no reconocimiento de un bien de la vida, los romanos admitieron esa autoridad de la *res iudicata* por una razón eminentemente práctica, por la suprema exigencia de la vida social que haya *certeza* y *seguridad* en el goce de un bien de la vida. Los romanos de

⁵⁸¹ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituzioni di diritto processuale civile*, trad. MENEGALE, GRIMARÆS, vol. I, pp. 182, 511 y 531.

hecho no pensaban en atribuir a lo que el juez afirma solamente porque lo afirma una presunción de verdad.

El texto célebre de *Paulus*⁵⁸² *res iudicata pro veritate accipitur*, significa tan sólo que el pronunciamiento del juez, que reconoce o no un bien de la vida, esto es que recibe o rechaza la demanda, *no constituye como verdad*, ni jamás pensaron los romanos que la esencia de la sentencia se contuviese en la resolución de cuestiones. *Marco Tulio Zanzucchi*⁵⁸³ dice que «De | un punto de vista sustancial (el proceso romano) era derecho a realizarse la *res in iudicium deducta*, no a resolver controversias»

En el *Derecho canónico* delimitando la definición de la *cosa juzgada* como afirma *Chiovenda*,⁵⁸⁴ que se fue constituyendo en Italia a partir del siglo XII, apareciendo el proceso como un modo de resolver los conflictos y la *sentencia* como una decisión final de la controversia, hasta que no más se comprendía la *res iudicata* como la simple expresión de la exigencia práctica de certeza y seguridad en el disfrute de los bienes de la vida, pero como una presunción de verdad.

La *cosa juzgada*, para *Chiovenda*⁵⁸⁵ actualmente se considera exclusivamente como la afirmación o negación de una voluntad del Estado, que garantiza a alguien un determinado bien de la vida en el caso concreto, *sólo a esto se puede extender la autoridad de lo juzgado, con la sentencia se consigue la certeza de la existencia de tal voluntad es la incontestabilidad del bien reconocido o negado el derecho discutido.*

La cosa juzgada es la *cualidad* de la sentencia y de sus efectos. Esta cualidad consiste en la *inmutabilidad de la sentencia y sus efectos, denominada autoridad de cosa juzgada*, es decir es el juzgamiento definitivo, porque es inimpugnabile la decisión. Se puede decir también que es la preclusión de todos los recursos impugnatorios en la decisión del proceso.

La cosa juzgada es una *exigencia* de orden social, político y práctico por ser necesario dar soluciones a situaciones de incerteza, debiendo prevalecer una de ellas a fin de que haya certeza en las relaciones jurídicas, como así también afirma *Coqueijo Costa*.⁵⁸⁶

Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA,⁵⁸⁷ la cosa juzgada se resume en las siguientes expresiones:

⁵⁸² PAULUS. *Digesto, Livro XLIV, Título II, de exceptione rei iudicatae, frag. 6º*, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit., p. 551.

⁵⁸³ ZANZUCCHI, MARCO TULLIO. *Diritto processuale civile*, vol. I, 1947, p. 85; trad. CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR (01 de mayo, 2006).

⁵⁸⁴ CHIOVENDA, GIUSEPPE. Op. cit., vol. I, pp. 191 y 513.

⁵⁸⁵ IBIDEM. Op. cit., vol. I, p. 515 y vol. II, p. 43.

⁵⁸⁶ COSTA, COQUEJO. *Derecho judicial de trabalho*, Rio de Janeiro, Brasil, edit. FORENSE, 1978, p. 389.

⁵⁸⁷ OMEBA. *Enciclopedia jurídica*, tomo IV, Edit. Bibliografía, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 971, cit. por CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la responsabilidad civil de los jueces en el derecho procesal civil*, en Rev. jurídica, Órgano oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, edic. especial, N° 134, enero 1996-julio 1999, Trujillo, Perú, 1999, p. 364.

a) Para la doctrina tradicional, la cosa juzgada es el principal efecto que producen las sentencias judiciales, mediante la cual se convierten en *inmutables*, invocando para ello como fundamento principal, impedir la revisión de lo ya resuelto en sentencia firme.

b) La Escuela Normativa de *Hans Kelsen*, es la inmutabilidad de las normas individuales, cuyo carácter es atribuido a las sentencias.

c) La *Escuela Ecológica* de *Carlos Cossio*, es la prohibición normativa axiológica de la derogación de las normas individuales judiciales por otras normas reflexivas posteriores.

Por nuestra parte podemos *definir* la cosa juzgada como la categoría jurídica procesal que adquiere la sentencia con el carácter de intangibilidad al haber precluido todos los recursos impugnatorios ante las instancias jurisdiccionales competentes, o que los litigantes han renunciado al derecho impugnatorio expresa o tácitamente, convirtiéndose la sentencia en norma de cumplimiento obligatorio en sus propios términos del fallo, y ninguna autoridad jurisdiccional o administrativa podrá modificar, observar o calificar su contenido, su cumplimiento es obligatorio por los litigantes y autoridades en su ejecución.

3. NATURALEZA DE LA COSA JUZGADA

Para explicar la naturaleza jurídica de la cosa juzgada han surgido diversas teorías: La primera sustentada por *Savigny*, quien afirma que la *cosa juzgada* es una ficción de verdad. *Pothier* sostiene que la cosa juzgada es una presunción absoluta de verdad, esta teoría fue materializada en el Art. 130º, inc. 3º del Código Civil francés: «*La presunción legal es aquella que está vinculado por una ley especial a ciertos actos o a ciertos hechos: tales son – la autoridad que le atribuye a la cosa juzgada*»

Algunos juristas afirman que la *cosa juzgada* constituye la certeza judicial, considerada el accertamiento de la verdad, la certeza (*verdad subjetiva*) considerada como equivalente a la realidad (*verdad objetiva*). También sostienen que la *cosa juzgada* es una novación, porque crea una nueva relación jurídica. Para *Hellwig*⁵⁸⁸ el único efecto que produce la sentencia que ha precluido los recursos impugnatorios (*transitada en juzgado*) es un derecho procesal del vencedor a la observancia por parte de los órganos jurisdiccionales, del que fue afectado en una obligación de respetar el accertamiento contenido en la sentencia transitada en el juzgado (*agotado los recursos impugnatorios*).

Como podemos ver las divergencias para determinar la naturaleza de la *cosa juzgada*, y para otros el fundamento de la *autoridad de cosa juzgada*, se encuentra en su elemento volutivo, significa en la voluntad del juez, característica de fuerza autoritaria del poder del Estado.

*Ugo Rocco*⁵⁸⁹ afirma que la cosa juzgada se caracteriza por el cumplimiento de la prestación jurisdiccional como causa de extinción (*acciones declarativas*) o de modificación (*acciones*

⁵⁸⁸ HELLWIG. Cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 546.

⁵⁸⁹ ROCCO, UGO. Op. cit., tomo I, p. 5873 y ss.

condenatorias) del derecho de acción civil. Otro autor como *Pagenstecher* sustenta que la cosa juzgada tiene naturaleza semejante a la del contrato de declaración, mediante el cual dos personas obtienen la certeza jurídica respecto de un derecho subjetivo.

Carnelutti, considera en virtud del comando complementador que el juez ejerce, cuya autoridad es la misma de la ley general (*lex generalis*), la sentencia constituye una *lex specialis* proveída de semejante eficacia.

La caracterización que hacen *Imaz y Palacio*⁵⁹⁰ es muy importante, al sostener que la *cosa juzgada* consiste en la duración de la vigencia de las sentencias judiciales originadas de la prohibición impuesta normativamente a los órganos de la colectividad de derogarlas por medio otras normas jurídicas posteriores, éste es el sustento de la inutilidad de cualquier teoría que pretenda justificar la institución fuera de un criterio estrictamente axiológico y en ese orden de ideas, parece obvio que son valoraciones de *seguridad* y de *orden* más que de estricta justicia que sustenta su manutención en el orden jurídico.

*Michelli*⁵⁹¹ coincide con *Carnelutti*, afirma que la cosa juzgada proporciona la *lex specialis* y por consiguiente, la nueva disciplina de la relación entre partes, porque el mandato del juez sustituye con su eficacia vinculativa a la disciplina eventualmente antes existente, por lo que no se puede negar la permanencia del aspecto procesal de la cosa juzgada como expresión de un medio de tutela, cuya actuación compete constitucionalmente a un órgano del Estado.

*Wilson de Sousa Campos Batalha*⁵⁹² clasifica estas teorías en *sustanciales* y *procesales*. Las primeras procurando conceptuar la *cosa juzgada* como resultado de una relación sustancial (*de derecho material*), o como fuente de nueva relación sustancial, y las segundas, procurando justificar la *cosa juzgada* sobre los criterios de conveniencia o de necesidad, reputándola como la *máxima preclusión* o la preclusión de todas las impugnaciones.

El criterio del jurista brasileño de la *cosa juzgada como derecho material o fuente de nueva relación material*, no compartimos en todo, porque la *sentencia* con la categoría de *cosa juzgada*, siempre tiene que tener como fundamento la solución del derecho material en conflicto, y no es la fuente de nuevos derechos materiales. En los casos de sentencias declarativas, los derechos materiales ya existen, solamente requieren su declaración judicial mediante la sentencia. También tenemos los derechos de *jurisdicción voluntaria*, el titular del derecho es determinado, sin embargo por su importancia y repercusión social, el derecho le da protección exigiendo que para el ejercicio regular de estos derechos latentes, promueva acción judicial para su declaración de certeza, así por ejemplo, la sucesión intestada.

En cuanto a la *cosa juzgada procesal* el autor sustenta una verdad, que la *cosa juzgada* en el desarrollo histórico de la impartición de justicia ha estado viciada de la ingerencia de las fuerzas económicas dominantes, los que siempre han sido minoritarias en agravio de las mayorías como parte débil de la relación procesal, y los jueces han fallado por la conveniencia,

⁵⁹⁰ IMAZ Y PALACIO. Cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit., p. 546.

⁵⁹¹ MICHELI. Op. cit., tomo I, p. 346

⁵⁹² BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. Op. cit., p. 547.

y pocas veces con criterio equitativo en las relaciones procesales de fuertes y débiles. Por otra parte los fallos no siempre son justos, sino por necesidad de la convivencia o dominio político de determinada época, el Estado dicta leyes que atentan a los intereses colectivos que jurisdiccionalmente los casos particulares repercute en el interés colectivo, a pesar de ser leyes anticonstitucionales, pero el juez está obligado a declarar inaplicables por el *principio del control difuso* de la constitucionalidad, sin embargo no lo hace principalmente cuando se trata del poder político o económico y la sentencia adquiere la categoría de cosa juzgada, a pesar que es injusta.

Para *Hans Kelsen*, la sentencia judicial se engarza en el proceso creador del derecho, constituyendo *norma* para el caso específico, subordinada a las normas superiores y subordinantes de los actos ejecutorios. La sentencia siendo una norma individual, concreta y personalizada, subordinada, en su elaboración a las normas abstractas y generales, tiene su vigencia subordinada también a las normas legales. Así como las leyes una vez promulgadas entran en vigor hasta que sean derogadas, las sentencias también tienen su validez y eficacia a partir de su publicación o intimación. Esa *validez y eficacia* es condicionada a su modificación o alteración a través de los medios que la ley faculta.

Cuando la ley no faculta cualquier modificación o alteración en el pronunciamiento judicial, por motivos de certeza y seguridad jurídica, se dice que ocurre la cosa juzgada apartados en ese caso de los valores de justicia y finalidad social.

Teniendo en cuenta el apartado anterior, la *cosa juzgada* no constituye una cualidad esencial del pronunciamiento último, sino solamente una *inexistencia de oponibilidad*, agotados ciertos límites recursales dentro del proceso, dejándose al margen la *posibilidad de revisión* a través de la acción que la ley garantiza, acción que en la legislación comparada y jurisprudencia se denomina *acción rescisoria* y el C.P.C. peruano vigente denomina *nulidad de cosa juzgada fraudulenta*, como veremos más adelante.

La contradicción que encierra la cosa juzgada a través de la cual se manifiesta la perpetua contradicción entre los valores que constituyen la idea del *Derecho - justicia y seguridad jurídica* en detrimento de aspectos esenciales de *justicia* y del *bien común* como finalidad suprema del Derecho.

4. LA COSA JUZGADA MATERIAL Y FORMAL

La doctrina ha formulado una *dualidad* esencial de cosa juzgada: *cosa juzgada material* y *cosa juzgada formal*. La *cosa juzgada material* o *sustancial*, consiste en la seguridad de los bienes jurídicos del accionante o del demandado con la calidad jurídica que a uno u otro litigante se reconoce y define en la sentencia, es decir, constituye una seguridad para los derechos materiales.

*Hans Nawiasky*⁵⁹³ dice que la *cosa juzgada* es de naturaleza *material*, considerándose que la decisión emitida por el juzgador será en el futuro la medida exclusiva para juzgar la relación

⁵⁹³ NAWIASKY, HANS. Op. cit., p. 351.

jurídica controvertida, es decir, que no será posible una resolución divergente con la base en nuevo examen de la situación jurídica, en cambio, la *cosa juzgada formal* consiste en la inatacabilidad de la sentencia, porque se pronunció el tribunal en última instancia, o por el litigante afectado o ambos dejaron precluir el plazo para interponer el recurso impugnatorio y se eleve al tribunal Superior (*segunda instancia*).

La *cosa juzgada formal* consiste en el agotamiento de posibilidades de impugnación de la sentencia mediante los recursos señalados en la ley procesal, a pesar de la excepción de la exclusividad del medio de impugnabilidad por la *acción rescisoria* denominada también nulidad de cosa juzgada fraudulenta o recurso de revisión de cosa juzgada que la legislación moderna a regulado en aplicación de la Moderna Teoría Procesal Civil Empresarial.

Según **René Japiot**⁵⁹⁴ la *cosa juzgada formal*, significa el agotamiento de todas las instancias jurisdiccionales, es decir la preclusión de todas las impugnaciones, en el aspecto *sustancial* significa que el bien jurídico reconocido o denegado por el juez, los litigantes no volverán a discutir el mismo bien jurídico en conflicto decidido en la sentencia con categoría de cosa juzgada, por estar investida de la *presunción de verdad*, pero se podrá volver a *revisar* el proceso del juzgamiento en aplicación de la *presunción de invalidez o regularidad del proceso*.

Sobre el este problema **Luís Legaz Lacambra**⁵⁹⁵ resalta que la «Fuerza de cosa juzgada en sentido formal significa la imposibilidad de anular la sentencia por medio de los recursos, ya porque la última instancia ha sido la última palabra, ya porque ha transcurrido el tiempo para interponerlos o porque ha desistido o renunciado a ellos. La fuerza de cosa juzgada en sentido material significa que el fallo contenido en la sentencia es de tal suerte decisivo, que excluye totalmente cualquier nuevo examen del negocio y cualquier resolución nueva distinta sobre la misma relación jurídica, frente a los que han sido partes, sea por el mismo tribunal que dictó la primera, o sea por otro diferente»

Por su parte **Pedro Batista Martines**⁵⁹⁶ afirma también que la *cosa juzgada formal* resulta de la extinción de los recursos contra la sentencia o de la preclusión de los plazos para la interposición de recursos impugnatorios y en *sentido material*, la cosa juzgada se confunde con la propia eficacia de la sentencia.

Ante esta diferenciación de la dualidad del carácter de la cosa juzgada, **Liebman**⁵⁹⁷ niega el interés de la distinción de esos dos aspectos de la cosa juzgada, por el contrario es partidario de una *concepción unitaria* de la institución. Particularmente participamos de la posición de **Liebman**, porque la cosa juzgada en esencia tiene estas dos características como garantía de seguridad de los derechos materiales de los litigantes y la prohibición de ser sometidos a nuevo juzgamiento los mismos hechos resueltos la sentencia, concluidos los actos procesales investigatorios en la contrastación de las pretensiones y contradictorios concluye con la sentencia con categoría de cosa juzgada, concluido el proceso resuelto el conflicto de intereses o la incertidumbre, salvo la acción de cosa juzgada.

⁵⁹⁴ JAPIOT, RENE. *Traté elementaire de procédure civile et commerciale*, 1935, p. 125.

⁵⁹⁵ LEGAZ LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 481; *Introducción a la ciencia del derecho*, op. cit., p. 453.

⁵⁹⁶ BATISTA MARTINS, PEDRO. Op, cit., p. 91.

⁵⁹⁷ LIEBMAN. *Eficacia e autoridade da sentença*, trad., p. 57.

A nuestro criterio la *caracterización* de la cosa juzgada en *material* y *formal*, se deriva más que todo de las consecuencias de los efectos de la cosa juzgada en el *derecho material* y *formal* que tiene toda sentencia consentida o ejecutoriada.

Sin embargo, apartándonos de estas posiciones doctrinarias, la *cosa juzgada* se clasifica en cosa juzgada material y cosa juzgada formal vista desde otro ángulo.

La *cosa juzgada material* es cuando el juzgador se ha pronunciado sobre el fondo de la litis, es decir declarando fundadas o infundadas las pretensiones de las demandas. En estos casos los litigantes no pueden promover otra acción sobre las mismas pretensiones. Por ejemplo, la sentencia que declara infundada la demanda de la *acción de rescisión del contrato de compraventa de una casa por lesión*, amparado en el art. 1447 del C.C., la sentencia al adquirir la categoría de cosa juzgada, el vendedor no podrá volver a promover la misma acción judicial.

La *cosa juzgada es formal*, cuando el juez no se pronuncia sobre el fondo de las pretensiones y declara improcedente la demanda, es decir que el derecho material alegado no está amparado por el derecho procesal, dejando a salvo en muchos casos para que los litigantes hagan valer su derecho en el modo y forma de ley. Opera la *cosa juzgada formal*, porque el accionante o el reconveniente no pueden promover acción de la misma naturaleza que fue pronunciada con sentencia. Por ejemplo, en el proceso de desalojo por ocupación precaria, se declara improcedente porque el demandado también tiene título de propiedad, en consecuencia, el demandante tendrá que hacer valer su derecho ya sea promoviendo la Nulidad del título de propiedad del demandado y reivindicación, o la declaración del mejor derecho de propiedad y reivindicación, pero no podrá promover acción de desalojo por ocupación precaria.

5. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA

La *cosa juzgada* obliga a los órganos jurisdiccionales el respeto a la sentencia consentida o ejecutoriada, y si está actuada como medio probatorio en otro proceso, conserva su valor en su integridad, y el juzgador no puede someterlo a valoración o calificación.

La *cosa juzgada* impide volver a demandar sobre los mismos hechos y entre los mismos litigantes, que la *praxis* y la *teoría procesal* ha elaborado la *institución* protectora denominada *exceptio rei judicare*. El juez desde el momento que tiene conocimiento de la cosa juzgada, tiene la obligación *ex officio* de respetar la intangibilidad e inmutabilidad independientemente de cualquier argumento de los justiciables.

La sentencia con la calidad de cosa juzgada, no está a disponibilidad de los litigantes porque es de interés social y en consecuencia de orden público, sin embargo sí pueden renunciar a los efectos de la sentencia variando su situación jurídica como dice *Chiovenda*,⁵⁹⁸ pero nunca pueden pretender por acuerdo sea objeto de una nueva decisión sobre una relación ya decidida.

⁵⁹⁸ CHIOVENDA, GIUSEPPE. Op. cit., vol. I, p. 529.

Por su parte *Adolfo Schoenke*⁵⁹⁹ dice que «La cosa juzgada ha de tenerse siempre en cuenta de oficio, pues descansa en la autoridad que el Estado concede a los pronunciamientos de los Tribunales, no pudiendo quedar al arbitrio de las partes el que sea tenido en cuenta o no. Tampoco éstas pueden renunciar a los efectos de cosa juzgada a la sentencia; otra cosa es que las partes dejen de observarla produciendo modificación de la situación jurídica material mediante acuerdo entre ellas»

El autor es muy claro en el sentido que no se puede confundir con la negociación de los litigantes sobre los efectos de la sentencia, dándola por ejecutada o cumplida en aquellos derechos de libre disposición. Por ejemplo, en el proceso ejecutivo seguido por **A** contra **B** para que cumpla con pagar la suma de S/. 500,000 más intereses costas y costos, el juez declara fundada la demanda y esta queda consentida por haber precluido el plazo para la interposición del recurso de apelación por **B**, éste último tiene en venta un inmueble por S/. 1, 000,000.00, **A** decide comprar el inmueble de **B**, pactan el precio en el S/. 1, 000,000, acuerdan que la suma de S/. 500,000 que la sentencia ordena a **B** para que pague al demandante **A**, constituya parte del precio de la compraventa, y exoneran el pago de intereses costas y costos del proceso. Este acuerdo no modifica la sentencia, solamente que los litigantes no se someten a los términos de ésta dando por cumplido con el mandato de esta modalidad en los derechos materiales decididos en la sentencia.

La *cosa juzgada* que otorga a la sentencia la garantía de *intangibilidad, inmutabilidad e invariabilidad*, no puede ser afectada por la transacción o conciliación, instituciones aplicables en la solución de conflictos solamente dentro del proceso, es decir antes de la sentencia, incluso en Segunda instancia cuando ha sido objeto de recurso impugnatorio.

6. LIMITACIONES DE LA COSA JUZGADA

La *eficacia* de la *cosa juzgada* se encuentra encerrada dentro de ciertos límites, fundamentados en la naturaleza instrumental del proceso. La *eficacia* de la sentencia recae solamente sobre los derechos materiales de los sujetos de la relación procesal (litigante y juzgador), sin embargo la integridad y fuerza coactiva de la sentencia como cualquier norma jurídica es de *Derecho Público*, por que interesa a la sociedad como garantía de la seguridad jurídica y el bien común.

Los límites de la eficacia de la cosa juzgada es de dos clases: límites *subjetivos* y límites *objetivos*.

6.1. Límites subjetivos

La doctrina ha establecido dentro de otros, el *principio de la relatividad de la cosa juzgada*, éste tiene su origen en el derecho romano pero con rigurosidad excesiva. La cosa juzgada tiene eficacia solamente sobre los sujetos justiciables y no beneficia ni perjudica a terceros, a

⁵⁹⁹ SCHOENKE, ADOLFO. *Derecho procesal civil*, trad. 1950, p. 269; también ROCCO, UGO,. Op. cit. tomo I, pp. 582 y 595.

excepción sobre aquellas personas que han sido citadas con las formalidades de ley como litis consorcios necesarios, la *cosa juzgada* produce su eficacia.

Luigi Mattiolo⁶⁰⁰ sostiene que el *juzgamiento* que estatuye sobre la subsistencia objetiva de la obligación pronunciado en el proceso entre el acreedor y el deudor principal –se declara nulo o extinto el débito, beneficia al fiador, liberándolo, si al contrario declara subsistente el débito y condena al deudor principal, no produce efectos contra el fiador, éste (*el fiador*), demandado posteriormente por el acreedor, podrá presentar en su propio interés contra la obligación principal, las mismas defensas del deudor principal, *es decir alegar la cosa juzgada de la sentencia que no comprendió al fiador como litis consorcio necesario*.

Lo expuesto por **Mattiolo**, nos da a entender que la sentencia que resuelve el conflicto de la subsistencia *objetiva* de una obligación solidaria o indivisible, los codeudores o coacreedores que no fueron emplazados en el proceso se benefician con la sentencia favorable, pero si es desfavorable, no son liberados de las obligaciones solidarias ya sea en calidad de deudores o acreedores.

Las limitaciones de la *eficacia* de la cosa juzgada, desde el punto de vista de la *Teoría general del derecho*, el problema es delimitado por **Francesco Carnelutti**⁶⁰¹ afirmando que la *cosa juzgada* tiene como propiedad los aspectos de *efectos jurídicos reflejos*, propiedad que poseen todos los actos jurídicos, y especialmente todos los comandos jurídicos. El autor se fundamenta en que las relaciones jurídicas individuales no existen aisladamente sino que coexisten una con las otra, y esta coexistencia da lugar a múltiples relaciones de interferencia y de interdependencia, por ejemplo, si la *fianza* está *ligada* a la obligación principal, la *propiedad* del sucesor es ligada a la propiedad del *causante*, el derecho del acreedor sobre los bienes del deudor está *ligado* a los derechos que competen al deudor sobre los mismos bienes.

La *constitución*, *modificación* y en general la *declaración* de una relación individual repercute sus efectos sobre las otras que son conexas con aquella. No se trata de una extensión de la eficacia de lo juzgado a otra relación, el juez cuando afirma o niega la deuda principal, la propiedad del autor o el derecho del deudor, al contrario, se trata simplemente del *valor* que posee la relación constituida, modificada o declarada respecto de otras relaciones conexas, a través de ese valor que la sentencia reflejará su eficacia sobre otras relaciones jurídicas.

Consideramos necesario ilustrar con un ejemplo: el Banco de Crédito otorga un crédito hipotecario a favor Juan Sintierra quién constituye garantía hipotecaria sobre el bien inmueble de su propiedad por la suma de US\$ 500,000, inscribiéndose en el Registro de propiedad inmueble, y el deudor ha venido pagando la cuotas puntualmente, pero el inmueble ha sido gravado por contrato anticrético debidamente registrado, por la suma de US\$ 800,000, acto jurídico celebrado con posterioridad al crédito hipotecario, vencido el plazo de la anticresis, el deudor no cumple con el pago y el acreedor promueve acción ejecutiva, el juez pronuncia sentencia declarando fundada la demanda y queda consentida. Posteriormente a solicitud de parte el juez señala día y hora para el remate en subasta pública, remitiendo el expediente al

⁶⁰⁰ MATTIROLO, LUIGI. *Instituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, 2ª edic., 1889, pp. 436 y ss.

⁶⁰¹ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, 1936, pp. 297 y ss.

martillero, sin que el Banco se haya apersonado ejerciendo su derecho como acreedor preferencial, el inmueble se remata y el juez adjudica en propiedad del mejor postor y cursa los partes a registros públicos para la inscripción a nombre del adjudicatario y ordena la cancelación de todos los gravámenes.

En el ejemplo expuesto, los efectos de la cosa juzgada refleja sus efectos sobre los derechos de crédito del Banco de Crédito porque queda desamparado su crédito, es decir afecta las relaciones jurídicas del Banco con Juan Sintierra, pero son distintas a la relación jurídica procesal que concluyó con sentencia y ejecutada, sin interesar las razones por las cuales el Banco de Crédito no hizo valer su derecho de acreedor preferencial.

El problema de la *eficacia refleja* de la cosa juzgada para *Carnelutti*⁶⁰² no está dentro del campo procesal, sino como parte del derecho material que da la medida de la interdependencia entre la relación sobre la cual la sentencia estatuye, y las diversas relaciones de las cuales se trata de decidir si ella tiene *efecto reflejo*, así también decide la *constitución, modificación o la declaración* de una relación jurídica influye sobre el modo de ser de otra relación jurídica.

*Martín Agudelo Ramírez*⁶⁰³ dice que el *presupuesto* de cosa juzgada impide la modificación de una norma jurisdiccional ya emitida en proceso anterior, y evita la generación de *decisiones contradictorias* al rechazar la posibilidad de discusión de una cuestión ya tratada y decidida. No solo es necesario que una decisión jurisdiccional se plasme a través de un contenido vinculante entre los litigantes, sino que también se requiere proteger el contenido interno, evitándose que posteriormente se genere una nueva decisión contradictoria.

Para determinar el alcance de este presupuesto es preciso definir sus *limites subjetivos*, uno de los puntos más difíciles de abordar en el ámbito de los estudios procesales, ya que es posible encontrar ciertas situaciones problemáticas como las referentes a la *legitimación extraordinaria* o aquellas en las que los terceros son juntamente con las partes titulares de la relación material subyacente que se procesa, o como cuando el tercero tiene con un litigante procesal determinada relación jurídica que es dependiente de aquella otra afirmada en el proceso, por ejemplo, una relación de garantía como la derivada de un contrato de seguro o de un contrato de compraventa.

El Profesor colombiano *Agudelo Ramírez*,⁶⁰⁴ partiendo del criterio de *Liebman*, dice que se debe diferenciar *dos tipos* de terceros: *Unos* que deben *respetar totalmente* el contenido de la sentencia que se pronunció frente a los litigantes, en cuanto se ha decidido una controversia entre otros y en cuanto no afectan sus derechos. Existen *otros* que pueden estar *interesados* por el *contenido de la sentencia* pronunciada entre ellos y que han de reconocer su eficacia, como dice *Liebman*⁶⁰⁵ «*aquellos que son, o creen, o pretenden ser titulares de una relación que está con la de las*

⁶⁰² CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del nuevo proveso civil italianao*, trad. GUASP, 1942, pp. 96 y 494.

⁶⁰³ AGUDELO RAMÍREZ, MARTIN. *Los límites subjetivos de la cosa juzgada desde el horizonte de la bilateralidad de la audiencia*. Revista jurídica N° 7, Enero – Junio, 2001, Profesor de Teoría General del Proceso de las Universidades de Medellín y autónoma Latinoamericana, Colombia, www.MARTINAGUDELORAMIREZ

⁶⁰⁴ AGUDELO RAMIREZ, MARTÍN. Op. cit., www.MARTINAGUDELORAMIREZ

⁶⁰⁵ LIEBMAN, ENRICO TULLIO. Op. cit., p. 589

partes en un orden de dependencia lógica y jurídica, por lo cual la decisión sobre la relación que fue objeto del juicio influye sobre la relación de tercero, determinando su existencia o inexistencia, o bien su contenido. Mas precisamente, es relevante en estos casos una relación de prejudicialidad, en cuanto la sentencia ha decidido una o más cuestiones determinantes para la decisión sobre la relación condicionada del tercero... Si también ellos deben respetar y reconocer la sentencia que se pronunció entre las partes (litigantes) de la relación prejuzgante, también su relación queda de reflejo modelada en armonía con lo que la sentencia ha dispuesto»

La bilateralidad de la audiencia como exigencia de justicia, dice **Martín Agudelo Ramírez**,⁶⁰⁶ impide que sujetos que no lleguen al proceso sean afectados al lesionarse el derecho constitucional de *ser oído*. Una *extensión* de la *cosa juzgada* sobre terceros ha de estar condicionada por la existencia de unos mecanismos suficientes de publicidad en el proceso para que se les permita hacer valer sus derechos e intereses en el proceso sosteniendo una posición jurídica concreta, porque de lo contrario estarían exentos de la cosa juzgada, por lo que debe darse la posibilidad de impugnar la decisión por medio de recursos como el de oposición de terceros, en aquellas situaciones de afectación de sujetos que no se involucraron como participantes del proceso. Es conveniente tener en cuenta que si se ha verificado la participación del tercero, no existiría legitimación para la oposición, porque ya está cobijado íntegramente por la cosa juzgada, siempre y cuando no se restrinjan las posibilidades de intervención.

La *seguridad* que propicie la *cosa juzgada* solamente se debe pregonar de una relación procesal en la que se surtieron mecanismos de *publicidad suficientes* para que la justicia no sea vulnerada a nivel estimativo en cada caso concreto, es así como resulta compatible *conciliar* ambas realidades de *justicia y seguridad jurídica*. Sólo podrá afectarse con la sentencia aquel sujeto al que se le ofreció de forma clara la oportunidad de llegar al proceso, por los medios claros de publicidad con los que contaba este instrumento, haya o no estado presente en el mismo desplegando actos concretos, siempre y cuando haya tenido interés en perseguir la sentencia. Si no participo, se verá dentro de los efectos de la sentencia cuando asume dicha actitud sin justificación. **Humberto Briseno Sierra**⁶⁰⁷ refiriéndose a los terceros del proceso dice: «Haya estado o no en el proceso, como el ofendido que no pretendió la reparación del daño, el caso fue juzgado también para el, si tuvo interés en perseguir la sentencia y no lo hizo sin justificación... Interés jurídico, interés para obrar; esto es lo que viene a dar la pauta para resolver el problema de los límites: objetivos y subjetivos del juzgamiento»

Se contempla de esta forma la posibilidad de afectación de terceros, en la medida en que una norma jurisdiccional que les es ajena total o parcialmente pueda influir sobre sus relaciones materiales. Autores como **Liebman** sostienen frente a estas problemáticas que es preciso *distinguir* entre *eficacia refleja* de la sentencia y *cosa juzgada*, por cuanto estar sometido a la primera no implica sujeción necesaria frente a la segunda, ya que está en juego el principio del contradictorio. Se afirma que la sentencia emitida sin su participación puede ser eficaz frente a terceros pero no cubierta de la autoridad de cosa juzgada.

⁶⁰⁶ AGUDELO RAMIREZ, MARTIN. Op. cit. www.MARTINAGUDELORAMIREZ

⁶⁰⁷ BRISENO SIERRA, HUMBERTO. *Derecho procesal*, edit. Harla, Mexico, 1995, p. 1456.

*Stefan Leible*⁶⁰⁸ destaca sobre el particular, los terceros al no haber participado en el proceso, no han podido hacer conocer al juez sus razones y sus pruebas; en otros términos, no han podido defenderse. La sentencia, pronunciada sin su participación, puede ser eficaz también respecto de ellos, aunque no esté -para ellos- cubierta por la autoridad de la cosa juzgada, esto es, a condición de que se conceda a los mismos hacer valer, aunque sea con retardo y en otra sede, las razones habrían podido plantear y eventualmente probar en el juicio en defensa de su derecho, con la consecuencia de que, si la discusión resulta convincente, la sentencia con respecto a ellos sea desaplicada y la demanda que se fundaba sobre la misma sea rechazada.

Como exigencia del *debido proceso*, se ha considerado que la cosa juzgada sólo puede comprender a los litigantes del proceso entre los que ha sido definido un estado de inseguridad, insatisfacción e incertidumbre, sin que puedan afectarse otras personas que no sean partes (lo que se remonta a la regla del derecho romano de *res inter alios iudicata tertio non nocet*), de lo contrario se lesionaría el *derecho constitucional* a ser oído. La cosa juzgada solo comprende a los sujetos que se involucraron en el proceso jurisdiccional a *título de parte*, como sujeto *activo o pasivo* de la pretensión o de las pretensiones procesales que se acumularon en el proceso. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos procesales, como el caso colombiano, por mandato expreso de ley se *prevé cierta extensión* de la cosa juzgada a terceros en casos especiales, lo que resulta discutible tal es el caso del *litis consorcio* cuasi necesario, de la solidaridad de la sustitución procesal y en los de sentencias *erga omnes* para todo, por ejem. el estado civil de las personas, que se declara un derecho *absoluto*, en donde desaparece la regla de la relatividad de la cosa juzgada, y además en las situaciones de terceros que estén ligados a una parte procesal por otra relación material, aunque no sea la procesada pueda ser *afectada indirectamente* por la cosa juzgada.

Según el maestro alemán *Stefan Leible*,⁶⁰⁹ «Por encima de tales casos legalmente reglados de la extensión de la fuerza de cosa juzgada esta controvertido, si aun puede existir un llamado -legalmente no reglado *tercer efecto* de la cosa juzgada. En ello se trata especialmente de casos, en los que el carácter determinante de una sentencia entre A y B en un procedimiento ulterior entre A y C o B y C es deseable»

En atención a lo afirmado precedentemente, se comprende a los terceros que pueden ser titulares de relaciones dependientes con las procesadas. Es posible encontrar una serie de relaciones que se cruzan o que son interdependientes o interferidas entre sí, lo que puede implicar la afectación directa e indirecta de terceros. Se extiende de esta forma la cosa juzgada como consecuencia lógica de las relaciones sustanciales procesadas que se conectan a otras, siendo inevitable la afectación de los derechos o intereses de terceros. Estos se constituyen en plenamente *sujetos legitimados* para desplegar una oposición manifiesta frente a una decisión que los involucra y afecta reflejadamente, toda vez que no resulta admisible tolerar el sacrificio del derecho de defensa de los mismos. Para *Liebman*⁶¹⁰ la situación del tercero es esencialmente

⁶⁰⁸ IBIDEM. P. 603.

⁶⁰⁹ LEIBLE, STEFAN. *Proceso civil alemán*, Korad-Amenauer Stiftung y Biblioteca Juridica Dike, 1999. p. 358.

⁶¹⁰ LIEBMAN, ENRICO TULLIO. Op. cit., p. 588.

diversa de la situación de la parte litigante, en efecto, no ha participado en el proceso y consiguientemente, no ha podido desarrollar sus defensas, habría podido intervenir en el proceso por adhesión..., para apoyar o suplir la defensa del litigante al que se adhiere, pero independientemente de que no había una carga de la intervención que pueda justificar una consecuencia dañosa por el hecho de no haber intervenido- el puede haber ignorado la existencia del proceso mientras estaba pendiente. En esta situación, al ser ahora el *tercero demandado* sobre la relación dependiente con fundamento en la sentencia prejudicial, su sujeción a la *eficacia refleja* de la sentencia es aceptable solamente si es una sentencia justa. Esta legitimación subordinada que consentía al tercero intervenir por adhesión en el proceso pendiente sobre una relación ajena, le consiente "*ver*" la sentencia que ahora *refleja la eficacia* sobre la propia relación, es decir discutirla en hipótesis como injusta, haciendo valer las razones que existan para echar por tierra la decisión entonces pronunciada, y si la demostración le da resultado, obtener la desaplicación a su respecto de la decisión ajena, con las obvias consecuencias que de ello derivaran para la propia lite.

Teniendo en cuenta los postulados teóricos que se han venido desarrollando, se impone la exigencia clara de unos mecanismos de publicidad en las diversas series procedimentales que estarían justificados desde el valor justicia como meta preponderante a la que debe llegar el Derecho, claro está precisando la *idea de justicia* en los términos ya explicados, teniendo en cuenta elementos procesales que no obvian la dimensión de los derechos fundamentales y sin "sacralizar" hasta sus últimas consecuencias y el valor de *certeza y seguridad jurídica* para que este no se convierta en categoría absoluta. Desde estas premisas es posible presentar unas discusiones más reales en torno a las soluciones que deben suministrarse a los diversos problemas que pueden ser planteados en torno a la temática de los *límites subjetivos* de la cosa juzgada.

Los *efectos de la cosa juzgada* se extiende a los terceros interesados económicamente, aun que no hayan sido parte ni hayan intervenido en el proceso. En cuanto a los terceros jurídicamente interesados que no han sido partes litigantes ni han intervenido en el proceso, la *eficacia* de la cosa juzgada solamente podrá prevalecer en relación a ellos si les hubiera favorecido la decisión del juez, en los casos y obligaciones solidarias como resaltamos con ejemplos. Pero si son afectados los terceros no participantes en el proceso, la *cosa juzgada* no tiene eficacia, en consecuencia éstos tienen el derecho de promover acción judicial e incluso promover la nulidad de la sentencia conforme a las normas procesales que regulan esta acción jurisdiccional extraordinaria. Esa es la posición de la *Teoría Procesal Moderna*.

6.2. Límites objetivos

La eficacia de la cosa juzgada está limitada por los propios términos del fallo, sin tener en cuenta la parte considerativa que contiene incluso hechos ciertos, a excepción de aquellos hechos que tengan relación de *causa - efecto* con el fallo y éste expresamente remite en forma expresa e identificada a la parte considerativa.

Por ejemplo, si la sentencia exonera del pago de costas y costos, en ejecución de sentencia *el vencedor* no puede exigir al litigante perdedor el pago de estos derechos que no fueron declarados en la sentencia. Los errores que contenga la sentencia y que afecte los derechos de los justiciables, no justifican alterar los términos del fallo aun que sea injusta la sentencia en

estos casos el afectado tiene el derecho a ejercer la acción de indemnización por responsabilidad extra contractual contra el juez o la acción rescisoria de la cosa juzgada.

Además conforme a la *Teoría Procesal Moderna*, la cosa juzgada puede limitar su eficacia e inclusive *perder la eficacia* por una *acción jurisdiccional* denominada en la doctrina *acción rescisoria* de la sentencia o nulidad de cosa juzgada fraudulenta, consistente en la revisión del proceso concluido con sentencia consentida o ejecutoriada la que estudiaremos en el siguiente capítulo.

7. SENTENCIAS CARENTES DE COSA JUZGADA

El *Principio universal* de la cosa juzgada es la *inmunidad* de la sentencia con autoridad de cosa juzgada, pero como toda regla general tiene sus excepciones, existen sentencias que nunca pueden adquirir la categoría de cosa juzgada, como ya hemos expuesto, esta institución ha sido cuestionada desde los romanos que la doctrina ha desarrollado formándose como *institución* el cuestionamiento a la inmunidad de la cosa juzgada, que veremos específicamente más adelante.

En la realidad existen *sentencias que no pueden adquirir la categoría de cosa juzgada*, siendo sustentada por la doctrina y la legislación procesal civiles. Estas sentencias son las que resuelven conflictos de intereses o incertidumbres sobre derechos materiales que en la razón social esta fundado en el *principio de justicia*, tienen que ser revisables en cualquier momento a instancia del sujeto que tenga interés económico o moral, pero estas sentencias sí constituyen cosa juzgada para los litigantes del proceso que concluyó con sentencia.

Las *sentencias que no pueden tener la autoridad de cosa juzgada*, generalmente son los procesos de *jurisdicción voluntaria*. Por ejemplo: Eustaquia contrae matrimonio con Francisco y procrean su hijo Víctor, Francisco contrae nuevo matrimonio con Gerardina sin divorciarse procreando 2 hijos. Fallece Francisco, Gerardina demanda la sucesión intestada ofreciendo las partidas de matrimonio y de nacimiento de sus hijos, para que el juez declare como heredera en calidad de cónyuge supérstite y a sus hijos, la primera cónyuge no tiene conocimiento por domiciliar en otra ciudad. El juez emite la sentencia declarando herederos del causante Francisco a Gerardina y sus hijos. La sentencia queda consentida y se inscribe en el Registro de Sucesiones intestadas de la Oficina de Registros Públicos. El causante deja bienes inmuebles, y hacen el traslado de dominio registral como únicos titulares de la propiedad.

En el caso expuesto, es muy común en el Perú, la *primera cónyuge* al tener conocimiento inicia la acción judicial acumulativamente de nulidad de matrimonio contra Gerardina con el causante, la declaración de sucesión intestada concurrente con su hijo y petición de herencia. El juez declarará fundada la demanda de nulidad de matrimonio de Gerardina con Francisco el causante, también declara fundada la demanda en el extremo de la declaración de sucesión intestada teniendo como heredera en calidad de cónyuge supérstite a la demandante Eustaquia y a su hijo concurrente con sus hermanos procreados en el segundo matrimonio declarado nulo, y declarará nula la sentencia de sucesión intestada en el extremo que declara heredera del causante a Gerardina, y fundada la petición de herencia, en consecuencia el dominio de los bienes de la masa hereditaria corresponde a los tres hijos del causante y la primera cónyuge Eustaquia, quedando excluida Gerardina.

Existe razón suficiente para que estas sentencias nunca pueda adquirir la autoridad de cosa juzgada, porque no es justo que al no tener conocimiento del proceso promovido y quedar consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, se tenga que desconocer su derecho a la propiedad sobre la masa hereditaria de los herederos que no concurrieron al proceso.

Esta excepción jurídica de las sentencias que no pueden adquirir la categoría jurídica de cosa juzgada, es más que la protección de los derechos materiales con repercusión social, considerada como acto jurídico procesal justo, y de no amparar la ley procesal, efectivamente afecta la seguridad jurídica y el orden público y según el caso puede significar enriquecimiento indebido.

Capítulo XXII

La Cosa Juzgada Fraudulenta

1. GENERALIDADES

En el estudio de la institución procesal de la *cosa juzgada*, hemos comprendido las diversas teorías del carácter de *inmutabilidad e intangibilidad* de la sentencia que adquiere esta categoría, surgiendo como resultado las teorías que cuestionen la cosa juzgada y se ha instituido en la doctrina los medios de cuestionamiento como las acciones procesales contra la cosa juzgada independientemente iniciando otro proceso o en el mismo proceso como recurso extraordinario tomando diversas denominaciones: *acción rescisoria*, *proceso de revisión*, *recurso extraordinario contra la cosa juzgada de la sentencia*, y esta posición doctrinaria ha tenido gran influencia en la mayoría que los legisladores de los Códigos Procesales modernos que han regulado su procedimiento como en el caso peruano el C.P.C. vigente denomina *nulidad de cosa juzgada fraudulenta*. La otra posición doctrinaria de la intangibilidad *absoluta* de la autoridad de cosa juzgada ha caído en desuso, esta posición doctrinaria instituyó como alternativa a nulidad de la cosa juzgada, la *responsabilidad* civil solidaria de los jueces y del *Estado* para responder por los errores, dolo o fraude incurrido en la sentencia, en nuestra legislación peruana está contemplada esta responsabilidad civil, pero que jamás se ha cumplido por razones que expondremos más adelante.

La *nulidad de cosa juzgada* es tan antigua instituida en el *Derecho Romano*, pero con la revolución francesa desaparece esta institución, hasta que poco a poco se ha ido restituyéndose en las legislaciones procesales.

*Chiovenda*⁶¹¹ afirma que el origen de la *acción de nulidad* es la *querela nullitatis* del derecho romano, y específicamente la llamada *insanabilis*, que se hacía valer contra las *nulidades no subsanables de procedimiento*. *Piero Calamandrei*,⁶¹² señala que mientras la legislación estatutaria

⁶¹¹ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, tomo III, p. 407.

⁶¹² CALAMANDREI, PIERO. *La casación civil*, Buenos Aires, Argentina 19745, edit. Bibliográfica Argentina, p. 175.

consideraba a la *querela nullitatis* como un medio de recurso, la doctrina de aquella época habla de una *acción de nulidad* contra la sentencia, similar a la que puede intentarse contra un contrato. De allí que por una errónea interpretación en la doctrina del derecho estatutario ha sido considerada como antecedente de la acción autónoma que estudiamos.

Por su parte *Eugène Petit*⁶¹³ afirma que en el derecho romano existía otro medio de atacar la sentencia firme, llamado *restitutio in integrum*. Según este autor, era un recurso extraordinario contra las decisiones judiciales de origen pretorio admisible en casos excepcionales, como por ejemplo la *violencia*, *el dolo*, etc. Su finalidad era volver las cosas al estado anterior al vicio.

*Hugo Alcina*⁶¹⁴ dice que nulidad de cosa juzgada en el *Derecho Colonial Español*, podía hacerse valer como acción, según la Partida III, Título XXVI, Ley II. Se sustanciaba por el trámite ordinario y la demanda podía iniciarse dentro de los veinte años, que la Novísima Recopilación redujo el plazo a sesenta días.

El Código Procesal italiano de 1940, ya regulaba el proceso de *nulidad de cosa juzgada* denominado *juicio de revocación* con características de acción de nulidad. Pero existen legislaciones procesales civiles que consideran a la nulidad de la cosa juzgada, como *acción autónoma* de nulidad, dentro de las cuales tenemos en el Derecho alemán la Ley Procesal Civil de 1934 instituyó una acción de *revisión* de la sentencia con autoridad de cosa juzgada por motivos de nulidad. La revisión del proceso una vez terminado por sentencia firme, puede pedirse mediante las demandas de *nulidad y restitución*, como *Goldschmidt*⁶¹⁵ así afirma. *Rosenberg*⁶¹⁶ bajo el título *reapertura del procedimiento*, expresa que las causas de impugnación se hallan enumeradas taxativamente en los arts. 579 y 580 de la ZPO (Ley procesal alemán), coincidente este último con el art. 359 de la Ordenanza Procesal Civil austriaca. Distingue las causales de nulidad y las de restitución. En cuanto a las primeras dentro de las varias causales las irregularidades a los preceptos de la composición del tribunal y la deficiente representación de los litigantes.

En la en demanda de *restitución de la sentencia*, es decir, la *nulidad de la cosa juzgada* de la sentencia, está previsto en el art. 580 de la Ley Procesal Civil, y tiene su fundamento en la inexactitud del fundamento de la sentencia y prescribe las siguientes causales:

- a) A causa de un acto punible realizado respecto al proceso precedente, por ejemplo, perjurio, falsificación de documentos, etc.
- b) Hallazgo de documentos que hubiesen conducido a una resolución más favorable, entre otras.

⁶¹³ PETIT, EUGÈNE. *Tratado elemental de derecho romano*, edit. Albatros, Buenos Aires, Argentina 1954, p. 137.

⁶¹⁴ ALCINA, HUGO. *Tratado teórico práctico de dercho procesal civil y comercial*, edit. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1961, tomo I, p. 668.

⁶¹⁵ GOLDSCHMIDT, JAMES. *Derecho procesal civil*, edit. Labor, Barcelona 1936, p. 432.

⁶¹⁶ ROSENBERG, LEO. *Tratado de derecho procesal civil*, Bs. As., Ejea, 1995, t. I, p. 497 y ss.: aclarando que no son recursos.

El *Derecho austriaco* tiene como fuente a la legislación alemana prescribiendo en el art. 530 del *Ley Procesal Civil*. En *Derecho italiano* se reguló esta acción denominada *juicio de revocación* contenido en el art. 395 del Código italiano, como dice *Elio Fazzalari*⁶¹⁷ tiene un enorme parentesco con la *acción autónoma*, a tal punto que destacados autores han sostenido la admisibilidad en el derecho italiano de una «*acción autónoma de declaración negativa de certeza de la absoluta y radical nulidad de la sentencia*», en apreciación combinada del capítulo de la revocación con el art. 16 del *Código de Procedura*, como expone Michelli⁶¹⁸. Sustancialmente la norma del Código italiano de 1940 consagra esta institución regulándola como una acción de *nulidad* de la sentencia.

El *Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América*, no contempla como vía procesal autónoma, a los efectos de reclamación de nulidad, la acción revocatoria de la cosa juzgada pero sí prescribe en la sección VII (arts. 251 a 262) el *recurso de revisión*, cuyo conocimiento es de competencia del Tribunal Supremo, y estas normas pueden ser aprovechables para una futura solución de la *nulidad de la sentencia con autoridad de cosa juzgada* para los Estados iberoamericanos.

La *nulidad de cosa juzgada*, ha sido instituida principalmente por la doctrina y posteriormente respaldada por la jurisprudencia, fundamentándose principalmente en la *violación al debido proceso* y la afectación al *derecho de defensa*. Así tenemos el Derecho español de las colonias, como por ejemplo, Partida III, Título XXVI, Ley II, interpretada desde el punto de vista histórico, *Tesitura (conducta)* sostenida por *Couture*⁶¹⁹ pero aclara que «*esta forma de interpretar la ley en sentido histórico, resulta de manejo peligroso*» *Peyrano*⁶²⁰ dice que se sustenta en los *principios generales del derecho*, doctrina de las nulidades implícitas y refundidos en el argumento generalizador de la garantía de la defensa en juicio, y *Morello*⁶²¹ concuerda con esta posición.

El precedente jurisprudencial con el fallo de la *Corte de Justicia de la Nación* citado por *Maurino*⁶²² en el proceso seguido de *Campbell Davidson c/Provincia de Buenos Aires*, la acción de nulidad es admisible a falta de regulación legal, mientras no exista norma explícita en contrario.

El fundamento de la *nulidad de la cosa juzgada*, es la inserción de la cualidad de la *cosa juzgada* dentro de parámetros de *certeza y seguridad jurídica* que exige la norma jurisdiccional, en consecuencia no puede tener caracteres de inevitables y absolutos, toda vez que *certeza y*

⁶¹⁷ FAZZALARI, ELIO - LUISO, FRANCESCO, P. *Codice di Procedura Civile e norma complementari*, 4ª edic. Milano, Giuffrè, 1997.

⁶¹⁸ MICHELI, GIAN A. *Curso de derecho procesal civil, tomo II, edit. Eja, Buenos Aires, Argentina, 1970, p. 271 y 272; también SATTA, SALVATORE, Derecho procesal, t. I, 499; ROCCO, UGO, Tratado de derecho procesal civil, Bs. As., Edit. Temis - Depalma, Argentina, 1970, t. VIII, p. 462.*

⁶¹⁹ COUTURE, EDUARDO. *Estudios de derecho procesal civil, tomo III, p. 389 y ss.*

⁶²⁰ PEYRANO. *El proceso civil, op. cit., p. 195 y ss., coincidiendo con Berizonce.*

⁶²¹ MORELLO, *Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita*, ED, pp. 36-288.

⁶²² MAURINO. *Nulidades procesales, p. 236.* Subyace así la idea couturiana de que su ausencia se debe no al repudio del legislador hacia la acción independiente de nulidad, sino porque no fue prevista por él.

seguridad jurídica no son los valores supremos a los que se dirige el Derecho, sino la justicia con la que se alcanzará la paz social. En consecuencia, si la sentencia afecta irreparablemente los derechos de los sujetos, no solamente será objeto de acción de nulidad, sino la suspensión de la ejecución mediante medidas cautelares adecuadas a la naturaleza de la dilucidación de intereses en conflicto, y cada día va fortaleciéndose la *Teoría General del Proceso*, teniendo mayor incidencia principalmente en el *Derecho Procesal Internacional de Derechos Humanos*.

La nulidad de cosa juzgada, se ha instituido en forma expresa en nuestro nuevo *Código Procesal Civil* como acción procesal, que incomoda a muchos de nuestros Magistrados como a los Abogados debido a nuestra formación académica universitaria en la *teoría* tradicional de la *cosa juzgada*, y convencidos de la actuación jurisdiccional de nuestros Magistrados con rigor Teórico técnico e imparcialidad en la impartición de justicia, pero nuestra realidad nos da la razón solamente en parte, por lo que nos inquieta es prestar atención a los debates de la cosa juzgada de la sentencia.

2. DEFINICIÓN

Antes de definir la nulidad de cosa juzgada, es necesario precisar sobre su denominación como acción procesal jurisdiccional. En la legislación alemana, española, brasileña y argentina se denomina *acción rescisoria*, en el Código Procesal Civil peruano en vigencia, se denomina *cosa juzgada fraudulenta* como así se conoce en la *Enciclopedia Jurídica OMEBA*,⁶²³ y a nuestro criterio es más acertada la denominación *acción de nulidad de cosa juzgada*, apartando la expresión «*fraudulenta*», porque puede ocurrir con el puro error o que hubo la intención del juzgador en incurrir en falta grave materializando el fraude con la sentencia haciendo uso de su poder para beneficiar a una de las partes o por la actuación dolosa de los litigantes. Además, esta denominación permite evitar las confusiones con otras acciones jurisdiccionales, como la acción de nulidad de actos jurídicos, la acción rescisoria de los contratos. Sin embargo, cualquiera sea la denominación, constituye una acción procesal que tiene por finalidad *atacar* la inmutabilidad, e intangibilidad de la cosa juzgada.

El jurista brasileño *J.C. Barbosa Moreira*,⁶²⁴ refiriéndose a la *acción rescisoria* dice que en nueva instancia se procesará la «*desconstitución de la sentencia procesada en el juzgado, con eventual rejuzgamiento, a seguir, de la materia ya juzgada*» El autor al decir *la desconstitución de la sentencia*, se refiere al atentado a la *garantía constitucional* de la cosa juzgada, por el sometimiento del proceso a una revisión mediante la acción judicial independiente.

En la doctrina y legislación comparada, la nulidad de la cosa juzgada no es uniforme, algunos afirman que es suficiente *cuestionar* a la cosa juzgada *mediante recurso* en el mismo proceso, para otros debe cuestionarse *mediante acción* jurisdiccional independiente. En el derecho francés e italiano la *nulidad* de cosa juzgada (acción rescisoria) es mediante recurso. El C.P.C. peruano que introduce esta nueva acción de cuestionamiento a la cosa juzgada fraudulenta es mediante una nueva *acción jurisdiccional*, la que tiene que concluir en sentencia.

⁶²³ OMEBA. *Enciclopedia jurídica*, tomo IV, edit. Bibliografía, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 971.

⁶²⁴ MOREIRA, J.C. BARBOZA. *Comentarios a C.P.C.*, tomo V, Edit. Forense, Brasil, p. 95.

Por nuestra parte definimos la *nulidad de la cosa juzgada* como una institución de la *Teoría General del Proceso* que tiene por objeto la afectación a la *inmunidad* de la cosa juzgada de la sentencia, promoviendo acción jurisdiccional de nulidad de la sentencia con autoridad de cosa juzgada, o mediante recurso de nulidad de la cosa juzgada, cuando la sentencia emitida afecta los derechos materiales contraviniendo las normas jurídicas de los litigantes o de terceros que tengan interés económico o moral particular, o afecte los intereses difusos o colectivos volviendo a revisar el proceso y el órgano jurisdiccional declare la nulidad de la sentencia y se emita nueva sentencia.

3. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE COSA JUZGADA?

La *consagración* de la cosa juzgada de la sentencia como institución de la *Teoría Procesal Civil Clásica*, es la *intangibilidad, irrevocabilidad, incuestionabilidad y obligatoriedad* en su cumplimiento, que nosotros resumimos con la expresión *inmunidad de la sentencia con la categoría de cosa juzgada*. Esta institución es un principio y garantía constitucional declarada por las Constituciones Políticas de los Estados, las convenciones internacionales y las leyes orgánicas del Poder Judicial de cada Estado. La Constitución Política del Perú expresamente reconoce la autoridad de cosa juzgada de los fallos jurisdiccionales, previsto por el art. 139, inc. 20, y el T.U.O. de la L.O. del P.J. en el art. 4, prescriben:

«Artículo 4.- Carácter vinculante de las decisiones jurisdiccionales. Principios de la administración de justicia.

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pedantes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia»

En la dinámica de los fenómenos sociales, hacen rebasar las limitaciones de las normas jurídicas cualquiera sea la jerarquía constituyendo el *impulso* del perfeccionamiento del *Derecho*, como en el presente caso las leyes ordinarias previenen supuestos razonables que se convierten en necesidades sociales, los magistrados amparados en la doctrina establecen jurisprudencia y posteriormente se plasman generalmente en normas jurídicas, con fallos aparentemente contradictorios a las normas constitucionales e internacionales, pero benefician el interés social.

Algunos jueces consideran todavía que la *acción de nulidad de cosa juzgada* reconocida por el art. 178 del C.P.C. peruano, es contradictoria a la Constitución Política del Estado, y perjudicial a la seguridad jurídica al volver a revisar la sentencia, pero cuanto daño se ha venido

produciendo en el derecho de los justiciables con sentencias injustas viciadas de graves *errores o dolo* de los magistrados, afectando los fines de las administraciones que es resolver el conflicto de intereses jurídicos o incertidumbres y lograr la paz social. Estas sentencias dejan el profundo vacío en las expectativas de los litigantes al desconocerse sus derechos, afectando no solamente al litigante, sino que se extiende a su generación y la comunidad, quien al tener conocimiento genera el desequilibrio social, la desconfianza en la administración de justicia dejando huellas profundas en la conciencia de la sociedad y de larga duración.

La *nulidad de la cosa juzgada*, aparentemente pareciera inconstitucional desde el punto de vista *exegético*, pero el derecho es *reflexión y razón* la aplicación de las normas jurídicas de cualquier rango jerárquico tiene que en función al valor supremo que es la justicia, como en el caso de la revisión de las sentencias con autoridad de cosa juzgada.

La *nulidad de cosa juzgada* tiene su fundamento en los errores o dolo en los que incurre el juez materializados en la sentencia afectando los derechos materiales de los litigantes o de terceros, o los intereses de control difuso, y el agravio económico o moral afecta gravemente a las garantías constitucionales del bien jurídico protegido, por lo que se justifica el reconocimiento de las acciones o recursos según la normatividad procesal de cada Estado la revisión de las sentencias con la categoría de cosa juzgada, constituyendo un derecho que supera en su beneficio social a la norma constitucional de la prohibición de volver a revisar procesos fenecidos con sentencia con autoridad de cosa juzgada.

4. DENOMINACIÓN Y CORRIENTES DOCTRINARIAS

Como hemos expuesto, no hay unanimidad doctrinaria en la denominación de esta institución, sin embargo la expresión más usada por la doctrina es la *acción de nulidad o acción autónoma de nulidad de cosa juzgada*, como *Alsina*⁶²⁵ que prefiere la denominación de *acción de nulidad* o *acción autónoma de nulidad de cosa juzgada*. *Micheli*⁶²⁶ la denomina de «*acción autónoma de declaración negativa de certeza de la absoluta y radical nulidad de la sentencia*» *Peyrano*,⁶²⁷ la designa con el *nomen iuris* de «*pretensión autónoma subsanadora de desviaciones procesales*»

Por su parte *Berizonce*⁶²⁸ la denomina «*acción autónoma declarativa de impugnación de un proceso*» *Morello*⁶²⁹ la denomina «*pretensión autónoma de sentencia declarativa revocatoria de la cosa juzgada írrita*» *Couture*⁶³⁰ la nombra con la expresión «*demanda revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*» Sin embargo *Maurino*⁶³¹ dice que *Couture* en su proyecto de Código de Procedimientos del año 1945 se utiliza la término *anulación*.

⁶²⁵ ALSINA, HUGO. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, p. 668.

⁶²⁶ MICHELI, G. ANTONIO. *Curso de derecho procesal civil*, p. 271 y 272.

⁶²⁷ PEYRANO. *El proceso civil*, p. 212

⁶²⁸ BERIZONCE. *Medios de impugnación de la cosa juzgada*, p. 264.

⁶²⁹ MORELLO, AUGUSTO, *Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita*, ED, pp. 36 y 288.

⁶³⁰ COUTURE, EDUARDO J., *Estudios de derecho procesal civil*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1979, t. III, p.396.

⁶³¹ MAURINO. *Nulidades procesales*, p. 298 y 299.

En cuanto a la *nulidad de cosa juzgada*, se puede agrupar en tres corrientes doctrinarias:

a) *Corriente doctrinaria negativa*, la que niega la procedencia de la nulidad de la cosa juzgada, defiende la intangibilidad de la sentencia con carácter de cosa juzgada. En esta tendencia se encuentra **Palacio**⁶³² que sin llegar a formular un rechazo absoluto tampoco la acepta, por considerar que la vía apta es promover el incidente de nulidad respectivo. Es interesante puntualizar que el citado autor la *acepta* en la actualidad, que se encuentre en el contenido de su trabajo *La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación*⁶³³ **Hugo Alcina**⁶³⁴ también es del mismo criterio. **Maurino**⁶³⁵ cita a **Carlos**⁶³⁶ niega la procedencia de la acción de nulidad. Enseña que aparte de la inexistencia de norma jurídica que la admita en nuestro derecho procesal positivo, enfrenta el obstáculo insalvable que constituye el principio «que las nulidades, aún las de orden público, quedan purgadas por la cosa juzgada»

b) La *corriente doctrinaria clásica*, sostenida por los juristas italianos **Chiovenda y Carnelutti**, que sin admitir la acción autónoma, aperturan el camino para su aceptación, y **Chiovenda**,⁶³⁷ refiriéndose a *nulidad de cosa juzgada* dice «que en su totalidad, los motivos de nulidad, desaparecen al hacerse definitivo el resultado de un proceso» Entonces para el maestro italiano procede una subsanación general, la que es aceptada por algunos *Códigos Procesales* argentinos, como el de *Santa Fe*, art. 128. Pero al referirse al recurso de revocación del Código italiano y al de revisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil española como medios impugnatorios extraordinarios, en el sentido de que permiten reabrir un proceso con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, afirma en célebres palabras, siempre citadas por los procesalistas, por lo que **Maurino**⁶³⁸ dice que a su entender lo coloca entre los precursores de la corriente que

⁶³² PALACIO, LINO E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., edit. Abeledo-Perrot, 1977, t. IV, p. 173 y 174. Jurista argentino, Profesor regular titular de Derecho Procesal I (Parte general y proceso penal) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Buenos Aires (1962/3), y en la misma Facultad de la Universidad del Salvador (1966/7); profesor honorario de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de la Ciudad de Bogotá (Colombia); profesor invitado de la Universidad Externado de Colombia; y profesor titular de “Derecho Procesal Constitucional” en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, entre otros cargos Magistrado de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, miembro titular del Consejo Nacional de Argentina, Es autor de *Teoría y práctica de la reforma procesal civil* (1958); del “Manual de derecho procesal civil”, Buenos Aires (diez y siete ediciones); de *Derecho Procesal Civil* (9 tomos) (1972-1987); del *Estudio de la reforma civil y comercial* (1981); en colaboración con ADOLFO ALVARADO VELLOSO, del *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente; de *El recurso extraordinario federal* (3ª edición, 2001); de *Los recursos en el proceso penal* (2ª edición, 2001); de *La prueba en el proceso penal* (2000); de *La reforma procesal civil* (2002), y muchos trabajos publicados en revistas especializadas.

⁶³³ PALACIO, LINO L. *La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación*, Buenos Aires, Argentina, 1997, edit. Abeledo – Perrot, p. 584

⁶³⁴ ALSINA, HUGO. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, p. 668

⁶³⁵ MAURINO. *Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad*, P. 8.

⁶³⁶ CARLOS. *Nociones sumarias sobre nulidades procesales y sus medios de impugnación*, p. 121, y voz Nulidades procesales, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, p. 547.

⁶³⁷ CHIOVENDA, GIOSEPPE. *Instituciones del derecho procesal civil*, t. III, p. 405 y ss.

⁶³⁸ MAURINO. *Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad*, P. 7.

cobija la acción de nulidad, teniendo en cuenta las afirmaciones de *Chiovenda* que «Nada ofende en sí a la razón, que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada; pues la autoridad misma de ella, no es absoluta y necesaria, sino que se establece por consideraciones de utilidad y oportunidad; de tal suerte que esas mismas consideraciones pueden a veces, aconsejar que sea sacrificada, para evitar la perturbación y el daño mayores que se producirían de conseroarse una sentencia intolerablemente injusta»

*Carnelutti*⁶³⁹ en cuanto a la cosa juzgada y sus límites dice que «cuando la materia de la decisión sea de tal índole que su injusticia aparezca como socialmente intolerable, la justicia puede prevalecer sobre la certeza, hasta el extremo de excluir en todo caso la inmutabilidad»

Destaca el autor como la limitación de la cosa juzgada la hipótesis de la decisión resultante de colusión entre las partes o del dolo de una de ellas, consideró que el proceso fraudulento culmina en una decisión aparente. Las partes se ponen de acuerdo para fingir un conflicto de intereses que en realidad no existe, en consecuencia produce una sentencia inexistente.

Este último razonamiento nos da lugar para afirmar que el problema así enfocado, escapa del campo de las nulidades procesales, y como dice *Maurino*⁶⁴⁰ «No obstante, pensamos que su influencia ha sido fundamental en las opiniones doctrinarias modernas sobre el tema»

c) *Corriente doctrinaria positiva*, ésta acepta la procedencia de la nulidad de cosa juzgada de la sentencia. *Enrique Amaya*⁶⁴¹ señala que la acción de nulidad es viable aunque no exista disposición expresa. *Rosenberg*⁶⁴² sostiene que violaciones particularmente graves, después de producida la cosa juzgada hacen admisible la acción de nulidad. *Tomás Jofre*⁶⁴³ intenta reconocer la acción de nulidad de cosa juzgada, aunque no con claridad al estudiar la ley española.

También *Gelsi Bidart*⁶⁴⁴ afirma que no es necesario buscar la norma legal que consagra la acción de nulidad para que sea viable, sin inquirir si «hay un interés jurídicamente consagrado que requiera su promoción, para quedar efectivamente protegido» *Morello*⁶⁴⁵ sostiene que debe aceptarse la acción en estudio como instrumento cancelatorio de la cosa juzgada írrita, es decir, de la que es la resultante de «una seudo labor jurisdiccional, por reconocer su presupuesto –la sentencia la existencia de vicios sustanciales radicales que determinan su nulidad»

*Peyrano*⁶⁴⁶ acepta y enseña con acierto que «la pretensión autónoma nulificatoria de sentencia firme terminará por imponerse sobre las otras vías propuestas como el recurso de revisión, oposición de

⁶³⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema de derecho procesal civil*, Bs. As., Uteha, 1944, t. I, p. 350 y 354.

⁶⁴⁰ MAURINO. *Las nulidades procesales*, p. 232.

⁶⁴¹ AMAYA, N. ENRIQUE. *La nulidad procesal como acción, excepción y recurso en el proceso civil*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1947, p. 50.

⁶⁴² ROSENBERG. *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, p. 439.

⁶⁴³ JOFRÉ, TOMÁS. *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5ª ed., Bs. As., La Ley, 1941, t. IV, p. 243.

⁶⁴⁴ GELSI, BIDART. *De las nulidades de los actos procesales*, Montevideo, 1949, p. 351 y siguientes.

⁶⁴⁵ MORELLO. *Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita*, ED, 36-288; *Las nulidades procesales, hacia una interpretación dinámica funcional*, en *Estudios de nulidades procesales*, Bs. As., Hammurabi, 1980, p. 160 y ss.

⁶⁴⁶ PEYRANO. *El proceso civil*, p. 212; *El proceso atípico*, Bs. As., edit. Universidad, 1993, pp. 183 y siguientes.

terceros, incidente de nulidad, etc. para cancelar la fuerza de la cosa juzgada» Por su parte **Berizonce**⁶⁴⁷ admite la *acción de nulidad*, destacando que no se trata de un medio extraordinario de impugnación, sino que tiene el carácter de una verdadera *acción autónoma* que pone en jaque a todo el proceso.

Couture⁶⁴⁸ también acepta la nulidad de cosa juzgada, pero para circunstancias excepcionales de *fraude, dolo o colusión* una *acción revocatoria «dirigida a obtener la invalidación de los actos ilícitos, cubiertos de formas procesales»* Esta posición se refleja en el Proyecto de Código de Procedimientos de 1945, art. 577, partes 1° y 2°, para el autor la *acción autónoma* contra la cosa juzgada sólo puede ser ejercida por los terceros, quedando a las partes los medios impugnatorios normales.

Asimismo **Juan C. Hitters**⁶⁴⁹ admite la nulidad de cosa juzgada de la sentencia en casos excepcionalísimos *«de sentencias intolerablemente injustas, cuando éstas padecen de vicios sustanciales»* El jurista **Pablo F. Padula**⁶⁵⁰ la considera como una *herramienta eficaz* contra la corruptela del fraude procesal.

Maurino⁶⁵¹ dice que el planteamiento de *procedencia* de una acción de nulidad contra la sentencia firme, vuelca al terreno de la discusión dos disyuntivas clásicas:

a) La cosa juzgada *no es intangible*, y así lo creemos con Chiovenda. Pero tampoco puede ser vulnerada siempre que a las partes de un juicio o a terceros se les ocurra.

b) La dicotomía axiológica *justicia-seguridad*, no es tal. No hay valor y disvalor que se polaricen. A la justicia se opone la injusticia y a la seguridad la inseguridad, no existe, por tanto, *razón lógica* para impedir que ambas se complementen e incluso se integren en *trilogía perfecta* con la equidad, para la solución del caso concreto.

En conclusión, la *acción de nulidad de cosa juzgada* de la sentencia, es autónoma y procede porque así lo exige la justicia y la equidad, porque en la vía incidental no presta la garantías suficientes para el *principio contradictorio* y la garantía del derecho defensa, por la naturaleza misma del objeto de la acción que es la sentencia investida con la *intangibilidad constitucional*, con el supuesto de verdad, al promover acción judicial entra en contradicción con otra garantía constitucional que la justicia como valor supremo de la sociedad, el juzgador será quien valorará esta delicada tarea con la finalidad de no alterar la seguridad del proceso, sin que signifique la apertura a procesos interminables.

⁶⁴⁷ BERIZONCE. *Medios de impugnación de la cosa juzgada*, p. 264.

⁶⁴⁸ COUTURE, EDUARDO. *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, p. 389.

⁶⁴⁹ HITTERS, JUAN C. *El recurso de revisión*, JA, del 16/7/86, n° 5472.

⁶⁵⁰ PADULA, PABLO F. *Fraude procesal. El ejercicio abusivo del proceso*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de derecho Procesal, Santa Fe, Argentina, 1995, Libro de ponencias, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, p. 88.

⁶⁵¹ MAURINO. *Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad*, p. 9.

5. OBJETO DE LA NULIDAD DE COSA JUZGADA

Pareciera ser muy fácil determinar cuál es el *objeto* de la institución procesal de la *nulidad de la cosa juzgada*, y muy ligeramente podemos afirmar que es el cuestionamiento de la sentencia con autoridad de cosa juzgada.

El *objeto* de la acción de nulidad de cosa juzgada, es la sentencia que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada que adolece de *una* anomalías procesales grave y que perjudica los derechos materiales de una de las partes litigantes, pero que la doctrina trata de delimitar a la sentencia que debe ser objeto de esta acción, es decir, pretende considerar solamente algunas de éstas con carácter excepcional, como veremos más adelante.

*Vallejo*⁶⁵² aplicando el Derecho material, entiende que la *materia de la acción de nulidad* es la sentencia que «entrañe la violación del orden público, la moral y las buenas costumbres» *Michelli*⁶⁵³ se refiere a la sentencia con *nulidad absoluta y radical*. También *Morillo*,⁶⁵⁴ justifica la nulidad de la cosa juzgada de la *sentencia grave* que tiene *vicios sustanciales radicales*. La cosa juzgada írrita para él, es el «fallo cancelado por las deficiencias, como el dolo, el fraude procesal, etc.» *Berizonce*⁶⁵⁵ es del mismo criterio sosteniendo que es la *cosa juzgada obtenida con vicios intrínsecos con dolo, violencia, fraude o simulación prohibida*. *Couture*⁶⁵⁶ hace referencia a la *cosa juzgada fraudulenta*, concretándola en aquella obtenida mediante *dolo, fraude o colusión*. Este criterio ha acogido el *Código General del Proceso de Uruguay*, el Proyecto del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, aprobado por las Jornadas de Derecho Procesal de San Isidro en 1970, art. 690 *bis*.

Teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias, concluimos que el *objeto de la acción de nulidad de cosa juzgada* es la sentencia que el accionante o emplazado, o terceros con interés económica o moral, y cualquier persona si han sido afectados *intereses difusos*, consideran que la sentencia con autoridad de cosa juzgada está viciada de graves errores o dolosamente denominado fraude o colusión. El derecho a promover la *acción de nulidad* de cosa juzgada no puede estar sujeta a ninguna condición que afecte al titular de este derecho, que generalmente es pecuniaria por afectar el *derecho a la tutela jurisdiccional y al ejercicio de la acción jurisdiccional amparado por la constitución política y las normas integrantes de los derechos humanos*. Sin embargo, la sentencia que recaiga en este proceso de nulidad de cosa juzgada y adquiere la autoridad de cosa juzgada, ya sea porque los justiciables no hicieron valer su derecho impugnatorio dentro

⁶⁵² VALLEJO. *LA revisión de la cosa juzgada*, ponencia en el X Congreso Nacional de Derecho Procesal, *Actas y Ponencias*, Argentina, mayo, 1979, p. 303.

⁶⁵³ MICHELI. *Curso de derecho procesal civil*, t. II, p. 271.

⁶⁵⁴ MORELLO. *Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita*, ED, 36-288; y *Nulidades procesales*, p. 160 y ss.; coincide el proyecto de reforma del Código Procesal de Buenos Aires, JA, 1997-IV-1140: Vicios esenciales, tales como haber sido culminación de un proceso aparente o írrito, simulado o fraudulento, resultar de actividades que hayan determinado vicios de la voluntad u otros sustanciales.

⁶⁵⁵ BERIZONCE. *Medios de impugnación de la cosa juzgada*, op. cit., p. 259 y ss.

⁶⁵⁶ COUTURE, EDUARDO. *Proyecto de Código de Procedimientos*, Argentina 1945, art. 577, primera y segunda parte.

del plazo de ley o la sentencia ha precluido todos los recurso impugnatorios hasta la última instancia, no será objeto de esta institución procesal de *nulidad de cosa juzgada de la sentencia*.

6. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN

Algunos juristas consideran que la *nulidad de la cosa juzgada* de la sentencia debe ser promovida por terceros que no han sido llamados al proceso y que resultan afectados por la sentencia, es decir, durante el proceso no se ha observado el *principio de contradicción* haciendo saber a cuantos tengan interés el resultado del proceso. En este sentido también *Iván Escobar Fornos*⁶⁵⁷ afirma que para evitar la cosa juzgada fraudulenta o simulada se permite recursos como el de *oposición de terceros*, dando lugar a la relatividad de la cosa juzgada. *La oposición de terceros a la cosa juzgada*, regulada por las legislaciones de Francia e Italia, tiene por objeto el cumplimiento del principio de la relatividad de la cosa juzgada, principalmente cuando procede del fraude o la simulación.

Este precepto es considerado como una *mezcla* de acción y recurso, porque permite la oposición, la prueba, sentencia, apelación y casación, pero vinculado con el juicio anterior formando con él una unidad.

Los juristas citados, no han puesto en claridad *cuáles* son los *presupuestos* de admisibilidad especiales para promover la acción de nulidad de cosa juzgada de la sentencia. Además de los presupuestos de admisibilidad que debe observarse en la demanda, la doctrina no ha sido precisa, y tal vez de manera genérica establecen que la sentencia esté viciada de *dolo, fraude o colusión*, pero consideramos que son presupuestos de fondo para el mérito de la sentencia, es decir para que el juzgador declare fundada la demanda que de ninguna manera se puede determinar en la calificación de la demanda.

El C.P.C. Peruano, ha previsto los presupuestos de admisibilidad de la demanda en el art. 178º, primer y segundo apartado, modificado por la Ley 27101, art. Único, prescribiendo:

«**Art. 178º.**- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia, o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el juez, o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos por este título»

Los presupuestos procesales especiales para promover acción de nulidad d cosa juzgada, son los siguientes:

⁶⁵⁷ ESCOBAR FORNOS, IVAN. *Introducción al proceso*, edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 179.

6.1. Subjetivos.

Son elementos que constituyen la relación jurídica procesal, es decir las partes: parte demandante y demandado, y el órgano jurisdiccional.

a) El demandante

i. Los sujetos que tiene la titularidad para interponer demanda puede cualquiera de los litigantes en el proceso que concluyó con sentencia que se pretende la nulidad de la autoridad de cosa juzgada, ya sea individualmente o conjuntamente si la relación jurídica se entabló en calidad de litis consorcio activo o pasivo.

ii. Los terceros o sus herederos que hayan sido llamados al proceso como litis consorcios necesarios como denunciados civiles o llamados de oficio por el juzgador.

iii. Las personas naturales o jurídicas que no tuvieron conocimiento del conflicto de intereses resuelto con sentencia por el órgano jurisdiccional y que tengan interés económico o moral cuando consideran que su derecho ha sido amenazado o resulten afectados sus derechos materiales particulares.

iv. Las personas naturales o jurídicas no comprendidas cuando la sentencia afecta intereses difusos o colectivos, son titulares para promover acción de nulidad de cosa juzgada de la sentencia.

b) El demandado

Es el juez y los Vocales de la Sala o Tribunal Superior o Supremo que emitieron la sentencia cuestionada, el Procurador Público para Asuntos judiciales del Poder Judicial y la parte litigante beneficiada con la sentencia con autoridad de cosa juzgada.

6.2. Presupuestos materiales

a) La **sentencia debe adquirir la categoría jurídica de cosa juzgada**, por haber transitado la doble instancia; es decir que la parte demandante haya hecho uso de los recursos impugnatorios, o que habiendo impugnado, se le haya negado el recurso y el juez declara consentida la sentencia.

En este análisis nos encontramos con varias hipótesis:

1. Si la sentencia de primera instancia declara favorable a uno de los litigantes el perdedor interpone el recurso de apelación contra la sentencia, y si en segunda instancia confirma la apelada, puede usar el recurso de casación que es opcional. Agotada las instancias, queda expedito su derecho para demandar nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

2. Si el perdedor en primera instancia interpone recuso de apelación y el Tribunal Superior revoca la sentencia de primera instancia y declara favorable al apelante, agotada las instancias,

el perdedor en segunda instancia tiene el derecho de promover la acción de nulidad de cosa juzgada.

3. En el caso de litis consorcio activo o pasivo, si en el caso de litis consorcio positivo (*varios demandantes*) uno de ellos considera que la sentencia no es justa, interpone recurso de apelación, y en segunda instancia confirman la sentencia, otro de los demandantes que no apeló, tiene el derecho de promover la acción de nulidad de cosa juzgada de la sentencia, de ninguna manera puede declararse improcedente por no haber impugnado la sentencia.

4. También estamos en la hipótesis que por *colusión* entre el litigante que se considera beneficiado con la sentencia con el notificador, esconde la notificación de la sentencia e informa que ha cumplido con notificar conforme a ley, y el juzgado procede a declarar consentida la sentencia en consecuencia adquiere la autoridad de cosa juzgada. En estos casos al tener conocimiento el litigante perjudicado tiene derecho a promover la acción de nulidad de cosa juzgada.

b) La **sentencia contenga graves irregularidades o vicios** que afectan los derechos materiales de los litigantes o de terceros. Estas irregularidades o vicios pueden ser *errores del juzgador, dolo, fraude o colusión*. Nuestro C.P.C. en el art. 178° primera parte prescribe como presupuesto que puede demandar cuando el proceso se ha seguido con *fraude o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, por ambas partes o por el juez, o por éste y aquellas*.

Este presupuesto se la sentencia expresado por nuestro C.P.C., tenemos que interpretar en forma extensiva, que comprende también a los errores en los que puede incurrir los magistrados, perjudicando gravemente los derechos materiales de los litigantes o de terceros sin la necesidad que haya habido dolo, es decir intención de perjudicar a los justiciables, porque de ser así estamos ante una grave conducta abusiva de la investidura del poder jurisdiccional, pero que no escapa también a este tipo de conductas de ahora muy pocos magistrados.

Algunos jueces han pretendido exigir que previamente se acredite el dolo, fraude o colusión que no ha podido ejercer su derecho de defensa, como literalmente expresa el C.P.C. citado.

Es necesario precisar las *definiciones de dolo, fraude y colusión* en la *Teoría del Derecho Proceso Civil Empresarial*.

Partiendo de la concepción en el Derecho Civil, el *dolo*⁶⁵⁸ es considerado como un vicio de la voluntad, siendo definido por los juristas tal como *Mozeaud*, quien afirma que se trata de un error, pero constituido por el hecho de la otra parte, es un error provocado, un engaño, la *víctima del dolo* no sólo se engaña, si no que ha sido engañada. *Josserand* afirma que partiendo de que el dolo vicia el consentimiento en la medida en que determina el error de la víctima, y

⁶⁵⁸ CHAVEZ VALLEJOS, HECTOR. *La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la responsabilidad civil de los jueces en el Derecho procesal Civil*, en Revista jurídica, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 134, 75 años, edic. especial, enero 1996 – julio 1999, edit. Empresa editorio Nuevo Norte S.A., Trujillo, Perú, 1999, pp. 366 y 367.

que el dolo está envuelto con el error, y por su parte *Ennecerus* comentando el *Código Civil alemán*, sostiene que el *dolo* como toda conducta por la cual intencionalmente se induce, corrobora o se mantiene a otro en una representación errónea. Pero todos los juristas están de acuerdo que el *dolo es el engaño* que hace una persona a otra para inducirlo a errar en la celebración del acto jurídico.

El *dolo* como vicio de la voluntad en el Derecho Procesal debe entenderse en la actitud de una de los justiciables para inducir a error al juzgador y perjudicar el derecho de la otra parte, por ejemplo, practicar una inspección judicial en el inmueble distinto, notificar al demandado en una dirección domiciliaria falsa, etc.

En resumen *dolo procesal civil*, es la manifestación maliciosa de la voluntad del justiciable en el proceso jurisdiccional induciendo a error al juzgador, con la finalidad de perjudicar a la otra parte o a terceros en provecho propio, deslealmente utilizando a los órganos jurisdiccionales.

El *Fraude procesal*, partiendo de la etimología del término *fraude*, expresión que proviene del latín *fraus, fraudis*, que significa engaño, abuso de confianza y que produce un daño.

*Cabanellas*⁶⁵⁹ partiendo de la definición de *Carnelutti*, define como la obtención dolosa de una sentencia a fin de sustraer determinados bienes al procedimiento ejecutivo, con el perjuicio consiguiente para los acreedores del dueño de esos bienes. Pero agrega que «La noción procesal de *fraude* reviste mayor amplitud, por cuanto comprende toda resolución judicial en que el juzgador ha sido víctima de un engaño por una de las partes, debido a la presentación falaz de los hechos, o probanzas irregulares - en especial por testigos amañados o documentos alterados - e incluso por efecto de una argumentación especiosa»

El *fraude procesal*, se entiende como la acción maliciosa del deudor para aparecer como insolvente frente a su acreedor, utilizando el órgano jurisdiccional, por ejemplo, el obligado se hace demandar y embargar sus bienes, el obligado de alimentos se hace demandar por la esposa para evadir el cumplimiento de los alimentos a favor del alimentista. En muchos casos en la realidad las empresas se han declarado en quiebra o simplemente han cambiado de razón social, y al ser emplazadas argumentan que es otra persona jurídica, pero los socios son los mismos con la finalidad de evadir el cumplimiento de sus obligaciones, etc.

El *fraude procesal* es la intención de violar las garantías del debido proceso para perjudicar a terceros y obtener enriquecimiento indebido utilizando el *proceso civil empresarial* no solamente inobservando las normas materiales, sino también las normas formales, como asumir la competencia del juzgador siendo incompetente diversa valoración de pruebas, etc., lógicamente hace presumir la parcialidad, produciendo vicio de fraude procesal.

El Tribunal venezolano ha resuelto un caso de *fraude procesal por incompetencia* en la materia declarando fundada la demanda de nulidad de cosa juzgada por *fraude procesal*, y citamos la ejecutoria:

⁶⁵⁹ CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo IV, F-I, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1998, p. 110.

«REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA EN SU NOMBRE EL JUZGADO SUPERIOR EN LO CIVIL, MERCANTIL, DEL TRÁNSITO Y PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO MIRANDA.

EXPEDIENTE: N°05-5695

PARTE ACTORA: INVERSIONES TIERRA VERDE S.A. e INVERSIONES ALTO DIEGO C.A., sociedades mercantiles, inscrita la primera ante el Registro Mercantil Segundo de la circunscripción judicial del Distrito Capital y estado Miranda, el 15 de junio de 1995, bajo el No. 36, Tomo 244 A segundo y, la segunda, en fecha 12 de junio de de 1984, bajo el No. 42, Tomo 43 A segundo, ante la misma oficina de Registro.

APODERADOS DE LA PARTE ACTORA: MIGUEL ANGEL LOIS MORA, abogado en ejercicio, inscrito en el INPREABOGADO bajo el No. 33.120.

PARTE DEMANDADA: PROYECTOS Y EDIFICACIONES LATINA HORIZONTE, C.A., sociedad de comercio inscrita ante el Registro Mercantil Tercero de la Circunscripción judicial del Distrito Capital y Estado miranda, en fecha 18 de febrero de 2004, bajo el No. 71, Tomo 3 A y el ciudadano PABLO FERNANDO ASCANIO INFANTE, titular de la cédula de identidad No. 5.453.190.

APODERADOS JUDICIALES DE LA PARTE DEMANDADA: JULIO JOSÉ JORDÁN VASQUEZ, inscrito en el INPREABOGADO bajo el No. 108.089, por PROYECTOS Y EDIFICACIONES LATINA HORIZONTE. Por el codemandado PABLO FERNANDO ASCANIO INFANTE, el abogado NELSON MOLINA LEÓN, inscrito en el INPREABOGADO bajo el No. 36663.

ACCIÓN:

FRAUDE PROCESAL. MOTIVO: REGULACION DE COMPETENCIA.

I.. ANTECEDENTES

Constan de los autos, copias certificadas expedidas por el Juzgado de Municipio del municipio Carrizal del Estado Miranda y originales de actuaciones, remitidas por el Juzgado del Municipio Carrizal del Estado miranda contentivas de solicitudes de REGULACION DE COMPETENCIA, formuladas por el abogado NELSON MOLINA LEÓN, actuando en su carácter de apoderado judicial del codemandado PABLO FERNANDO ASCANIO INFANTE y, por el abogado JOSÉ BRITO PÉREZ VIANA, con el carácter de apoderado de la parte actora, en juicio por FRAUDE PROCESAL.

Consta de dichas copias certificadas, las diligencias contentivas de las solicitudes de fechas 17 y 18 de enero del año en curso, respectivamente.

Asimismo consta en original, escrito del libelo de la demanda presentado el 6 de octubre de 2004, por el abogado MIGUEL ANGEL LOIS MORA, ante el Juzgado de Municipio del Municipio Carrizal del Estado Miranda, contentivo de demanda por FRAUDE PROCESAL, en la cual solicitó que tanto la acción intentada y que encabeza las actuaciones del expediente 2004-2614 llevado por el señalado Juzgado y las gestiones posteriores que concluyeron en la entrega material de dos

inmuebles que aparecen descritos en el libelo y que, según señala la parte actora, son propiedad uno de ellos de INVERSIONES ALTO DIEGO C.A. y, otro de INVERSIONES TIERRA VERDE C.A., fueron actos simulados, nulos e inexistentes.

Fundamentó la demanda en los artículos 17, 327, 328, 329, 330 y 331 del Código de Procedimiento Civil, y 1279, 1280 y 1281 del Código Civil, referidos a la lealtad y probidad en el proceso, recurso de invalidación, acción pauliana y simulación. Constan de las copias certificadas que se examinan, actuaciones correspondientes al juicio de cumplimiento de contrato incoado por PROYECTOS Y EDIFICACIONES LATINA HORIZONTE S.A. en contra del ciudadano SILVIO ASCANIO MORÍN, cuya declaratoria de nulidad pretende la actora, así como también auto fecha 19 de octubre de 2004, en original, mediante el cual el Juzgado ante el cual fue presentado el libelo se declaró incompetente para conocer de la causa en razón de la cuantía, por cuanto consideró que a través de la pretensión se busca no solamente la declaratoria de fraude del juicio de cumplimiento de contrato de venta de bien hechurías, sino la restitución en la posesión de dos inmuebles cuyo valor es superior a la cuantía del tribunal, por lo que ordenó la remisión del expediente para su distribución al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, remisión que efectuó por Oficio de fecha 21 de octubre de 2004. Se evidencia además la recepción del expediente por parte del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción judicial, en fecha 22 de octubre de 2004 y auto de fecha 11 de noviembre del mismo año, mediante el cual se admitió la demanda.

Consta también que, en virtud de varias intervenciones de las partes, en fecha 13 de diciembre de 2004, el juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de esta Circunscripción Judicial anuló todo lo actuado, en virtud de que el Juzgado de Municipio no había esperado el vencimiento del lapso para interponer el recurso de regulación de competencia y, en consecuencia, ordenó la remisión del expediente al tribunal de origen, ante el cual, una vez recibido el expediente, fue interpuesto el recurso en referencia.

Llegada la oportunidad de decidir el Tribunal observa:

II CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

La Regulación de Competencia es el medio de impugnación de la decisión interlocutoria que se pronuncia sobre la competencia y no de determinada causa, como medio sustitutivo de la apelación ordinaria, debido al trámite especial que dicha regulación conlleva.

En el presente caso, como se observa de los autos, el Juzgado ante el cual fue presentada la demanda se declaró incompetente para conocer de la misma en razón de la cuantía antes de emitir pronunciamiento sobre la admisión de la acción interpuesta y, habiendo sido declarada posteriormente la nulidad de todo lo actuado en fecha 13 de diciembre de 2004, las intervenciones de las partes al respecto guardan también relación con la admisibilidad de la demanda, pues según alega el apoderado de la empresa codemandada, al no haber habido estimación de la demanda, deberá también, al igual que al Juzgado de Municipio, declararse incompetente al Juzgado de Primera Instancia.

Por otra parte, el Juzgado de Municipio que se declaró incompetente por la cuantía, consideró que la misma podía inferirse del valor de los inmuebles cuya entrega material se ocasionó en virtud del

juicio por cumplimiento de contrato, cuya declaratoria de nulidad, solicita la parte actora, a través de la figura del fraude procesal.

Al respecto, resulta para esta alzada, importante traer a colación el contenido del artículo 38 del Código Adjetivo que establece lo siguiente: “cuando el valor de la cosa demandada no conste, pero sea apreciable en dinero, el demandante la estimará.

El demandado podrá rechazar dicha estimación cuando la considere insuficiente o exagerada, formulando al efecto su contradicción al contestar la demanda. El Juez decidirá sobre la estimación en capítulo previo en la sentencia. Cuando por virtud de la determinación que haga el Juez en la sentencia, la causa resulte por su cuantía de la competencia de un Tribunal distinto, será éste quien resolverá sobre el fondo de la demanda, y no será motivo de reposición la incompetencia sobrevenida del Juez ante quien se propuso la demanda originalmente”.

La disposición transcrita establece que sólo cuando el valor de la cosa demandada no consta, pero ésta sea apreciable en dinero, el demandante la estimará; asimismo, ordena al demandante hacer la estimación en el libelo, pero no ha de ser una estimación caprichosa, sino que para hacerla, se deberá tomar en cuenta las circunstancias de la cosa, su productividad, su situación, su estado, su naturaleza, los incrementos o mejoras que haya sufrido, si este fuere el caso, que contribuyan realmente a hacer una estimación justa y, además, el demandante debe probar en el proceso todas esas circunstancias, a fin de que el Juez pueda considerar ajustada a la verdad dicha estimación.

Por su parte, Arminio Borjas, en su obra COMENTARIOS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, estima como apreciables en dinero todas las acciones reales, esto es, las reivindicatorias, confesorias, negatorias, de petición de herencia e hipotecarias, así como también, las posesorias, las de indemnización por daños y perjuicios y las de cumplimiento, nulidad o rescisión de los contratos, doctrina que comparte este Tribunal, por lo que considera quien decide que, si como se observa de los autos, el juicio cuya nulidad pretende la actora finalizó por decisión homologatoria de una transacción de fecha 7 de junio de 2004 (folio 46 de la primera pieza del expediente), participando la figura de transacción de la naturaleza de los contratos, la acción ejercida por la actora es apreciable en dinero.

Ahora bien, la competencia por el valor no es prorrogable por la convenciones de las partes y, por tanto, bien sea presentada la demanda ante un Juez de inferior cuantía, o ya lo sea ante un Juez de cuantía superior, el examen de la competencia puede ser efectuado de oficio por el Juez en cualquier estado y grado de la causa, no estando vinculado para ello a los alegatos de las partes, ni a la actitud asumida por ellas con respecto a sus posiciones.

Es verdad, como bien lo anota A. Rengel Romberg, en su obra TRATADO DE DERECHO PROCESAL VENEZOLANO, Tomo I, que en la determinación de la competencia por el valor, no solamente está en juego el interés público que preside las normas de organización de los Tribunales según la cuantía de los asuntos, sino además el interés privado de las partes, en cuanto al límite de la condena en costas, pero aun tomando en cuenta ese interés privado, es obvio que no podrá determinarse el límite de las costas por honorarios de los abogados de la parte contraria si no existe en el libelo la estimación expresa de la cuantía y solo la estimación expresa en el libelo, no contradicha, ni rechazada por el demandado en el acto de la contestación a la demanda, puede quedar

firmar.

Estimado el valor de la demanda por el actor, la ley le concede al demandado la facultad de rechazar la estimación cuando la considere insuficiente o exagerada, formulando al respecto su contradicción; facultad que se justifica porque la inexacta estimación de la demanda por el actor, pudiera perjudicar al demandado, bien porque sometiera el conocimiento de la causa a la competencia de un Juez no conviene a sus intereses, o porque pudiere afectarle en materia de costas, o porque le privara de recursos, o porque lo sometiera a un procedimiento en el que se restrinjan las oportunidades del ejercicio de su derecho a defensa.

Cuando ocurre la contradicción por la cuantía, surge para el actor la carga de probar que su estimación es ajustada a la verdad; pero bien puede asumir el demandado una carga que no le corresponde y probar el verdadero valor de la demanda.

En caso bajo estudio, si se observa el contenido del escrito libelar, es obvio que la actora obvió toda mención sobre la estimación de la demanda, situación ésta que según alega una de las codemandadas (diligencia del 24 de enero de 2005, folio 109), daría lugar a que el tribunal declarado competente, tendría que declararse incompetente, por lo que habría que declarar la incompetencia de ambos juzgados y, con ello, aunque no lo dice expresamente la representación judicial de esta codemandada, sería inadmisibile in limine litis la acción propuesta, declaración que daría lugar a la extinción de un procedimiento que, como antes se acotó, no ha comenzado aún, puesto que fueron anulados todos los actos siguientes a la declaratoria de incompetencia por parte del tribunal ante el cual fue presentada la demanda. Una declaratoria en ese sentido, a juicio de esta Alzada, es contraria al derecho de acceso a la justicia y, a la tutela judicial efectiva, derechos de rango constitucional consagrados en la Carta Magna, artículos 26 y 257, pues la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda es solamente posible, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 341 Adjetivo, cuando es ésta contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley, supuestos de hecho que como se verá más adelante, no se encuentran en el caso sub judice. Siguiendo este orden de ideas, observa quien decide que la acción ejercida en la incidencia que se examina, es una acción de nulidad de procedimiento judicial, fundamentada en un presunto fraude procesal, sobre lo cual ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, v.g. sentencia del 20 de agosto de 2004, expediente 03-0876, bajo la ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, que la vía del juicio ordinario es la apropiada para ventilarla, ya que es necesario un término probatorio amplio, para que dentro de él se demuestre el fraude. De allí que, la acción de nulidad por fraude procesal no pueda considerarse inadmisibile y que, independientemente de la cuantía del asunto, el procedimiento a seguir será el ordinario y la cuantía determinará la competencia del tribunal que habrá de conocer del mismo.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la falta de determinación de la cuantía en el escrito libelar, considera quien decide que, en un juicio que no ha comenzado puesto que fue anulado el auto de admisión de la demanda, declarada de oficio la incompetencia del tribunal ante el cual fue presentada la demanda, habiendo sido planteada la regulación de la competencia, le queda entonces la determinación de la cuantía del asunto al juzgado que conoce del recurso y así las cosas, observa quien decide que, tratándose de un juicio de nulidad por fraude procesal que participa de la naturaleza del recurso de invalidación, para establecer la cuantía, es determinante el valor del juicio que se pretende invalidar y no se debe tomar en cuenta la hipotética responsabilidad procesal deviniente de la misma invalidación, pues los daños y perjuicios que produce un proceso por abuso de las posibilidades que la ley consagra, no entran en la estimación de la demanda, ya que deben ser reclamados separadamente, según jurisprudencia reiterada de nuestro Máximo Tribunal, v.g. sentencia del 21 de julio de 1943 (cfr. Memorias...II, 169, cit. por Machado, J.: Jurisprudencia, I,

158).

De allí que, constando de las actas del expediente que se examinan que el valor del juicio cuya invalidación se pretende fue estimado en la suma de cuatro millones de bolívares (Bs. 4.000.000), la competencia por la cuantía corresponde al Juzgado de Municipio ante el cual fue presentada la demanda, determinación que se corrobora por expresa disposición del artículo 329 Adjetivo que atribuye la competencia del recurso de invalidación al Tribunal que hubiese dictado la sentencia ejecutoriada que, en este caso, es también el citado Tribunal. ASÍ SE ESTABLECE.

III DECISIÓN

En mérito de las consideraciones precedentemente expuestas, este Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: que el Juzgado del Municipio Carrizal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda es competente para conocer del juicio de invalidación por fraude procesal interpuesto por INVERSIONES ALTO DIEGO S.A. e INVERSIONES TIERRA VERDE S.A., en contra de PROYECTOS Y EDIFICACIONES LATINO HORIZONTE C.A. y PABLO FERNANDO ASCANIO INFANTE.

SEGUNDO: Remítase en su debida oportunidad el expediente al Tribunal declarado competente.

TERCERO: Regístrese y publíquese, incluso en la página web de este Tribunal. Déjese copia.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho del JUZGADO SUPERIOR EN LO CIVIL, MERCANTIL, DEL TRÁNSITO Y DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO MIRANDA, en Los Teques, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil cinco (2005). Año 194° y 146°.

La Juez, Dra. Haydée Alvarez de Soltero, la Secretaria accidental, Estelvi González-León. En la misma fecha, siendo las 9:20 a.m., se publicó y registró la anterior sentencia, como está ordenado en expediente No. 05-5695. La Secretaria Accidental, Estelvi González León hads/egc Exp. N° 05-5695.

La **colusión procesal** podemos definir como el acuerdo de una de las partes con el juzgador o juzgadores, o con el secretario del juzgado, el secretario o relator de la Sala Civil o con terceros para desconocer el derecho del otro litigante o litis consorcio necesario, etc. a pesar que tiene el derecho conforme a ley y probado durante el proceso.

También se produce la colusión cuando uno de los litigantes se coluden o se pone de acuerdo con el notificador para que omita notificar a la otra parte litigante, pero informa que ha notificado con la resolución o acto procesal formalmente con la finalidad de frustrar su derecho a impugnar la resolución o sentencia, dando lugar a una sentencia contradictoria a la finalidad del Derecho Procesal que es la justicia.

En conclusión, el dolo, fraude y colusión procesales están unidos por un común denominador, que es la *intención* de los sujetos justiciables de engañar o abiertamente

perjudicar el derecho de uno del otro u otros litigantes o de terceros como en el caso de la colusión en la modalidad de simulación para hacer aparecer la existencia de una obligación y mediante embargo y remate, disminuir su patrimonio para perjudicar al acreedor.

c) La **sentencia se haya ejecutada y que haya quedado consentida si no es ejecutable**. El C.P.C. peruano en el Art. 178º, modificado por el art. Único de la Ley 27101, establece como condición de la acción que la sentencia se haya ejecutado, salvo que no sea ejecutable, texto que ha sido recogido de la Legislación procesal extranjera, como en la legislación procesal civil y comercial de Argentina. Es decir, que si no se ha ejecutado la sentencia no hay derecho del interesado para promover la acción, el ejercicio del derecho del perjudicado con la sentencia está sujeto a esta condición.

Esta exigencia formal para la procedencia de la acción de nulidad de cosa juzgada, es la expresión legislativa de la corriente *doctrinaria ecléctica* de intangibilidad de la sentencia con la categoría de cosa juzgada, con la finalidad que la ejecución del fallo exige su cumplimiento, para posteriormente reconocer el derecho acción de nulidad de la cosa juzgada de los afectados. Pero la jurisprudencia ha recogido la posición doctrinaria partidaria de la *viabilidad* de la nulidad de la cosa juzgada, y el derecho de acción no puede estar sujeto a limitaciones condicionales como prescribe nuestro Código procesal civil, siendo suficiente que la sentencia tenga la autoridad de cosa juzgada porque si exige previamente la ejecución de la sentencia, se produce generalmente daños irreparables, quedando el resultado material del proceso de nulidad de cosa juzgada simplemente en un ideal.

El *pleno jurisdicción celebrado en el Cuzco*⁶⁶⁰ sobre esta materia, acordaron por mayoría del pleno con la diferencia de tres votos, que el que se considera afectado con la sentencia fraudulenta, tiene que esperar que la sentencia se haya ejecutado, mientras que para la minoría es suficiente que la sentencia tenga la calidad de cosa juzgada para, sin necesidad que ésta sea ejecutada.

El pleno N° 13 expresa:

«13. ¿Se debe esperar a la ejecución de una sentencia ejecutable para interponer la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta?»

CONSIDERANDO:

Que para la mayoría la naturaleza del término cerrado que señala el artículo 178º del C.P.C, tiene día de inicio del cómputo del aludido término, y fecha límite para su interposición que es de seis (06) meses después de ejecutada, si fuera ejecutable, o seis (06) meses después que haya sido consentida o adquirido calidad de cosa juzgada.

Que, por otro lado, se debe esperar a la ejecución de la sentencia por ser imperativa la norma que así lo establece y porque no se debe frustrar la ejecución de lo ya resuelto.

⁶⁶⁰ PODER JUDICIAL. Pleno jurisdiccional civil 1999, Cusco, del 22 al 25 de setiembre de 1999, en Cuadernos de investigación y jurisprudencia, www.pj.gob.pe/8PLENOCIV99.pdf

Que, sin embargo, para la minoría no es necesario esperar los 6 meses de ejecutada la sentencia porque podría ocasionar un perjuicio mayor al que ya se ha producido.

Que el accionante, en tal sentido, puede interponer su demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta desde el día siguiente de haber adquirido la calidad de cosa juzgada.

Que además no debe esperarse el plazo, porque el artículo N° 178 del C.P.C. no prevé el inicio del plazo.

Que sería injusto que esté suspendido su derecho de acción, mientras no se ejecute la sentencia.

EL PLENO ACUERDA:

POR MAYORIA (31 votos)

Sí se debe esperar.

POR MINORIA (28 votos)

No se debe esperar; basta que tenga la calidad de cosa juzgada. No se requiere la ejecución de la sentencia porque la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es una acción que no impide la ejecución de la sentencia, prueba de ello es que en este tipo de procesos solamente se pueden conceder medidas cautelares inscribibles»

En la parte del estudio de las fuentes de la *Teoría Procesal Civil Empresarial*, hemos sostenido que los Acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales no son de cumplimiento obligatorio, quedando a criterio del juzgador si aplica o no el acuerdo jurisdiccional. Muchos jueces que tienen una formación jurídica del respeto a la tutela jurisdiccional como derecho constitucional, y su ejercicio no puede estar sujeto a condición suspensiva, admiten la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, sin que la sentencia haya sido ejecutada y así existen muchas ejecutorias.

d) La acción de nulidad de cosa juzgada, no esté afectada por la caducidad. La demanda se debe interponer dentro del plazo que prescribe las normas procesales. Sin embargo, los legisladores como en el caso del C.P.C. han determinado establecer un plazo de caducidad, y no se ha dejado como cualquier otra acción a ser afectada por la prescripción. Consideramos razonable someterlo esta acción a la afectación de caducidad, porque afecta a una institución constitucional la *cosa juzgada*, en consecuencia no se podría esperar tanto tiempo para que el afectado con la sentencia pueda interponer la demanda. En el C.C. peruano en el Art. 2001° prescribe los plazos de la prescripción de las acciones jurisdiccionales civiles. La acción de *nulidad de cosa juzgada* se encuentra en la hipótesis del inc. 1, expresando: «Art. 2001°.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico» El legislador ha tenido buen criterio, lógicamente partiendo de la inminencia del riesgo o la afectación inmediata de los derechos materiales de cualquiera de los litigantes o de terceros, consideramos que tiene que ser en un corte plazo.

El *cómputo del plazo de caducidad* es diverso en la legislación procesal comparada, así como el *criterio del inicio del cómputo*, tiene su fundamento en la doctrina y en la racionalidad de lógica jurídica. El *inicio del cómputo* para algunas legislaciones es a partir del día siguiente que la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada, para otras legislaciones a partir de la fecha que tuvo conocimiento el afectado con sentencia, y finalmente a partir de la fecha de haberse

ejecutado la sentencia, si es ejecutable o a partir de la fecha de ejecutoriada, como en el caso del C.P.C. peruano.

A nuestro criterio, el cómputo del plazo debe tenerse en cuenta dos categorías de la situación jurídica en la relación procesal de los efectos de la sentencia en sus derechos por los graves errores o conductas fraudulentas.

Partiendo de este criterio, el plazo debe computarse a partir del día siguiente que la sentencia alcanzó la categoría constitucional de cosa juzgada, tanto los litigantes o terceros debidamente notificados en el proceso que concluyó con sentencia ejecutoriada viciada de nulidad de *cosa juzgada*.

En el caso de terceros que tenga interés o por ser afectados en su derechos por la sentencia, pero que no han sido comprendidos en la relación jurídica procesal, el cómputo del plazo debe considerarse a partir de la fecha que tuvo conocimiento la existencia de la sentencia que afecta sus derechos materiales. Nuestra realidad exige tener en cuenta este cómputo y el juzgador no estaría en la capacidad de rechazar la demanda invocando la caducidad. Por ejemplo, el guardián incurren en fraude simulando una deuda con un tercero, y el supuesto acreedor inicia proceso de obligación de dar suma de dinero en proceso ejecutivo, el supuesto acreedor solicita al juzgado se traben medida cautelar en forma de depósito en el inmueble que está a cargo del guardián, aprovechándose que este inmueble no se encuentra inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble. El juez saca a remate el inmueble y en la primera convocatoria se declara desierta la subasta pública, entonces el supuesto acreedor se adjudica, y se inscribe en los registros públicos. El propietario regresa al Perú después de tres años, con la seguridad que el guardián continúa como tal, se encuentra con la sorpresa que ha perdido su propiedad por sentencia judicial.

Teniendo en cuenta este ejemplo y es frecuente en la praxis procesal en distintas acciones jurisdiccionales, al propietario no le queda otra acción más que la nulidad de cosa juzgada, el juzgador de ninguna manera podría dejar desamparado el derecho del tercero que no tuvo conocimiento de la existencia del proceso fraudulento, amparado en el plazo computado a partir del día siguiente que la sentencia se constituye en cosa juzgada.

Nuestro C.P.C., art. 178º, primer párrafo, establece el plazo de *seis meses* computados a partir de la fecha de ejecución de la sentencia, o de haber quedado ejecutoriada si no es ejecutable. El Proyecto del Código Procesal de Buenos Aires aprobado en las Jornadas de San Isidro de 1970, en el art. 690º establece el plazo de caducidad a los tres años. La ley de enjuiciamiento civil española (art. 1798), y la Ley procesal alemana (art. 586-I) prescribe el plazo de cinco años; de igual manera también la Ley de Enjuiciamiento Civil española en el art. 1800, II también establece cinco años computado desde la publicación de la sentencia. El Código italiano, regula los plazos de *acción de la revocación*, en el art. 325, variables de acuerdo a la clase de sentencia que se intenta anular. Fazzalari⁶⁶¹ difiere también el comienzo del cómputo según las causales

⁶⁶¹ FAZZALARI – LUISO. *Codice di Procedura Civile e norma complementari*, p. 101 y 118. ROCCO, UGO. *Tratado de derecho procesal civil*, t. III, p. 472; MICHELI. *Curso de derecho procesal civil*, t. II, p. 380 y siguientes.

(art. 396). El Código de Córdoba que le denomina *recurso de revisión*, en el art. 397° prescribe el plazo de treinta días. El Código Procesal de Brasil, prescribe la extinción de la *acción rescisoria (nulidad de cosa juzgada)* a los dos años computados a partir de haber quedado la sentencia en cosa juzgada.

7. NATURALEZA DEL PROCESO

Es un *proceso de cognición*, con la finalidad de la amplia actuación probatoria para demostrar que la sentencia con autoridad de cosa juzgada u otros actos procesales homologados, están viciadas de graves errores o conductas defraudatorias perjudican al derecho de los otros litigantes o de terceros, comprendidos o no en el proceso.

En nuestro C.P.C., art. 178, primera parte, ha precisado que la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se demandará como *proceso de conocimiento*, en la legislación comparada se denomina proceso ordinario. Sin embargo consideramos que debe regularse la vía procesal en proceso abreviado, como un término medio favorable a los accionantes y a los demandados, principalmente al que se considera vencedor del proceso que ha concluido con sentencia que se pretende la nulidad de cosa juzgada.

El fundamento está en la pronta administración de justicia, mucho más que se trata de la afectación a una institución y garantía constitucional la cosa juzgada, se debe garantizar un proceso abreviado.

8. COMPETENCIA

La doctrina y la legislación comparada, no se han puesto de acuerdo, si el órgano jurisdiccional competente para conocer el proceso de *nulidad de cosa juzgada*, debe ser el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia, u otros órganos jurisdiccionales.

El C. P. C. peruano, no ha precisado quienes son los competentes, pero al precisar que se tramitará como proceso de conocimiento. Entonces el órgano jurisdiccional competente es el Juzgado especializado civil, si la sentencia cuestionada es de materia civil empresarial. El fundamento está en que la acción de nulidad se cuestiona las conductas particulares de los sujetos de la relación procesal expresadas en los actos procesales o conductas ocultas de los litigantes, el error o dolo del juzgador. En algunos Códigos procesales se determinan que las sentencias deben ser revisadas por el órgano jurisdiccional superior; otras legislaciones establecen que la competencia corresponde al mismo juez u órgano jurisdiccional que emitió la sentencia.

Teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias y legislativas, consideramos lo más apropiado que la competencia le corresponde al *juez o Sala civil empresarial de primera instancia* de la misma jerarquía del juzgador que conoció el proceso, cuya sentencia es cuestionada de nulidad de cosa juzgada, por ser la medida más acertada a las garantías procesales en busca de una justa impartición de justicia, eliminando toda duda al *principio de imparcialidad*.

9. INTERPRETACIÓN DE LAS PRUEBAS

En forma sucinta nos referimos a la posición doctrina, en cuanto a la *interpretación* de los medios probatorios en el proceso de nulidad de cosa juzgada, y ésta no es uniforme. En su mayoría mantienen la posición que en caso de duda en el análisis e interpretación probatoria, debe interpretarse a favor de la sentencia cuestionada, partiendo de la seguridad jurídica de la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, sostenemos que la valoración de la prueba en caso de duda tiene que interpretarse a favor de la equidad como materialización de la justicia, la que dará un sosiego no solamente al accionante, sino también a la sociedad como *sujeto social pasivo*.

10. EFECTOS DEL PROCESO DE NULIDAD DE COSA JUZGADA

El *proceso de nulidad de cosa juzgada* necesariamente tiene que *concluir con sentencia*, y no puede utilizarse medios alternativos procesales como la transacción, conciliación, allanamiento de todos los demandados, etc. porque la sentencia cuestionada es un documento público resultado de un proceso desarrollado con dialecticidad observando todas las garantías constitucionales y legales para una buena administración de justicia, el cuestionamiento de la cosa juzgada no puede ser conciliado ni transigido para dejar sin efecto su eficacia y homologado por el juzgador. Este fundamento que orienta al proceso de esta acción y concluirá necesariamente con la sentencia.

Las posibilidades de la sentencia son dos:

a) La sentencia declara *infundada* la demanda y confirmada en Segunda Instancia, la sentencia cuestionada mantiene la plena eficacia y se procederá a su ejecución de ser el caso. Si se ha trabajado medidas cautelares, estas se levantarán, condenando al pago de costas y costos. En algunas legislaciones imponen una multa a la parte accionante, como en el caso del C.P.C.

b) Si la sentencia se declara *fundada* la demanda, se declarará nula la sentencia con cosa juzgada, reponiéndose el proceso al estado en que se incurrió en error, o si probado el dolo fraudulento, se emitirá nueva sentencia declarando infundada la demanda, y ordenando el pago de costas y costos a los perdedores.

11. MEDIDAS CAUTELARES

En el proceso de nulidad de cosa juzgada, hay unanimidad en la doctrina que el accionante tiene derecho de pedir al juzgador ordene amparar la tutela cautelar. En el C.P.C. peruano, art. 178º, tercer parágrafo, ampara solamente las medidas cautelares en forma de inscripción.

En el sistema contractual alemán es posible la exclusividad de la forma de inscripción de la medida cautelar, porque los contratos se perfeccionan con la inscripción registral, pero en el sistema contractual francés, en el que el perfeccionamiento de los contratos de consumo con la sola manifestación de la voluntad, en los casos de bienes inmuebles, y la tradición en el caso de los bienes muebles, sin necesidad de la inscripción registral para su perfeccionamiento.

Los juristas están de acuerdo en su mayoría el reconocimiento del derecho a la *tutela cautelar*, y en algunos Códigos procesales está prevista la *medida cautelar innovativa*, es decir, la suspensión de la ejecución de sentencia

El derecho a la tutela cautelar no puede estar limitada solamente determinadas formas, sino que tiene que garantizarse el pleno ejercicio de su derecho cautelar, teniendo en cuenta que es de responsabilidad exclusiva del solicitante, sujeto a la prestación de contra cautela. Si la ejecución de la sentencia pone en riesgo de daño irreparable, lógicamente que no hay razón para que el juez no ampare la tutela cautelar de suspensión de la ejecución de la sentencia, porque de qué sirve una sentencia que declara fundada la nulidad de cosa juzgada cuando ya se ejecutó y el daño se convirtió en irreparable.

El criterio de los *Tribunales Internacionales* como el Tribunal Penal Internacional (*Tribunal de la Haya*) de la ONU, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en reiteradas ejecutorias han suspendido la ejecución de sentencias violatorias de los derechos humanos. Nos preguntamos: ¿Por qué el órgano jurisdiccional no puede amparar la *suspensión* de la ejecución de sentencia en materia civil empresarial, si ésta constituye riesgo irreparable en los derechos del perdedor? Por ejemplo, citamos la Resolución de medida cautelar de suspensión de ejecución de la pena de muerte, emitida por el *Corte Interamericana de Derechos Humanos por Resolución de 12 de marzo de 2005, Ratificación De Medidas Provisionales respecto de Guatemala, caso Fermín Ramírez*.⁶⁶²

VISTOS:

1.

El escrito de 12 de septiembre de 2004, mediante el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal") una demanda **contra** el Estado de Guatemala (en adelante "el Estado" o "Guatemala") en el caso Fermín Ramírez (Nº 12.403). La Comisión Interamericana solicitó que la Corte establezca que el Estado es responsable por la violación de los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana"): 4 (Derecho a la Vida) en relación con el 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial), así como por el incumplimiento de la obligación general establecida en el artículo 1.1(Obligación de Respetar los Derechos) en relación con la violaciones alegadas, por "la imposición de la **pena de muerte** a[l señor] Fermín Ramírez sin que hubiera tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en relación tanto al cambio de los hechos imputados en la acusación como de su calificación jurídica, los cuales tuvieron lugar al momento de que las autoridades judiciales guatemaltecas profirieron en su **contra sentencia** condenatoria el 6 de marzo de 1998." Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación y que reintegre las costas y gastos.

2.

Las medidas cautelares dictadas por la Comisión el 9 de febrero de 2004, mediante las cuales solicitó al Estado que protegiera la vida del señor Fermín Ramírez.

3.

⁶⁶² www.corteidh.or.cr/serieepdf/Ramirez_se_01.pdf (26-08-2006).

El escrito de 3 de diciembre de 2004, mediante el cual los representantes de la presunta víctima (en adelante “los representantes”) presentaron sus solicitudes, argumentos y pruebas en el presente caso. En este escrito solicitaron, *inter alia*, que “para salvar la vida del señor Fermín Ramírez [la] Corte expida medidas provisionales a [su] favor [...], con base en lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Convención Americana [...]”.

4.

Los fundamentos señalados por los representantes en su solicitud de medidas provisionales (*supra* Visto 3), según los cuales, a pesar de la vigencia de las medidas cautelares dictadas por la Comisión el 9 de febrero de 2004, “representa una gran preocupación la jurisprudencia asentada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala [en sentencia de 19 de diciembre de 2001], en el sentido que las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana [...] no tienen efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales guatemaltecos”.

5.

La nota de la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”) de 8 de diciembre de 2004, en la que, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “el Presidente” o “el Presidente de la Corte”), solicitó a los representantes que, en consideración de que reencuentran vigentes las medidas cautelares solicitadas por la Comisión Interamericana desde el 9 de febrero de 2004 y de que la referida **sentencia** de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala fue dictada en el año 2001, informaran de manera detallada, a más tardar el 13 de diciembre de 2004, acerca de la existencia de los presupuestos de extrema gravedad y urgencia e irreparabilidad del daño establecidos en el artículo 63.2 de la Convención Americana que justificarían la adopción, por parte de este Tribunal, de medidas provisionales en la situación actual del presente caso.

6.

El escrito de 14 de diciembre de 2004, mediante el cual los representantes presentaron, de conformidad con lo solicitado (*supra* Visto 5), sus argumentos acerca de la supuesta existencia de los presupuestos de extrema gravedad y urgencia e irreparabilidad del daño, establecidos en el artículo 63.2 de la Convención Americana, para la adopción de medidas provisionales. Al respecto, los representantes señalaron:

a) en cuanto al presupuesto de extrema gravedad, que la vida es un derecho fundamental del cual nadie puede ser privado arbitrariamente, por lo que la eventual ejecución del señor Fermín Ramírez sin que haya concluido el proceso ante la Corte constituiría una violación del artículo 4 de la Convención;

b) en cuanto a la urgencia de la situación, que en la jurisdicción interna no existen recursos pendientes y, consecuentemente, desde el 31 de mayo de 2000, fecha en que fue resuelto el primer recurso de gracia por el Presidente de la República de Guatemala, está pendiente que se fije fecha y hora para la ejecución del señor Fermín Ramírez. Es decir, el primer recurso de gracia interpuesto por la defensa de la presunta víctima el 27 de julio de 1999 fue resuelto de manera negativa por el Poder Ejecutivo. Además, si bien la defensa del señor Fermín Ramírez fue notificada de que el segundo recurso de gracia interpuesto el 6 de mayo de 2004 se encontraba suspendido, en Guatemala no existe procedimiento alguno que regule el indulto, por lo que en cualquier momento se puede resolver dicho recurso en forma arbitraria y se abriría la posibilidad de una ejecución inminente por parte del juez ejecutor. Además, señalaron que desde la presentación del caso ante el sistema interamericano el juez de ejecución penal ha expresado que corresponde fijar fecha y hora para su ejecución. A su vez, en Guatemala la ejecución de la **pena de muerte** se puede llevar a cabo

en un lapso muy corto, lo que imposibilitaría que se pudieran solicitar medidas provisionales a la Corte;

c) en cuanto a la irreparabilidad del daño, que no existe forma alguna de reparar la privación de la vida de una persona y que en este caso existe un riesgo inminente y serio de un daño irreparable, y

d) aunque la Comisión dictó medidas cautelares, estas no garantizan que el Estado las acate, por lo que carecen de efectividad para detener la ejecución.

El Estado no ha ordenado explícitamente al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y a los jueces de ejecución la suspensión de la ejecución del señor Fermín Ramírez. Además, existen antecedentes en Guatemala relativos a la ejecución de condenados a **pena de muerte**, en aplicación del fallo de la Corte de Constitucionalidad de 19 de diciembre de 2001, aún cuando había medidas cautelares otorgadas por la Comisión a su favor.

7.

Las notas de la Secretaría de 14 de diciembre de 2004, mediante las cuales, siguiendo instrucciones del Presidente, transmitió el anterior escrito de los representantes (supra Visto 6) al Estado y a la Comisión, y les solicitó que presentaran, a más tardar el 16 de diciembre de 2004, las observaciones que estimaran pertinentes a dicha solicitud de medidas provisionales de los representantes, así como su opinión sobre la procedencia de las mismas.

8.

El escrito de 14 de diciembre de 2004, mediante el cual el Estado presentó sus observaciones a la solicitud de los representantes de adopción de medidas provisionales. Al respecto, Guatemala indicó las gestiones realizadas para dar cumplimiento a las medidas cautelares dictadas por la Comisión el 9 de febrero de 2004, entre las cuales destacó una visita realizada por la Comisión Presidencial de Derechos Humanos (en adelante "COPREDEH") al centro penitenciario de máxima seguridad, en el que se encuentra recluso el señor Fermín Ramírez; una solicitud de COPREDEH a la Dirección General del Sistema Penitenciario de traslado del señor Fermín Ramírez de dicho centro a la granja modelo de rehabilitación Pavón; y las gestiones conjuntas con los abogados de la defensa pública penal y asesores del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala para impulsar la presentación de dos proyectos de ley para "detener la ejecución de la pena de muerte y cumplir de esta forma con lo establecido en la Convención [...]". Asimismo, alegó que, desde el dictado de las medidas cautelares, la vida del señor Fermín Ramírez no se ha visto en riesgo en ningún momento ni han existido intentos de ejecutar la pena impuesta, por lo que no existen motivos suficientes o presupuestos de extrema gravedad que justifiquen una orden de medidas provisionales a favor de la presunta víctima.

9.

El escrito de 16 de diciembre de 2004, mediante el cual la Comisión Interamericana presentó sus observaciones a la solicitud de los representantes de adopción de medidas provisionales, en las cuales señaló que:

a) si bien comparte con el Estado la apreciación de que en el presente caso las medidas cautelares han sido efectivas, "corresponde al Tribunal preservar su jurisdicción y decretar las medidas requeridas, dado que la cuestión está pendiente ante la Corte y que se encuentran presentes los presupuestos exigidos por el artículo 63.2 de la Convención Americana";

b) la inminencia del daño en este caso está dada por el carácter firme de la **sentencia** condenatoria dictada en **contra** del señor Fermín Ramírez el 6 de marzo de 1998, luego de que la Corte de Constitucionalidad rechazara un recurso de amparo el 18 de febrero de 1999 y de que la

Corte Suprema de Justicia rechazara un recurso de revisión el 12 de julio de 1999, interpuestos por su defensa **contra** dicha **sentencia** condenatoria. Además, el Estado, en otros casos, en 1996 y 1998 ejecutó a personas protegidas por medidas cautelares

1. A esto se suman las manifestaciones hechas por los Jueces de Ejecución Penal sobre su voluntad de proceder a la ejecución de condenados a

La **pena** de **muerte** (supra Visto 6.b), así como el hecho de que la Corte de Constitucionalidad haya admitido un recurso de inconstitucionalidad intentado

1 Caso No. 11.686 (Roberto Girón y Pedro Castillo) y caso No. 11.834 (Manuel Martínez Coronado) por la defensa, pero sin otorgar la suspensión provisional de la norma atacada;

c) según el ordenamiento guatemalteco, si no estuviere pendiente de resolver ninguna acción de amparo, el juez executor señalará día y hora para el cumplimiento de la **pena** capital, “debiendo ser la última notificación la correspondiente al reo”. Los antecedentes de ejecución de la **pena** en Guatemala indican que el lapso entre la emisión de dicha resolución y la hora fijada es breve; y

d) considera “un medio idóneo” que la Corte ordene la adopción de las medidas provisionales solicitadas por los representantes y requiera al Estado que adopte “las providencias necesarias para preservar la vida e integridad personal del señor Fermín Ramírez, incluyendo la suspensión de la ejecución, a fin de no obstaculizar la tramitación de los casos ante el sistema interamericano”.

10.

La Resolución de Medidas Urgentes del Presidente de la Corte de 21 de diciembre de 2004, mediante la cual decidió:

[...]

4.

Que la presente solicitud de medidas provisionales ha sido presentada directamente por los representantes de la presunta víctima en un caso que se encuentra en conocimiento de la Corte, por lo cual la misma se encuentra conforme a lo estipulado en el artículo 25 del Reglamento.

5.

Que el artículo 1.1 de la Convención señala el deber que tienen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese tratado y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

[...]

9.

Que en este caso las medidas solicitadas por los representantes tienen como objetivo no frustrar la posibilidad de dar cumplimiento a una eventual determinación de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos de la existencia de violaciones a la Convención Americana.

10.

Que si el Estado ejecuta a la presunta víctima causaría una situación irremediable e incurriría en una conducta incompatible con el objeto y fin de la Convención.

11.

Que el 9 de febrero de 2004 la Comisión Interamericana dictó medidas cautelares, mediante las cuales solicitó al Estado que adoptara las medidas necesarias para proteger la vida del señor Fermín Ramírez, las cuales se encuentran vigentes. Esta Presidencia ha tomado nota de las medidas adoptadas por el Estado para dar cumplimiento a las medidas cautelares dictadas por la Comisión [...], así como de la apreciación de la Comisión de que dichas medidas han sido efectivas en el presente caso

[...].

12.

*Que, a pesar de que hasta el momento las medidas cautelares dictadas por la Comisión han sido efectivas, en el presente caso la **sentencia** condenatoria dictada en **contra** del señor Fermín Ramírez parece tener carácter firme. Asimismo, la Comisión y los representantes presentaron antecedentes relativos a la ejecución, por parte del Estado, de personas protegidas por medidas cautelares [...]. Es decir, la situación descrita por los representantes y la Comisión en este caso [...] revela prima facie la existencia de una situación de extrema gravedad y urgencia, que hace necesario evitar daños irreparables a los derechos a la vida e integridad personal del señor Fermín Ramírez, así como evitar que se frustre una eventual reparación que la Corte pueda determinar a favor de la presunta víctima. El estándar de apreciación prima facie de un caso y la aplicación de presunciones ante las necesidades de protección, han llevado a la Corte a ordenar medidas provisionales en distintas ocasiones.*

POR TANTO:

EL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en uso de las atribuciones que le confieren el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25.2 del Estatuto de la Corte, y los artículos 4, 25 y 29.2 del Reglamento de la Corte, en consulta con los jueces de la Corte,

RESUELVE:

1.

Requerir al Estado que adopte, sin dilación, las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal del señor Fermín Ramírez, con el fin de no obstaculizar el trámite de su caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

2.

Requerir al Estado que informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de 20 días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, sobre las providencias que haya adoptado en cumplimiento de ésta.

3.

Requerir a los representantes de la presunta víctima, beneficiaria de las medidas urgentes ordenadas, que presenten sus observaciones al informe del Estado en el plazo de una semana contado a partir de la recepción del referido informe estatal, y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones al informe del Estado en un plazo de dos semanas, contadas a partir de su recepción.

4.

Requerir al Estado que, con posterioridad a su primera comunicación (supra punto resolutivo 2), continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses, sobre las providencias adoptadas, y requerir a los representantes de la presunta víctima, beneficiaria de las medidas urgentes ordenadas, y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten sus observaciones a dichos informes del Estado en un plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contado a partir de la recepción de los referidos informes del Estado.

[...]

11.

La nota de 17 de enero de 2005 de la Secretaría de la Corte, mediante la cual, siguiendo instrucciones del Presidente, reiteró al Estado la presentación de su primer informe sobre la implementación de las medidas urgentes, según lo ordenado por el Presidente (supra Visto 10).

CONSIDERANDO:

1.

Que Guatemala es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 25 de mayo de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987.

2.

Que el artículo 63.2 de la Convención Americana dispone que: [e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

3.

Que, en los términos del artículo 25 del Reglamento de la Corte,

1.

En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

[...]

3.

En los casos contenciosos que ya se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos.

[...]

5.

Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.

6.

Los beneficiarios de medidas provisionales o medidas urgentes del Presidente podrán presentar directamente a la Corte sus observaciones al informe del Estado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes.

[...]

4.

Que la presente solicitud de medidas provisionales ha sido presentada directamente por los representantes en un caso que se encuentra en conocimiento de la Corte, por lo cual la misma es conforme a lo estipulado en el artículo 25 del Reglamento.

5.

Que las medidas urgentes ordenadas por el Presidente tienen como objetivo la protección de la vida e integridad personal del señor Fermín Ramírez, lo cual evitaría, inter alia, que se frustrase una eventual reparación que la Corte pueda determinar a favor de la presunta víctima.

6.

Que a pesar de haber sido requerido por el Presidente y reiterado por la Secretaría (supra Vistos 10 y 11), el Estado no presentó su primer informe sobre la implementación de las medidas

urgentes, por lo que el Estado incumplió con el deber de informar a la Corte sobre la implementación de las medidas ordenadas por su Presidente.

7.

Que está vigente la situación descrita por los representantes en este caso, la cual revela prima facie la existencia de una situación de extrema gravedad y urgencia, que hace necesario evitar daños irreparables a los derechos a la vida e integridad personal del señor Fermín Ramírez. En consecuencia, se cumplen los presupuestos establecidos en el Artículo 63.2 de la Convención para ratificar la Resolución del Presidente y ordenar al Estado la adopción de medidas provisionales en el presente caso.

POR TANTO:

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en uso de las atribuciones que le confieren el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25.2 del Estatuto de la Corte, y los artículos 25 y 29.2 del Reglamento de la Corte,

RESUELVE:

1.

Ratificar en todos sus términos la Resolución del Presidente de Medidas Urgentes de 21 de diciembre de 2004.

2.

Requerir al Estado que adopte, sin dilación, las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal del señor Fermín Ramírez, con el fin de no obstaculizar el trámite de su caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

3.

Requerir al Estado que informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 21 de marzo de 2005, sobre las providencias que haya adoptado en cumplimiento de esta Resolución.

4.

Requerir a los representantes de la presunta víctima, beneficiaria de las medidas urgentes ordenadas, que presenten sus observaciones al informe del Estado en el plazo de una semana contado a partir de la recepción del referido informe estatal, y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones al informe del Estado en un plazo de dos semanas, contado a partir de su recepción.

5.

Requerir al Estado que, con posterioridad a su primera comunicación (supra punto resolutivo 3), continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses, sobre las providencias adoptadas, y requerir a los representantes de la presunta víctima, beneficiaria de las medidas urgentes ordenadas, y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten sus observaciones a dichos informes del Estado en un plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contado a partir de la recepción de los referidos informes del Estado.

6.

Notificar la presente Resolución de ratificación de medidas provisionales al Estado de Guatemala, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la presunta víctima, beneficiaria de las mismas»

Sergio García Ramírez-Presidente, Alirio Abreu Burelli, Oliver Jackman, Antonio A. Cançado Trindade, Cecilia Medina Quiroga, Manuel E. Ventura Robles, Diego García -

Sayán, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario. Comuníquese y ejecútese, Sergio García Ramírez - Presidente- Pablo Saavedra Alessandri - *Secretario*.

12. CONCLUSION

La *concepción moderna* de la *cosa juzgada* como categoría jurídica intangible, ha superado a la concepción que revolucionó con el triunfo de la revolución francesa extendida en todo el mundo y en el Derecho canónico. Esta institución como todas las instituciones de la *Moderna Teoría General del Proceso*, ha desarrollado grandemente el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y extendida a su derecho patrimonial, cuyo ejercicio y disfrute está limitado cada vez más en función al interés social, y cuando las resoluciones ponen en peligro irreparable por los errores, la nueva concepción de los derechos humanos viene sentando posición de protección cautelar, como así existen una serie de jurisprudencia emitidas por los órganos jurisdiccionales internacionales.

En la casuística jurídica peruana son tan escasas ejecutorias que han resuelto estos procesos declarando fundada la demanda, no porque no se hayan probado las pretensiones de los accionantes, sino como una respuesta de solidaria con los Magistrados que incurrieron en grave error y algunos actuando con dolo, a pesar que no trae responsabilidad de ninguna naturaleza el proceso de nulidad de cosa juzgada de declararse fundada la demanda, salvo el pago de costas y costos, en cambio para el accionante perdedor, además del pago de costas y costos, se le sanciona con una multa.

En consecuencia, nuestros magistrados peruanos están rompiendo con el esquema formalista en beneficio de la justicia y el equilibrio de la convivencia pacífica de nuestra sociedad, fallando en los procesos de nulidad de cosa juzgada sin temores y con independencia contundente en beneficio del interés colectivo, en aplicación del derecho al resolver los conflictos de intereses particulares y el juzgador o juzgadores que emitieron la sentencia cuestionada.

SEGUNDA PARTE
TEORIA CAUTELAR MODERNA

Capítulo XXIII

La Teoría de la Tutela Cautelar

1. ASPECTOS GENERALES Y DEFINICIÓN

En el antiguo Derecho Romano, los términos *proceso cautelar* y *medidas cautelares* no fueron conocidos, pero sí existieron instituciones con cierta similitud con los objetivos de las medidas cautelares de la Teoría cautelar moderna.

La *Pignoris Capio* (latín: *toma de prenda*) en el sistema procesal romano de las *acciones de la ley*, era uno de los medios de acción directa del acreedor, por la cual tomaba los bienes del deudor sin intervención del juzgador, estando obligada observar la formalidad de dirigirse al deudor y expresarle determinados términos que motivaran su actuación.

La fuente de la *pignoris capio*, está en las costumbres de los pueblos primitivos y fue recogida por las *XII Tablas* para ciertas materias religiosas, militares y fiscales, pero con la sustitución del sistema de las *legis actionis* por el *sistema formulario* fue recogido pero con modificaciones y constituía un medio de *coacción* del que gozaba el *magistrado* en virtud de su *imperium* para embargar bienes a la persona que desobedecía sus mandatos

Finalmente una vez trabada la *litis* con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar una similitud con las medidas preventivas actuales, con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro conservativo.

En el Derecho español, encontramos en las «*Siete Partidas*» sancionadas por el *Rey Alfonso El Sabio*, en la *Tercera Partida* contiene normas reguladoras materia procesal, establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda. Así mismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Las normas jurídicas españolas del antiguo Derecho Español eran aplicadas en las colonias, y en la Gran Colombia regían las pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de

marzo de 1808, las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas.

La *Teoría de la tutela cautelar* alcanzó la materialización como *teoría científica* formulada por el maestro italiano *Giuseppe Chiovenda* con su monumental obra «*Principii di diritto processuale civile*», realiza un estudio profundo de nuevos fenómenos jurídicos manifestados en la realidad social objetiva, que requerían tutela jurisdiccional inmediata y no estaban amparados suficientemente por las normas procesales, sentando las bases fundamentales de la *Teoría procesal cautelar* y desarrollada por *Piero Calamandrei* y otros destacados juristas principalmente italianos.

La función jurisdiccional civil empresarial de naturaleza cautelar entró en vigor a fines de la primera mitad del siglo veinte, consolidándose normativamente en las diversas legislaciones del mundo. Esta afirmación no niega los valiosos aportes precedentes cuyos antecedentes se remontan al propio derecho romano. La *tutela cautelar* es una institución muy amplia ejerciendo su función en todas las áreas del Derecho Procesal, jurisdiccional y administrativo con autorización judicial, por su *naturaleza instrumental* que busca la eficacia de las decisiones jurisdiccionales.

Las medidas cautelares son ordenadas no solamente por los jueces, sino también por los tribunales arbitrales. La *tutela cautelar jurisdiccional*, no solamente es viable en el derecho procesal interno, sino también por los Tribunales internacionales, como por ejemplo el Tribunal Internacional Europeo de Derechos Humanos en las distintas materias jurídicas sometidas a su jurisdicción de conformidad con el Derecho Procesal Internacional previstos en los Estatutos correspondientes, tenemos muchos casos de esta materia y evolución es vertiginosa, principalmente en materia de *Derechos Humanos*, así como también en casos materia de *Derecho Privado Empresarial*.

*Piero Calamandrei*⁶⁶³ dice que «*La tutela cautelar es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: mas que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento*»

La *tutela cautelar* no es la realización de la justicia, sino la *medida mediata* que tiene por finalidad dar seguridad a la eficacia de la impartición de justicia, partiendo de la realidad objetiva el tiempo que tiene que transcurrir el proceso, ya sea de *cognición* o de *ejecución* conforme a las normas procesales, y para *coactar* la resistencia al cumplimiento de la sentencia, es decir salvaguardar el *imperium iudicis*.

Las *tutela cautelar* en el somero pensamiento, aparentemente es de interés particular, fundado principalmente en el ejercicio del derecho a tutela cautelar jurisdiccional a instancia de

⁶⁶³ CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* p.45

parte, pero el interés es la impartición de justicia y que esta prestación constitucional sea efectiva y eficaz. **Giuseppe Chiovenda**⁶⁶⁴ afirma que «El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por sí misma de acción (acción aseguradora); y esa pura acción que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez, también aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto»

Por su parte **Ugo Rocco**⁶⁶⁵ afirma que la actividad jurisdiccional llamada cautelar (y el proceso correspondiente) no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminarlo, puesto que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservado el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela amparada por el derecho objetivo a dichos intereses.

La teoría de la tutela cautelar viene experimentando cada vez más su evolución en las legislaciones procesales modernas de derecho interno y en el derecho internacional, están contempladas las denominadas *medidas cautelares innominadas*, y aún en el más moderno pensamiento cautelar las medidas cautelares *autosatisfactivas*. La concepción clásica de las medidas cautelares, que tienen por finalidad, como afirma **Jesús Moreno Mendoza**⁶⁶⁶, dentro de lo posible evitar las alteraciones en el equilibrio inicial de los contendientes: «Evitar alteraciones, cambios y modificaciones, que puedan surgir o seguirse de la duración o durante el proceso»

Podemos definir *la tutela cautelar jurisdiccional* desde el punto de vista clásico, como la institución procesal instrumental del proceso jurisdiccional consistente en la afectación de los derechos materiales o personales del obligado por mandato del juez, antes de iniciado el proceso de conflictos de intereses de fondo o incertidumbre jurídica, durante el proceso o en ejecución de sentencia para ejecución forzada, a fin garantizar la eficacia y oportuna ejecución de la decisión del juzgador en determinado proceso. La decisión de las medidas cautelares pueden ser de oficio o a instancia de parte interesada y afectar cualquiera de los derechos materiales, derechos reales, de crédito y personales con la limitación de la libertad, como la prohibición de salida del país.

⁶⁶⁴ CHIOVENDA, GIUSSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948, pp. 281, 282.

⁶⁶⁵ ROCCO, UGO. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo Vol. I, edit. Revista de derecho procesal civil, tomo V, DEPALMA, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 57; también *Tratado de dercho procesal civil*, tomo V, edit. Temis, Bogotá, 1977, p. 8.

⁶⁶⁶ MORENO MENDOZA, JESÚS. *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil mexicano*, en Rev. Iberoamericana de arbitraje, edit. Bibliográfica Argentina, julio del 2003, www.servilex.com.pe/arbitraje (21 de junio, 2006).

También es importante delimitar la terminología apropiada en los casos de *amparo cautelar*, como sostiene *Darci Guimarães Ribeiro*⁶⁶⁷ comentando al *Código Procesal Modelo para Ibero América*, hace estas delimitaciones terminológicas utilizadas en las legislaciones procesales afirmando que «*La utilización de la expresión 'medidas cautelares' en vez de 'tutela cautelar'.* Esta opción demuestra la falta de precisión conceptual de los autores pudiendo producir, para utilizar las palabras de *Ortells Ramos*, «*desviaciones de la utilización de la tutela cautelar*»

Hay una *distinción conceptual* bastante grande entre las expresiones '*tutela cautelar*', '*proceso cautelar*', '*acción cautelar*' y '*medidas cautelares*'. Cuando hablamos de '*tutela cautelar*' nos estamos refiriendo a un derecho sustancial de cautela, que es diverso de la expresión '*proceso cautelar*' que sirve para designar el instrumento utilizado por la parte para hacer valer en juicio su derecho sustancial de cautela, que tampoco puede ser confundido con la '*acción cautelar*' o demanda cautelar, según *Fairén Guillen*, es el *derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado; se trataría de un derecho público y subjetivo procesal*, es decir, se trata de un derecho constitucional de petición, y que no puede ser confundido con una '*medida cautelar*', comúnmente llamada por la doctrina '*poder genérico de cautela*' que puede ser entendida conforme las conocidas palabras de *Calamandrei*, como un poder de *policía judicial* que tiene el juez dentro del proceso, es decir, poderes que el juez ejerce para disciplinar la buena marcha del proceso, preservándole de todos los posibles inconvenientes que puedan perjudicar la función y utilidad de su resultado.

Ese *poder general de cautela* presenta una *naturaleza discrecional* como todo acto de juzgar, sin que signifique arbitrariedad, puesto que hay una libertad para escoger y determinar dentro de los límites de las normas jurídicas y la equidad. Estas '*medidas cautelares*', sin contenido de acción, son invariablemente *incidentales*, junto a la demanda principal y jamás preparatoria, es decir, antes de la demanda. Este compromiso también se refleja en la autonomía de estas medidas.

La *Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas* aprobada por la OEA,⁶⁶⁸ también ha prescrito un criterio amplio de la afectación de los bienes y derechos del obligado, expresados en los arts. 1 y 2 de la Convención:

«I. TERMINOS EMPLEADOS

Artículo 1: Para los efectos de esta Convención las expresiones "*medidas cautelares*" o "*medidas de seguridad*" o "*medidas de garantía*" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil. Los Estados Partes

⁶⁶⁷ GUIMARAES RIBEIRO, DARCI. *La tutela judicial del crédito en el código procesal civil modela para iberoamérica: desde la perspectiva del proveo de ejecución, cautelar y monitorio*, Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Barcelona, Profesor de Derecho procesal en la Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Brasil) <http://www.uv.es> (22-09-2006).

⁶⁶⁸ OEA. *Convención interamericana sobre ejecución de medidas preventivas*, redactada en la ciudad de Montevideo de la República Oriental del Uruguay, el 8 de mayo de 1969, www.oas.org/del/esp/CIDIP-II

podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella.

Las medidas cautelares pueden ser ordenadas por el juez nacional afectando derechos que encuentran dentro o fuera de su jurisdicción, también la afectación cautelar puede ser ejecutada en el extranjero mediante exhortos o cartas rogatorias conforme al procedimiento regulado por la esta Convención, como prescribe el art. 2.

«II. ALCANCE DE LA CONVENCION

Artículo 2: *Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto:*

- a. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales;*
- b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas»*

Los nuevos fenómenos de las modernas relaciones sociales, exige una nueva concepción de la *Teoría cautelar*. **Andrés Bordali Salamanca** ⁶⁶⁹ analiza las diversas concepciones que la doctrina procesal viene utilizando sobre la noción de *tutela cautelar* en el proceso civil empresarial, para la concepción tradicional el proceso cautelar se ejecutará sólo y necesariamente para tutelar un proceso que se acostumbra a denominar *principal*, sin que pueda en ningún caso dar tutela y satisfacción directa a los derechos e intereses de los justiciables. Para una *concepción más dinámica*, la instrumentalidad de la tutela cautelar es concebida ahora en términos más amplios, predispuesta para hacer más eficaz la actividad de la Justicia. Ante tal disyuntiva, el autor se inclina por una concepción más completa y dinámica de la *tutela cautelar*, la que permitiría, además de tutelar un proceso *principal*, dar *satisfacción directa* a derechos e intereses que sólo con una intervención urgente del órgano jurisdiccional podrán obtener tutela, aunque sea de modo provisional. Concebida de esta manera, la tutela cautelar se configuraría como una valiosa y racional alternativa frente a la autotutela y el desamparo.

La tutela cautelar, no solamente procede para garantizar la ejecución del fallo en el *proceso principal o causante*, sino también para *suspender* la ejecución de las decisiones jurisdiccionales, cuando se advierte que el proceso ha concluido atentando contra el debido proceso y el derecho de defensa, es decir, *grave error, fraude o colusión*, y para amparar pretensiones de *suma urgencia* por la inminencia de daños irreparables en los derechos de las personas, denominadas **procesos cautelares autosatisfactivos**.

⁶⁶⁹ BORDALI SALAMANCA, ANDRÉS. *Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, 2006, Profesor de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, revider@uach.cl

En materia de Derechos Humanos es frecuente las medidas cautelares de suspensión de ejecución de sentencias que violan los derechos humanos, denominados *procesos cautelares innovativas*, por disposición de los organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional de la Haya. También en algunas legislaciones procesal civiles han contemplado estas medidas cautelares contra la ejecución de sentencias firmes.

Teniendo en cuenta la nueva orientación de la Teoría cautelar jurisdiccional moderna, definimos a las medidas cautelares como las acciones jurisdiccionales urgentes promovidas ante los órganos jurisdiccionales que tienen por finalidad el amparo tutelar jurisdiccional inmediato y eficaz los derechos de los sujetos que se encuentren en riesgo de sufrir daños o perjuicios irreparables, mediante un proceso *autónomo o instrumental* de otro proceso principal a promoverse o promovido, sui generis y sumarísimo de resolución inmediata.

La Moderna Teoría de cautelar jurisdiccional desarrollada a partir de la Teoría de los Derechos Humanos, ha ampliado el campo de aplicación no solamente a las acciones u omisiones de personas naturales, jurídicas de derecho privado o de derecho público con quienes se ha iniciado o por iniciarse una *relación jurídica procesal*, sino contra sentencias con autoridad de cosa juzgada o en las que el juzgador ordena la suspensión de la ejecución de la sentencia, la que se denominas *medidas cautelares innovativas*. Como ejemplo citamos la **Resolución la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 Mayo de 1998, sobre Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago, casos James, Briggs, Noel, García y Bethel.**

VISTOS:

1. El escrito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión") de 22 de mayo de 1998 y sus anexos, mediante el cual sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte"), de acuerdo con los artículos 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y 25 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), una solicitud de medidas provisionales en favor de los señores Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony García y Christopher Bethel, relacionada con los casos 11.814, 11.815, 11.854, 11.855 y 11.857, respectivamente, los cuales se encuentran actualmente en trámite ante la Comisión contra el Estado de Trinidad y Tobago (en adelante "el Estado" o "Trinidad y Tobago").

2. La solicitud mencionada, en la cual la Comisión solicitó a la Corte que eleve una petición a la República de Trinidad y Tobago para que se suspendan las ejecuciones de los reos mencionados en los cinco casos en cuestión, que están presos en el pabellón de la muerte, hasta que la Comisión haya tenido la oportunidad de examinar y tomar una decisión sobre ellos conforme a las disposiciones de la Convención y el Reglamento de la Comisión.

3. Los hechos descritos en la solicitud de la Comisión, los cuales son resumidos a continuación:

a) los casos 11.814, 11.815, 11.854, 11.855 y 11.857 fueron presentados ante la Comisión entre el 7 de octubre y el 17 de diciembre de 1997. Las supuestas víctimas en cada uno de ellos, quienes han sido condenadas a sufrir la pena de muerte, solicitaron la adopción de medidas cautelares para suspender las fechas de sus inminentes ejecuciones hasta que la Comisión hubiese tenido la oportunidad de tomar las decisiones respectivas;

b) en cada uno de los casos citados, la supuesta víctima alega ante la Comisión que el Estado ha violado, en su perjuicio, derechos enunciados en la Convención;

c) en cada uno de los cinco casos, la Comisión adoptó las medidas cautelares solicitadas por el peticionario y comunicó su decisión al Estado. Sin embargo, el Estado no respondió a la solicitud de medidas cautelares y, en una manifestación posterior, alegó que la Comisión "ni por acción u omisión, tiene jurisdicción para prevenir de manera alguna la ejecución de una sentencia autorizada por la Constitución y las leyes de Trinidad y Tobago y que fue pronunciada por un tribunal de jurisdicción competente" y manifestó que estaba en libertad de ejecutar la sentencia de muerte de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno y

d) de acuerdo con la solicitud de la Comisión, las ejecuciones de las cinco supuestas víctimas han sido programadas para junio de 1998.

4. La agenda interna de trabajo de la Corte, de acuerdo con la cual ésta celebrará su XL Período Ordinario de Sesiones del 8 al 19 de junio de 1998, en su sede en San José de Costa Rica.

CONSIDERANDO:

1. Que Trinidad y Tobago es Estado Parte en la Convención desde el 28 de mayo de 1991 y aceptó la competencia de la Corte el mismo día.

2. Que el artículo 63.2 de la Convención establece que [e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

3. Que la falta de respuesta del Estado a las solicitudes de adopción de medidas cautelares en los cinco casos citados es una circunstancia excepcional que ha motivado el sometimiento de la presente solicitud a la Corte.

4. Que, de acuerdo con los alegatos de la Comisión, ésta no ha tenido aún la posibilidad de examinar los hechos denunciados. En consecuencia, la situación descrita por la Comisión en su solicitud constituye, prima facie, un caso de extrema gravedad y urgencia en el cual podría causarse daño irreparable a las personas.

5. Que de acuerdo con el artículo 25.4 del Reglamento si la Corte no estuviere reunida, el presidente, en consulta con la comisión permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá al gobierno respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.

6. Que la ejecución de la pena de muerte a los peticionarios en los cinco casos citados afectaría necesariamente la consideración, por parte de la Corte, de la solicitud de medidas provisionales realizada por la Comisión, al despojar de objeto alguna eventual resolución que el Tribunal pudiera formular en favor de ellos. Es imperativo hacer notar que esta consideración no implica un pronunciamiento sobre el mérito de la solicitud de la Comisión, sino que únicamente admite la posibilidad de que una resolución en este sentido pudiera ser emitida, lo cual lleva a la conclusión de que la medida idónea para garantizar la integridad del sistema es la suspensión de las ejecuciones de los peticionarios.

7. Que los casos a los cuales se refiere la solicitud de la Comisión no se encuentran en conocimiento de la Corte y, por lo tanto, cualquier consideración que se dé a dicha solicitud no implica un pronunciamiento respecto (1) del fondo de las controversias que actualmente existen entre la Comisión y el Estado ni (2) sobre la interpretación de la Convención y su relación con la Constitución Política de Trinidad y Tobago. De esta manera, al adoptar medidas urgentes, esta Presidencia está garantizando que la Corte pueda ejercer su mandato convencional.

8. Que, en razón de lo expresado, es pertinente requerir a Trinidad y Tobago que adopte las medidas urgentes que puedan ser necesarias para preservar la vida de los señores Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony García y Christopher Bethel, con el propósito de permitir a la Corte el estudio de la solicitud de la Comisión durante su XL Período Ordinario de Sesiones.

9. Que también es pertinente requerir al Estado que informe a la Corte sobre las medidas urgentes que tome en cumplimiento de la presente resolución, así como sus observaciones sobre la solicitud de la Comisión y poner dicha información en consideración del Tribunal durante su XL Período Ordinario de Sesiones.

POR TANTO,

EL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

en consulta con la Corte y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25.4 del Reglamento de la Corte,

RESUELVE:

1. Requerir a la República de Trinidad y Tobago que tome las medidas necesarias para asegurar que los señores Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony García y Christopher Bethel no sean privados de la vida, con el propósito de que la Corte pueda examinar la pertinencia de las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. Requerir a la República de Trinidad y Tobago que informe, a más tardar el 5 de junio de 1998, las medidas tomadas en cumplimiento de la misma, así como su punto de vista sobre las medidas solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el propósito de poner esta información en consideración de la Corte.

3. Someter la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la presente resolución, así como el informe que presente la República de Trinidad y Tobago, a la consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante su XL Período Ordinario de Sesiones, que celebrará en su sede del 8 al 19 de junio de 1998.

Hernán Salgado Pesantes
Presidente
Manuel E. Ventura Robles
Secretario
Comuníquese y ejecútese,
Hernán Salgado Pesantes
Presidente
Manuel E. Ventura Robles
Secretario»

El Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), como todo órgano jurisdiccional está obligado a resolver la acción cautelar promovida, como prescribe el art.105 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y expresa lo siguiente:

"...Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquélla;

2. Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,

3. Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.

Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares"

2. AUTONOMIA DEL PROCESO CAUTELAR

La *autonomía* del proceso cautelar viene siendo materia de discusión doctrinaria; algunos autores sostienen que es autónomo y otros juristas niegan su autonomía. Pero en los modernos códigos procesales se ha considerado como proceso autónomo, independiente del proceso de discusión de fondo de los intereses en conflicto, por ejemplo en el caso del C.P.C. peruano, el

art. 635° prescribe: «Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial»

Tratando de la *autonomía* de la tutela cautelar, **Piero Calamandrei**⁶⁷⁰ dice: «Yo pienso, por el contrario que las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categoría por sí mismas, determinables a base de criterios que, aún no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales. La definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que estos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que pueden ceder el puesto a los efectos de la providencia principal»

Monroy Gálvez⁶⁷¹ afirma que probablemente la demostración más palmaria de la existencia autónoma de la acción cautelar, está dada por el caso de una demanda infundada. En efecto, es perfectamente factible obtener una medida cautelar en un proceso que posteriormente acabe con el rechazo de la pretensión. Esto significa que a pesar de la inexistencia de un derecho material a ser protegido, el actor puede obtener una medida cautelar, en consecuencia, su existencia no depende de la existencia del derecho sustantivo que garantiza, tiene vida propia.

Por su parte y con mucha precisión deja sentada la autonomía de la tutela cautelar como acción independiente, **Ramiro Podetti**⁶⁷² quién con absoluta claridad sostiene que el concepto de autonomía de las medidas cautelares, sin la necesidad en relación a su unidad, puede llevar a serias confusiones, afirma el autor que a su juicio no existe una acción cautelar (*en sentido clásico de acción*), diferente de una acción de condena o declarativa o constitutiva o ejecutiva. Hablar de la autonomía de las medidas cautelares o propugnarla, es afirmar su *unidad conceptual y funcional*: la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática.

Los fundamentos que determinan la autonomía del proceso cautelar, consideramos que son tres:

a) Se inicia con el petitorio de afectación de los derechos del litigante generalmente emplazado o por emplazarse, practicándose actos procesales exclusivamente orientados a la afectación de los derechos del obligado en los casos de conflictos de intereses o de incertidumbre en los casos de jurisdicción voluntaria, proceso regulados por normas de procedimiento específico, pero está íntimamente relacionado con el proceso procesal promovido (*medida cautelar dentro del proceso principal*) o ha promoverse (*medida cautelar antes de*

⁶⁷⁰ 12 CALAMANDREI, PIERO: Ob. cit. p. 137

⁶⁷¹ MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de Derecho Procesal Civil*, edit. Ediciones Librería Studium, Lima, Perú, 1987, p. 21.

⁶⁷² PODETTI, RAMIRO. *Tratado de las medidas cautelares*, tomo .IV, Ediar S.A. Editores, Buenos.Aires, Argentina. 1956, pp. 15 y 17.

iniciado el proceso principal). La acción con pretensión cautelar existe tan igual que una acción con pretensión de condena, constitutiva o declarativa, constituyendo el ejercicio de la facultad procesal que la ley concede a los litigantes, incluso al Representante del Ministerio Público y de oficio ordenado por el juzgador en casos que la ley prescribe.

Afirmamos que las *medidas cautelares generalmente* son procesos que se promueven antes o después del proceso de fondo, porque como veremos más adelante, existen medidas cautelares que no estarán condicionadas a otro proceso, y las decisiones jurisdiccionales constituyen la decisión del conflicto de intereses y la conclusión del proceso, son las denominadas *medidas autosatisfactivas*.

b) La *autonomía* del proceso cautelar está determinada por el *principio de universalidad*, por ser aplicable todo proceso jurisdiccional, administrativo o contencioso administrativo dentro del derecho nacional, así como en el Derecho Procesal Internacional en conflictos de derecho privado o de derecho público, es decir, la posibilidad de ser promovido el *proceso cautelar* en utilidad de todos los procesos sin pertenecer *ontológicamente* a la estructura de ninguno de ellos. El *Código General del Proceso del Uruguay* es explícito en la regulación de este principio normado en el artículo 311.1, con el siguiente tenor: «*Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario*» El proceso cautelar no constituye apéndice de un proceso determinado, sino un *complemento funcional* de cualquier tipo de proceso, y no existe un proceso cautelar específico, su *carácter instrumental* le otorga universalidad de aplicación, en consecuencia podrán adoptarse medidas cautelares en cualquier proceso contencioso o no contencioso.

c) Otra característica que reafirma la calidad de proceso autónomo, es la *generación de nuevo conflicto* entre las partes (litigantes y juzgador), al afectar el derecho del emplazado que están al margen del conflicto de intereses sometidos al órgano jurisdiccional para su decisión, y por su *carácter sumarísimo* en el mandato y ejecución de la resolución judicial, *afectando el derecho de defensa* y al *principio de contradicción*. Además del uso de los recursos por el afectado o por el peticionario en caso de denegatoria (improcedencia o inadmisibilidad) genera la posibilidad de la constitución de otro proceso autónomo de *tercería*, el que puede ser de propiedad o preferente de pago.

3. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN CAUTELAR

La *función cautelar* está vinculada a la *potestad jurisdiccional* del juzgador amparado por las normas procesales, entendiéndose la potestad jurisdiccional el poder de afectar los bienes jurídicos de las personas, cuya actuación no es discrecional, sino exigida por mandato constitucional conforme a las normas jurídicas procesales interpretadas dentro del sistema jurídico para su aplicación. La potestad no se entiende como la voluntad de amparar o no amparar las medidas cautelares, sino que esta potestad se convierte en un deber del juzgador de *fundamentar* su decisión de amparo o rechazo de las medidas cautelares, y la fundamentación debe ser convincente desde el punto de vista jurídico.

*Javier Vecina Cifuentes*⁶⁷³ dice que en mayor o menor medida, la Ley procesal suele siempre conferir al Juez o Tribunal, cualquiera que sea el orden jurisdiccional al que pertenezca, la facultad de adoptar durante el curso del proceso determinadas medidas cautelares. Dicha facultad, que bajo ciertos presupuestos permite al Juez ordenar provisionalmente, por ejemplo, refiriéndonos únicamente en el ámbito procesal civil empresarial las medidas cautelares en cualquiera de las formas como el embargo preventivo, la anotación preventiva de la demanda, la administración judicial de bienes, el depósito de bien mueble, la cesación de una determinada actividad, etc. viene denotada técnicamente por uno de los conceptos básicos del Derecho, que es el de *potestad*. Esto porque la modificación incluso coactiva de las situaciones jurídicas que su ejercicio acarrea, deriva directamente de la posición de *supremacía* en la que se encuentra el órgano jurisdiccional conforme al Ordenamiento jurídico, respecto de los justiciables durante el transcurso del proceso. Éstos, frente a la potestad del órgano judicial de ordenar la práctica de cualquiera de las medidas cautelares que se acaban de mencionar, no se hallan obligados sino sometidos independientemente de su voluntad. La situación jurídica correlativa a la potestad no es la obligación jurídica, aunque ésta si sea respecto al *derecho subjetivo*, sino la de *sujeción jurídica* que comporta el *sometimiento* de sus destinatarios, y por consiguiente, la *inexcusabilidad* para éstos de soportar los efectos que el *ejercicio de la potestad* siempre comporta.

Esta primera aproximación que parte de la *distinción conceptual* existente entre dos figuras jurídicas esenciales: la de derecho subjetivo y la de la *potestad* (y entre sus correlativos: *obligación y sujeción, respectivamente*), permite considerar, por tanto, a las medidas cautelares como actuaciones procesales realizadas en el ejercicio de una auténtica potestad, o lo que es lo mismo, en el ejercicio de ese tipo de poder jurídico en que dicha potestad consiste, y se *caracteriza* a diferencia del *derecho subjetivo*, por tener siempre un *origen normativo* y estar atribuido a su titular para la tutela de un interés ajeno, por ser su ejercicio necesario en restituir el orden social de manera mediata como satisfacción inmediata del acreedor.

La naturaleza de la función cautelar de la provisionalidad ante inminentes riesgos que puede sufrir en sus derechos el litigante, exige el pronunciamiento anticipado del juzgador del posible resultado de un proceso futuro o actual como medida provisional, garantizando la eficacia de la resolución final que recaiga en el proceso judicial de los conflicto de intereses de fondo, constituyendo la finalidad mediata, lograr la paz social con la justicia. El proceso cautelar es el medio más eficaz para hacer realidad la eficacia y efectividad de la tutela jurisdiccional, evitando que los falles se conviertan en ilusorios, contribuyendo a salvaguardar la credibilidad de la función estatal en la prestación efectiva y concreta de la impartición de justicia.

La *naturaleza provisional*, exige un proceso sui géneris, sin más cumplimiento de los presupuestos de fondo, el juez ordena la afectación cautelar y su inmediata ejecución, sin mayores investigaciones, y generalmente sin audiencia del emplazado aunque la Moderna Teoría Procesal y considerando la gran solvencia económica del afectado generalmente una empresa, antes de ordenada la afectación en los bienes, tiene que ser oído en audiencia pública, salvo las excepciones que previstas por la Ley y a solicitud expresa del accionante cautelar, sin

⁶⁷³ VECINA CIFUENTES, JAVIER. *La potestad cautelar: contenido y límites*, www.cej.justicia.es/pdf (25-|10-2006). Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad de Castilla-La Mancha.

embargo el afectado tiene el derecho de ejercer los recursos impugnatorios que le franquea la ley. *Piero Calamandrei*⁶⁷⁴ en cuanto a la naturaleza sumarísima del proceso de la decisión y ejecución del amparo cautelar, dice que «*si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la providencia principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud*»

4. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CAUTELAR

El proceso cautelar tiene *características peculiares* distintas a los proceso de cognición o de ejecución, y aparentemente pareciera ser *inconstitucional*, pero no es así, como veremos en la exposición de cada una de las características.

a) Instrumentalidad

Es una característica esencial de la tutela cautelar jurisdiccional, porque es instrumento de seguridad del cumplimiento de las decisiones favorables del juzgador para quién promueve la acción cautelar, al resolver el conflicto de intereses o incertidumbres en el mismo proceso cautelar o del proceso principal, generalmente promovido por el accionante, y por la parte emplazada cuando las pretensiones no son amparadas, éste está obligado al pago de costas y costos del proceso, salvo que goce del beneficio de gratuidad. A excepción de las *medidas cautelares autosatisfactivas*, las que *carecen de instrumentalidad* por naturaleza de proceso cautelar de fondo o principal, porque el juez al resolver pone fin al conflicto de intereses agotando la instancia.

*Calamandrei*⁶⁷⁵ califica el carácter de instrumentalidad de la tutela cautelar diciendo: «*De tal manera la garantía cautelar aparece puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho; la misma está destinada más que a hacer justicia a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. El contenido de la garantía cautelar es variable, en cuanto, debiéndose el mismo anticipar de un modo provisorio a los efectos de una sucesiva garantía jurisdiccional definitiva, es necesario que se ajuste, caso por caso, al diverso contenido de ésta; pero éste es precisamente su carácter distintivo; ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, la garantía de la garantía*»

El proceso cautelar generalmente es *un instrumento de otro instrumento*, que es el proceso principal o de fondo, en el que se discute los conflictos de intereses o incertidumbres sometidos al órgano jurisdiccional para su decisión. El proceso cautelar tiene por finalidad proporcionar los medios necesarios para garantizar el cumplimiento de las sentencias o resoluciones

⁶⁷⁴ CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 76.

⁶⁷⁵ CALAMANDREI, PIERO. *Derecho procesal civil*. Obra compilada, editada y trad. FIGUEROA, ENRIQUE, editorial Pedagógica Iberoamericana. distribuidor EPISA, S.A. de C.V., pp. 17, 257 y ss.

homologadas en ejecución que declaran fundadas las pretensiones principales. Este es el fundamento para que *Calamadre*⁶⁷⁶ califique de medidas *previsionales* por los riesgos que puede sufrir la eficacia de la sentencia en su ejecución.

b) Provisionalidad

La doctrina procesal es unánime en esta característica; porque las medidas cautelares son provisionales y la vigencia está condicionada al proceso de fondo, ya sea a su iniciación procesal, si se trata de medida cautelar anticipada denominada también *medida cautelar fuera del proceso*, y a cualquiera de los supuestos del pronunciamiento del fallo, con excepción de las medidas cautelares *autosatisfactivas*. *Eduardo J. Couture*⁶⁷⁷ precisa el carácter de provisorio de las medidas cautelares porque «*tienen un contenido meramente preventivo; no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante. Su extensión puede limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros, o, como se dice siguiendo una frase feliz, "para evitar que la justicia de los guardianes de la opera bufa, esté condenada siempre a llegar demasiado tarde*»

El *destino* de los procesos cautelares, sin afectar su autonomía en su tramitación como acción independiente sumarisima y de ejecución inmediata, está sujeto al proceso de fondo de la resolución de los conflictos de intereses, a cuyo proceso la acción cautelar le brinda la *seguridad* de la eficacia positiva el accionante. En consecuencia, nos encontramos con las siguientes hipótesis:

i) Si en el proceso cautelar *fuera de proceso* no se promueve la acción de fondo dentro del plazo de ley, automáticamente caduca la medida cautelar, desafectándose el bien jurídico.

ii) Si en el proceso de fondo la sentencia declara infundada la demanda la medida cautelar queda sin efecto, en consecuencia el juez ordena el levantamiento de la medida cautelar.

iii) Si la sentencia declara inadmisibile la demanda y el juez otorga un plazo de subsanación, la medida cautelar mantiene su vigencia.

iv) Si la demanda es declarada improcedente, existen dos posibilidades:

1) La sentencia declara simplemente improcedente por no ser amparada la acción promovida legalmente, y ordena que haya valer su derecho en la vida correspondiente, la medida cautelar tiene que levantarse.

2) Si la sentencia declara improcedente la acción promovida y otorga un plazo para su adecuación al procedimiento correspondiente, se mantiene vigente la medida cautelar; salvo

⁶⁷⁶ CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 45, cit. por FRIORI POSADA, GIOVANNI F. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*, edit.ARA EDITORES, Lima, Perú, 2006.

⁶⁷⁷ COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª edic., Edit. Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1990, p.325 y 326.

que el accionante no haya cumplido con adecuar su acción al procedimiento ordenado, en este caso caduca la medida cautelar. La doctrina y la jurisprudencia han establecido que cuando es declarada improcedente la demanda que puede ser por incompetencia o no corresponde al procedimiento regulado por la ley procesal, y cuando existe el riesgo de caducidad de de la acción, los tribunales en *ejercicio de su potestad* y observando su obligación del amparo a la *tutela jurisdiccional*, ordenan que se remita al Juez competente u otorga un plazo para la adecuación procesal.

v) Si la sentencia declara fundada la demanda, el *proceso cautelar* cumple su objetivo de *instrumento garantista eficaz* de la ejecución de la sentencia, quedando amparado a plenitud el derecho material que tuvo por finalidad el accionante, y el proceso principal tomando el bien jurídico afectado, procede a la *ejecución forzada* si el obligado no cumple con el fallo de la sentencia o el acto procesal homologado.

El C.P.C. peruano ha previsto esta hipótesis en el art. 619^o prescribiendo: «Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectado el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito»

c) Flexibilidad

La flexibilidad es otra característica propia del *proceso cautelar*, en cuanto a las pretensiones cautelares *no pueden ser afectadas* por alegaciones de pleito pendiente o cosa juzgada de las resoluciones que ponen fin al proceso cautelar. Esto significa que sí la demanda de medida cautelar fue denegada, no significa que está impedido el actor a volver a promover otra demanda cautelatoria y si se admite a trámite y emite resolución amparando la medida cautelar, una vez ejecuta la resolución, el emplazado no puede impugnar o alegar fundamentado en la cosa juzgada.

Así mismo, la flexibilidad de las medidas cautelares se materializa en la *posibilidad* legal de *variación, sustitución o modificación* aplicables en el proceso cautelar anticipado o fuera del proceso antes o después de iniciado el proceso en discusión de fondo. El petitorio puede ser formulado por el accionante cautelar, el demandado, y el tercero que tenga interés legítimo. El *derecho al ejercicio* de la *flexibilidad* de la medida cautelar puede ser ejercido por el titular del bien afectado o por el tercero, solamente cuando la resolución de amparo cautelar ha sido ejecutada.

La *flexibilidad* de las medidas cautelares, ha sido considerada como la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, entendida en el Derecho Romano como la cláusula tácitamente incluida en todos los negocios jurídicos, conforme a la cual *las obligaciones de las partes contratantes subsistían mientras las circunstancias originales no varíen sustancialmente*. **Piero Calamandrei**⁶⁷⁸ en el estudio del *proceso cautelar* sostiene que las medidas cautelares «se pueden considerar como emanadas de la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que las mismas no contienen la declaración de certeza de una resolución extinguida en el pasado y destinada, por esto a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre; sino que constituyen, para proyectarla en el

⁶⁷⁸ CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, op. cit., p. 90.

porvenir, una relación jurídica nueva (**relación cautelar**), destinada a vivir y por tanto a transformarse si la dinámica de la vida lo exige»

Por nuestra parte consideramos que la cláusula contractual *rebus sic stantibus* no es aplicable al proceso cautelar, porque en los contratos existe la concurrencia mutua de la manifestación libre de la voluntad y con beneficio recíproco, aún en los contratos unilaterales, existe la otra parte beneficiaria. Esta cláusula contractual romana, aunque no sea expresado en el contrato, pero es fundamental para la vigencia, como la *buena fe* que se manifestó en el acto de la celebración del contrato, pero si posteriormente se manifiesta los vicios de la voluntad, lógicamente que dará lugar a la nulidad del acto jurídico o la resolución de éste.

En cambio, las *medidas cautelares* son decididas en *contra de la voluntad* del afectado cautelar, y su *flexibilidad* depende de las condiciones concretas que se desarrollen dentro del proceso cautelar o en el principal, como veremos al examinar los diferentes supuestos de la flexibilidad del proceso cautelar.

La *flexibilidad* del proceso cautelar, puede producir las siguientes hipótesis:

i) La **variación** de la medida cautelar consiste en la potestad del litigante de pedir la variación de la forma de afectación de la medida cautelar, y procede aún cuando todavía no se haya ejecutado la resolución de afectación, por ejemplo, se solicitó trabar embargo un ómnibus en forma de depósito, el *acreedor* tiene el derecho de solicitar *variar la forma* de la medida cautelar por el de secuestro conservativo, o si la medida cautelar sobre este ómnibus es de secuestro conservativo, el *deudor propietario* del vehículo puede pedir al juzgador la variación de la medida de *secuestro conservativo* por la forma de *depósito* a cargo del mismo propietario, por constituir una herramienta de trabajo. Así mismo puede variar la medida cautelar en forma inscripción de un bien mueble inscribible por la forma de depósito, de igual forma puede variarse la medida cautelar sobre un inmueble en forma de depósito por la inscripción registral, si este bien ya fue inscrito.

ii) La **modificación** de la medida cautelar consiste en aumentar o disminuir gravamen del derecho afectado con la medida cautelar sin variar la forma de afectación, y puede ser a solicitud del *acreedor* u *obligado*, según el caso.

En la modificación ampliatoria se presentan las siguientes hipótesis:

1) Si el acreedor considera que el valor de bien afectado no es suficiente para responder por la integridad del crédito, puede pedir la afectación de otros bienes del obligado que considera suficiente para hacerse pago de su crédito.

2) Si la medida cautelar es ejecutada por una suma diminuta sobre determinado bien real o de crédito, valores (cuentas corrientes, etc.) ya sea porque es el monto del petitorio de la demanda cautelar o porque el juez consideró prudente ese monto, y el bien afectado es de mayor valor, puede pedir el acreedor la ampliación del monto del petitorio de la medida cautelar sobre el mismo bien.

3) El obligado y el tercero pueden pedir la modificación de la medida cautelar siempre que el mandato judicial haya sido ejecutado, en los casos que considere excesiva, generalmente en la afectación de derecho patrimonial, solicitando la reducción de este monto. Por ejemplo, la retención de la cuenta corriente por la suma de S/. 100,000.00, y la obligación asciende a S/. 75,000.00, el obligado pedirá al juzgador la modificación en el monto excesivo, debiendo afectar solamente a S/. 85,000.00 para responder por los intereses, costas y costos del proceso, y el juez considerando suficiente, modificará el monto hasta por la suma solicitada por el obligado.

iii) La *sustitución* es el cambio del bien jurídico afectado por otro que puede ser a petición de un cualquiera de los litigantes. Es decir, la *desafectación* del bien embargado y la afectación sucesiva inmediata de otro bien jurídico del deudor. A la *flexibilidad* se denomina también *mutabilidad* de las medidas cautelares, y como dice sostiene **Ramiro Podetti**,⁶⁷⁹ «Ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse»

La *sustitución* de la medida cautelar está sujeta a las condiciones de interés del acreedor, por una parte, y por otra, es de interés del obligado (*demandado cautelar*). En cuanto al *accionante cautelar*, es dar mayor seguridad de garantía al pago de su crédito, es decir que la sustitución del bien afectado por otro, siempre tiene que ser más eficaz. En cuanto al *emplazado cautelar u obligado*, es el menor sufrimiento del daño económico o moral, por ejemplo la prohibición de salir del país, puede pedir la *sustitución* con la afectación de una cuenta corriente, o haciendo un depósito con certificado de depósito por el monto que a criterio del juzgador es suficiente, aún en contra de la voluntad del accionante cautelar, dispondrá al restitución de su derecho de libertad de salir fuera del país, hasta que se resuelve el proceso principal.

d) Previsibilidad o contingencia

Las medidas cautelares cumplen una función de previsión, son asegurativas para el ejercicio del derecho del accionante cautelar y evitar el grave o irreparable daño que puede sufrir el titular del derecho ante cualquier contingencia que puede acaecer durante el tiempo de duración del proceso de fondo, y las decisiones del juzgador resulten inejecutables quedando en simple expectativa del acreedor vencedor en el proceso. Entonces el único medio asegurativo para el acreedor contra el obligado, constituido por responsabilidad contractual o extracontractual, es el proceso cautelar como *medida previsional* inmediata hasta que se resuelva el proceso principal. El fundamento que justifica el carácter *previsional o de contingencia*, es el *periculum in mora* (*peligro en la demora*) del proceso atendiendo a la lentitud de los procesos judiciales por varias razones, muchas de ellas no justificadas, la impartición de justicia es tardía e inoportuna hasta nuestra era de la cibernética, no se ha superado.

⁶⁷⁹ PODETTI, RAMIRO. *Derecho procesal civil comercial y laboral*, tomo.,IV, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Ediar S.A. Editores, Bs.As. 1956, p.25

*Piero Calamandrei*⁶⁸⁰ explica el carácter de *contingencia o previsibilidad* fundamentado más que todo en el largo proceso principal ordinario, el tiempo tan prolongado para la resolución del conflicto sometido al órgano jurisdiccional, es decir el retardo de la impartición de justicia, siendo necesario el *proceso cautelar* como medida previsional para que al emitir sentencia declarativa, constitutiva o condenatoria, tenga la eficacia satisfactoria para el accionante.

Como hemos venido afirmando en términos generales que las medidas cautelares afectan no solamente el libre ejercicio de los derechos del demandado en el proceso cautelar, sino la suspensión del uso incluso de determinada razón social o nombre en la página web, así tenemos la ejecutoria del Juez Nacional de Argentina en el caso del uso de la razón social en la página Web de *avemiriva* y *Hotel Ava Miriva.com.ar*, es decir el *registro de marca* en Internet, el Juez resolvió amparando la medida cautelar solicitada, en consecuencia ordena a la *Dirección de Informática, Comunicaciones y Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto*, entidad administradora del denominado *Nic.ar*, (*dominios en Internet .com.ar*) a fin de que suspenda preventivamente el registro del nombre de dominio "*avamiriva.com.ar*", a nombre de *Doino Grup Inc. Y/o Gustavo Doino*, y autorizar a *Hotel Ava Miriva SRL* a utilizar el nombre de dominio mencionado en los términos de las normas administrativas hasta que se resuelva en definitiva el proceso. El juez al dictar esta medida está previniendo los graves daños que puede sufrir la *Empresa Hotel Ava Miriva S.R.L.* al suspenderse su actividad comercial hasta que se resuelva el conflicto jurisdiccional principal.

Citamos la ejecutoria:⁶⁸¹<http://www.dominiuris.com/>

Nro. 226/00 Rosario, 26 de Mayo de 2000

Y VISTOS: Los caratulados "HOTEL AVA MIRIVA SRL sobre SOLICITA MEDIDA CAUTELAR (Art. 32 del CPCCN)" Exp. Nro 79.418 de entrada por ante el Juzgado Federal Nro 1, Secretaría Civil y Comercial a mi cargo, y **CONSIDERANDO:**

A) A fs. 59/97 la sociedad comercial *Ava Miriva SRL*, a través de su socio gerente y con patrocinio letrado, pretende, en los términos del Art. 232 del CPCCN, cautelar genérica a fin de que previo al inicio del proceso de conocimiento principal tendiente al cese del uso de la designación comercial "*Ava Miriva*", se ordene a la *Dirección de Informática, Comunicaciones y Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, como entidad administradora del dominio *NIC-AR* (*dominios de Internet .com.ar*), la suspensión preventiva del registro del nombre de dominio *avamiriva.com.ar* a nombre de *Doino Grup Inc. Y/o Gustavo Doino* y autorizar a la sociedad compareciente a utilizar tal nombre de dominio, hasta tanto se decida definitivamente la cuestión a iniciarse contra los nombrados.- Argumenta luego sobre su nombre comercial arraigado y su decisión de utilizarlo para identificar su sitio en Internet, de manera tal que la dirección *www.avamiriva.com.ar* fuera continuidad virtual de su negocio, para lo cual ingresó con tal objeto a efectuar el trámite a la página del ente administrador mencionado del dominio *.ar* en nuestro país, vale decir el citado Ministerio.- Alude acerca de su sorpresa al comprobar que ese trámite no iba a ser posible, en razón de que dicho dominio había sido registrado por otras personas, los accionados,

⁶⁸⁰ CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. 1935, pp.43,34

⁶⁸¹ MESTRE, JAVIER A. www.dominiuris.com. 2000, (03-07-2006).

en fecha 19/08/98.- Estima tal inscripción como efectuada de mala fé, atendiendo a la notoriedad de tal designación "Ava Miriva", en cabeza del peticionante.- Ingresa luego en una descripción exhaustiva acerca del tema Internet y el sistema sobre nombres de dominio, su protección internacional y el registro abusivo de los mismos, así como la situación en nuestro país, de tal modo que manifiesta la libertad existente derivada de la falta de control administrativo por parte de la entidad registrante, ha permitido por ejemplo, en el caso particular de esta demanda, que el anotante tenga una gran cantidad de tales nombres de dominio a su nombre, sin que se encuentren activos, sin ser usados, estando en reserva para obtener en su momento un beneficio pecuniario especulativo.- Fundamenta lo que califica un acto jurídico nulo por carecer de objeto, al proceder de la demanda, quien además carecería de interés legítimo, y lo estima contrario al Art. 953 del Código Civil, a la Ley de Defensa de la Competencia (Nro. 25.156), a los Arts. 27 a 30 de la Ley de Marcas (Nro. 22.362), a los acuerdos GATT-Trips (Ley 24.425), cuyo Art. 50 expresa prevé el dictado de Medidas Cautelares, y asimismo el no haber cumplimentado las normas propias del aludido Nic.ar.- Por último hace hincapié en la procedencia del mencionado Art. 232 del código adjetivo, dado que estima que el caso no se encontraría contemplado entre las provisiones precauciones específicas, y, sin embargo, entiende que se dan los supuestos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, que justifican esta cautelar innovativa.-

B) Analizando las constancias de autos advierto que la solicitante no acredita la titularidad de una marca, pero resulta notorio (fs 46/49) que es el nombre con el que se designa su actividad, vale decir es el nombre que se adquiere con su uso, en el ramo de su actividad.- De suyo, la cautelar no encaja, por sus efectos, en la contemplada en la ley marcaria, pero dadas las características de las reglas para el registro de nombres de dominio en Internet en nuestro país, establecidas por el Departamento de Estado aludido "ut-supra" (Operatoria del servicio NIC), el cual se otorga al primero que lo solicite, tal imposibilidad absoluta de registración por la actora en esas condiciones, me inclina, pese a lo expresado al comienzo sobre no existencia de marca registrada, a verificar si en autos se dan los supuestos previstos en el mencionado Art. 232 del CPCCN.- Esta medida solicitada, quedo ya expuesto, excede, por su finalidad, la del Art. 35 de la ley 22.362, pues aquí no se persigue una garantía para eventuales daños y perjuicios, sino la suspensión lisa y llana del registro de nombres de dominio por el Ente (Nic-Arg) y la consecuente autorización a la actora a utilizarlo mientras dure el pleito.- Analizando los elementos incorporados a la luz de las normas del Ministerio encargado de las registración alegadas, advierto que los demandados (fs 59 vta) habrían registrado ese dominio en fecha 19/08/98, con lo cual el año de su vigencia se vería superado sin constar renovación.- Pareciera que tales plazos no se aplican en plenitud lo que sin duda, y a estos efectos cautelares, crea un contexto de incertidumbre evidente, que debo interpretarlo de manera amplia para resolver esta cuestión. Vale decir resulta aplicable que quien detenta desde tiempo su nombre comercial, en especial en el estado actual de las comunicaciones, pretenda utilizarlo también como nombre de dominio en Internet. Se trata en síntesis de hacer uso por ese medio de su denominación comercial, con lo cual estimo, repito, a estos efectos de la medida solicitada, como acreditada la verosimilitud que exige esa norma del código adjetivo, sin necesidad de profundizar en otras normas citadas que hacen, a mi entender a cuestiones que en definitiva se debatirán en la cuestión de fondo.- La imposibilidad de la actora de acceder al registro, por todo lo apuntado precedentemente, cumplimenta también el denominado peligro en la demora requerido por tal norma procesal. Se trata, ni mas ni menos, de una verdadera desventaja comercial frente al resto de las entidades similares. De suyo, consecuentemente, que el otorgamiento de la medida en tales términos, no significa lograr desde un inicio lo que se pretenderá en la sentencia, pues no advierto otro modo de configurar la cautelar como posible, y además no se desprende de autos que la demandada haya hecho con tal nombre de Internet, otra cosa o algo mas que inscribirlo.- En mi

opinión, confirmada por el Superior que en virtud de lo dispuesto en el Art. 95 de CPCCN no es procedente la cautelar autónoma, con lo que en el sub-lite no puedo apartarme de tal determinación. Cabe, entonces asimilar, y únicamente en materia procesal, el presente supuesto al contemplado en la ley 22.362, la que corresponde entonces apreciar en la especie (Art. 40 segundo párrafo).- Fijo una caución juratoria que deberá prestar la actora, con justificación de solvencia de Pesos veinte mil.-

RESUELVO: Previa constitución en autos de la caución juratoria exigida de Pesos veinte mil(\$ 20.000), con la debida acreditación de solvencia, la que se volcará mediante la respectiva acta, hago lugar en virtud de lo normado por el Art. 232 del CPCCN a la cautelar solicitada, todo ello con el alcance previsto en el considerando que antecede, y en consecuencia oficiar a la Dirección de Informática, Comunicaciones y Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, entidad administradora del denominado Nic.ar, (dominios en Internet .com.ar) a fin de que suspenda preventivamente el registro del nombre de dominio "avamiriva.com.ar", a nombre de Doino Grup Inc. Y/o Gustavo Doino, y autoriar a Hotel Ava Miriva SRL a utilizar el nombre de dominio mencionado en los términos de las normas administrativas vigentes, hasta tanto se resuelva en definitiva la cuestión suscitada. Oportunamente oficiese.- Insértese y hágase saber»

Si bien es cierto que *Calamandrei* no es tan preciso en la delimitación del carácter previsible del proceso cautelar, sin embargo no estaba lejos de su definición, afirmando que «Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia: la de la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguraran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente» El autor justifica el amparo jurisdiccional cautelar desde esa época en el *periculum in mora* del proceso.

e) No observa los principios de contradicción y de defensa (*inaudita altera pars*)

Otra característica del proceso cautelar, denominado *inaudita altera pars* es la inobservancia del principio de contradicción y el derecho de defensa del demandado cautelar, el juzgador resuelve sin poner en conocimiento del emplazado la demanda cautelar hasta ejecutar la resolución que ampara la medida de afectación, es decir el juzgador resuelve sin oír al afectado. Esta característica *sui generis* estaba amparada en todas las legislaciones procesales en el Derecho Procesal Civil Empresarial y el Derecho procesal Internacional como principio general, pero en la actualidad muy razonablemente se ha convertido en regla particular solamente procede cuando las condiciones así lo exigen.

La normatividad aparentemente es anticonstitucional y violatorio a los derechos humanos, por la actuación procesal y ejecución de las medidas cautelares sin dar oportunidad al emplazado el conocimiento de la pretensión cautelar, afectando el derecho de defensa, pero está legitimado esta conducta procesal por ser aceptada por la sociedad, ante el riesgo que corre el derecho patrimonial o personal del accionante cautelar, porque al poner en conocimiento previo

la demanda, el obligado puede actuar de mala fe disminuyendo o desapareciendo su patrimonio, o ejecutando una medida administrativa o jurisdiccional como la *pena de muerte* como venganza política (*que siempre se da durante toda la historia de la humanidad*). Entonces la resolución que ampara la medida cautelar y su ejecución aplicando el carácter *inaudita altera pars*, está plenamente legitimada por ser aceptada como medida procesal justa por la humanidad.

En la hipótesis de haberse declarado improcedente o inadmisibile la demanda cautelar, si el accionante interpone recurso de apelación, el emplazado no será notificado con la resolución que concede el recurso de apelación, y de igual forma en Segunda Instancia, concluirá el proceso sin ponerse en conocimiento del demandado, si en Segunda Instancia declara nula la resolución impugnada y ordena que el juzgador de primera instancia califique nuevamente la demanda, el proceso está reservado hasta la ejecución de la medida cautelar.

En conclusión, el proceso cautelar concluye con la ejecución de la resolución cautelar sin observar el principio de contradicción y afectando el derecho de defensa del emplazado, quien será notificado con la demanda, resolución que ampara la medida cautelar y el acta de ejecución de la resolución cautelar. Entonces el emplazado recién podrá ejercer su derecho de defensa y podrá interponer los recursos impugnatorios.

La Teoría Procesal Moderna ha superado a la característica *inaudita altera pars*, habiéndose superpuesto el principio contradictorio que garantiza y viabiliza el derecho de defensa, y ha sido recogido esta teoría en el Derecho Procesal de la Unión Europea, debiendo previamente oírse al demandado cautelar, siguiendo esta misma orientación legislativa la Nueva Ley de Enjuiciamiento Español del 2000, garantiza el principio contradictorio en las medidas cautelares, formulando la hipótesis normativa imperativa que el tribunal está obligado a resolver la petición de medidas cautelares, previa audiencia del demandado, a excepción cuando es a solicitud del demandante y acredite la concurrencia de razones de urgencia o que la audiencia previa puede afectar el buen fin de la medida cautelar. Esta Ley ha prescrito en el art. 733 y citamos textualmente:

«Art. 733.- Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

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

f) Proceso sumarísimo y superficial

El *proceso cautelar* es de naturaleza *sumarísima*, sui generis, porque el juez resuelve sin investigación profunda, sino meramente superficial calificando que los medios probatorios tengan el carácter de *verosimilitud*, denominado *fumus boni iuris* (*humo de buen derecho*). Desde una perspectiva dinámica puede decirse que el *fumus boni iuris* es una de las operaciones que el juez debe realizar en el ejercicio de la función jurisdiccional cautelar, y se expresa en la obtención de una *declaración de certeza* de la apariencia o presunción de la existencia de intereses sustanciales y no se trata pues de obtener una declaración de certeza de la probada existencia de los intereses sustanciales o procesales.

*Piero Calamandrei*⁶⁸² como muy bien precisa «La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de **probabilidades** y de **verosimilitud**. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la-realidad»

Explica *Ugo Rocco*⁶⁸³ que toda cognición sumaria y superficial importa, no la certeza de derecho, sino la *posibilidad* o la *probabilidad* de la existencia del derecho valorada sobre la base de la afirmación por parte del pretendido titular de él y sobre los elementos indiciarios más que verdaderas pruebas de donde resulta probable la existencia de un derecho, cuya plena declaración de certeza será o podrá ser objeto de una plena y normal declaración de certeza del derecho.

Rocco afirma que la *verosimilitud* del derecho invocado o «El llamado *fumus boni iuris* no es más que una *valoración subjetiva*, y en gran parte, *discrecional* del juez sobre la apariencia de que existen intereses tutelados por el derecho, totalmente *sumaria y superficial*» Pero en el caso de las medias *autosatisfactivas* se requiere *prueba fehaciente* para ser amparada la medida cautelar, no es suficiente el *fumus boni iuris* lógicamente que es una moderna institución cautelar.

El *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* son el sustento de la decisión interlocutoria inmediata de la medida cautelar, presupuestos que se encuentran en el art. 611 del C.P.C. Peruano expresando: «El juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexada considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal»

⁶⁸² CALAMANDREI, PIERO. Ob. cit , p. 77.

⁶⁸³ ROCCO, UGO. *Tratado de derecho procesal Civil*, tomo V. Edit DEPALMA, Buenos Aires, 1977, p.99.

g) La contracautela

i. Definición y oportunidad de constitución

La contracautela es una institución del proceso cautelar, denominada también *caución* en la legislación comparada y por la doctrina. Esta consiste en la constitución de una garantía del demandante cautelar con la finalidad de asegurar la indemnización de los posibles daños y perjuicios que puede sufrir el afectado en sus derechos patrimoniales o personales afectados con la medida cautelar.

El art. 613° del C.P.C. peruano, determina la finalidad de la contracautela, expresando que «*La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que puede causar su ejecución*»

La *contracautela* es considerada como un *presupuesto de procedibilidad* de la acción cautelar por criterio generalizado de la doctrina procesal, y así como también es considerado en la mayoría de los cuerpos normativos, con las denominaciones de *contracautela* o *caución*. El *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*,⁶⁸⁴ también prescribe como presupuesto de procedibilidad el ofrecimiento de contracautela por el solicitante como regla general el art. 276, inc. 5, expresando que el Tribunal tiene la obligación de «*exigir la prestación de contracautela, salvo el caso excepcional de que existan motivos fundados para eximir de ella al peticionario*»

El C.P.C. peruano en el art. 610° inc. 4, exige como uno de los *presupuesto de procedibilidad* de la demanda cautelar el *ofrecimiento de la contracautela*, expresando:

«Art. 610°.- El que pide la medida debe:

4. Ofrecer contracautela»

En la legislación comparada también está regulada la contracautela como presupuesto de procedibilidad de la medida cautelar, así tenemos la *Ley 1/2000*, de 7 de enero, *Ley de Enjuiciamiento Civil de España*, exige como uno de los presupuestos de procedibilidad que debe contener la demanda, es el ofrecimiento de prestación de *caución*, precisando el tipo o tipos y el monto que propone, este presupuesto está prescrito en el art. 732, inc. 3:

«Artículo 732. Solicitud de las medidas cautelares.

⁶⁸⁴ EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, empezó a trabajarse a partir las IV Jornadas realizadas en Caracas y Valencia en 1967 los Códigos Modelos para el proceso civil y penal para todo el continente latinoamericano; en las XI Jornadas realizadas en Río de Janeiro en mayo de 1988, fue presentado y aprobado el Anteproyecto del Código Tipo para el proceso civil. El Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, fue creado en Montevideo, en las 'Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal', realizadas en 1957, en homenaje a la memoria de **Eduardo J. Couture**.

3. *En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone»*

En la legislación comparada principalmente moderna, la *caución* cautelar consiste en un *presupuesto de ejecución* de la resolución de afectación cautelar, es decir, no es un requisito indispensable para la calificación de la demanda cautelar de admisibilidad y amparar la medida cautelar solicitada, pero en esta resolución de afectación de los bienes del demandado ordena que previamente el demandante constituya la caución o contracautela en la forma y tipo que disponga el juzgador. Para la mayoría de legislaciones procesales civiles, es considerada como presupuesto de *admisibilidad y procedibilidad* el ofrecimiento de la *contracautela*, el juez acepta y regula conforme a sus facultades legales.

La contracautela tiene que ser constituida siempre antes de la ejecución la medida cautelar ordenada por el juez, aunque el C.P.C. no es expreso, pero es muy lógico que tiene que ser antes de la afectación cautelar, en cambio la *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español* es expresa como norma imperativa, prescrito por el art. 737, primer párrafo.

«**Artículo 737.** *Prestación de caución.*

La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada»

Como se puede ver, que esta norma considera a la contracautela no como presupuesto de admisibilidad y procedibilidad de la pretensión cautelar, sino como presupuesto de ejecución de la resolución interlocutoria cautelar, ésta tiene que ser prestada antes de la ejecución de la resolución que ampara la pretensión cautelar, es decir después de admitida la demanda, mientras que en la legislación peruana se tiene que ofrecer la contracautela juntamente con la demanda y el juez calificando la demanda considera que reúne todos los presupuestos de admisibilidad y procedibilidad, ordena la afectación cautelar y tiene por constituida la contracautela.

El *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, Argentina*⁶⁸⁵ también exige la contracautela como presupuesto de ejecución prescribiendo en el art. 199:

⁶⁸⁵ CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO, ARGENTINA, Ley 2.208 y mod. Texto Ordenado por Ley N° 2.235 (29/09/88) www.sup-trip-delsur.gov.ar

«Contracautela.

Artículo 199.- *La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208»*

ii. Regulación de la contracautela

La *constitución* de la contracautela es ofrecida por el accionante cautelar consistente en una *propuesta*, pero el encargado de la *regulación* es juzgador, el que fijará el monto o forma de prestarla que sea suficiente para garantizar los posibles daños y perjuicios que pueden producir la afectación cautelar al derecho del obligado.

Nuestro C.P.C. prescribe como facultad del juzgador de la admisión y regulación de la contracautela ofrecida expresado en el art. 613°, 2° apartado: «*La admisión de la contracautela, en cuando a su naturaleza y monto, será la ofrecida por el solicitante, graduarla, que considere pertinente»*

La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil español, también ha previsto la potestad de regulación de la contracautela prescrito por el art. 737, segundo apartado: «*El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución»*

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro Argentina ha superado el criterio de regulación de la contracautela que tiene que hacer el juez, no solamente por el mismo hecho de demanda medida cautelar sino fundada en el criterio de la mayor o menor verosimilitud, en el art. 199 contiene la norma de *observancia potestativa* del juez para la regulación de la *caución o contracautela*, prescribiendo: «*El Juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso»*

Como se puede ver que existe coincidencia en la legislación comparada procesal sobre la potestad reguladora del juzgador de la naturaleza y monto de la contracautela.

La regulación de la *contracautela* por el Juez o Tribunal debe que *ser razonable* fundamentado más que todo en la *acreditación del derecho* del acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación del emplazado, y *no partiendo del valor* de los bienes afectados, el monto si se trata de obligación de dar sumas de dinero, sino también en la capacidad económica del accionante siendo de conocimiento público la solvencia económica del demandante cautelar con un Banco de reconocida solvencia, no es necesario que el juez exija la contracautela para ordenar o ejecutar la medida cautelar. En este sentido, el accionante cautelar puede considerar excesiva la determinación de la constitución de la contracautela por el juzgador, por lo que tiene el derecho de impugnar esta resolución y que será resuelto en segunda instancia.

El derecho impugnatorio del demandante cautelar por la disconformidad del ofrecimiento de la caución cautelar y el criterio del juzgador, está reconocido universalmente, pero el *amparo de la tutela cautelar* es afectada en su finalidad que es la *inmediatez* frente al riesgo inminente de irreparabilidad de los derechos en conflicto, y que al final el juez puede incurrir en responsabilidad civil por los daños y perjuicios. El juzgador tiene que actuar con criterio

propriadamente *tuitivo* de la *tutela cautelar*, exigiendo los *mínimos presupuestos* para su amparo por la propia naturaleza *sui géneris* del proceso cautelar.

Los tribunales nacionales y extranjeros han sentado jurisprudencia revocando la contracautela ordenada por el juez y amparando la propuesta del demandante. Citamos la *Ejecutoria emitida por la Segunda Sala Civil y Comercial de la Provincia de Niuquen, Argentina sobre recurso de apelación de medida cautelar*⁶⁸⁶

«NEUQUEN, de junio de 1.998.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **“COBIAN ALICIA CRISTINA Y OTRO C/ FERNANDEZ LUCIANO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**(Exp. N° 385-CA-1.998), venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° SEIS a esta Sala II, integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIIO e Isolina OSTI de ESQUIVEL, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Norma AZPARREN, y

CONSIDERANDO:

I.- *Vienen los presentes para el tratamiento del recurso de apelación en subsidio incoado por la actora (fs. 23/25) contra el auto que consta a fs. 22 de este incidente y que prescribe la insuficiencia de la contracautela ofrecida.-*

Manifiesta la quejosa que el art. 199 del C.P.C. prevé la caución por las costas y perjuicios que ocasionarían de haberse solicitado improcedentemente la medida precautoria, que para fijar la contracautela debe apreciarse no solo la verosimilitud del derecho, sino también la mayor gravedad de la medida o la magnitud del menoscabo patrimonial que pudiere derivarse.-

Cita jurisprudencia respecto del tema, y expresa que considera suficientemente garantizada las costas y los daños y perjuicios que eventualmente pudieran derivarse, con los bienes ofrecidos como contracautela, porque solicitar mayor contracautela es violatorio de la norma expresa de nuestro Código de Procedimiento, doctrina y jurisprudencia imperante.-

II.- *Deducida la demanda y con anterioridad a que se corra traslado de la misma a la contraria la parte actora solicitó y obtuvo que se ordenara un embargo preventivo sobre tres inmuebles que se atribuyen a la demandada. De ellos uno sería de propiedad de la accionada en un 100% y los otros dos en un cincuenta por ciento del restante codemandada (ver fs. 17 del presente cuadernillo).*

Sin embargo el juzgado y de conformidad con las normas vigentes en la materia (art. 199 del CPCC) estableció que previo a la efectivización de la medida se ofreciera caución suficiente a satisfacción del juzgado.

Es así que la parte accionante ofrece a embargo un inmueble cuyo valor, conforme valuación de la inmobiliaria que se adjunta en copia a fs. 20, sería de entre \$120.000 a \$140.000.

Ello no fue aceptado por la juzgadora dado que lo consideró insuficiente según los argumentos expuestos en su resolución de fs. 22, resolución esta que se encuentra apelada.

III.- *Tal como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia y toda vez que la tutela cautelar se otorga estando el proceso en trámite y sin intervención de la contraria y a fin de asegurar la igualdad entre las partes, los ordenamientos procesales, tanto nacionales como provinciales, exigen que el actor preste una caución para asegurar a la otra parte el resarcimiento*

⁶⁸⁶ SALA II CIVIL Y COMERCIAL DE NEUQUEN, ARGENTINA. *Cobián Alicia Cristina y otro c/ Fernández Luciano y otro s/ daños y perjuicios* (Exp. N° 385-CA-1998), Nieuquen, Argentina, www.jusneuquen.gov.ar

de los eventuales daños que le pueda ocasionar la medida en caso de haber sido solicitada indebidamente.

Por lo tanto y conforme se desprende del art. 199 del Código citado y de la doctrina y la jurisprudencia, dicha contracautela no es exigible en función del resultado del proceso principal, sino exclusivamente de la medida cautelar de que se trate, debiendo garantizar el pago de los gastos judiciales que con motivo de ésta deba afrontar la parte afectada, así como el monto probable de los daños y perjuicios que produzca (ver Palacio - Alvarado Velloso, "Cód. Proc." tomo V - pág. 66 y siguientes).

En cuanto a la determinación del tipo y monto de la contracautela se considera que queda librada al prudente criterio judicial, tomando como pautas la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado y las circunstancias del caso (art. 199 segundo párrafo), debiéndose considerar asimismo, la medida cautelar ordenada y sobre que bienes recae la misma.

En el caso de autos y tal como antes se ha indicado el embargo ordenado debe trabarse sobre bienes inmuebles que se atribuyen a los accionados (dos de ellos en un 50%), razón por la cual y teniendo en cuenta en consecuencia la naturaleza de dicha medida, el valor que en principio tiene el bien dado en contracautela (ello sin perjuicio del derecho del accionado previsto por el art. 201 del CPCC), los términos de la demanda en los que el monto que allí figura es meramente estimativo, como asimismo el objeto que tiene la garantía exigida, es que se estima que debe accederse a la pretensión de la accionante.

IV.- Por las razones expuestas deberá revocarse la resolución cuestionada y en consecuencia aceptarse la contracautela ofrecida. Sin costas por no mediar intervención de la contraria.

La Dra. Osti de Esquivel dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos en el voto que antecede, adhiero al mismo.-

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso en estudio y en consecuencia, revocar el auto de fecha 7 de mayo de 1.998 (fs. 22 del presente y 102 del principal), teniéndose por suficiente la contracautela ofrecida por la actora.-

II.- Sin costas de Alzada, conforme lo expresado en el respectivo considerando que integra este pronunciamiento.-

III.- Regístrese y vuelvan los autos al Juzgado de origen»

iii. Formas de contracautela

La *contracautela* puede ser ofrecida sobre derechos reales o derechos de crédito, o simplemente la caución juratoria. La *contracautela* puede recaer sobre bienes del demandante cautelar o de terceros para que garanticen la reparación de los daños y perjuicios posibles que pudieran generarse por la afectación con la medida cautelar.

El accionante de la *tutela cautelar* puede ofrecer como *caución* bienes inmuebles o muebles inscritos o no, o títulos valores como acciones, cheques, etc. La *contracautela* puede ser constituida en bienes de terceras personas naturales o jurídicas, como las cartas fianzas, cuentas bancarias, etc. Pero para la procedencia, se requiere la manifestación expresa de la voluntad del tercero la que tiene que constar por escrito.

El C.P.C. peruano no ha previsto la constitución de la contracautela sobre bienes de terceros, pero también no prohíbe, en consecuencia los jueces no pueden declarar improcedente la contracautela ofrecida por terceros. Esto significa que existe un mutuo acuerdo del demandante cautelar y el tercero que conviene en prestar la garantía por la medida cautelar.

El C.P.C. y C. de la Provincia de Río Negro de la República Argentina, en uno de los apartados del art. 199 a establecido que la contracautela puede recaer no solamente sobre derechos reales, sino también sobre derechos de crédito como garantías bancarias, por ejemplo las cartas fianzas, o de personas solventes: «Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica»

La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española en el art. 732, inc. 3 prescribe como uno de los presupuestos de la demanda el ofrecimiento de la *contracautela* precisando que tipo o tipos ofrece constituirla y el importe o monto

También el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán⁶⁸⁷ obliga al demandante cautelar la constitución de la *caución*, estableciendo el ofrecimiento de la forma que constituirá el demandante y la potestad de regulación del juzgador y el carácter variable de la contracautela, como prescribe en el art. 229, primero, segundo y cuarto apartado, expresando:

«Art. 229.-CONTRACAUTELA. Se proveerán bajo la responsabilidad del solicitante quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar, en caso de solicitarse en forma abusiva»

Al proveer la medida, el juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso, salvo que fundadamente estime que la simple caución resultare suficiente.

...

En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá pedir que se mejore la caución probando sumariamente que es insuficiente. El juez resolverá previo traslado a la otra parte»

Este Código tiene una tendencia moderna de la *Teoría procesal*, incluyendo en su normatividad que para la contracautela podrá ofrecerse la *garantía de instituciones bancarias* o de *personas que acrediten solvencia económica*. Esta hipótesis está prescrita en el tercer apartado del artículo citado:

«Art. 229.- CONTRACAUTELA.-...

Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de persona de acreditada responsabilidad económica»

⁶⁸⁷ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE TUCUMÁN, Argentina.

Como podemos ver, este Código ha previsto la complejidad de las formas y tipos de contracautela, conforme con la multiplicidad de las relaciones jurídicas empresariales, expresando que (*demandante*) podrá ofrecer la garantía de instituciones bancarias o de personas con solvencia económica acreditada. Es decir, la *caución cautelar* no está limitada solamente a los bienes de propiedad del demandante cautelar, sino que puede ser constituido con derechos reales o de crédito de terceros, como las instituciones bancarias, cajas de ahorro y crédito, empresas comerciales, etc. En el C.P.C. peruano la norma es muy genérica.

En este sentido, citamos una *ejecutoria interlocutoria* N° 3752 del 21 de diciembre del 2000 emitida en primera instancia por el órgano jurisdiccional uruguayo, que acepta la caución del aval bancario en el proceso seguido por **YAHOO! INCORPORATED c/ INTERSYS LTDA. y Jorge Kirowsky. Medida cautelar**⁶⁸⁸

«Montevideo, 21 de Diciembre de 2000.

VISTOS:

Para Sentencia Interlocutoria de primera instancia estos autos caratulados "YAHOO! INCORPORATED c/ INTERSYS LTDA. y Jorge Kirowsky. Medida cautelar" ficha 349/2000.

RESULTANDO:

1.- *Que en el escrito obrante a fs. 156 a 176 comparece el representante legal de Yahoo! Inc. – conforme copia notarial autenticada de Poder que adjunta- introduciendo pretensión de Medida Cautelar previa al juicio que habrá de iniciar contra Intersys Ltda. y contra el Sr. Jorge Kirowsky amparado en el "jus Prohibendi" característico de la tutela marcaría, expresando en lo medular:*

A.- Que Yahoo! Inc. es una Compañía Internacional de comunicaciones y comercio por Internet, con el alcance claramente explicitado en Nral. I.1 de su escrito, respaldado por probanza documental que adjunta.-

B.- Intersys Ltda. es una Compañía uruguaya que brinda servicios de Internet e inscribió en ANTEL el nombre de dominio "yahoo.com.uy" el día 21 de Febrero de 2000 para su cliente, Sr. Jorge Kirowsky. Se acompaña prueba documental (Anexo 8).- Se expresa la razón por la cual en ANTEL es Intersys Ltda. quien figura como titular del nombre del dominio referido.-

A través de este sitio se ofrece información sobre "mascotas y productos veterinarios", según se acredita con Anexo 9.-

⁶⁸⁸ JUZGADO DE PAZ LETRADO DE MONTEVIDEO. *Yahoo! Incorporated c/Intersys ltda. y Jorge Kirowsky. Medida cautelar.* Este artículo viene de Latinoamer ICANN, proporcionado por VIEGA, MARIA JOSE (Uruguay) <http://www.latinoamericann.org/>

C.- Fundamenta la solicitud de la Medida Cautelar en Nral IV; funda su derecho en los arts. 311 317 del CGP, art. 50 Nral. 1 y 2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC) ratificado por Uruguay por Ley N° 16.671 del 13.12.94.- Ofrece contracautela en Nral. VII y en escrito obrante de fs. 179 a 182.-

Aporta probanza documental obrante de fs. 4 a 155, impetrando que sin noticia contraria se ordene la suspensión provisoria del nombre de dominio "YAHOO.COM.UY" otorgado por ANTEL el 21 de Febrero de 2000 por Intersys Ltda. para identificar un sitio en la Web.-

II.- Por auto N° 3557 del 30.11.00 se dispuso tener por acreditada la representación invocada y por constituido el domicilio, requiriéndose fuera calificada la contracautela ofrecida por Actuaría.

Con fecha 15 de Diciembre de 2000, se formula informe por Actuaría, obrante a fs. 178 y vto., que se eleva al despacho con fecha 18.12.00.-

En la misma fecha -18.12.00- se presenta escrito por el accionante (fs. 179-182) ofreciendo otra alternativa de contracautela e impetrando habilitación de la feria Judicial Mayor.-

CONSIDERANDO:

I.- Que se habrá de amparar la solicitud de medida cautelar innovativa, por los fundamentos que seguidamente se expresan.-

II.- De acuerdo a la documentación aportada -fundamentalmente Anexos 3 a 12 obrados de fs. 29 a 133 y Anexo 15 obrante de fs. 154 a 155- el "Fumus boni iuris", así como el "periculum in mora" resultan razonablemente acreditados.-

La accionante aporta recaudos (Anexo 7) que acreditan haber registrado en Uruguay ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial la marca "YAHOO!" (Resoluciones de fechas 8.10.97 y 16.10.98).-

Por su parte se ha acreditado que Intersys Ltda. es la Empresa nacional que, desde el 21.2.00 resulta ser titular del nombre de dominio "YAHOO.COM.UY" (Anexo 8 y 2B), en su calidad de registrador del dominio "com.uy" inscripto en ANTEL para su cliente Sr. Jorge Kirowsky, en el que se ofrece información sobre mascotas y productos veterinarios.-

El peligro de lesión del derecho se encuentra en el caso connotado -por tratarse de una medida innovativa- por la necesidad de un cambio inmediato a efectos de evitar un daño de difícil reparación.- La accionante ha explicitado en el caso los diferentes daños (desvío de clientela, confusión, desprestigio, dilución de la marca) que pautan la solicitud de decisión anticipada y provisoria del mérito.-

III.- Se ha ofrecido contracautela suficiente a criterio de la proveyente, conforme propuesta alternativa de la accionante plasmada en Nral. 5 de fs. 181-182.-

Por los fundamentos expuestos, y conforme a lo dispuesto en los arts. 311 a 317 del CGP y la Ley 16.671 de fecha 13.12.94 que aprobara los Acuerdos sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC);

RESUELVE:

I.- Aceptar como contracautela suficiente un aval bancario a la orden del Juzgado y bajo el rubro de autos por la suma de U\$S 15.000.- (Quince mil dólares).-

II.- Cumplida la contracautela que se dispone, en carácter de medida cautelar previa, sujeta al régimen de caducidad dispuesto por el artículo 311 del CGP, decretar sin noticia de la contraparte, la suspensión provisional del nombre de dominio "YAHOO.COM.UY" otorgado por ANTEL el 21 de Febrero de 2000 según requerimiento de la registradora Intersys Ltda. para identificar un sitio en la Web.- Ofíciase a sus efectos a ANTEL.-

Fecho, notifíquese personalmente en los domicilios aportados a Intersys Ltda. y al Sr. Jorge Kinowsky la medida dispuesta.-

III.- Habida cuenta de lo solicitado en Nral. 2 de fs. 182 y lo dispuesto por el art. 97 del CGP, se habilita la FERIA JUDICIAL MAYOR a efectos del cumplimiento de la presente Resolución.- Notifíquese personalmente a la accionante»

Dra. Mary Alonso Flumini (Juez Letrado), Esc. Juan A. Da Misa Rial (Actuario)

La **caución juratoria** considerada como contracautela, es el ofrecimiento formal del demandante cautelar de obligarse al pago de daños y perjuicios costas y costos del proceso, sin constituir garantía alguna para su cumplimiento. El ofrecimiento de caución juratoria hará el demandante en la demanda cautelar aunque la norma procesal no exija como presupuesto de admisibilidad o procedibilidad, a fin de evitar el retardo en la decisión del juez.

La **caución juratoria** para ser amparada, se fundamenta en dos supuestos: el supuesto *principal* está en los *medios probatorios* que acreditan el *fumus boni iuris*, es decir que existe la *verisimilitud* de su derecho como acreedor, y el *segundo* supuesto, se fundamenta en la *presunción de solvencia económica* del accionante cautelar. En la casuística procesal peruana es abundante, así como en la legislación y la jurisprudencia comparada.

El Tribunal de Buenos Aires, ordena la aceptación de la **caución juratoria** como contracautela en el proceso seguido por F., S. C. v. Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro⁶⁸⁹ s/incidente de apelación:

⁶⁸⁹ F., S. v OBRA SOC. DE LA ACT. DE SEGUROS REASEGUROS CAPIT. AHORRO. www.cpact.org.ar (03-10-2006).

«Buenos Aires, 20 de diciembre de 2005.

Vistos los autos: "F., S. C. c/ Obra Soc. de la Act. De Seguros Reaseguros Capit. Ahorro s/ incidente de apelación".

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la decisión adoptada por el juez de grado a fs. 36/37, mediante la que se había concedido la medida cautelar solicitada, en los términos del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal a quo sostuvo que, una vez concluido el período de asistencia previsto en el art. 10 de la ley 23.660, no se advertía prima facie que el derecho de la accionante goce de la verosimilitud necesaria para reclamar aún con carácter cautelar la continuidad de una afiliación que, en principio, aparece como facultativa tanto para quien la solicita como para la Obra Social que debe aceptarla (fs. 147/148).

3º) Que contra esta decisión, la actora dedujo recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 160.

4º) Que este Tribunal tiene dicho que, si bien las decisiones vinculadas con medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, resultan en principio ajenas a la vía del recurso extraordinario por no ser definitivas, cabe hacer excepción a ese principio general cuando como sucede en el sub lite lo decidido ocasiona un perjuicio que, por las circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (v. doctrina de Fallos: 319:2325; 321:1187, 2278; 325:1784, entre muchos otros).

5º) Que ello ocurre en la especie, toda vez que la medida precautoria revocada tuvo por objeto evitar eventuales perjuicios a la actora, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, su propia vida, máxime teniendo en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones.

6º) Que desde tal perspectiva, y sin que esto importe juicio alguno respecto de la decisión que corresponda adoptar oportunamente en estos autos respecto de la cuestión de fondo, resulta indudable que, en virtud de la doctrina sentada por esta Corte en la causa V.1389.XXXVIII. "V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo" sentencia del 2 de diciembre de 2004, en el presente caso media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como para acceder a la medida cautelar solicitada.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, 2º párrafo, de la ley 48, dada la índole y urgencia que reviste el asunto, corresponde, bajo responsabilidad de la actora y previa caución juratoria, admitir la medida cautelar peticionada y ordenar a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda que, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, arbitre las medidas pertinentes a fin de permitir la continuidad de

toda la cobertura médico asistencial que recibía la señora S. C. F., quedando a su cargo el cumplimiento de los recaudos, como así también el pago de las sumas correspondientes.

Notifíquese y devuélvase»

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto)

*Citamos el **voto discordante**:*

«VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1° a 3° del voto de la mayoría.

4°) El remedio federal ha sido correctamente concedido por la Cámara de Apelaciones, pues para fundar su decisión de revocar la medida cautelar negó que se encuentre prima facie vulnerado un derecho que la actora ha fundado en la Constitución Nacional, decisión que, muy posiblemente, no podrá ser oportunamente reevaluada en la sentencia final.

Esto último se debe a que lo resuelto por el a quo implica la interrupción del tratamiento que recibe la actora para el cáncer que padece y que la demandada, por su parte, no ha dado razones que permitan descartar esta ominosa posibilidad. Por lo tanto, considero que la decisión es definitiva sobre el punto constitucional.

5°) Sin embargo, el sólo hecho de iniciar una demanda, aún en las circunstancias dramáticas de la actora, no confiere ipso facto un derecho a que quien es seleccionado como legitimado pasivo deba hacerse cargo de cumplir durante todo el período que dure el proceso con lo que el actor le demanda. No obstante, ello sí puede ser ordenado cuando la demanda tiene una presunción a su favor a la que técnicamente se la llama "verosimilitud del derecho". Esta verosimilitud debe referirse no sólo al derecho de la actora, sino también a que el obligado sea el demandado.

6°) En un caso similar al presente, esta Corte ha resuelto que la interrupción unilateral de afiliaciones prolongadas a obras sociales o prepagas, cuando se trata de personas que sufren dolencias crónicas y que, a su vez, ofrecen mantener en el mismo nivel los pagos que venía recibiendo la prestadora constituyen actos lesivos del derecho a la salud (V.1389.XXXVIII. "V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo" sentencia del 2 diciembre de 2004C). Si se tiene en cuenta que dicha regla jurisprudencial gobierna, en principio, el presente caso, convaldar una desafiliación en estas condiciones no puede fundarse solamente, como lo ha hecho la Cámara, en el derecho de la demandada a hacerlo.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16, 2° párrafo, de la ley 48, dada la índole y urgencia que reviste el asunto, corresponde, bajo responsabilidad de la actora y previa caución juratoria, admitir la medida cautelar peticionada y ordenar a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda que, hasta tanto se

resuelva la cuestión de fondo, arbitre los medidas pertinentes a fin de permitir la continuidad de toda la cobertura médico asistencial que recibía la señora S. C. F., quedando a su cargo el cumplimiento de los recaudos, como así también el pago de las sumas correspondientes. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY.»

La *caución juratoria* propuesta puede o no ser aceptada por el juzgador, teniendo la potestad de ordenar el señalamiento de bienes reales o sobre derechos de crédito. El demandante tiene derecho a interponer los recursos impugnatorios y puede ser revocado por el Tribunal. Así mismo de ser aceptada la *caución juratoria* y ejecutada la medida cautelar, el afectado puede interponer recurso impugnatorio exigiendo que la *caución juratoria* sea sustituida por otros derechos del acreedor, argumentando que no es suficiente o no existe seguridad para resarcir los daños y perjuicios posibles que puede sufrir con la afectación cautelar en sus derechos, el Tribunal revoca la contracautela de *caución juratoria* y señala una suma determinada de dinero en cualquiera de las formas como depósitos, avales bancarios, etc.

El Tribunal de Segunda Instancia de Buenos Aires,⁶⁹⁰ revoca la resolución de Primera Instancia que aceptó la *caución juratoria* como contracautela, fijando en la suma de S/. 10,000, emitida en el proceso seguido por xenical.com.ar (Argentina), del 7 de Septiembre 2000.

«Buenos Aires, septiembre 7 de 2000

Considerando:

1. El juez, haciendo mérito de que la titularidad de la actora del registro de la marca "Xenical" y del nombre de dominio "www.xenical.com" en Network Solutions, como asimismo, que los elementos aportados acreditaban suficientemente el derecho invocado, admitió la medida cautelar solicitada y dispuso, en los términos del art. 50 del TRIPS, en forma provisional: a) la cancelación del registro y uso del nombre de dominio "xenical.com" (se debe entender que es "xenical.com.ar", conforme con la pretensión de la accionante y el objeto de la medida precautoria requerida a fs. 1 vta. de este incidente), registrado por SAF S.A. y Leandro Rey Iraola el 6 de agosto de 1999; b) otorgar el registro aludido a F. Hoffmann La Roche AG o a quien ella designe; y c) que NIC Argentina se abstuviera de efectuar cualquier transferencia del dominio de que se trata que pudieran solicitar las codemandadas, todo ello, bajo *caución juratoria*.

2. Contra esa decisión recurre la codemandada SAF S.A. agraviándose por cuanto: a) se resuelve el reclamo de fondo y otorgándole a la actora la propiedad sin haberse producido prueba, prescindiéndose del proceso ordinario correspondiente e incurriendo en prejuzgamiento; b) se le está dando a la actora la posibilidad de transferir el dominio -que le fue otorgado por una medida cautelar- a un tercero, lo que provocaría que si la demandada gana el juicio, jamás recupere su derecho; c) se ordena a NIC Argentina que se abstenga de efectuar cualquier transferencia de dominio que pudieran solicitar los demandados, lo cual además de violentar el debido proceso y su derecho de propiedad, constituye una medida innecesaria y no pedida por la actora; d) no se le notificó la resolución y sí se libró el oficio a NIC Argentina, como si la resolución estuviera notificada a los demandados y además firme; e) sólo se dispuso *caución juratoria*, en tanto que la

⁶⁹⁰ TRIBUNAL DE BUENOS AIRES. Sentencia de segunda instancia, www.latinoamericann.org (03-10-2006).

actora es una persona jurídica extranjera que no tiene domicilio en el país, ni se encuentra acreditada la solvencia económica, por lo que no se puede asegurar que exista al momento en que tenga que responder; f) no hay verosimilitud del derecho, pues no está acreditado que la actora sea la propietaria de la marca "Xenical" ni mucho menos de la marca "Xenical.com.ar" ni tampoco de "www.xenical.com", en tanto que la marca "Xenical" estaría registrada sólo en una clase marcaría; g) la documentación acompañada no es suficiente prueba de la verosimilitud del derecho, pues se trata de fotocopias simples de dudoso origen, que se encuentran en idioma extranjero, incumpliendo la carga prescripta en el art. 123 del Cód. Procesal; h) no hay ley, tratado o decreto que prohíba la registración de dominio de Internet en NIC Argentina (art. 19, Constitución Nacional), y la única reglamentación que existe al respecto son las mismas normas de esa institución, habiéndose permitido el registro del nombre de dominio cuestionado, sin perjuicio de lo previsto en el art. 7º de esas Reglas; i) la medida que se debería haber dispuesto es que NIC Argentina tomara las medidas pertinentes para que los demandados, previa caución real, no transfiriesen el dominio en cuestión, ya que de esa manera se protege el derecho de los demandados sin violentar derechos constitucionales ni resolver la cuestión de fondo.

3. Cabe señalar, primeramente, que los agravios de la codemandada serán analizados en su totalidad, pero sin seguir el orden propuesto, sino que se abordarán del modo que resulte más conveniente para un adecuado examen y decisión de los planteos deducidos.

Los agravios de la recurrente se dirigen, sustancialmente, a cuestionar dos aspectos distintos de la cautelar decretada: por un lado, la demandada niega que se encuentre acreditada la verosimilitud del derecho de su contraria y objeta el alcance con que se decretó la medida y la forma en que se trabajó; por el otro, requiere la fijación de una contracautela real y no juratoria como la dispuesta en primera instancia.

4. Para analizar el planteo relacionado con la verosimilitud del derecho, es conveniente destacar que, contrariamente a lo que sostiene la demandada, se encuentra acreditado que la actora F. Hoffmann - La Roche AG es la titular, en nuestro país, del registro de la marca "Xenical" N° 1.566.147, en la clase 5 del nomenclador -que protege como producto una preparación farmacéutica contra la obesidad y agente para la reducción de lípidos-, desde el 3 de julio de 1995 (ver título original, anexo 1, a fs. 119/122 vta., de los autos principales que se tienen en este acto a la vista). Asimismo, de la documentación agregada surge, prima facie, que la accionante registró la marca "Xenical" en más de cien países (anexo 2, fs.126/37).

También corresponde -en este estado del juicio y en el ámbito cautelar en el que se insertan los agravios de la recurrente- tener por acreditado con la documentación acompañada, que la actora es la titular del registro de dominio "www.xenical.com", registrado por Network Solutions desde abril de 1997, siendo utilizada para brindar información acerca del producto "Xenical" (ver anexos 4 y 5, fs. 177/209).

En este aspecto de la cuestión, no es atendible el agravio formulado en cuanto a que la documentación acompañada son fotocopias de dudoso origen, que están redactadas en idioma extranjero. Ello es así, pues se trata de páginas de Internet, con sus respectivas direcciones consignadas al pie de cada una de ellas de modo de poder ser consultadas por los usuarios de la red, y respecto de las que no se da razón alguna para dudar de su procedencia (ver informe de fs. 28 en el que se da cuenta de la constatación de las páginas de Internet indicadas y de la verificación de la

información que surge de ellas, tanto en cuanto al registro del nombre de dominio en Network Solutions, como a la utilización para informar sobre el producto de la actora, por lo que la negativa se reduce a un formalismo manifiestamente inatendible).

Por otro lado, la documentación en idioma extranjero agregada a la causa es suficiente a los efectos de decidir sobre el recurso interpuesto contra la medida cautelar decretada, por lo que no resulta -por el momento- necesaria su traducción, desde que el requisito del art. 123 del Cód. Procesal -norma que invoca la recurrente- debe ser aplicado con un criterio flexible y descartándose excesivos formalismos, pues su finalidad no es otra que la de posibilitar la comprensión del documento, lo cual se logra -a los fines que aquí interesan- sin el cumplimiento de esa exigencia (cfr. esta sala, sentencias de las causas 7829 del 24/4/79, JA, 1980-II-68; 4423 del 2/2/87 y 2849/00 del 30/5/2000; sala 2, causa 458/97 del 5/3/98 y sala 3, doct. causa 19.785/96 del 16/2/97).

5. Esta situación fáctica y jurídica que exhibe la accionante se debe confrontar, a los fines de examinar la verosimilitud del derecho alegada, con la que detentan los accionados, a partir de los elementos incorporados a la causa.

Antes que ello, cabe precisar, a los fines que aquí interesan, que los nombres de dominio en Internet, contrariamente con lo que sucede con el registro de las marcas, abarcan a todos los productos o servicios, pues no rige en ese ámbito el principio de especialidad vigente en materia marcaria (art. 3º, incs. a y b, y 10, ley 22.362). De ese modo, podría darse la posibilidad de que hubiera más de una persona, con igual interés legítimo, para registrar un mismo nombre de dominio (vgr., por ser titular de una marca idéntica en otra clase del nomenclador), situación que, como se verá, no es la que aquí se presenta.

La recurrente SAF S.A., entidad registrante del nombre de dominio "xenical.com.ar" en NIC Argentina -sigla que identifica al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y culto en su carácter de administrador del Dominio Argentina de Internet (cfr. Principios Básicos -Enunciados Generales, de la res. 2226/00 de ese ministerio, del 8/8/2000, que aprobó las Reglas para el Registro de Nombres de Dominio Internet en Argentina, B.O. del 29/8/2000, introduciendo algunas modificaciones al anterior texto, que se podía consultar en "www.nic.ar")- denunció como su actividad principal "Servicios de Logística" (ver anexo II, a fs. 230). De la contestación de demanda y del poder judicial acompañado, surge que la sigla que compone la designación de la demandada (SAF S.A.) corresponde a Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.

Si bien esta codemandada cuestionó la verosimilitud del derecho invocada por la actora sobre la base de los registros de marca y de nombre de dominio de Internet mencionados en el considerando anterior, y negó que su intención fuera la de vender el dominio en cuestión, como asimismo la utilización de la marca "Xenical" de la accionante (ver contestación de demanda, a fs. 275 vta./76) no han brindado explicación alguna, tanto en el memorial de agravios como en el escrito de contestación de demanda (elementos constitutivos del proceso que se encuentra agregado a la causa del que no se puede prescindir a los fines que aquí interesan; arg. art. 163, inc. 6º, Cód. Procesal) sobre cuál es su interés legítimo en el registro de "xenical.com.ar".

En esas condiciones, se impone concluir que se encuentra suficientemente acreditada en el caso la verosimilitud del derecho invocado por la actora a partir del interés legítimo que surge de la

titularidad de los registros mencionados precedentemente, en tanto que la recurrente no ha invocado ni mucho menos acreditado -en este estado del juicio y a los efectos de cuestionar la medida decretada- qué derecho o interés con igual grado de legitimidad la ampara para registrar un nombre de dominio que es idéntico (separando los elementos "com" y "ar", que son comunes a todos y que indican el nivel de dominio y el código asignado a cada país de registro del dominio, respectivamente) a la marca registrada por su contraria; máxime que en el caso, NIC Argentina ha informado que el codemandado Leandro Rey Iraola ha obtenido como responsable, el registro de una gran cantidad de nombres de dominio que incluyen marcas de productos (como por ejemplo, viagra; ver fs. 227/28).

6. Desde esa perspectiva, no es necesario, en esta oportunidad, analizar con mayor profundidad la oferta de venta del nombre de dominio por parte de los accionados o un uso de mala fe, como lo ha invocado la actora en base a la documentación acompañada a fs. 211 y 232 -si bien desconocida por su contraria-, puesto que la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, y no exige el examen de certeza sobre la existencia del derecho (cfr. Corte Suprema, Fallos 306:2060 y esta sala, causa 964/99 del 24/2/2000 y sus citas), se deriva principalmente, como se expuso, del interés legítimo de la actora para el dictado de la medida precautoria y que, en este estado liminar del juicio, la demandada no ha logrado acreditar para obtener la revocación de la medida decretada y que su conducta impide a la actora inscribir el nombre de dominio que contiene su marca, para lo cual no se puede prescindir de la constancia agregada a fs. 227/28.

En cuanto al argumento esgrimido por la apelante relacionado con la inexistencia de ley, tratado o decreto que prohíba la registración de dominios de Internet en NIC Argentina (art. 19, Constitución Nacional), y con el art. 7 de las Reglas para el Registro de Nombre de Dominio en Internet Argentina, cuadra señalar que la citada regla (que a partir de la res. 2226/00 pasó a ser la N° 11), en la medida que faculta a NIC Argentina para denegar o revocar un nombre de dominio en caso de que, a su criterio, se refiera a una persona física o jurídica de trascendencia y/o notoriedad pública si el registrante y/o solicitante no pudiera demostrar, a satisfacción de NIC Argentina, que se encuentra debidamente autorizada por esa persona a efectuar tal solicitud, no es óbice a la solución que aquí se propicia.

En efecto, la Regla N° 10 dispone que el hecho de que NIC Argentina registre un nombre de dominio a favor de un registrante, no implica que asuma responsabilidad alguna respecto de la legalidad de ese registro ni del uso del nombre de dominio por el registrante, y que en virtud de ello, no le corresponde a NIC Argentina evaluar si el registro o el uso del nombre de dominio puede violar los derechos de terceros, por lo que la circunstancia de que se haya accedido al registro, no obstante lo previsto en el art. 11 -que es una simple facultad-, no le otorga ningún derecho irrevocable a la accionada.

Por el contrario, las Reglas del Registro establecen expresamente que el registrante y/o el solicitante deben declarar bajo juramento que, de su conocimiento, el registro y uso del nombre de dominio solicitado no interfieren ni afectan derechos de terceros (Regla N° 12, anteriormente N° 8), y que no se realiza con ningún propósito ilegal, ni viola ninguna legislación, y que todos los datos suministrados son verdaderos, no habiendo ocultado ni omitido ninguna información que NIC Argentina podría haber considerado esencial para su decisión de aceptar la solicitud de nombre de dominio (Regla N° 13, ant.N°9).

A partir de ese contexto normativo, y de lo que hasta aquí se lleva dicho, corresponde desestimar el planteo de la recurrente respecto de la inexistencia de norma alguna que le prohíba registrar el nombre de dominio "xenical.com.ar", con fundamento en lo dispuesto en el art. 953 del Cód. Civil, en cuanto prevé la nulidad no sólo de los actos jurídicos prohibidos por la ley, sino de aquellos que son contrarios a las buenas costumbres o que perjudiquen derechos de terceros. En el mismo sentido, el art. 1071 de ese Código, establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerándose tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

7. Ello sentado, restan analizar algunos agravios de la recurrente en cuanto al alcance con el que se decretó la medida cautelar y a la forma en que se trabó.

No es atendible el planteo de la codemandada consistente en que la medida cautelar sólo debió disponer la cancelación del registro y no su transferencia a la actora. Es que, con el grado de verosimilitud del derecho que acreditó en este caso la accionante, la medida decretada sólo es efectiva si se le otorga, en forma provisional y con carácter cautelar, el registro de dominio de Internet en el nivel nacional que pretende. En cambio, si sólo se ordenase la cancelación del registro y la suspensión provisional del uso del nombre de dominio por parte de la demandada, como propone la apelante, quedaría igualmente cercenada la posibilidad de que la actora accediera al mercado de Internet con su propia marca -por lo menos con la presencia regional en el territorio en el que la tiene registrada-, constituir su propio sitio y distribuir o informar sobre sus productos desde allí, para lo cual es necesario contar con el pertinente registro ante NIC Argentina (cfr. esta Cámara, sala 2, causa 5050/99 del 30/12/99).

8. Tampoco es admisible el argumento relacionado con el prejuzgamiento invocado por la recurrente. La medida decretada es innovativa -como se señaló en la resolución apelada-, y si bien se ha considerado a este tipo de medida como excepcional, porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto de la decisión final de la causa, exige una mayor prudencia en la apreciación de los requisitos de admisibilidad (Corte Suprema, Fallos: 316:1833), no se puede descartar su aplicación con motivo de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema, "in re" "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros", C.2348.XXXII, del 7/8/97 -LA LEY, 1997-E, 653-; esta sala, causas 889/99 del 15/4/99, 436/99 del 8/6/99 y 7208/98 del 4/11/99).

Y ello es así, pues es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar -según el grado de verosimilitud- los probados intereses del actor y el derecho constitucional de defensa del demandado (cfr. Corte Suprema, causa C.2348.XXXII, cit.; esta sala, causas 889/99, 436/99 y 7208/98, cits.).

En esa inteligencia, no se puede descartar que la imposibilidad de que la actora registre el nombre de dominio en Internet en cuestión mientras dure este juicio, le traiga perjuicios de dificultosa reparación ulterior, si se tiene en cuenta la gran difusión que ha logrado Internet para colocar productos en el mercado y los factores de orden temporal que inciden en éste, por lo que la eventual sentencia condenatoria que aquí se dicte puede ser tardía si no se decreta la medida en los términos en que fue solicitada.

Por lo demás, no se le ha concedido la propiedad del nombre de dominio a la actora, ni la posibilidad que ésta la transfiera a terceros provocando que, si la demandada gana el juicio, jamás recupere su derecho, como sostiene la recurrente, sino que sólo se ha otorgado el registro de aquél en forma provisional a su favor o a quien la accionante designe (fs. 245 vta., pto. b), tal como fue solicitado (fs. 237 vta., pto. 2 ii), como así tampoco se ordenó a NIC Argentina que se abstenga de efectuar cualquier transferencia de dominio que pudieran solicitar los demandados, desde que en la resolución se dispuso expresamente que ese aspecto de la medida se decretaba en relación "al nombre de dominio de que se trata" (fs. 245 vta., pto. c).

En lo concerniente a la forma en que se trabó la medida, se debe desestimar el agravio expresado sobre el libramiento del oficio a NIC Argentina con anterioridad a que estuvieran notificadas las demandadas y firme la resolución, por cuanto la notificación ordenada por el juez fue en los términos del ap. 4, del art. 50, del TRIPS, que dispone que si la medida se decretó sin haber oído a la otra parte, se le deberá notificar sin demora la parte afectada a más tardar inmediatamente después de ponerlas en aplicación. Ello no es sino la aplicación del principio por el cual las medidas precautorias se decretan y se cumplen sin audiencia de la otra parte y de que ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento (art. 198, Cód. Procesal).

9. Finalmente, sí cabe darle la razón a la recurrente respecto del pedido de que se fije caución real.

Como la contracautela es requisito de cualquier medida cautelar (art. 199, Cód. Procesal) y, en especial, de la dispuesta por el juez en los términos del art. 50 del TRIPS (inc. 3º), la peticionaria deberá integrar una caución real en resguardo de los daños que pudiera causar a su destinatario, máxime cuando no se pueden descartar en este caso, habida cuenta la naturaleza y alcance de la medida decretada (cfr. esta sala, causa 4176/99 del 10/8/2000).

Es que, como se ha señalado en reiteradas oportunidades, la caución juratoria que fue fijada no tiene en la práctica mayor relevancia, ya que la responsabilidad existe aun cuando no se formule el juramento (cfr. esta sala, causas 4092 del 27/5/86, 12.803 del 20/4/95, 21.351 del 15/10/96, 125/97 del 27/2/97 y 4176/99, cit.; sala 2, causas 2317 del 23/9/83 y 4001 del 3/10/85; sala 3, causas 5749 del 5/8/88, 7102 del 4/7/90 y 4757 del 14/10/92; entre otras), a punto tal que se ha llegado a considerar que sólo la garantía real es acorde con la finalidad y naturaleza de la contracautela (cfr. esta sala, causas 4092 y 125/97 cit. y sus citas).

Por otra parte, no debe perderse de vista que el requerimiento de una contracautela real no sólo tiene por finalidad garantizar el efectivo resarcimiento de los daños que se causaren, sino, asimismo, su rápida y expeditiva percepción, propósito este último que no halla adecuada garantía en la caución juratoria (cfr. esta sala, causas 7761 del 13/11/92, 10.389 del 11/7/96, 125/97 y 4176/99, cit.).

A los fines de fijar la caución real, como la codemandada no ha aportado elementos como para determinar con precisión los perjuicios que la medida decretada pudiera provocarle, este tribunal, considerando la importancia que se puede derivar del registro de un nombre de dominio, pero también el grado con el que resultó acreditada la verosimilitud del derecho, fija prudencialmente como contracautela -que deberá prestar la peticionaria ante el juez, ya sea en efectivo, títulos valores, seguros de caución y otras garantías suficientes-, la suma de \$ 10.000 (arg. art. 165 y art. 199, párrafo 3º, del ritual).

Por lo expuesto, se resuelve: Confirmar la resolución apelada en cuando a la medida cautelar decretada y modificarla en lo relativo a la caución juratoria dispuesta, fijándose como contracautela la suma de \$ 10.000.

Las costas se imponen en un 90 % a la demandada y en un 10 % a la actora, en virtud de que la resolución se confirma en lo principal que decide y sólo se modifica en cuanto a la caución juratoria que fue solicitada por la peticionaria de la medida cautelar a fs. 243 (arts. 68, 69 y 71, Cód. Procesal)»

Intervienen únicamente los jueces firmantes por encontrarse vacante la restante vocalía (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). - Martín D. Farrell. - Francisco de las Carreras.

iv. Variabilidad de la contracautela

La *contracautela* es variable que comprende también a la *sustitución* tanto en su forma, tipo y cantidad, y puede ser solicitada por el demandante o por el demandado si es solicitado por el actor, puede ser antes de ejecutada la medida cautelar o después de la ejecución, se pondrá en conocimiento del demandado, y el juez resolverá concediendo o denegando. El demandado también tiene derecho de pedir la *variación de la caución* en sentido de *mejoramiento*, es decir cuando considera que la contracautela no es suficiente para garantizar la indemnización los daños y perjuicios que puede sufrir en sus derechos afectados; en este caso el juez pondrá en conocimiento del demandante y después de oído de ser el caso, resolverá declarando fundado o infundado el petitorio.

El Tribunal Civil y Comercial de Buenos Aires, rechazó el recurso de reposición contra la resolución de primera instancia que rechaza la *sustitución de la contracautela* recaída en el Exp. B-65796 seguido por *Deyherabehere de Shearer Maria Rosa C/Provincia de Bs. As. (Min. Salud) s/Amparo*⁶⁹¹

«//Plata, 8 de junio de 2005.

VISTO:

La medida cautelar concedida a fs. 68/70, el recurso de reposición presentado fs. 73/76 y la adecuación de la contracautela solicitada a fs. 79/82; y

CONSIDERANDO:

⁶⁹¹ TRIBUNAL CIVIL Y COMERCIAL DE BUENOS AIRES. *Deyherabehere de Shearer Maria Rosa C/Provincia de Bs. As. (Min. Salud) s/Amparo*, www.scba.gov.ar

I. El 9 de junio de 2004 éste Tribunal concedió una medida cautelar consistente en suspender la habilitación y funcionamiento de la farmacia "Fernández" hasta tanto se dicte sentencia, previa caución real de \$ 50.000, por los daños y perjuicios que pudiese ocasionar el haberla solicitado sin derecho.

II. El tercero interviniente, Sra. Bazarra, titular de la farmacia citada, solicitó se deje sin efecto tal medida. A tal fin expresa, que durante cincuenta años la farmacia "Ramírez" y la farmacia "Fernández" estuvieron ubicadas sobre la misma acera y a una distancia de ciento cincuenta metros, mientras que en la actualidad están situadas en veredas opuestas y a mayor distancia. De ese modo razona que de ningún modo se ven afectados los derechos de la actora por efecto del traslado autorizado y que por el contrario la puesta en práctica de la medida cautelar concedida es a ella a quién le ocasionaría un perjuicio irreparable, en tanto implica el cierre de la farmacia a su cargo.

Toda vez que el tópico sobre el cual versa la discusión consiste en la validez del procedimiento por el que se confirió tal autorización como la autorización en sí misma y teniendo en cuenta el marco de "summaria cognitio" propio del despacho cautelar, los argumentos vertidos por el tercero no resultan suficientes para enervar la decisión del tribunal puesto que no aportan elementos que permitan, al menos en esta oportunidad, arribar a una conclusión diferente.

A lo expuesto cabe agregar que las circunstancias invocadas carecen del necesario respaldo probatorio que de ellas, de cuenta.

III. a) La actora por su parte solicita se sustituya la contracautela exigida por una caución juratoria, alega que se trata de un monto excesivo para el giro comercial de su farmacia por lo cual se trata de un obstáculo insalvable que afronta la garantía fijada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Agrega que el grado de verosimilitud que exhibe su reclamo permite morigerar tal exigencia.

b) Toda medida cautelar exige como contrapartida el aseguramiento de los eventuales perjuicios derivables de su injusta concreción cuya forma y monto es materia de apreciación de los jueces, quiénes determinarán y graduarán la contracautela conforme a las circunstancias del caso, entre las que cabe destacar la verosimilitud del derecho y el contenido de la eventual responsabilidad (arts. 20 y 22 ley 7.166 y art. 199 C.P.C.C.)

En este sentido la actora no acompaña elementos que se traduzcan en una variación tal de los hechos oportunamente evaluados, que autorice una modificación en la decisión tomada. En otras palabras no acredita que la graduación de la contracautela no revista la adecuación mencionada, esto es que haya sido establecida en función del eventual perjuicio que sufriría la titular de la farmacia "Fernández" en caso de que le asista la razón y las probabilidades de la actora de obtener un fallo favorable.

En cuanto a la imposibilidad de afrontar el monto fijado, debe destacarse que sólo se limitó a expresarlo sin demostrar, con un respaldo contable adecuado, cuales serían sus reales posibilidades en relación al giro comercial de su establecimiento.

Por ello, el Tribunal

Resuelve:

I. Desestimar el recurso de reposición interpuesto (art. 20 de la ley 7.166 y 238 C.P.C.C.).

II. Rechazar el pedido de sustitución de la contracautela (art. 20 y 22 ley 7.166; 199 y 203 del C.P.C.C.).

Regístrese y notifíquese.

FDO.RO.SO.KO.PE.DL.

v. Tendencia a la desaparición de la contracautela

La *caución cautelar o contracautela* como presupuesto de procedibilidad de la acción cautelar, es discutida en la doctrina, pese a la exigibilidad normativa en la legislación procesal comparada, pero reconoce limitadamente la exención de la contracautela para casos específicos. Por regla general es un presupuesto de observancia obligatoria, para la procedibilidad del amparo de la tutela cautelar, y las excepciones previstas en las normas procesales son las excepciones.

Pero en las exigencias de la caución cautelar, la jurisprudencia ha sido superada ampliamente en materia de derechos humanos y en diversos derechos urgentes como en la *tutelas jurisdiccionales autosatisfactivas*. En materia de *derecho ambiental*, cuando está en peligro derechos difusos, el juez tiene la obligación de actuar medios probatorios o tomar medidas inmediatas para cautelar los derechos difusos en riesgo o que están siendo dañados, *sin necesidad* de la exigencia de la *caución cautelar*. Nos preguntamos qué pasaría en casos de peligro inminente en el medio ambiente conforme a la Ley General del Ambiente de Argentina, que exige a los accionantes a constituir contracautela, si es el Estado que promueve la demanda cautelar se encuentra en capacidad de ofrecer *caución real*, pero si son *instituciones de defensa del medio ambiente*, estamos seguros que el Juez tendrá que optar por la necesidad de esta realidad, porque primero están los intereses de la sociedad, previa actuación de los medios probatorios inmediatos.

La sociedad moderna por su carácter tan dinámico, tiene la necesidad de jueces y tribunales *precursores* del Derecho creando nueva jurisprudencia en una verdadera impartición de justicia, superando a la normatividad limitativa y formalista. En este sentido **Piero Calamandrei**⁶⁹² se plantea el enunciado y responde formulando una hipótesis que hasta la actualidad continúa vigente:

« ¿Cómo puede resolverse el dilema angustioso entre el cómodo conformismo adicto a lo que siempre se ha decidido (*stare decisis*) y la conciencia intranquila, que cada vez quiere rehacer sus cálculos? Todo depende del juez con quien se dé; el riesgo de las causas radica a menudo en este contraste: entre el juez consecuente y el juez precursor, entre el juez que, para no cometer una injusticia, está dispuesto a rebelarse contra la tiranía de la jurisprudencia, y el juez que, para salvar la jurisprudencia, está dispuesto a que los inexorables engranajes de su lógica destrocen a un hombre vivo»

En términos generales, el presupuesto de la *contracautela* resulta ser *relativa*, porque no puede supeditar la protección urgente de los derechos en peligro grave en discusión o ha discutirse a la constitución de contracautela, porque atenta contra la tutela jurisdiccional inmediata y eficaz.

La legislación procesal comparada y el C.P.C. peruano, han tenido en cuenta la *exoneración* de la constitución de contracautela, si el Estado es el demandado o las Reparticiones estatales, o

⁶⁹² CALAMANDREI, PIERO. *Elogio de los jueces*, cit. Por YAYA ZUMAETA, ULISES A. *La contracautela: Requisito de ejecución de las medidas cautelares*, p. 95.

cuando el accionante ha obtenido sentencia favorables, y se presume la solvencia económica del demandante, así como en el caso que el demandante cautelar goce del *beneficio de gratuidad* del proceso (auxilio judicial).

5. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

La determinación de la clasificación de las medidas cautelares con el nuevo enfoque la *Teoría cautelar jurisdiccional moderna*, se ha convertido muy polémico en la doctrina, pero se va deslumbrando con los eventos internacionales de los juristas sobre la materia y la jurisprudencia internacional.

Repasando un poco la historia de la evolución del Derecho Procesal y el Derecho Material, la materialización de de las *relaciones jurídicas* estaban sujetas a la plena autonomía de la voluntad que fue la proclama de la Revolución francesa, pero el surgimiento de la Teoría Social del Derecho al entrar en conflicto con la corriente liberalista, rompe los esquemas del Estado liberal para adaptar su *actuación política* dentro de los márgenes de los lineamientos de un Estado social de derecho.

*Humberto Theodoro Júnior*⁶⁹³ dice que en el auge del liberalismo, no había lugar en principio, para la ejecución específica de las pretensiones de *hacer y no hacer* por ser inatacable el deudor en su libertad personal, una vez que se negare en cumplir su obligación, no queda otro camino al acreedor conformarse solamente con las pérdidas y daños, ante esta situación tenía que recurrir a la ejecución *substitutiva o indirecta*.

El Derecho procesal en esa época prácticamente era inexistente como técnica o ciencia autónoma, era considerado –ya expuesto– como simple apéndice del Derecho material, contribuía en términos de medidas creativas para dar mayor eficacia a los preceptos de orden substancial, además era el propio Derecho material que predeterminaba los expedientes instrumentales que correspondían a los derechos subjetivos de fondo cuando no eran observados o violados. No cabía al Poder Judicial mayor flexibilidad en el uso de los remedios procesales.

El proceso ordinario o común el que tenía que ser observado en el juzgamiento de los conflictos y que debería de servir a las casuísticas en general, y las acciones especiales eran rigurosamente destinadas a casos típicos que no podrían ser dirimidos en la sistemática del procedimiento común, no existía flexibilidad en la sistemática del procedimiento común. Esto fue como desvío del foco del individuo para la sociedad que se consiguió en camino para el siglo XX, la existencia de intereses *sociales* que reclamaban la atención del ordenamiento jurídico, forzando así a ampliar sus dominios más allá del milenario *binomio derecho público – derecho privado*. En el siglo XX puede imponer ese modo de ver en la medida en que el *Estado liberal* fue cambiando políticamente por el *Estado Social*, democrático, la organización de la

⁶⁹³ JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. (Professor titular de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, doutor em Direito, advogado) www.jus2.uol.com.br/doutrina

maquinaria estatal dejó de ser mera proclamación de derechos fundamentales convirtiéndose en agente realizador de estos mismos derechos.

Partiendo de estas concepciones, el Estado asumió la intervención en la vida económica y social para proclamar y hacer respetar los *derechos colectivos y difusos*, en consecuencia no podía continuar valiéndose solamente de los procedimientos judiciales forjado en el Siglo XIX fundamentadas en las ideas liberales.

Lentamente fueron surgiendo acciones de hecho colectivo para instrumentalizar derechos hasta entonces desconocidos en el orden jurídico tradicional, como los derechos invisibles de la comunidad, es decir de la sociedad en general o de grandes sectores de la sociedad. Al mismo tiempo se ampliaba al orden jurídico material para proteger los derechos superiores a los individuales o colectivo, y se concebían nuevos procedimientos judiciales para darles protección jurisdiccional cuando sean sometidos a proceso.

Esta *trascendental apertura* para el *interés social*, no solamente fomentó preocupación con los problemas generados por la convicción de la necesidad de tutelar adecuadamente los *nuevos derechos sociales*, sino también la *imposición* a los operadores del derecho procesal la *conscientización* de que el *proceso* en sí mismo, aunque no conociendo acciones colectivas, era siempre un *instrumento tutelar* de la ciudadanía. El *derecho de acciones* solamente se veía como simples medios del individuo para reaccionar contra la violación de algún derecho subjetivo, era el derecho cívico de acceso a la justicia como una de las *garantías fundamentales* del moderno Estado Democrático de Derecho. Constituía la expresión de una de las mayores garantías de paz social y de la realización política de los ideales de la nación protegidos por el orden constitucional.

Estos acontecimientos pasaron a manifestarse en el proceso *metas* que iban más allá de simple composición de los litigios y se comprometían con las aspiraciones del *debido proceso*, tanto en el *plano formal* como en el *plano material*. La *función judicial* se materializa por medio del proceso, a partir de entonces se vinculó a la preocupación de *efectividad*, es decir, a la persecución de resultados que corresponden a la mayor y más justa composición de los litigios.

Esta nueva concepción institucional del Estado y la función jurisdiccional, hizo prevalecer la *teoría de la tutela cautelar diferenciada o anticipada, innovativas, de no innovar y autosatisfactivas*.

Con la concepción de la *teoría clásica del proceso*, no era más aceptable sujetar los litigantes a pocos e *inflexibles* procedimientos *típicos*, a penas uno para cada tipo de acción o pretensión, presentándose muchas veces inconvenientes e incómodos como verdaderos camisas de fuerzas las partes procesales (litigantes y jueces).

En la *teoría clásica* la *medidas cautelares* estaban clasificadas en *nominativa y genéricas*, referidas estas últimas a aquellas medidas cautelares que no se encuentren dentro de las nominadas o típicas reguladas por las normas procesales, pero que se encuentren dentro de la finalidad de garantizar el cumplimiento de la sentencia amparando la demanda, después de un largo proceso muchas veces tiempo transcurrido innecesariamente llega la justicia con paso exageradamente lento.

El punto de partida del surgimiento de la *teoría cautelar moderna* es justamente la lentitud de la prestación de la tutela jurisdiccional, totalmente contraria a las necesidades de los nuevos fenómenos jurídicos que exigen una *tutela jurisdiccional pronta, efectiva y eficaz* por que los bienes jurídicos se encuentran en inminente riesgo y requieren de *urgente amparo jurisdiccional*, sin interesar la iniciación o no del proceso sobre el fondo considerado generalmente como principal.

La *teoría clásica* de las medidas cautelares ha delimitado la *función del proceso cautelar* a su carácter de aseguramiento de la eficacia de las sentencias, es decir facilitar los medios necesarios para la sentencia recaída en el proceso de mérito o de fondo y no queden en la declaración o expectativa. Sin embargo, como hemos afirmado, que no podemos pretender ignorar el *dinamismo* de los fenómenos sociales, entonces en busca del *equilibrio* de nuestra sociedad, crea la necesidad de *introducir los cambios* en instituciones procesales, especialmente al proceso como exigencia constitucionalmente exigida para desarrollo de la *función jurisdiccional*.

Además experimentamos en nuestra realidad uno de los principales problemas, la *crisis de la impartición de Justicia*, dentro del tema específico la lentitud en la dinámica procesal y la exigencia de nuestra sociedad de la angustia en busca de una *eficaz, pronta y oportuna tutela jurisdiccional*, la doctrina y jurisprudencia internacional de los diversos tribunales nacionales de los tribunales de competencia internacional como el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, el *Tribunal Andino de Naciones*, etc., recogen la necesidad de tutela jurisdiccional inmediata, oportuna y eficaz, obligan a *instituir* en las legislaciones procesales instrumentos procesales sumarísimos, por el peligro que comporta para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos una decisión jurisdiccional tardía que no satisface el justo derecho amprado por la sentencia. Esta es la razón de la institucionalización normativa o simplemente jurisprudencial de las *modernas tutelas de urgencia* sean *sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas* o simplemente cautelares que permiten otorgar la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que el Estado está obligado a prestar en plazos mucho más breves que la tutela ordinaria.

En la actualidad en la doctrina no existe unanimidad de criterio en la *clasificación* de las *medidas cautelares*, y principalmente en la moderna teoría doctrinaria y jurisprudencial que reconocen las *medidas cautelares* urgentes como *innovativas (positivas)*, *de no innovar (negativas)* y las medidas cautelares *autosatisfactivas*, etc.

Partiendo de este punto de vista consideramos clasificar las medidas cautelares en dos grande clases: Medidas cautelares *clásicas* y medidas cautelares *urgentes*. En adelante estudiaremos a cada una de las clasificaciones, despejando incógnitas sobre su ubicación y aceptación, además encontraremos *incongruencias* aparentes con algunas garantías constitucionales como el *debido proceso*, el *derecho de defensa* y el *principio de contracción*.

Por el *impacto* de los procesos cautelares *urgentes* en la generalidad de la función jurisdiccional y que sigue siendo un problema que se está empezando a dar solución desde el punto de vista legislativo, de los que sus antecedentes encontramos en la doctrina y la jurisprudencia, ampliada de la jurisdicción nacional a la jurisdicción internacional en todas la materias de competencia de los Tribunales Internacionales, consideramos necesario resaltar el estudio de las *medidas cautelares urgentes*.

5.1. Medidas cautelares urgentes

Como ya hemos venido exponiendo, son aquellas que han surgido especialmente a fines del Siglo XX como exigencia de la necesidad de nuevos fenómenos conflictivos en las relaciones jurídicas de los sujetos individuales o colectivos que exigen la inmediata tutela jurisdiccional, efectiva y eficaz, y la objetividad de un *peligro inminente* de sufrir un daño irreparable en los derechos del accionante cautelar, razonablemente tiene que ser atendido por el juzgador, porque en caso contrario, la negativa genera un conflicto social por la deficiencia de la prestación de la tutela jurisdiccional generando desconfianza, inseguridad y alteración de la convivencia social.

La *diferencia* con la *medidas cautelares clásicas* está en el inminente peligro, y en algunos casos dejan de ser medidas asegurativas de un ulterior resultado positivo del un proceso principal, concluyendo el proceso al resolver el conflicto. Además, estas medidas al ser amparadas por el juez algunas medidas cautelares urgentes satisfacen o reparan los derechos en conflicto, y otras definitivamente resuelven el conflicto de intereses, como las medidas *autosatisfactivas*, lo que no ocurren en las medidas cautelares clásicas.

En el C.P.C. peruano algunas en su mayoría están previstas en el Subcapítulo 2°, 3° y 4°, Capítulo II del Título IV (*Medidas temporales sobre el fondo, Medidas innovativas, y medidas de no innovar*).

Las *medidas cautelares urgentes*, además tiene otra característica sui generis, si bien es cierto que podemos considerarlas *nominadas o típicas*, sin embargo dentro de la sub clasificación, cada una de ellas en su aplicación es compleja porque no tienen un objeto determinado, siendo aplicadas a una diversidad de particularidades que exigen la casuística procesal.

5.2. Medidas cautelares clásicas

En cambio las medidas clásicas que se ha perfeccionado con al *Teoría Clásica del Derecho procesal Civil* principalmente por la doctrina italiana, siendo los más destacados *Chiovenda* y *Piero Calamandrei*, quienes han influenciado fuertemente en las codificaciones procesales. Estas medidas cautelares han sido delimitadas en su concepción y formas persiguiendo el *aseguramiento* de la ejecución de la *posible sentencia* amparativa de la demanda en el proceso principal, pero materialmente no produce ningún beneficio material al demandante, sino que está a la espera de la sentencia del proceso principal.

Son propiamente típicas, como el embargo en sus distintas modalidades que están reguladas por las normas procesales. Las medidas cautelares clásicas están reguladas en el C.P.C. en el Subcapítulo 1° *Medidas para futura ejecución forzada*, Capítulo II, Título IV «**Proceso Cautelar**»

Las medidas cautelares clásicas, están definidas por las normas procesales, por lo que consideramos dedicar el estudio de la *medidas urgentes* y a cada una de las sub clasificaciones.

6. MEDIDAS CAUTELARES AUTOSATISFACTIVAS

6.1. Ubicación procesal

En la doctrina todavía se sigue discutiendo la ubicación en el sistema procesal la denominadas *medidas anticipatorias* como también las *autosatisfactorias*, y con la finalidad de resolver este problema doctrinario, ha sido materia de discusión en el XVIII Congreso argentino de Derecho Procesal realizado en Santa Fe en junio de 1995, destacándose la ponencia de *Peyrano*⁶⁹⁴ y las VII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal realizadas en la ciudad de La Paloma, en abril de 1995, ha rechazado que las *medidas anticipatorias* y *medidas autosatisfactivas* sean *tutelas cautelares*, considerándolas como modalidades de la *tutela de urgencia* que es un género más amplio que el cautelar.

Por otra parte *Pérez Ragone*⁶⁹⁵ afirma que la *tutela cautelar* y la *tutela anticipatoria*, si bien ambas son especies del género *tutela de urgencia*, sin embargo en sí son entidades diferentes. La *tutela cautelar*, por sus notas de instrumentalidad, tiende siempre a amparar un resultado útil del contenido de una sentencia de mérito futura. Pero la necesidad de efectividad de tutela de los derechos ha tenido como resultado una desfiguración de la tutela cautelar, al incluir, por ejemplo, como manifestación de esa tutela cautelar los alimentos provisorios.

La medida cautelar tiende a asegurar la eficacia útil de una resolución venidera, pero en ningún caso, para anticipar directamente en el plano sustancial el efecto de esa resolución. Si bien en ambos casos se estaría en la “*provisoriedad*” simplemente por no tener *res iudicata*, es posible visualizar que en un caso se puede haber quitado a uno, pero no dado a otro (*tutela cautelar*), pero en el otro, se quitó a uno y se hizo a su vez una atribución al requirente (*tutela anticipatoria*). Pérez Ragone se pregunta por qué hablar de tutela cautelar en estos casos, donde no habría tal cautelaridad.

La *tutela de urgencia*, especialmente de tipo *autosatisfactiva* que satisface urgente y directamente un derecho o interés legítimo necesitado de tutela, es necesario confrontarla con la tutela cautelar, para determinar a ésta como uno de los instrumentos que permita a los ciudadanos obtener la tutela jurisdiccional que necesitan para asegurar sus derechos e intereses legítimos. Es decir determinar si la *tutela cautelar* es un *tipo de tutela* que permita dar amparo *urgente y directo* a un derecho o interés legítimo de una persona, de ser así, la *tutela cautelar* y *tutela autosatisfactiva* persiguen el mismo objetivo. Si la *tutela cautelar* tiene solamente por finalidad asegurar un proceso principal denominado también de fondo o de mérito, sin que jamás pueda satisfacer directamente el derecho o interés del justiciable, entonces estaremos ante dos instituciones procesales totalmente diferentes, distinguiéndose aún más porque la tutela autosatisfactiva satisface urgente y directamente el derecho o interés legítimo que reclama tutela inmediata, en consecuencia esta acción *tutelar urgente* ya no necesitaría el servicio de la *tutela cautelar*.

⁶⁹⁴ PEYRANO, J.W. *Las medidas cautelares en materia comercial, nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas*, en *Justicia '97*, pág. 607 y sgtes

⁶⁹⁵ PÉREZ RAGONE, A. *Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatorio*, en *Revista de Derecho Procesal* dirigida a iberoamérica, año 2000, N° 1, ps. 172 y ss.

Para la teoría de la tutela cautelar clásica, el proceso cautelar no busca tutelar directamente los derechos e intereses de los justiciables, sino indirectamente mediante el proceso principal que pueden ser de cognición o de ejecución, declarativo o ejecutivo del cual se espera la sentencia favorable al accionante cautelar. El carácter de *instrumentalidad* del proceso cautelar determina que las medidas cautelares nunca son fines en sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de un ulterior pronunciamiento definitivo, al cual las providencias cautelares preventivamente aseguran su provecho (*peligro de infructuosidad*) o utilidad práctica (*peligro de tardanza*) como afirma *Calamandreï*.⁶⁹⁶

El *proceso cautelar* por su *carácter instrumental* busca asegurar que los bienes del demandado no salgan de su patrimonio para la eficacia de la ejecución de la sentencia de mérito o de fondo, pero además existen otras que buscan una anticipación de la providencia decisoria, como en la proceso de *obra nueva y riesgo de daño o daño temido*, los alimentos provisionales denominada también *pensión anticipada*, entre otras formas de medidas cautelares.

La doctrina ha venido encontrándose con ciertas dificultades en la ubicación de algunas acciones civiles, como los interdictos posesorios. Para *Calamandreï*⁶⁹⁷ las providencias posesorias –que algunos consideran providencias cautelares–, jamás podrían considerarse como procesos cautelares, toda vez que ellas existen por sí mismas y no en relación a un proceso sobre el mérito, y refutando a *Carnelutti*, para quien son modalidades o una variedad de medidas cautelares. La tutela posesoria obtendría en sí misma el fin perseguido, que no es sino el impedir la turbación del estado de hecho y las reacciones individuales que éstas provocarían, amenazando la paz social y la infracción del orden jurídico. No se establece el proceso posesorio en función del derecho que podrá ser hecho valer después en sede ordinaria, sino que tiene un propio y autónomo fin. La providencia posesoria se otorgaría para el mantenimiento o para la reintegración de un estado de hecho, inclusive en la hipótesis de que este estado de hecho sea contrario a derecho, todo lo cual no podría ocurrir con el proceso cautelar.

El proceso posesorio tutela el hecho de la posesión con el mero fin de impedir la auto tutela, entonces nos encontramos no ante una *medida cautelar*, sino ante una medida *autosatisfactiva* de la situación jurídica hecha mediante *acción jurisdiccional*. Partiendo de esta distinción *Pérez Ragone*⁶⁹⁸ define la *tutela cautelar* como aquella *tutela accesoria e instrumental, que fundada en cognición de probabilidad tiende a amparar -a cautelar o a salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura*.

Las *medidas autosatisfactivas*, consideradas desde el ángulo de la concepción conservadora de la tutela cautelar, no podrían ser ubicadas dentro de las medidas cautelares, porque ellas se agotan en sí mismas y carecen del carácter instrumental de un proceso de mérito o de fondo. De conformidad con la *concepción tradicional de la tutela cautelar*, los procesos posesorios o la *tutela inhibitoria* que impida que sobrevenga una lesión a un derecho, o que obligue a cesar

⁶⁹⁶CALAMANDREI, PIERO. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, pág. 21.

⁶⁹⁷ IBIDEM.. *op. cit.* pág. 94

⁶⁹⁸ PEREZ RAGONE, A. *Op. cit.*, p. 172.

inmediatamente una actividad lesiva del derecho, no podrían ser consideradas en ningún caso *tutelas cautelares*.

Como lo expresa *Peyrano*,⁶⁹⁹ «*las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables "inaudita et altera pars" y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como, por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Tampoco debe confundirse con las anticipatorias*»

*M. A. Fernández*⁷⁰⁰ sostiene que no se deben considerar como una manifestación de tutela cautelar «*aquellos procesos especiales que, aún produciendo una tutela rápida y provisional, tienen finalidad propia y no conectada de modo necesario con otro juicio*» Mientras que otro sector de la doctrina plantea una concepción moderna de la tutela cautelar, considera necesaria la incorporación de las *medidas autosatisfactivas* dentro del proceso cautelar.

En C.P.C. brasileño reformado por Ley 8952 de 1994, el *proceso autosatisfactivo* es denominado como *Anticipación de la Tutela*, pero está ubicado dentro de las disposiciones generales de los procesos de conocimiento, es decir es considerado como un *proceso autónomo* que no depende de otro proceso principal, en consecuencia no es un proceso cautelar. El art. 273 prescribe: «*El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I) Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; II) Esté caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado...*»

La nueva concepción de la *tutela cautelar* de la *Teoría cautelar jurisdiccional*, desde el punto de vista del dinamismo del desarrollo científico del Derecho, formula una nueva definición de esta institución procesal, alcanzando a encerrar dentro de su propio *objeto de investigación* a las *medidas autosatisfactivas*. Por ejemplo, promover el amparo de un medida autosatisfactiva solicitando al juez la suspensión de la junta general de accionistas de una empresa convocada ilegalmente, para evitar los graves daños que pueden sufrir los socios y la sociedad, para proteger el derecho al nombre, la imagen, el honor garantizado por la Constitución Política del Estado y el Código Civil, la protección inmediata de *derechos difusos* como la protección de la contaminación ambiental con residuos de energía atómica, etc. Calificando el juzgador que concurren los presupuestos del *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, la *proporcionalidad* y en algunos casos que puede exigir la contracautela, *la iper urgencia* de la necesidad de protección jurisdiccional inmediata, sin ser necesaria la iniciación de otro proceso denominado principal o de mérito el juez resuelve el conflicto de intereses.

⁶⁹⁹ PEYRANO, J.W. *Op. cit.* p. 613.

⁷⁰⁰ FERNÁNDEZ, M.A. *Derecho procesal civil*, t. III, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 1997, pág. 405.

*Bordali Salamanca*⁷⁰¹ afirma que en esa concepción, el *proceso cautelar* continúa teniendo como *objetivo* –o como *instrumentalidad*– permitir que lo que resuelva el juez pueda cumplirse en sus propios términos. Pongamos un ejemplo, una persona le pide al tribunal que prohíba que su imagen corporal sea utilizada en una propaganda comercial que ella no ha autorizado, a fin de tutelarla en su derecho a la imagen. Para que ese derecho a la imagen sea tutelado por la sentencia del juez se requiere que la lesión no llegue a concretarse o en todo caso, que cese inmediatamente. Al demandante no le interesa que por sustitución y en lo principal, se le indemnicen los perjuicios, sino que su imagen le sea respetada por el demandado. Pero en este caso, lograda la inhibición de la conducta del demandado, se habrá satisfecho su derecho, puesto que la sentencia se ha podido cumplir en sus propios términos. Pero ahora se hace completamente innecesario que esa persona que obtuvo la tutela de su derecho a la imagen inicie un proceso posterior, ya que carece de todo interés en iniciarlo. Por el contrario, el demandado podrá, ocasionalmente, estar interesado en iniciar otro proceso de cognición plena y exhaustiva a fin de revertir lo decidido por el tribunal que tuteló el derecho a la imagen del demandante. Ese sería el sentido de entender la *tutela cautelar dinámicamente*.

La justificación de la ubicación de las medidas cautelares dentro del objeto de estudio de la moderna *teoría cautelar jurisdiccional* es la institucionalización de procesos de cognición sumarisísimos como instrumentos en la lucha del *derecho procesal civil empresarial* contra el tiempo, y como dice *Montesano*,⁷⁰² se establecen para evitar ineficientes las tutelas (*declarativa o ejecutiva*) a las que está preordenada la tutela cautelar.

El dinamismo del *Derecho en general* y específica la *Teoría Procesal* ya ha sido prevista legislativamente, dejando abierta una ventana para las nuevas relaciones jurídicas que podrían generarse en el futuro, proyectándose más allá de las típicas conductas, por ejemplo los *Códigos Sardinios de 1854 y 1859* (*Cerdeña –Sardigna–, Región autónoma de Italia ubicada en el centro del mar Mediterráneo*) en materia de tutela cautelar, establecían junto al secuestro y a la denuncia de obra nueva, la figura general de las *inhibiciones*, sin que se determinaran los casos en los cuales podían ser acordadas como afirma *Ortells*⁷⁰³ una norma que autorice medidas cautelares indeterminadas o atípicas es sin duda *índice de perfección* de un sistema de tutela cautelar, ya que posibilitaría que las medidas adquieran la ductibilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora, cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible.

*Arieta*⁷⁰⁴ dice que de este modo, las *inhibiciones* podían ser invocadas para cada situación que amenazare con ofender un derecho cualquiera, y en aquellos casos en que fuese necesario impedir la ejecución de un hecho que pudiese presentar peligro de un daño irreparable, siempre

⁷⁰¹ BORDALI SALAMANCA, ANDRÉS. *Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil*, op.cit., revider@uach.cl

⁷⁰² MONTESANO, L. *Strumentalita e superficialità della cognizione cautelare*, en *Revista di Diritto processuale*, año LI, (segunda serie) N° 2, abril-junio, 1999, p.309.

⁷⁰³ ORTELLS, M. *La tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *El proceso civil y su reforma*, Coordinador, MARTÍN ESPINO, J.D., edit. Colex, Madrid, 1998, p. 434.

⁷⁰⁴ ARIETA, G. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.*, edit. Cedam, Padova, 1982, p. 6 y ss. , cit. por BORDALI SALAMANCA, ANDRÉS. *Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil*, op.cit., revider@uach.cl

que no subsistieran los presupuestos para la emisión del secuestro o ya la denuncia de obra nueva. La *jurisprudencia* de los tribunales contribuyó notoriamente en esta consagración de las *inhibitorias* como *tutela cautelar general*. Este camino de las *inhibitorias*, como poder cautelar general y atípico, también fue recogido por el Código Canónico de ese entonces.

En *Italia*, en mérito de las corrientes filosóficas del *riesgo* de la sociedad del poder excesivo que le confiere las normas jurídicas procesales, la extensión general a otras figuras atípicas de medidas cautelares, siendo su máximo representante *Piero Calamandrei*, se limitó con el Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, *desaparecieron* las *inhibitorias* y el *poder cautelar general* del juez, limitándose la potestad jurisdiccional a determinadas medidas cautelares típicas. La oposición de otro sector doctrinario liderado por *Chiovenda* luchó incesantemente por la constitución de un *proceso cautelar general*, desvinculado de toda rigurosidad esquemática de las medidas cautelares expresamente tipificadas en los Códigos este doctrinario llegó al extremo de enfrentamiento con su alumno *Piero Calamandrei*, quien era contrario a un poder cautelar general *inhibitorio* en manos de cada juez.

La discusión doctrinaria en Italia trató de resolverse con el C.P.C. de 1942, al esquematizar un proceso de cognición caracterizado por la *oralidad*, *inmediatez* y *rapidez* de la decisión para reemplazar las medidas cautelares generales.

*Andrés Bordali Salamanca*⁷⁰⁵ dice que la *tutela cautelar*, no ligada a un proceso principal con el carácter de necesidad, sino sólo ocasionalmente, y como tal, *autosatisfactiva* de la relación jurídica sustancial tutelada, expresaría que las providencias cautelares han ido asumiendo paulatinamente una cabal autonomía, en el sentido que valen por sí mismas, en tanto constituirían muchas veces la única forma, y no de modo subordinado a los resultados de un proceso de mérito ulterior para defenderse de aquellas acciones lesionadoras de los derechos e intereses legítimos. En este sentido, *cautelar* quiere decir en muchas situaciones *prevención*, y ésta se justificaría por sí sola con una *importancia* y *autonomía* ajenas a cualquier enlace o encadenamiento con otros procesos.

De conformidad con lo expuesto, la *tutela cautelar* comprendida de este modo, tendrá un importante campo de aplicación en la *tutela preventiva* de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, lo que viene a significar un cambio *ideológico* importante en la concepción de la Teoría Procesal Civil Empresarial.

En la concepción liberal la tutela jurisdiccional ha sido amparada como acción sucesiva a la violación del orden jurídico y no como tutela jurisdiccional preventiva, en materia civil, después de la violación de los derechos subjetivos, buscando en reponer a su estado anterior el derecho menoscabado.

Tenemos entonces que el sistema de Derecho Civil y de *tutela jurisdiccional post revolucionaria* que construyó la sociedad burguesa, se estructuró por medio del reconocimiento legislativo previo de derechos subjetivos individuales, donde además, se podría decir que la

⁷⁰⁵ BORDALI SALAMANCA, ANDRES. *Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil*, op. cit., reviden@uach.cl

propiedad era el *derecho fuerte*, expresión que también utiliza *Proto Pisani*,⁷⁰⁶ en el sentido de que el *derecho de propiedad*, en otras épocas históricas ha sido el *derecho fuerte* por excelencia, el que constituía la clave del giro de todo el sistema de los derechos privados, y al resultar violados, el Estado por medio de unos previos y específicos los órganos jurisdiccionales actuaba, a fin de que comprobada la violación de tales derechos, se condenará al trasgresor a restituir el derecho lesionado en las mismas condiciones que antes de la violación se encontraba el actor. Si tal restitución no aparecía fáctica ni jurídicamente posible, tal violación ilícita se resolvía en la *indemnización* para compensar al actor en el bien o utilidad de la que había sido privado. En términos generales, es la que se presenta en el campo civil empresarial, aún en la actualidad en muchos ordenamientos jurídicos. Para asegurar este sistema, existían las medidas cautelares *clásicas*.

Un gran sector de la doctrina se inclina por una *tutela jurisdicción cautelar efectiva, eficaz y oportuna* en los conflictos de amparo jurisdiccional urgente, por la naturaleza de los hechos jurídicos a producirse o en proceso de producción, en el entendimiento lógico jurídico, la denegatoria del juez fundamentado en la formalidad típica de las medidas cautelares clásicas puede producir graves daños irreparables en el derecho del accionante, sin necesidad de estar obligado a promover acción jurisdiccional para mantener la eficacia definitiva de la medida cautelar, sin perjuicio que el demandado pueda ejercer su derecho contradictorio. Estas son las *medidas autosatisfactivas*.

La Constitución Nacional de la República Argentina en el art. 43, garantiza la *tutela jurisdiccional urgente*, expresando:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organización.

*Rapisarda*⁷⁰⁷ es enfático afirmando que ya hace un tiempo, reclama cada vez con mayor ahínco formas de tutela preventiva o que obliguen a cesar las actividades dañinas, antes que las típicas restitutorias o indemnizatorias. En efecto, se dice que los nuevos derechos como aquellos relacionados con el desarrollo de la *salud humana* y de la *personalidad individual*, el goce de los *bienes ambientales* y la *posición del consumidor* en el mercado entre otros, reclaman formas de

⁷⁰⁶ PROTO PISANI, A. *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: Strumenti e tecniche di tutela*, en *Il foro italiano*, año CXV, vol. CXIII, 1990, p. 8.

⁷⁰⁷ RASPISARDA, C. *Profili della tutela civile inhibitoria*, edit. Cedam, Padova, 1987, p. 75 y ss.

tutela preventiva más incisivas que la mera tutela declarativa, y más idóneas como sería la *tutela inhibitoria*, que prescribía concretas modalidades de comportamiento de los sujetos privados. Así, el carácter no monetarizable de ciertas situaciones subjetivas como las relativas a la *salud* y al *ambiente*, sería preferible los instrumentos de carácter preventivo, aquellos inhibitorios y medidas de urgencia que están dirigidos a la cesación del comportamiento lesivo.

*Proto Pisani*⁷⁰⁸ expresa que si la tutela sucesiva restitutoria por equivalente monetario, es por definición inadecuada para la tutela de los derechos de la personalidad, hay que decir asimismo, que estos derechos tienen necesidad de una tutela que intervenga dentro de los límites de las posibilidades humanas, antes de la violación o inmediatamente a fin de impedir la violación o su continuación. Considerando la irreversibilidad de los efectos de la violación del derecho de la personalidad, lo inadecuado de cualquier forma de tutela sucesiva *ex post* para restituir al sujeto aquella libertad de la cual no ha podido gozar, la tutela de los derechos de la personalidad deberá ser cuanto más *posible preventiva*, dirigida a impedir la violación o la continuación, es decir deberá tener contenido inhibitorio.

En conclusión, como se puede apreciar de las posiciones doctrinarias, en cuanto a las medidas cautelares típicas y atípicas o generales, partiendo de la caracterización clásica de la *tutela cautelar* y la nueva concepción del término *urgente* como uno de los fundamentos del *amparo* de la *tutela cautelar*, se pretende comprender a las *medidas cautelares autosatisfactivas* dentro de las *medidas cautelares inhibitorias* que la normatividad procesal nacional y comparada moderna a restituido comprendiéndola dentro de las medidas cautelares genéricas, además, rompiendo con la *teoría clásica de la tutela cautelar*, la *Teoría moderna* apertura nuevas dimensiones a la teoría cautelar al reconocerle el carácter autónomo, no solamente por la forma cómo se constituye el expediente y el desarrollo de los actos procesales cautelares, sino por la *finalidad*, dejando de ser exclusivamente instrumental de otro proceso principal, sino también *absolutamente autónomo* en determinados casos urgentes y definitivamente ponen fin al conflicto.

*Taruffo*⁷⁰⁹ sostiene que en las *medidas cautelares urgentes*, la tutela inhibitoria no sólo debe ser vista como una pretensión de tutela preventiva, sino como una pretensión de condena de cesación de la amenaza inminente o de la ejecución dañosa del derecho. Esta nueva *tutela inhibitoria* puede ser dirigida contra el peligro de lesión sobre un determinado derecho o interés no sobrevenga mediante la orden del juez o dirigida a impedir la continuación o repetición de la lesión. En este último caso, la condena a cesar la actividad lesiva puede evidentemente acompañarse del resarcimiento del daño ya provocado y a la eliminación de sus efectos.

Para *Taruffo*,⁷¹⁰ la necesidad de *flexibilizar* la disciplina del proceso, propone orientar la *tutela jurisdiccional* hacia lo que él denomina de *total justice*, esto es, abrir la actividad jurisdiccional a toda persona que se encuentre en una situación necesitada de tutela, de modo tal que dicha tutela no quede circunscrita a la previa atribución al individuo de un derecho

⁷⁰⁸ PROTO PISANI, A. *La tutela giurisdizionale deil diritti della personalitta*, op. cit., p. 7.

⁷⁰⁹ TARUFFO, M. *La legittimazione ad ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambiente*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, año V-3, septiembre 1987, p. 443.

⁷¹⁰ TARUFFO, C. *La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?* En *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, edit. Andrés P., Trotta, Madrid, 1996, p. 143.

subjetivo, porque si una persona tiene una necesidad de tutela, aunque no sea definida en el plano del *Derecho material* deberá ser amparado por el juzgador, sólo al final del proceso incoado se podrá establecer si el actor era verdaderamente titular del derecho. De este modo la actividad jurisdiccional se abrirá a todos aquellos sujetos y situaciones necesitadas de tutela, pero sin presuponer clasificaciones y limitaciones establecidas *a priori*, corresponderá al juez la tarea de individualizar y satisfacer esa necesidad, disponiendo para ello los remedios jurisdiccionales necesarios, actuando conforme a los principios de legalidad y la justicia.

La *concepción clásica* de la *instrumentalidad* formulada por *Piero Calamandrei*, la tutela cautelar no está orientada a cautelar la eficacia de la sentencia de un proceso principal, sino que tiene que ser entendida como instrumento procesal apto para tutelar los derechos materiales amparados por el Derecho. Partiendo de la *concepción moderna* de la tutela cautelar, *Andrés Bordali Salamanca*,⁷¹¹ afirma que son aquellas medidas que satisfacen la pretensión del actor de un modo *directo* y *urgente* encuentran su *ratio* en la exigencia de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional con referencia a determinadas situaciones subjetivas que podrían verse perjudicadas o insatisfechas, donde fuese necesario esperar el resultado del proceso de mérito a cognición completa y exhaustiva dispuesto para la tutela de los derechos e intereses de las personas tales medidas serían también cautelares. En el ejemplo que se ponía de la tutela del *derecho a la imagen*, el proceso ordinario ya no es capaz de tutelar en tiempo tal derecho, y el perjudicado no puede verse expuesto a que por meses o años, según la duración “normal” que tenga un proceso ordinario, se abuse de su imagen sin su consentimiento.

En criterio de *Vásquez Sotelo*⁷¹² la vinculación del proceso cautelar inevitablemente a un proceso principal en la actualidad doctrinalmente es errónea y supone graves limitaciones para la tutela cautelar exigida por el tráfico jurídico y empresarial de nuestros días. La realidad social plantea frecuentemente problemas de protección del *honor* o de la *intimidad personal*, problemas de protección de los *consumidores* o del medio *ambiente* o de *situaciones personales* que requieren urgente protección y no puede obtenerse utilizando las formas de cautela tradicional, además hoy en día existen numerosos supuestos en los que la misma medida agota la tutela pretendida. Existen muchas ejecutorias de los Tribunales nacionales y Tribunales internacionales que amparan la tutela cautelar urgente, por ejemplo, si la Sociedad R y R. SAC. solicita al juez el cese la competencia desleal que la ha ejecutado, donde ya no tendría sentido que tras obtener la orden judicial de prohibición de la competencia ilícita, esa misma persona deba interponer una demanda declarativa para demostrar que le asiste el derecho que hizo valer. Ahora, la demanda sobre el *mérito* podrá ser interpuesta por cualquiera que se considere legitimada y con interés para ello, pero en ningún caso se puede imponer la carga de la interposición de esta demanda al que obtuvo la medida autosatisfactiva.

⁷¹¹ BORDALI SALAMANCA, ANDRES. *Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil*, op. cit., reviden@uach.cl

⁷¹² VASQUEZ SOTELO, J. L. *Ejecución provisional y medidas cautelares*, en *El proceso civil y su reforma*, Martín Espino, coordinador, edit. Colex, Madrid, pp. 502 a 504.

En el *XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina*⁷¹³ (realizado en Corrientes, en el mes de agosto de 1997), se declaró que resulta imperioso reformular la *teoría cautelar ortodoxa*, dándose así cabida legal a los procesos *urgentes* y a la llamada medida *autosatisfactiva*. La *medida autosatisfactiva* es una *solución urgente* no cautelar, despachable *in extremis* que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada, a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión procesal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una *situación de urgencia*, *fuerte probabilidad* de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la *contracautela* sujeta al prudente arbitrio judicial. Acuerdan y declaran que hasta tanto se regule legalmente la *medida autosatisfactiva* puede fundamentarse su dictado en la *potestad cautelar genérica* o en una *válida interpretación analógica extensiva* de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas.

Es importante resaltar que en la *tutela cautelar autosatisfactiva* como medida de protección urgente, además de exigir los presupuestos de procedibilidad de las medidas cautelares clásicas, no concurre el presupuesto del *fumus boni iuris*, toda vez que el juez dicta la medida de protección no con base a un juicio de *probabilidad y verosimilitud* sobre la existencia de la violación del derecho, sino que se *exige cognición* un poco más profunda, aunque más incompleta que la que correspondería en un proceso de cognición plena y exhaustiva.

Según las afirmaciones de *Ferrajoli*,⁷¹⁴ el *fumus boni iuris* ya no podría en este caso relacionarse con la existencia del derecho, puesto que tratándose de derechos fundamentales, es decir derechos predicables de todas las personas por el mero hecho de ser tales, su existencia ya es un dato que ha previsto el legislador constitucional al reconocerlos en la Norma fundamental. Por ello, esta norma si se pudiera hablar de una *tutela cautelar de derechos fundamentales*, la exigencia del presupuesto del *fumus boni iuris* debería limitarse a la probabilidad de un daño a tal derecho y no a la existencia del derecho mismo, puesto que se supone que toda persona lo lleva en sí, y como tal, nada tiene que acreditar. Es absurdo, en esta hipótesis, que el que solicita tutela para su derecho a la vida tenga que acreditarlo aunque someramente que le asiste el derecho a la vida, de igual modo se puede decir respecto de otros derechos, como los referidos a la libertad de opinión, derecho a un medio ambiente adecuado, etc. Distinta será la situación reflejada en los derechos patrimoniales, como el derecho de propiedad, el derecho de crédito que no son propios de toda persona por el hecho de ser tal, sino que han sido creados expresamente por actos jurídicos, y en consecuencia pertenecientes particularmente a los sujetos en cuyo favor han sido creados.

En estos casos expuestos de derechos de crédito, derechos reales, sí sería necesario acreditar la *aparición de buen derecho* cuando se solicita la tutela cautelar. Sin embargo, se presentaría una

⁷¹³ PEYRANO, JORGE W. *La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*. En *Medidas autosatisfactivas. Parte general*. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Edit. Rubinzal – Culzoni, Editores, Corrientes, Buenos Aires. Argentina, 1999, p. 24.

⁷¹⁴ FERRALI, L. *Derechos y garantías. Ley del más débil*, edit. Trotta, Madrid, España, 1999, ps. 47 y ss., trad. Andrés P. y Greppi, A.

situación compleja cuando los derechos patrimoniales, como el derecho de propiedad son considerados como derechos fundamentales. Estas medidas pueden dictar *inaudita et altera pars*, como en cualquier otra medida cautelar, decimos que se puede dictar, porque puede ser que por la naturaleza de la urgencia permita amparar, el principio contradictorio está establecido en la mayoría de los Códigos procesales.

Reiteramos que el *fundamento* del reconocimiento del proceso de *medidas cautelares autosatisfactivas* es la *eficacia*, la que debe entenderse como aquella respuesta oportuna y adecuada que el órgano jurisdiccional debe dar al justiciable ante la formulación de una pretensión, permitiéndole en el supuesto de ampararse, que el derecho del justiciable sea preservado. La *medida autosatisfactiva*, como afirma *Martel Chang Alfonso*,⁷¹⁵ es coherente con dicho valor, pues dada la urgencia del pedido debe haber posibilidad de actuar en sintonía con esta urgencia. La actuación *rápida, oportuna y adecuada* del órgano jurisdiccional favorece su *legitimación social* y hace confiable al servicio de justicia, provocándose el efecto adverso cuando se actúa de manera contraria.

Creemos que el valor *eficacia* es connatural a la medida autosatisfactiva teniendo en consideración la definición y características que la doctrina le asigna. Los desarrollos de la ley procesal aparecen conectados estrechamente con los cambios culturales, sociales, económicos y políticos de los pueblos, y su dinámica estriba en una permanente búsqueda de *eficacia* sin sacrificio de la justicia, es decir en un marco tutelar de las *libertades y dignidad* del hombre. *Mauro Cappelletti* dice que *la eficacia no es de ninguna manera un criterio del procesalismo técnico, mecánico, de carácter puramente utilitario, moral o políticamente natural. Mas aún, este es un elemento sine qua non para un progreso futuro, en realidad para la importante supervivencia de la aspiración política y moral de una equidad, libertad y dignidad efectiva.*

Por esta razón, se hace necesario un *proceso cautelar* que tutele urgentemente al derecho material que se encuentra siendo afectado o en riesgo inminente de ser menoscabado irreparablemente, que no puede ser otro proceso que la medida cautelar urgente y sin la sujeción a condición alguna posterior a la decisión de amparo cautelar, como la obligación de iniciar un proceso denominado principal o de mérito para su eficacia de la ejecución definitiva, es decir tiene que tener autonomía en su eficacia.

Estas son las denominadas *tutelas cautelares autosatisfactivas*, en consecuencia se encuentran ubicadas dentro de las clasificaciones de las medidas cautelares como especie *sui generis*.

6.2. Definición

*Jorge Peyrano*⁷¹⁶ define a las *medidas autosatisfactivas* diciendo que son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una

⁷¹⁵ MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO. *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil, Título V Procesos urgentes*, www.sisbib.unmsm.edu.pe (29-08-2006).

⁷¹⁶ PEYRANO, JORGE W. *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de

fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo, de las diligencias cautelares clásicas. Pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover vías de hecho, sin tener que recurrir para tal efecto a la postulación de diligencias cautelares que, como se sabe, ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que a veces no desean promover los justiciables.

*Rolando Alfonso Martel Chang*⁷¹⁷ manifiesta que las *medidas autosatisfactivas* constituyen *requerimientos urgentes* que buscan una acertada aplicación del principio de celeridad procesal formulados por los justiciables ante el órgano jurisdiccional con el propósito de que éste provea, con carácter expeditivo, autónomo y definitivo, la remoción de vías de hecho u otras situaciones coyunturales urgentes que puedan acarrear un daño inminente e irreparable, no siendo necesaria la instauración de otro proceso. El *autor* sostiene que la causa próxima o inmediata más importante del nacimiento de las medidas autosatisfactivas ha sido la referida percepción de los justiciables y sus abogados de que *algo faltaba* en el abanico de atribuciones judiciales que permitiese lograr la satisfacción plena y efectiva (*sustantiva y autónoma*) de ciertas situaciones urgentes que no encontraban soluciones adecuadas en las medidas cautelares tradicionales que consagran las legislaciones.

*Francisco C. Cecchini*⁷¹⁸ fundamenta la tutela de las *medidas autosatisfactivas* en la nueva concepción del *constitucionalismo actual*, la que tiende a no desatender la efectividad de los derechos reconocidos en sus textos, «*esbozando un análisis ontológico de las medidas autosatisfactivas responden a una motorización idéntica a la de cualquier ocurrencia al pretorio: la acción. Traducen el derecho a la jurisdicción, que en el sentido constitucional del término se reduce al derecho de petionar*»

Podemos definir a las *medidas cautelares autosatisfactivas* que son las acciones jurisdiccionales urgentes, que requieren el amparo jurisdiccional inmediato, impostergable y eficaz para la protección de los derechos en inminente riesgo de sufrir daño irreparable o para cesar la acción u omisión que está dañando los derechos legítimos del accionante, sin estar condicionado a otro proceso denominado principal, y con la resolución que declara fundada la acción cautelar queda resuelto el conflicto de intereses y agotada la instancia, sin perjuicio de ser objeto de recursos impugnatorios en el término de ley.

1997. En *El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio*". Tomo 1. Corrientes, Argentina, 1997. pág. 497; *Medidas autosatisfactivas*, edit. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, p. 27; p. 27; *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva*, E.D. 169-1345. www.espaciosjuridicos.com.ar (29-08-2006).

⁷¹⁷ MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO. *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, <http://sisbib.unsm.edu.pe> (15-09-2006).

⁷¹⁸ CECCHINI, FRANCISCO CARLOS. *La constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales. Tutelas urgentes*, en *Medidas autosatisfactivas. Parte genera*, Ateneo de estudios del proceso civil; Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1999, p.201.

6.3. *Nomen iuris*

Las medidas *cautelares autosatisfactivas*, principalmente han recibido la denominación de *medidas cautelares urgentes*, y simplemente *medidas urgentes*, induciendo la doctrina a una nueva concepción del elemento *urgente* que en la teoría clásica ha sido el fundamento para amparar las medidas cautelares, pero la *teoría de la tutela cautelar moderna*, considera como *medidas cautelares urgentes* aquellas que requieren la tutela jurisdiccional *inmediata y eficaz*, por la naturaleza del grave daño irreparable que está sufriendo o amenazado los derechos legítimos del accionante, y al ser amparada la acción, concluye el proceso, porque las medidas cautelares urgentes no estaban reguladas por las normas procesales. Esta es la razón por la que algunos doctrinarios pretenden identificar a las medidas cautelares *autosatisfactivas* también como *medidas urgentes*, pero estas últimas es el género y las primeras son la especie.

Augusto M. Morello⁷¹⁹ utilizó la expresión *proceso preliminar preventivo* con la finalidad de identificar a una herramienta «*que traspasa la órbita de las medidas preliminares, con autonomía que se agota en sí misma y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el ulterior proceso contencioso, porque la satisfacción preventiva se ha agotado ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso*» Posteriormente la denomina *cautela satisfactiva, de satisfacción inmediata y tutela diferenciada*. Por su parte **Peyrano** las denomina *medidas autosatisfactivas*, **Adorno** denomina *proceso urgente no cautelar*, **De Lázaro** utiliza la expresión *cautela material*, **Lorenzetti** la denomina *tutela civil inhibitoria*, **Berizonce**, *tutela anticipatorio* y, otros la denominan *medida cautelar autónoma, cautela satisfactiva de satisfacción inmediata, y tutela diferenciada* como afirma **Jorge Mario Galdós**.⁷²⁰

Rolando A. Martel Chang⁷²¹ dice que **Peyrano** considera que es más adecuada la denominación de *medida autosatisfactiva* por proceso urgente, en *primer lugar* porque denota más cabalmente que el núcleo central consiste en que el justiciable obtiene ya mismo la satisfacción de su pretensión y sin que ello dependa de actividades posteriores, en *segundo lugar* porque la locución proceso urgente es más global y abarca otras hipótesis en las cuales el factor tiempo posee especiales resonancias. El *proceso urgente* alude al proceso cautelar clásico, las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipatoria.

Juan José Monroy Palacios⁷²² discrepa con el término medida autosatisfactiva, pues la satisfacción es una característica propia de todo proceso judicial en el cual se realice un pronunciamiento sobre el fondo, donde resulta indistinto que se dé o no la razón al justiciable. En esta medida añade, "*autosatisfacción*" da la idea de que un sujeto de derecho se está valiendo de sí mismo para lograr una satisfacción, una composición de la litis, lo cual en la actualidad, se encuentra prescrito, salvo excepciones justificadas. El autor considera que la

⁷¹⁹ MORELLO, AUGUSTO M. Y STIGLITZ, GABRIEL A. *TUTELA Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos*. La Plata. Platense, 1986

⁷²⁰ GALDÓS, JORGE MARIO. *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*. En *Medidas Autosatisfactivas. Parte general*. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pp. 66 a 72.

⁷²¹ MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO. *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, <http://sisbib.unsm.edu.pe> (15-09-2006).

⁷²² MONROY PALACIOS. JUAN JOSÉ. Op. cit., p. 278.

mejor forma de nombrar este mecanismo es señalando precisamente lo que es: un proceso que posee una característica esencial, la urgencia. En consecuencia, la denominación más adecuada es aquella que describe las cosas tal cual son: *proceso urgente*. Así, la medida autosatisfactiva sería, por tanto, el proceso urgente por antonomasia.

El antecedente más importante que la doctrina argentina ha ejercido decisiva influencia en la legislación procesal de Argentina, por primera vez ha incorporado en el sistema cautelar con la propia denominación *medida autosatisfactiva*, para denominar correctamente a una serie de situaciones urgentes no cautelares que disciplina. El art. 5 de la Ley 11.529 dictada en la Provincia de Santa Fe, Argentina, en materia de protección contra la violencia familiar, la misma que permite al Juez interviniente a ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo en su caso, la residencia en lugares adecuados a los fines de su control, prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida o desempeña su trabajo o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar, disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal.

Teniendo en cuenta las diversas denominaciones consideradas en la doctrina, *Jorge Mario Galdós*⁷²³

sostiene que es más acertada la nomenclatura *proceso autosatisfactivo*, para diferenciarlo total y categóricamente de las medidas cautelares clásicas, evitando confusiones al prescindir de la expresión medida, que se ha consolidado en su versión clásica cautelar como dependiente y subordinada a otro juicio.

*Rolando A. Martel Chang*⁷²⁴ sigue la posición de *Jorge Galdós* adoptando la denominación de *Proceso autosatisfactivo*, sustentado en las características particulares, y principalmente porque en dicho proceso se resolverá un conflicto de intereses o se eliminará una incertidumbre jurídica de manera definitiva, y siendo así debemos guardar coherencia con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil que consagra la finalidad concreta y abstracta del proceso judicial. De esta forma su *autonomía y calidad* de proceso principal estarían plenamente clarificado, lo que no ocurriría si se adoptara la denominación de *medida*, término que entre nosotros está asociado por operadores jurídicos y justiciables a la *medida cautelar*, y con ello aparecerá por confusión su calidad de accesorio e instrumental.

Por nuestra parte, la denominación de *proceso auto satisfactorio* considera a esta moderna forma de *tutela jurisdiccional* como un proceso autónomo distinto al proceso cautelar, sin embargo como ya hemos expuesto, conforme a la *Teoría Moderna de la Tutela cautelar*, *Galdós* y el autor citado, manteniendo la concepción clásica de la Teoría cautelar, califica de *proceso autónomo*, porque resuelve el conflicto de intereses sin depender de otro proceso. En consecuencia, consideramos lo más aceptable la denominación de *proceso de medidas cautelares autosatisfactivas*.

⁷²³ GALDÓS, JORGE MARIO. Op. cit., p. 69.

⁷²⁴ MARTEL CHANG, ROLANDO A. Op. cit., <http://sisbib.unsm.edu.pe> (15-09-2006).

6.4. Procedimiento y presupuestos

La tutela cautelar autosatisfactiva además de ser discutida sobre su amparo y ubicación, nos encontramos con otro problema, que es la regulación legislativa procesal, es objeto de preocupación doctrinaria, y desde este punto de vista se ha tratado de formular un modelo procesal, como señala *José Balcázar Quiroz*⁷²⁵ en su trabajo de *Medidas autosatisfactivas*, que el particular conflicto que da pie a la prestación de la *tutela autosatisfactiva* impele a la construcción de un procedimiento que sepa captar su esencia. El *proceso autosatisfactivo*, no persigue “verificar” una situación de ventaja, porque no supone la incertidumbre como hipótesis de trabajo tal cual lo entiende, en cambio, esto no ocurre en el *proceso de conocimiento* y sus variantes. Sobre la base de la mera *acreditación* de la titularidad sobre la situación jurídica de ventaja, queda por analizar el fundamento del comportamiento del demandado a efectos de enmarcarlo o no dentro de los intereses dignos de tutela. Si producto del análisis, la acción se jurídica, se tiñe de carácter jurídico, entonces ello quiere decir que estamos ante el reino de la incertidumbre, el *proceso autosatisfactivo* reconoce sus límites y acepta la tutela del proceso de conocimiento como la más adecuada, siempre que se dé a través de sus formas más simplificadas.

En cambio, si a pesar del análisis judicial el comportamiento cuestionado no puede encontrar fundamento jurídico alguno en un interés jurídicamente relevante, quiere ello significar que no estamos más dentro de la lógica del proceso de conocimiento.

Veamos ahora cómo incide este modelo en relación a un punto concreto, el debate previo a la calificación del comportamiento cuestionado. En cuanto a la afirmación de los hechos, sabemos que éstos se refieren a la ocurrencia del evento que se reputa ilícito, según que consista en un comportamiento comisivo u omisivo del demandado. Al respecto, caben las siguientes posibilidades:

a) Que resulten admitidos por la otra parte en la contestación de la demanda con lo cual no cabría realizar actividad probatoria alguna al respecto. Ya habiéndose afirmado los argumentos del actor de por qué ese acto es ilícito, se confiere al demandado la posibilidad de demostrar que su acto es conforme a derecho. Luego de esto se pasará a la fase de calificación jurídica del comportamiento.

b) Que los hechos sean notorios o de público conocimiento. Allí también se procederá directamente a la calificación jurídica del comportamiento.

c) Que el demandado afirme que el comportamiento de hacer o no hacer que se le imputa nunca fue realizado.

Esto implica negar los hechos afirmados por el demandante. Ante ello, el juez debe hacer comprender al demandado que de todas formas desde el mismo momento de la citación de la

⁷²⁵ BALCÁZAR QUIROZ, JOSÉ. *Medidas autosatisfactivas*, Editorial Astrea, 2005, www.astrea.com.ar (29-08-2006).

demanda se le está solicitando realizar un determinado comportamiento de hacer o no hacer respecto del cual debe pronunciarse, ya sea reconociendo la pretensión como justificada, ya sea como injustificada.

Si reconoce la pretensión como justificada, el juez ordenará el cumplimiento del comportamiento debido. Si por el contrario, el demandado califica la pretensión como injustificada, restará al juez realizar la valoración de este comportamiento, como afirma **Luiz G. Marinoni**:⁷²⁶ «En todos los casos, el cotejo del acto que se reputa ilícito con el ordenamiento jurídico constituye una cuestión de puro derecho»

Efraín Ignacio Quevedo Mendoza⁷²⁷ comparte plenamente la preocupación por una *justicia temprana* que satisfaga los angustiantes reclamos sociales, por ello creemos que es loable el enorme esfuerzo realizado por la doctrina moderna para encontrar respuestas que se hagan cargo del clamor popular poniendo el acento en el tiempo que insume el proceso (*transitoriedad de la serie procesal*). Pero si bien el tercer milenio nos plantea necesidades mucho más extremas y quizá angustiantes de los justiciables, las garantías y derechos constitucionales de la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso no pueden tener vigencia sólo para unos (*reclamantes*) y dejar de tenerla para otros (*reclamados*), violentando la idea lógica de proceso con todos sus principios fundamentales declarados por la norma constitucional.

En este sentido, la cuestión clave pasa por encarrilar las *soluciones urgentes* en las vías constitucionales, de manera que la respuesta jurisdiccional rápida y expedita no se torne ineficaz en el caso concreto, por vulnerar aquéllas garantías supra legales, las cuales constituyen el soporte de la seguridad jurídica como afirma Bidart Campos.

Si conforme a lo analizado, las medidas de satisfacción inmediata poseen los mismos presupuestos de fundamentación que las *medidas precautorias*, limitándose en ambas el conocimiento judicial a una *summaria cognitio* o a un conocimiento periférico del derecho material en debate, es de toda lógica sostener que las *medidas autosatisfactivas* en realidad se identifican con las medidas precautorias clásicas y que por lo tanto su regulación positiva debe someterse ineludiblemente a los lineamientos de aquéllas. Esto de ninguna manera significa que deben tramitarse en forma accesoria a un proceso principal donde se permita una amplia *cognitio* y su resolución debe ser provisoria con la ejecución de la resolución que ampara la tutela autosatisfactiva, se resuelve el conflicto de fondo.

Siguiendo con el pensamiento expuesto, la conclusión a la cual arribamos, con total respeto y humildad, es que las medidas autosatisfactivas no pueden ser receptadas legislativamente en forma independiente y separada de otros institutos conocidos, como las medidas precautorias, ya que mediante éstas tendrían un perfecto andamiaje para su estructura y una excelente vía

⁷²⁶ MARINONI, LUIS G. *La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil*, en *Derecho procesal*, ponencia del II Congreso internacional, Lima, Fondo de Desarrollo, edit. de la Universidad de Lima, 2002, p. 100.

⁷²⁷ QUEVEDO MENDOZA, EFRAÍN IGNACIO. *Presupuestos de fundabilidad de las medidas autosatisfactivas y de las medidas cautelares*, www.abogadosrosario.com.ar (29-08-2006).

para su trámite, como sostienen autores de la categoría de *Lino E. Palacio* (incluyendo también al amparo, Const. Nac., art. 43)

De esta manera, se respetará el debido proceso consagrado como garantía constitucional que no es otra cosa que aquel *que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso, dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa, respetuoso de sus principios elementales: igualdad de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad en el debate, y no se le dará valor superlativo a alguno de aquellos (transitoriedad de la serie), en detrimento de otros (igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador y eficacia de la serie procedimental), pero partiendo de las características particulares de la tutela autosatisfactiva, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, es la prueba fehaciente de la existencia del derecho en proceso de lesión o amenazado con daño irreparable. Esta es la razón de las deficientes garantías de los derechos constitucionales y son legitimadas la medida del juez aparentemente lesivo a estos derechos constitucionales.*

La proceso cautelar autosatisfactivo, está en proceso de regulación general por los Códigos Procesales, por ser la expresión de la exigencia moderna de la sociedad y que la Teoría Procesal Moderna viene cumpliendo un papel muy importante, llegando a influencia en muchas legislaciones procesales. En las codificaciones y modificaciones en la Provincias de la República Argentina, han avanzado legislativamente, regulando su procedimiento, por ejemplo, distintas leyes procesales de diversas Provincias de Argentina ya han incorporado normas de procedimiento de las medidas autosatisfactivas, así tenemos el *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco*, en su art. 232 bis prescribe:

«Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas»

Para la concesión de la medida requiere que fuere necesidad de la *cesación inmediata* de determinada conducta y que no se requiera más que lo solicitado en la medida. En lo que se refiere a la sustanciación la norma establece:

«Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído»

También el Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa, en el art. 305 regula las medidas autosatisfactivas, en cuanto a la sustanciación expresa que «*Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda*» Esta norma fue recogida por el *Proyecto de Ley Modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina* ⁷²⁸, incorporando un nuevo capítulo: «**Capítulo 9.- Medidas Autosatisfactivas**» Resulta muy importante el avance legislativo procesal que tiene por finalidad la prestación inmediata y eficaz de la tutela jurisdiccional, estableciendo el procedimiento y lo más importante el juez puede ordenar de oficio, como prescribe el art. 623 quáter y 623 quinquies:

«Art. 623 quáter.- Procedencia. La medida autosatisfactiva procede, aún cuando el actor no lo hubiese solicitado formalmente bajo esa denominación, contra actos, hechos u omisiones, producidos o inminentes, que causen o puedan causar un perjuicio de difícil o imposible reparación, únicamente cuando se cumplan los siguientes supuestos:

- a) Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto;*
- b) Su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario la frustración del interés;*
- c) El interés del postulante se circunscriba a obtener la solución de urgencia peticionada, no requiriendo una declaración judicial adicional vinculada a un proceso principal»*

«Artículo 623 quinquies.- Procedimiento. Sólo se admitirán los medios de prueba que puedan producirse en el término máximo de CUARENTA Y OCHO (48) horas de interpuesta la demanda.

El juez deberá despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueran la circunstancias del caso, la materia de la medida o los efectos irreversibles que tendría la decisión judicial, someterla a una previa y reducida substanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído y acompañar la prueba documental que posea u ofrecer la prueba que pueda producirse en el término máximo de CUARENTA Y OCHO (48) horas.

El juez deberá resolver dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de interpuesta la demanda, producida la prueba o efectuada la substanciación, o vencidos los plazos para hacerlo; según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de contracautela.

El traslado de la demanda, en su caso, y la sentencia, se notificarán por cédula que se diligenciará en el día, con habilitación de días y horas inhábiles o acta notarial. Las demás notificaciones se efectuarán por ministerio de ley, considerándose días de nota todos los hábiles»

«Artículo 623 sexies. Impugnación. Concedida la medida autosatisfactiva, el demandado podrá optar por interponer recurso de apelación, el que será concedido con efecto devolutivo, o

⁷²⁸ CAMARA DE DIPUTADOS DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Op. Cit., Argentina, 2006, www.diputados.ari.org.ar (29-08-2006).

promover el proceso de conocimiento que corresponda, sin que ello impida el cumplimiento de la resolución impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra

Rechazada la medida autosatisfactiva, el actor podrá interponer recurso de apelación, o promover el proceso que corresponda»

El C.P.C. peruano no ha comprendido ninguna norma referente a las medidas cautelares autosatisfactivas; pero como hemos expuesto, puede resolverse dentro de las medidas *cautelares genéricas*, denominadas también *innominadas*.

La *acción cautelar autosatisfactiva* para ser amparada por el juzgador tiene que observar los mismos requisitos de procedibilidad exigidas para las pretensiones cautelares clásicas, con la diferencia del *fumus boni iuris (presunción del buen derecho)*, porque que la prueba tiene que ser fehaciente, y si el considera que no es suficiente el medio probatorio, el juez puede actuar las pruebas que demuestren el grave peligro en que se encuentran los bienes jurídicos que se pretende cautelar. La prueba puede ser documental o de otra naturaleza, pero de actuación inmediata, esta potestad del juez que tiene que ejercerse conforme al *principio de razonabilidad*.

El juez calificará la demanda cautelar, a diferencia de las acciones cautelares clásicas, tiene la facultad de disponer la actuación de medios probatorios para determinar la existencia del peligro inminente daños o perjuicios irreparables o el cese del menoscabo de los bienes jurídicos del accionante, esta actuación probatoria no ocurre en las demandas cautelares clásicas. Por ejemplo, una Juez de Buenos Aires, Argentina, ordenó que se realicen estudios de medición sonora durante el concierto que los ROLLING STONES ofrecieron un concierto, para establecer si las vibraciones dañan edificios o afectan a los vecinos. La orden al Gobierno de la ciudad de Buenos Aires dictada por la Juez *Patricia López Vergara* ponía en peligro el segundo recital que la mítica banda británica tiene previsto ofrecer mañana jueves en el estado del Río de la Plata, el mismo escenario del concierto del 21 de febrero de 2006.

La resolución se conoció después de que *López Vergara* rechazara un pedido de una vecina del estudio *Monumental* para suspender el concierto anterior.

La demanda fue presentada por *Ana Paulescu*, quien reside en el cuarto piso de un edificio situado a 500 metros del estado de Río de la Plata, quien describió que la sensación que percibe cada vez que se hace un concierto en ese escenario *es similar a la de un sismo*.

«El edificio empieza a oscilar y las piernas se mueven solas como si estuvieras en un barco. El ruido es muy difícil de soportar y las vibraciones son impresionantes»⁷²⁹

La accionante no anexó ninguna prueba, más que la referencia de *conocimiento público* de la programación de día y hora para la *disertación del concierto*. El Juez, recibió la demanda un día antes del concierto, inmediatamente nombró peritos físicos para que hagan las pruebas

⁷²⁹ EL UNIVERSAL. EFE. *Peligró concierto de los Stones en Argentina*, miércoles 22 de febrero de 2006m Espectáculos, p. 4.

acústicas correspondientes en el día, quienes emitieron dictamen que las ondas del sonido no producen los posibles daños que argumentaba la demandante. El Juez declaró improcedente la demanda.

El pronunciamiento del juez generalmente es **inaudita et altera pars**, pero como ya hemos expuesto en acápites anteriores, la teoría moderna del proceso cautelar ha superado en este sentido, es decir el juez tiene que garantizar el principio de contradicción y de defensa, notificándose al emplazado para que en un plazo muy breve debe ser oído. Sin embargo, teniéndose en cuenta el conflicto de dos bienes jurídicos, tiene que accederse a la ejecución de la medida cautelar *inaudita altera pars*, constituyendo la regla general elemental de la concepción clásica de las medidas cautelares es la *regla general*, mientras que para la *teoría moderna constituye una excepción*.

6.5. Competencia

Por la naturaleza *sui generis* del proceso cautelar, el juez competente para su conocimiento puede ser el juez legos, especializado civil y comercial o el juez de paz letrado e incluso los Jueces, dependiendo de la urgencia para evitar el grave daño irreparable a los bienes jurídicos del demandante, la *urgencia* está calificada por el peligro inminente e irreparable que afecte los derechos del accionante o los intereses difusos o colectivos. Por ejemplo, si en un pueblo apartado existe juez de paz letrado solamente, éste tiene que ser el competente para conocer el *proceso cautelar autosatisfactivo* sin interesar la cuantía.

7. MEDIDAS CAUTELARES INNOVATIVAS

*Fernando Maresca y José Mariano Maltese*⁷³⁰ afirman que «En general, las medidas cautelares pueden ser "conservatorias" o "innovativas". En el caso de las **primeras** (embargo, prohibición de innovar, inhibición general de bienes, etc.) impiden cambios y alteraciones en la situación litigiosa al asegurar e inmovilizar bienes o derechos, a partir del estado de litispendencia.

Por otra parte en el **proceso cautelar innovativo** la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presente una modificación anticipada de una situación jurídica»

El amparo cautelar de *medidas innovativas* conlleva a una alteración del estado de hecho o de derecho existente mientras la *prohibición de innovar* (conservatorios) tiende a *mantener* o a *conservar* una situación, las medidas innovativas tienden a modificarla, y pueden ser decididas a *instancia de parte* o *ex officio*.

Es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a

⁷³⁰ MARESCA, FERNANDO Y MALTESE, JOSÉ MARIANO. *Medidas cautelares en relación al conflicto de las marcas contra los nombres de dominio de Internet*, Plenario edic. electrónica, Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Marzo, 2001, www.aaba.org.ar (14-10-2006).

derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico.⁷³¹ Por ejemplo, la *medida cautelar innovativa* dirigida contra la administración pública, importa la emisión de un mandato judicial a la administración para que esta observe una conducta activa, no una mera abstención de ejecutar ciertos efectos, sino, directamente una obligación de hacer.

El C.P.C. peruano reconoce a las *medidas cautelares innovativas* en el Subcapítulo 3°, de Título IV **Proceso Cautelar**. El art. 682° contiene la norma facultativa de juzgador para dictar medidas cautelares innovativas, condicionadas a dos presupuestos: *la inminencia del perjuicio y cuando es posible la aplicación de otra medida prevista en la ley*, prescribe en los siguientes términos:

«Art. 682°.- *Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho, cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley*»

La medida cautelar innovativa tiene por finalidad que el emplazado haga o deje de hacer algo en sentido contrario a la situación existente, es decir, el demandante pretende ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud, que se restablezca el estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la administración.

Por ejemplo, el demandante pide al Juez para que ordene la paralización de una obra cuando demanda la demolición de una obra en construcción, derecho amparado en el art. 684° del C.P.C. (*medida innovativa posesoria*), la suspensión de publicaciones que atente contra la moral y buenas costumbres, medidas cautelares innovativas que pretendan el reconocimiento o establecimiento del derecho a la intimidad personal o familiar, la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, (art. 686° C.P.C.) etc. El Juez con sus mandatos está creando una situación que se deberá mantener hasta la resolución del proceso, es decir se prohíbe innovar sobre ellas.

Las medidas cautelares *innovativas* puede ordenar el juzgado a petición de parte o de oficio, semejante a las medidas cautelares *negativas de innovar* y *autosatisfactivas* como medidas urgentes. En este sentido el art. 683° del C.P.C. expresa:

«Art. 683°.- *El Juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción, la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada*»

En la actualidad se han desarrollado nuevos conflictos jurídico y con relevancia jurídica social producto del *Derecho de Marcas* y los *nombres de domino*, siendo materia de muchas ejecutorias *cautelares innovativas* y *de no innovar*, principalmente en la jurisprudencia extranjera, por la velocidad de la publicidad y comunicación virtual en Internet.

⁷³¹ www.espaciosjuridicos.com.ar (29-08-2006)

*Fernando Maresca y José Mariano Maltese*⁷³² dicen que cada uno de los elementos que componen Internet (servidores, nodos, ordenadores, etc.) necesita ser identificado y diferenciado de los demás por una dirección única e irrepetible. Ello se logra mediante las direcciones IP (*Internet Protocol*) y los nombres de dominio o "Domain Name System" (*DNS*).

El IP direcciones es el sistema básico de intercomunicación en la Red y el que asigna una dirección a donde transmitir la información. Esta dirección unívoca en principio, es numérica. *El nombre de dominio* nos brinda una gran ayuda al asociar un nombre a la dirección IP. Una vez obtenido un nombre de dominio, nadie puede poseer idéntica denominación, toda vez que ello es lógicamente imposible.

Conforme a las reglas de atribución y administración de los nombres de dominio, aquel que primero registra un nombre de dominio tiene derecho a usar tal denominación, excluyendo a todo tercero.

En este análisis podemos ver la problemática que plantea al derecho la existencia de los nombres de dominio: a la exclusividad normativa otorgada por el derecho de uso de una marca se le opone la *exclusividad fáctica* en el uso de un nombre de dominio.

Los autores comentan tres ejecutorias sobre el conflicto de nombre de dominio emitidas por Tribunales argentinos:

- a) Heladerías Freddo S.A. c/ Spot Network s/ *Apropiación Indevida de nombre "Freddo" para Internet*, sentencia interlocutoria del 26/11/1997 del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 7 Sec. 13.
- b) Camuzzi de Argentina S.A. c/ Arnedo, Juan Pablo s/ *Medidas Cautelares*, del 04/06/1999 del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 4 Secretaria 8.
- c) Pugliese Francisco Nicolas c/ Pérez Carlos Enrique s/ *Medidas Cautelares*, Sentencia del 30/12/1999 de la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2.

Con relación al caso *Freddo*, el juez entendió que el registro de una palabra como nombre de dominio, palabra que coincide con una marca registrada, comporta "*una variante del uso indebido de marca ajena*". Este uso bloquea la posibilidad del titular de la marca de registrarla como dominio ya que las reglas de *NIC-ARGENTINA* impiden registrar dos dominios idénticos. El "*fumus boni iuris*" encuentra el magistrado en la existencia de un *derecho marcario*, y el peligro en la demora en la exclusión de poder utilizar su marcar como dominio por parte del titular. Por tal motivo, el juez entendió que correspondía la medida cautelar solicitada dando de baja *provisoriamente* de *NIC-ARGENTINA* el nombre de dominio del demandado e inscribiendo el del actor durante el litigio.

En el caso *Camuzzi* el razonamiento fue similar. El juez sostuvo que en las condiciones impuestas por *NIC-ARGENTINA* - imposibilidad de dos dominios idénticos "resulta clara la imposibilidad de registro del nombre de dominio pretendido por parte de la accionante, en atención al registro anterior que se habría otorgado al aquí demandado, lo cual, estrictamente,

⁷³² IBIDEM. Op. cit.

implica la negación al *titular marcarío* de toda posibilidad de empleo de su marca como nombre de dominio en INTERNET". Aquí, la *verosimilitud del derecho*, también fue encontrada en el hecho de ser titular de una marca coincidente con el dominio. En cuanto al *peligro en la demora* sostuvo que se ve configurado en la especie por la imposibilidad de la actora de acceder al registro de dominio *camuzzi.com.ar* hasta tanto, eventualmente, se decida el juicio de conocimiento pertinente. Ello puede interpretarse, en la actualidad como una desventaja comercial frente al resto de las empresas que si pueden con sus propias identificaciones, utilizar y brindar los servicios que supone el acceso a Internet. Por tal motivo, concedió la medida cautelar, encuadrándola en lo dispuesto por el art. 232 del Código Procesal y por el art. 50 del Acuerdo TRIPS (ley 24.425).

Finalmente, en el caso *Pugliese* la Cámara reproduce el argumento esgrimido en los casos anteriores, en cuanto que el registro del dominio, calificado por la Cámara como uso indebido de marca, impide al legítimo titular acceder al mercado de Internet con su propia marca, constituir su propio sitio y distribuir sus productos desde allí. Al contrario que en las otras dos citas jurisprudenciales, la Cámara fijó una contracautela real de \$ 20.000 a cargo de la actora.

La ejecutoria emitida por la Corte de lo Contencioso Administrativo de la República de Venezuela, revocatoria de la resolución de Primera Instancia que denegó la *medida cautelar innovativa*, Exp. N° 00-23456 seguido por *Instituto de Prevención, Capacitación y Desarrollo Humano (IMPRECADES)*, contra la decisión tomada por el *Consejo Nacional de Universidades (CNU)*:

«Exp.N°00-23456

En fecha 13 de junio de 2001, esta Corte declaró parcialmente con lugar la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos acumulada al recurso contencioso administrativo de nulidad, interpuesto conjuntamente con pretensión de amparo constitucional cautelar y subsidiariamente con solicitud de medida cautelar innominada, en fecha 26 de julio de 2000, por los abogados BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ, LUISA VIRGINIA IGLESIAS RON, MARÍA TERESA MARTÍNEZ VICENTE, PEDRO LUIS REQUENA MANZANILLA Y OMAR MEZZA RAMÍREZ, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 31.948, 61.329, 22.951, 61.241 y 4.819, respectivamente, en su carácter de apoderados judiciales del en fecha 30 de junio de 2000, mediante Oficio N° CNU-SP-124-2000, en virtud de la cual se ordenó de oficio una auditoría de gestión sobre el manejo de los fondos destinados a los programas de prevención social llevados a cabo por la accionante, y la suspensión del suministro de fondos hasta tanto sea decidida la auditoría y posible disolución de la institución.

En la referida decisión, esta Corte requirió a los representantes de IMPRECADES, constituir fianza judicial por la cantidad de dos mil millones de Bolívares (Bs. 2.000.000.000,00), emitida por una institución bancaria o empresa de seguros, de solvencia reconocida, otorgando para ello un plazo de tres (3) de despacho, contados a partir de la notificación que se les hiciera del referido fallo.

En fecha 27 de junio de 2001, los representantes del IMPRECADES, consignaron ante esta Corte fianza judicial por la cantidad de Bs. 2.000.000.000,00, a los fines de garantizar las resultas del presente juicio, distinguida con el N° FJ-02349-2001, de fecha 22 de junio de 2001, emitida por Afianzadora Venezuela "Los Anaucos" (AFIVEN). En fecha 4 de julio de 2001, el ciudadano LUIS FUENMAYOR TORO, cédula de identidad N° 2.158.566, en su carácter de Director de la OFICINA DE PLANIFICACIÓN DEL SECTOR UNIVERSITARIO (en adelante OPSU),

presentó escrito mediante el cual se opuso a la fianza presentada por la recurrente y a la decisión de esta Corte de fecha 13 de junio de 2001, mediante la cual ordenó suspender los efectos del acto impugnado.

En fecha 6 de julio de 2001, esta Corte ordenó abrir cuaderno separado de medidas, a los fines de tramitar la mencionada oposición, y el 17 de julio de 2001, los representantes del recurrente consignaron escrito en el que contestan la oposición efectuada por el ciudadano Luís Fuenmayor Toro.

Posteriormente, en fecha 1° de agosto de 2001, fue pasado el presente expediente al Juzgado de Sustanciación de esta Corte, a los fines que fuera tramitada la oposición presentada por el Director de la OPSU.

Luego, los días 7 y 8 de agosto de 2001, respectivamente, el ciudadano Luís Fuenmayor Toro, interpuso sendos escritos, en los cuales ratifica sus alegatos en contra de la fianza consignada por los representantes judiciales del IMPRECADES y en contra de la medida cautelar decretada por esta Corte.

En fecha 9 de octubre de 2001, los representantes del recurrente, consignaron escrito de alegatos en el cual desestimaron nuevamente la oposición presentada por el ciudadano Luís Fuenmayor Toro. En la misma fecha, el expediente fue devuelto a la Corte, a los fines que sea dictada la decisión correspondiente.

Por auto de fecha 17 de octubre de 2001, fue reasignada la ponencia en la Magistrada ANA MARÍA RUGGERI COVA, y el 18 de octubre de 2001, se pasó el expediente a la Magistrada ponente.

Relazado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, pasa esta Corte a dictar decisión, previas las siguientes consideraciones:

II CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Siendo la oportunidad para decidir sobre la oposición formulada en el presente procedimiento cautelar, esta Corte observa:

Como punto previo, estima esta Corte necesario examinar la legitimación del opositor a la medida cautelar decretada, ya que en fecha 4 de julio de 2001, el ciudadano Luís Fuenmayor Toro, actuando en su carácter de Director de la OPSU, se opuso a la fianza que los representantes del recurrente consignaron en fecha 27 de junio de 2001, en virtud del requerimiento efectuado por esta Corte en su decisión de fecha 13 de junio de 2001.

Frente a tal actuación, los representantes judiciales del IMPRECADES, mediante escrito consignado en fecha 17 de julio de 2001, adujeron que el ciudadano Luís Fuenmayor Toro carece de toda legitimidad o cualidad para actuar en el presente procedimiento cautelar, y que, por tanto, la oposición ejercida por el prenombrado ciudadano contra la caución presentada por la parte recurrente, resulta totalmente inadmisibile.

Se refieren en su escrito los apoderados judiciales de la recurrente, a las disposiciones que regulan el ejercicio de las competencias administrativas, señalando entre otras cosas, que la competencia debe ser forzosamente asignada por un texto legal.

Asimismo expresan, que los funcionarios administrativos sólo pueden actuar en nombre del órgano del cual forman parte, cuando la ley lo permita y exista un acto expreso en desarrollo de la misma, que así lo establezca. En caso contrario, señalan los accionantes, la actuación del órgano o funcionario administrativo estaría viciada de incompetencia manifiesta, y, por ende, de nulidad absoluta, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 4, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Prosiguen sus alegatos aduciendo que, aún cuando no es esta la oportunidad para discutir la legalidad del acto que el indicado ciudadano acompaña, el mismo no es suficiente para otorgar representación al ciudadano Luís Fuenmayor Toro para intervenir en el presente proceso y actuar en nombre del Consejo Nacional de Universidades (en adelante CNU), no sólo porque la OPSU no es parte de la presente causa, sino porque no se señala en forma expresa en dicho acto, que se otorgue a funcionario alguno la posibilidad de representación del CNU ante los órganos jurisdiccionales, y menos aún cuando dicho órgano (el CNU) es un ente colegiado, cuya voluntad no es reducible a la de uno solo de sus consejeros, a los efectos del otorgamiento de competencias y menos aún de facultades de representación.

Señalan los mandantes del recurrente, que al referirse a "dicho acto", hacen mención a la Resolución N° 36, de fecha 12 de febrero de 1999, emanada del Ministro de Educación, mediante la cual se nombró al ciudadano Luís Fuenmayor Toro, en el cargo de Director de la OPSU, copia de la cual cursa en autos, a los folios 106 y 107.

Continúan los referidos apoderados judiciales indicando que el ciudadano Luís Fuenmayor Toro no podía actuar en representación del CNU, pues su único representante es el Ministro de Educación, Cultura y Deportes, y que además el referido ciudadano se estaría atribuyendo la representación de un órgano que no forma parte en la causa, como lo es la OPSU, siendo que tal representación tampoco la ostenta, por estar la misma atribuida de manera específica al Presidente del CNU.

Finalmente, objetan los apoderados judiciales de IMPRECADES la intervención del ciudadano Luís Fuenmayor Toro en la presente causa, señalando dada la falta de cualidad, ni legitimación para actuar en juicio, por no ser el autor del acto impugnado, ni tampoco serlo el órgano que dice representar, a saber, la OPSU, y que el mismo no puede subrogarse la representación del CNU, órgano del cual emanó efectivamente la decisión contra la cual se recurre, por el hecho de ser un miembro de dicho Consejo.

Los alegatos expuestos por los apoderados judiciales de la parte actora, fueron contradichos por el ciudadano Luís Fuenmayor Toro, mediante escrito presentado en fecha 7 de agosto de 2001, en el cual señaló que actuaba en el presente procedimiento contencioso administrativo de nulidad como interesado, por ser el Director de la OPSU del CNU, oficina técnica asesora creada por la Ley de Universidades, la cual tiene a su cargo, entre otras atribuciones, el participar en la elaboración y ejecución de los presupuestos de programas de las Universidades Nacionales, y que en tal virtud, está autorizado para proponer al CNU alternativas y políticas de orientación del gasto universitario. Indicó el ciudadano Luís Fuenmayor Toro que lo anterior es suficiente para

demostrar que cumple con las exigencias del interés procesal que, en el ámbito de los recursos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, exigen los artículos 121, 125 y 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, afirmando además que también resulta válida y legítima su actuación en el presente juicio, como interviniente adhesivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Civil, aplicable en causas con la presente, en virtud de la remisión que hace el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en la medida que le asiste un interés jurídico actual, en sostener o apoyar las razones del CNU para defender la legalidad del acto impugnado, y ayudarlo a vencer en el presente proceso.

Vista, pues, la controversia surgida en torno a la legalidad de la oposición formulada a la medida cautelar decretada, debe esta Corte decidir, en primer término, si el ciudadano Luís Fuenmayor Toro, en su condición de Director de la OPSU, se encuentra efectivamente legitimado o no para actuar en el presente procedimiento cautelar, y de estarlo pronunciarse, en segundo término, respecto de la procedencia o no de la oposición ejercida por dicho ciudadano contra la medida cautelar decretada por esta Corte, en fecha 13 de junio de 2001.

Considera esta Corte pertinente, a los fines de precisar el concepto y las características de la institución de la tercera en el derecho procesal venezolano, atender al criterio expuesto por el tratadista Arístides Rengel Romberg, de acuerdo con el cual:

“La doctrina moderna y algunas legislaciones, tratan bajo la denominación genérica de intervención en la causa, o intervención de terceros, a los diferentes institutos jurídicos que ampliando la controversia, permiten admitir en la misma a otras personas (terceros) distintas de aquellas entre las cuales se ha originado el proceso.” (Cfr. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, Tomo III, 1992, p. 158).

Así las cosas, la intervención de terceros constituye una institución que permite ampliar, sobrevenidamente, el número de las partes que actúan en un proceso en curso. Por tanto, un tercero puede ser definido como aquel individuo que, sin ser parte desde inicio del proceso, interviene posteriormente en el mismo, y adquiere el carácter de sujeto procesal en virtud de su interés en la resolución de la controversia de la cual “se hace parte” con posterioridad a que se haya trabado la litis.

En Venezuela, la intervención de terceros, tal y como lo señala el autor citado (Ob. cit., p. 159), se encuentra regulada en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece:

“Artículo 370: Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

1º Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferente al del demandante, o concurrir con éste en el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos.

2º Cuando practicado el embargo sobre bienes que sean propiedad de un tercero, éste se opusiere al mismo de acuerdo a lo previsto en el artículo 546. Si el tercero sólo es un poseedor precario, a

nombre del ejecutado, o si solo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, podrá también hacer la oposición a los fines previstos en el aparte único del artículo 546.

3° Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso.

4° Cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente.

5° Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa.

*6° Para apelar de una sentencia definitiva, en los casos permitidos en el artículo 297." De acuerdo a la norma antes transcrita, puede señalarse siguiendo a Rengel Romberg, que la intervención de terceros en Venezuela puede ser de dos tipos, la intervención forzada y la intervención voluntaria; a su vez, la intervención forzada puede ser de dos clases: la cita de saneamiento y garantía (art. 370, ord 5°), o la denominada *adcitatio* (art. 370, ord 4°).*

*Por su parte, la intervención voluntaria puede ser principal o adhesiva, donde la principal puede verificarse mediante la tercería o *ad infringendum* (art. 370, ord 1°) y la oposición al embargo (art. 370, ord 2°); mientras que la adhesiva puede ser *ad adiuvandum* (art. 370, ord 3°) y la apelación del tercero (art. 370, ord 6°).*

Determinadas de esta manera, las características y tipos de intervención de los terceros en según las disposiciones que regulan el proceso civil ordinario, es necesario determinar el tratamiento que esta misma institución recibe en el proceso contencioso administrativo venezolano, resultando ilustrativo al efecto, examinar el contenido de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de abril de 2000, Caso U.E. Henry Clay, en la cual señaló lo siguiente:

"En relación a la intervención de los terceros solicitada, cabe señalar que a pesar de la ambigüedad de la sentencia de esta Sala del 26-09-91, (caso: Rómulo Villavicencio), en cuanto a la intervención forzosa de terceros en el proceso contencioso administrativo de nulidad, en ésta se dejó establecido que el interés procesal de una verdadera parte, a diferencia de un simple interviniente adhesivo, deviene de los efectos que la decisión que se dicte en el proceso, pueda producir en su situación jurídica.

En efecto, en la sentencia a la cual se ha hecho referencia, se dejó sentado lo siguiente:

'Conforme a la regla contenida en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil aplicable supletoriamente al presente caso por la remisión contenida en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por haber sido el interviniente el denunciante que dio origen al procedimiento disciplinario en donde se adoptó la sanción de destitución del accionante, al considerarse afectado por un hecho atribuido a éste la sentencia que se dicte en este proceso, puede producir efectos en sus relaciones con la parte contraria, porque precisamente su denuncia, declarada procedente, fue la causa de la destitución del recurrente (...) Por tanto, no puede calificarse a dicho interviniente de tercero adhesivo simple, sino de parte.

En otras palabras, que la decisión que recaiga sobre el derecho que el accionante o recurrente dice habersele lesionado, es también una decisión sobre el derecho del indicado denunciante.

En razón de lo expuesto, puede concluirse que a través de su intervención, el ciudadano (...) trata de defender derechos propios y no ajenos, de forma que su posición es la de un litis consorte, respecto de la Administración, es decir, de una verdadera parte y no de un simple interviniente adhesivo. En efecto, a diferencia de éste último, el interés procesal de aquel deriva de la eficacia directa de la cosa juzgada (artículo 381 del CPC) dado que la decisión que se dicte en el proceso es al mismo tiempo la decisión sobre su situación jurídica'. (Resaltado de la Sala).

Ahora bien, tal como se ha señalado en la sentencia referida, ante la ausencia de una regulación sobre este punto, en razón de lo establecido en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, resultan aplicables al proceso contencioso administrativo, principios y reglas respecto de la intervención de los terceros en el proceso, contenidas en el Código de Procedimiento Civil. En este sentido, se observa que los terceros pueden intervenir, en unos casos voluntariamente, pretendiendo total o parcialmente, la cosa o derecho litigioso; en otros, forzosamente, llamados por la parte o por el Juez (ordinales 4º y 5º del artículo 370 y 661 del CPC) y, por último, en otros supuestos, espontáneamente (intervención adhesiva), para sostener las razones de algunas de las partes, por un interés jurídico actual, para ayudarla a vencer en el proceso (ordinal 3º artículo 370 ejusdem).

En el caso de autos, del acto que se pretende su ejecución, se desprende que la orden de inscripción de los menores contenida en el mismo, se dirige a la Licenciada María Silvia Rodríguez, en su carácter de Directora de la U.E. Instituto Educacional Henry Clay, por lo que esta Sala estima que tanto el referido Colegio, como la Licenciada antes mencionada, de manera personal, tienen la condición de parte natural y, por ende, están legitimados, teniendo, conforme a lo previsto en el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, igual derecho a la parte recurrente de hacerse parte (intervenir) en el presente proceso que inició el Fiscal General de la República, a los fines de ejercer su derecho a la defensa.

En efecto, la intervención de personas distintas al accionante o recurrente en los procesos que se desarrollan ante los órganos jurisdiccionales, forma parte del debido proceso y del derecho a la defensa, como garantía de oportunidad de todo ciudadano de insertarse en relaciones procesales previamente ordenadas y reguladas; como garantía de oportunidad para contradecir; alegar y probar en defensa de su interés dentro del proceso, y como garantía de oportunidad de ser escuchado, en situación de igualdad con los demás sujetos de la relación procesal y de obtener una sentencia que tome en cuenta sus razones y probanzas..." (Subrayado de la Corte)

Tal como podemos observar, en el contencioso administrativo patrio, resultan plenamente aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil en materia de intervención de terceros. En tal virtud, la definición de los terceros adhesivos como aquellos que se hacen parte, para sostener las razones de alguna de las partes, por un interés jurídico actual o para ayudarla a vencer en el proceso, posee la misma entidad tanto en el proceso civil, como en el contencioso administrativo.

Este particular supuesto merece atención especial en el caso que nos ocupa, toda vez que el ciudadano Luís Fuenmayor Toro empleó en los escritos contentivos de sus alegatos, frases como "en ningún momento he manifestado actuar en virtud de representación alguna o delegación

alguna”, y, “en este procedimiento contencioso administrativo de nulidad actúo como interesado” (ver folio 272 del cuaderno separado).

A los fines de determinar el verdadero carácter con el cual actúa en este juicio el mencionado ciudadano, considera esta Corte pertinente reseñar parcialmente la norma contenida en el artículo 19 de la Ley de Universidades, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 19: El Consejo Nacional de Universidades estará integrado por el Ministro de Educación quien lo presidirá; los Rectores de las Universidades Nacionales y Privadas; tres representantes de los profesores escogidos en la siguiente forma: uno por los profesores de las Universidades Nacionales no experimentales, uno por los profesores de las Universidades Nacionales Experimentales, y uno por los profesores de las Universidades Privadas, entre los profesores de ellas con rango no inferior al de asociado; tres representantes de los estudiantes, escogidos igualmente a razón de uno por cada grupo de Universidades; dos profesores universitarios de alto rango académico, elegidos de fuera de su seno, por el Congreso de la República o por la Comisión Delegada; y un representante del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas.

También formará parte del Consejo, con derecho a voz, el Secretario del Consejo, el Director de la Oficina de Planificación del Sector Universitario, un representante del Ministerio de Hacienda y un Decano por cada Universidad Nacional o Privada...” (Subrayado de la Corte).

Tal como se desprende de la norma parcialmente transcrita, el Director de la OPSU forma parte del CNU, pero en una perspectiva muy particular, puesto que sólo cuenta con “derecho a voz”, lo cual quiere decir que su participación en el referido Consejo, reviste solamente carácter consultivo.

En este sentido, resulta forzoso concluir que el Director de la OPSU, no está en la capacidad de influir de manera vinculante en las decisiones del CNU, por cuanto sus opiniones no pueden materializarse en las decisiones y acciones del referido Consejo, visto su carácter eminentemente consultivo.

Por tanto, no cabe dudas que el ciudadano Luís Fuenmayor Toro, que en el presente proceso cautelar presentó escrito de oposición a la fianza consignada por los representantes del IMPRECADES en fecha 27 de junio de 2001, y contra la medida cautelar decretada por esta Corte en fecha 13 de junio de 2001, pretende actuar en este juicio como un tercero adhesivo, y no como un verdadero interesado, en tanto y en cuanto no viene a defender intereses propios, sino a coadyuvar en la defensa del CNU (parte contra la que obra la medida cautelar), a los fines de evitar que la misma resulte definitivamente vencida.

Es preciso señalar, que en nada influye el hecho que el ciudadano Luís Fuenmayor Toro se autocalifique como interesado en sus escritos de oposición a la fianza judicial y a la medida de suspensión de efectos, puesto que ha quedado claramente demostrado que no puede acudir al presente proceso para hacer valer intereses propios, en la medida que, aún formando parte del CNU, no tiene atribuida la representación de dicho órgano, y menos cuando su participación en el mencionado Consejo no resulta decisiva en las acciones que ejecute y los actos que dicte tal órgano administrativo. Así se declara.

Una vez determinada la verdadera cualidad del opositor a la medida cautelar decretada, es menester para esta Corte definir la validez de su intervención en el presente juicio, pues, a pesar de la plena adopción que hace el proceso contencioso administrativo de la institución de la intervención de los terceros adhesivos tal y como se encuentra en las disposiciones que regulan el proceso civil en Venezuela existe, no obstante, una particularidad en torno al momento en que dicha intervención puede producirse, la cual resulta trascendental a los fines de dilucidar la controversia planteada en este punto previo. En efecto, dispone el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“Artículo 125: En el auto de admisión el Tribunal ordenará notificar al Fiscal General de la República y también al Procurador General de la República, caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida teniendo en cuenta la naturaleza del acto. Cuando lo juzgue procedente, el Tribunal podrá disponer también que se emplace a los interesados mediante un cartel que será publicado en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Caracas, para que concurran a darse por citados dentro de las diez audiencias siguientes a la fecha de publicación de aquél. Un ejemplar del periódico donde fuere publicado el cartel será consignado por el recurrente dentro de los quince días consecutivos siguientes a la fecha en la que aquél hubiere sido expedido y de no hacerlo dentro de dicho término, la Corte declarará desistido el recurso y ordenará archivar el expediente, a menos que alguno de los interesados se diere por citado y consignare el ejemplar del periódico donde hubiere sido publicado el cartel.” (Subrayado de la Corte).

Esta norma regula, expresamente, la oportunidad que otorga el proceso contencioso administrativo de nulidad a los terceros adhesivos para que intervengan en el respectivo proceso. Así, es única y exclusivamente durante el lapso de comparecencia contemplado en la norma transcrita, que aquellos terceros que deseen venir al proceso a coadyuvar a alguna de las partes, podrán hacerse partes en el juicio que se halle en curso, siendo negada toda posibilidad de que lo hagan antes o después que de las diez audiencias siguientes a la publicación del cartel, pues cualquiera de estos supuestos llevaría a considerar tal intervención como extemporánea.

El anterior criterio, ha sido la interpretación que de manera pacífica y reiterada ha sido mantenida por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, desde en su decisión de fecha 26 de septiembre de 1991, Caso Rómulo Villavicencio, y que como fuera antes expuesto, es sostenida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. En la célebre decisión del 26 de septiembre de 1991, se ha dejó claramente sentado que:

“...aquellas personas que pueden hacerse parte, distintas al accionante, en el procedimiento de anulación, por reunir las mismas condiciones exigidas para éste, es decir, de interesado, (titular de derechos subjetivos o de intereses legítimos), conforme a los artículos 137 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no son los terceros. Por ende, tales personas pueden comparecer válidamente en el proceso con posterioridad a la presentación de la respectiva demanda –que es cuando comienzan los juicios (artículo 339 del Código de Procedimiento Civil)- y no sólo durante el lapso de comparecencia, que se da para todo el que pudiera tener interés en las resultas del proceso, sino inclusive con posterioridad, aceptando en todo caso la causa en el estado en que se encuentre al intervenir en la misma, en razón del principio de la preclusión procesal (artículos 202, 361 y 380 ejusdem). Por el contrario, quienes son terceros adhesivos simples, en los términos explicados sólo pueden comparecer válidamente como coadyuvantes durante el lapso de

comparecencia a que se contraen los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.”

Esta Corte ha interpretado la referida situación, en igual sentido, al señalar que:

“...por lo tanto, al considerar que (...) es un tercero adhesivo simple, su intervención debió ocurrir dentro del lapso de comparecencia a que se contraen los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es decir, durante los diez (10) días luego de publicado y consignado el correspondiente cartel de notificación, al no hacerlo su intervención y argumentos deben tenerse como extemporáneos por anticipados, es decir, como no hechos”. (Sentencia de fecha 19-9-96, Exp. N° 95-17008)

Por todo lo antes expuesto, esta Corte considera que la intervención del ciudadano Luís Fuenmayor Toro, como tercero opositor a la fianza consignada por los representantes del IMPRECADES en fecha 27 de junio de 2000, ha resultado extemporánea, puesto que el mismo, en su carácter de tercero adhesivo, no acudió a hacerse parte dentro del lapso de emplazamiento de diez (10) días, determinado por los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de lo antes expuesto, las actuaciones realizadas en la presente causa por el ciudadano Luís Fuenmayor Toro, deben tenerse como extemporáneas en el ámbito del presente proceso, esto es, la oposición a la fianza consignada por los representantes de la recurrente en fecha 27 de junio de 2001, así como a la medida de suspensión de efectos decretada por esta Corte en fecha 13 de junio de 2001, y subsiguientes alegatos tendientes a apoyar su pretensión opositora. Así se declara.

Resuelto lo concerniente a la legitimación del ciudadano Luís Fuenmayor Toro para oponerse a la medida cautelar decretada, debe esta Corte examinar si se mantienen las circunstancias que justificaron la decisión de suspender los efectos de la decisión del CNU, de fecha 30 de junio de 2000; así como si la parte recurrente cumplió correctamente con su carga de constituir fianza judicial por la cantidad de Bs. 2.000.000.000,00, y en tal sentido observa:

En cuanto a las circunstancias que motivaron el decreto de suspensión de los efectos de la Resolución impugnada, esta Corte observa que las mismas se mantienen en la actualidad, por cuanto además de haberse cumplido con todos los requisitos exigidos por el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente para este Órgano Jurisdiccional que de no mantenerse la suspensión de los efectos del acto impugnado, se podrían generar, mientras se resuelve el fondo de la controversia, daños irreparables o de difícil reparación para el Instituto recurrente, lo cual haría ilusoria la ejecución de una eventual decisión favorable a la parte actora.

En cuanto a la fianza judicial, por la cantidad de Bs. 2.000.000.000,00, presentada por los apoderados judiciales de IMPRECADES en fecha 27 de junio de 2001, observa esta Corte que la misma fue otorgada por la sociedad mercantil “Afianzadora Venezuela Los Anaucos”, inscrita en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 17 de abril de 1990, bajo el N° 72, Tomo 194, Protocolo 2do., otorgamiento que se ajusta a la disposición adjetiva que tuvo en cuenta esta Corte, en virtud de su aplicabilidad al proceso contencioso administrativo, en virtud de lo establecido en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para exigir a la parte recurrente la referida fianza

judicial, a saber, la contenida en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, ya que no sólo empresas de seguros o instituciones bancarias pueden otorgar fianza judicial a favor de aquella parte a la que le sea requerida, por haberse decretado a su favor una medida cautelar, tal y como ocurrió en la presente causa. En efecto, el referido artículo 590 establece que:

“Artículo 590. Podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle.

Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:

1. Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.” (Subrayado de la Corte).

Sin embargo, advierte esta Corte que, según lo dispuesto en la disposición parcialmente transcrita, era necesario que los apoderados judiciales del actor, consignaran, junto al instrumento que sirve de prueba a la constitución de la fianza exigida a favor de IMPRECADES, el cual cursa al folio 138 del cuaderno separado, otros documentos fundamentales para la constatación de la solvencia y capacidad de garantía de dicha sociedad mercantil, como son el último balance de “Afianzadora Venezuela Los Anaucos”, debidamente certificado por un contador público, prueba de la última declaración de impuesto sobre la renta y el correspondiente certificado de solvencia.

Respecto de ello, advierte esta Corte que toda la documentación antes indicada fue debidamente consignada por los apoderados judiciales de IMPRECADES, y que la misma corre inserta a los folios 122 al 129 del cuaderno separado, motivo por el cual, comprobada como ha sido la legalidad de la fianza constituida, esta Corte considera cumplida la contracautela requerida en su decisión del 13 de junio de 2001, y en consecuencia, confirma en vista de ello la medida de suspensión de efectos de la decisión tomada por el CNU en fecha 30 de junio de 2000, en virtud de la cual se ordenó de oficio una auditoria de gestión sobre el manejo de los fondos destinados a los programas de prevención social llevados a cabo por la accionante, y la suspensión del suministro de fondos hasta tanto sea decidida la auditoria y posible disolución de la institución, mientras es resuelto el fondo de la presente causa. Así se decide.

III DECISIÓN

Por todas las razones antes expuestas, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

1.- EXTEMPORÁNEA la intervención del ciudadano LUIS FUENMAYOR TORO, cédula de identidad N° 2.158.566, como tercero adhesivo en la presente causa, y en consecuencia IMPROCEDENTE la oposición por él efectuada, contra la fianza judicial que los apoderados judiciales del IMPRECADES consignaron en fecha 27 de junio de 2001, en atención al requerimiento efectuado por esta Corte en su decisión de fecha 13 de junio de 2001.

2.- CONFIRMA la medida cautelar de suspensión de efectos decretada en fecha 13 de junio de 2001, solicitada en el escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad junto con amparo cautelar y medida cautelar innominada subsidiaria, interpuesto en fecha 26 de julio de 2000 por los abogados BEATRICE SANSÓ DE RAMÍREZ, LUISA VIRGINIA IGLESIAS RON, MARÍA TERESA MARTÍNEZ VICENTE, PEDRO LUIS REQUENA MANZANILLA Y OMAR MEZZA RAMÍREZ, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 31.948, 61.329, 22.951, 61.241 y 4.819, respectivamente, en su carácter de apoderados judiciales del INSTITUTO DE PREVENCIÓN CAPACITACIÓN Y DESARROLLO HUMANO (IMPRECADES), contra la decisión tomada por el CONSEJO NACIONAL DE UNIVERSIDADES (CNU) en fecha 30 de junio de 2000, mediante oficio N° CNU-SP-124-2000, que ordenó de oficio una auditoría de gestión sobre el manejo de los fondos destinados a los programas de prevención social llevados a cabo por la accionante, y la suspensión del suministro de fondos hasta tanto sea decidida la auditoría y posible disolución de la institución. Publíquese, regístrese y notifíquese. Déjese copia de la presente decisión.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Sesiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en Caracas, a los _____ días del mes de _____ del año dos mil dos (2002). Años 192° de la Independencia y 143° de la Federación»

El Presidente, PERKINS ROCHA CONTRERAS; el Vicepresidente, JUAN CARLOS APITZ BARBERA; las Magistradas; EVELYN MARRERO ORTIZ, LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO, ANA MARIA RUGGERI COVA Ponente. La Secretaria Accidental NAYIBE ROSALES MARTÍNEZ.

En Derecho Ambiental, ante el daño o amenaza al medio ambiente sometido al órgano jurisdiccional, son muy importantes las *medidas cautelares innovativas* en todas las legislaciones comparadas, pero en el Perú todavía no son bien utilizadas por los Abogados y magistrados.

Para *Mario Peña Chacón*⁷³³ comentando la jurisdicción ambiental en el nuevo *Código Procesal General Ambiental argentino*, las medidas cautelares podrán ser *conservativas, anticipadas o innovativas*. Sólo podrán dictarse en relación con un juicio de *probabilidad o verosimilitud* de la pretensión (*fumus boni iuris*). En materia ambiental, los jueces gozan de amplias facultades para adoptar todo tipo de medidas de carácter general y urgente, para garantizar la protección y conservación de la naturaleza, la belleza escénica y los recursos naturales en general, incluso promovidos a través de grupos organizados tomando en cuenta el interés de la colectividad y el *derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado*.

Como puede observarse, las medidas cautelares en general y especialmente en la *jurisdicción ambiental* no son taxativas, lo que faculta al juez a tomar las medidas necesarias para cada caso en específico, pudiendo de esta forma *innovar y crear medidas cautelares*, siempre que cumplan con los dos requisitos fundamentales, el *fumus boni iuris* o juicio de probabilidad o *verosimilitud*, y *periculum in mora* o la *valoración del daño* de difícil o imposible reparación.

⁷³³ PEÑA CHACÓN, MARIO. *La jurisdicción ambiental en el nuevo Código Procesal General*, www.cica.es/aliens/gimadus (30-08-2006).

Una medida preparatoria de suma importancia es la *integración de intereses colectivos y difusos*. De esta forma cuando el juez ambiental determina la existencia de una demanda de *interés colectivo o interés difuso*, sin perjuicio del interés individual, llamará al proceso a quienes tengan la condición de interesados (afectados), mediante la publicación de la demanda en un periódico de circulación nacional o cualquier otro medio de comunicación, y colocar un aviso en un lugar público de la zona o sector involucrado. Si los interesados son fácilmente identificables e individualizables, será obligación del actor del proceso.

En los procesos por contaminación ambiental y en los procesos para la prevención de incendios, los cuales serán analizados a fondo más adelante, una vez recibida la demanda, como regla general, el juez ordenará en la resolución inicial suspender inmediatamente la actividad acusada o bien ejecutar la omitida, a la vez ordenará un reconocimiento judicial auxiliado por un perito, pagado por la parte actora, para determinar si confirma o anula la resolución suspensiva y con la prueba recavada deberá dictar una nueva resolución, en la cual podrá tomar todo tipo de providencias, así como condenar a daños y perjuicios.

Luego del reconocimiento por parte del juez, éste estará facultado para dictar medidas para prevenir al demandado de abstenerse de todo tipo de actividad contaminadora, o bien, podrá obligar a impulsar obras o reparaciones bajo un plan preestablecido y debidamente aprobado, así como condenar a daños y perjuicios. Esto último ocurre, por la posibilidad que establece el nuevo código de dictar sentencias previas, lo cual será explicado con detenimiento a continuación.

Reciente Auto de Medidas Cautelares del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla⁷³⁴: suspensión de salida obligatoria de España y concesión de autorización provisional para trabajar por cuenta propia a nacional paquistaní al que se le denegó la segunda renovación de autorización de trabajo por cuenta propia en España y en consecuencia tiene que abandonar España. Citamos esta Jurisprudencia.

«SENTENCIA

En la ciudad de Sevilla, a treinta de mayo de dos mil cinco. La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, ha visto la apelación referida en el encabezamiento interpuesta por D.....contra el auto dictado el 6 de octubre del 2004 por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de Córdoba. Ha sido parte apelada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1 de Córdoba se dicto auto en el Recurso 571/01.*

⁷³⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA. *Auto de Medida Cautelar*; este artículo proviene de Web de Extranjería extranjeria.reicaz.es La dirección de esta noticia es: extranjeria.reicaz.es/modules.php?name=News&file=article&sid=154

SEGUNDO.- *Interpuesto recurso de apelación, del escrito de la parte recurrente se dio traslado por el Juzgado a las demás partes y se han remitido las actuaciones a este Tribunal para su resolución.*

TERCERO.- *Se señaló para la votación y fallo el día 30 de mayo del 2005, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.*

El ponente es el (mo) Sr. D. Eugenio Frías Martínez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El auto impugnado denegó las medidas cautelares solicitadas, consistentes en autoriza provisionalmente a trabajar por cuenta propia y suspensión de la obligación de abandonar el territorio nacional.*

Fundamenta el apelante el recurso en los gravase perjuicios que ocasiona la denegación la medida en al tiempo en que puede tardar la resolución del recurso, y la existencia de arraigo al residir y trabajar en España desde el año 1999.

SEGUNDO.- *Para la adopción de la medida cautelar se deben ponderar todos los intereses enfrentados en el proceso. El juicio cautelar es un juicio ponderativo, que está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, por una parte, la producción con la ejecución de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, y por otra, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que ese interés se encuentre en juego.*

En materia de expulsión de extranjeros del territorio nacional o de obligación de abandonarlo en determinada fecha, la jurisprudencia a sentado el criterio de que tal suspensión resulta procedente cuando el afectado tiene arraigo en España, por razón de sus intereses familiares o económicos, por la expulsión inmediata produciría unos perjuicios de reparación difícil.

TERCERO.- *Es objeto de impugnación en el recurso contencioso – administrativo, la renovación del permiso de trabajo por cuenta propia y residencia. El recurrente ha venido residiendo y trabajado legalmente en nuestro país, por lo que tiene un evidente arraigo económico, de modo que la obligación de abandonar el territorio nacional le ocasionaría unos graves perjuicios, menores, en todo caso, a los que sufriría la política de control de inmigración con la suspensión, lo que justifica la adopción de la medida cautelar de suspensión de la obligación de salida del territorio nacional.*

Igualmente, y respecto de la medida positiva de conceder la autorización provisional para trabajar por cuenta propia, y aún reconociendo el criterio restrictivo tanto de la jurisprudencia como de la doctrina de la propia Sala, para su adopción, en el caso de autos, teniendo en cuenta que el permiso para cuya renovación se pretende es para trabajar por cuenta propia, de no accederse a dicha medida, de no accederse a dicha medida, se estaría privando al recurrente de la posibilidad de obtener los medios de vida necesarios para su subsistencia, y se le impediría el cumplimiento de su obligación de abonar las cantidades

aplazadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, resulta necesario acceder a dicha medida cautelar.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley Contencioso – Administrativa no procede hacer imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por D.....contra el auto dictado el 6 de octubre de 2004 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 1 de Córdoba que revocamos, y adoptamos las medidas cautelares solicitadas de autorización para trabajar por cuenta propia y suspensión de la obligación de abandonar el territorio nacional. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notifica a las partes en legal forma, haciéndoles saber que no cabe recurso contra ella, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el Libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma junto con las actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.

Presidente. Sr. Dn. Julián Moreno Retamino; Srs. Magistrados: Dña. María Luisa Alejandra Durán, Dn. Eugenio Frías Martín»

También es muy importante citar a una ejecutoria de amparo de *tutela cautelar innovativa* pronunciada por el Juez de Buenos Aires, Argentina, que obliga al Estado a proporcionar asistencia alimentaria y medicamentos gratuitos a los pacientes de una familia que sufren con diabetes.

Sentencia: Santillán Albina y otros c/ G.C.B.A. s/amparo (art. 14 CCABA) Abril de 2004⁷³⁵

«Expediente N° EXP-11937/0: “Santillán Albina y otros c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)” Ciudad de Buenos Aires, de abril de 2004.- VISTOS Y CONSIDERANDO: I.- Mediante el escrito de fs. 1/9, Albina Santillán y Víctor Luís Darío Calvente por sí y en representación de su hija Elba Natalia Calvente (19 años) y su hijo Marcelo Calvente (6 años) respectivamente, ambos menores de edad, inician la presente acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires proceda a incluirlos en un programa de asistencia alimentaria que sea apropiado para atender la problemática que padece su familia, ya sea el programa Vale Ciudad u otro, hasta tanto se los incluya en un programa de asistencia alimentaria y, en especial, alguno que cubra las necesidades alimentarias personas con diabetes grado 1, Mellitus, insulino dependiente, afección que padece uno de sus hijos. Relata la Sra. Santillán que está casada con el Sr. Luís Alfonso Calvente, quien es

⁷³⁵ EJECUTORIA DEL JUZGADO DE BUENOS AIRES. Exp. N° 119370: Santillán albina y otros c/Gobierno Central de Buenos Aires s/amparo, ciudad de Buenos Aires, abril, 2004, asuntosjuridicos@argentina.org.ar

el padre de sus dos hijos, Elba Natalia Calvente (19 años) y Luís Dario Calvente (25 años), este último padre de su nieto Marcelo Calvente. Destaca que todos viven en el mismo domicilio sito en Rocha 1053, del barrio de La Boca. Afirma que todos están desocupados y que sobreviven gracias a las "changas" que realizan su marido y su hijo. Señala que la casa donde viven es alquilada y pagan en concepto de alquiler la suma de \$ 320 por mes. Expresa que su hija Elba Natalia Calvente padece de diabetes Mellitus grado 1, insulino dependiente, por lo cual, necesita realizar una dieta especial y los siguientes productos con el fin de controlar la glucosa en sangre: Glucostix y Ketodiestix. Agrega que el hospital le provee la insulina pero no así una especie de "lapicera" que sirve para inyectarla. Por otro lado, su nieto, Marcelo Calvente, se encuentra con bajo peso, debiendo mejorar su alimentación, habiéndosele recetado la ingesta de Supradín gotas y sulfato ferroso. También pone de resalto que, en cuanto a su persona, ha sido operada de tiroides, por lo que debe tomar Levotiroxina, medicamento que no le proporciona la farmacia del hospital. Indica que la situación descripta determinó que a principios del año en curso haya requerido al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires asistencia alimentaria específica para su hija. A pesar de ello, asevera, no se dispuso su ingreso al programa Vale Ciudad y/o en un programa específico para la problemática de su hija. Luego de fundar su postura en derecho, solicita, como medida cautelar, que se la incluya en el programa Vale Ciudad o en algún otro programa de asistencia alimentaria que satisfaga las necesidades de una dieta especial como la que su hija y su nieto necesitan, así como también se le entreguen los insumos médicos pedidos para su hija (cuyas recetas se acompañan) y los suplementos nutricionales para su nieto. II.- Una vez declarada la competencia del juzgado con citación fiscal (v. fs. 12 y 12 vta.), en atención a la urgencia que presenta el asunto se dispuso que pasaran los autos a despacho para resolver la medida cautelar solicitada sin más trámite, quedando diferida la intervención del Sr. Asesor Tutelar para el momento de notificarle la decisión que se tomará por conducto de la presente (v. fs. 13). III.- Así planteado el asunto, cabe tener en cuenta que el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires establece que el objeto de las medidas cautelares es garantizar los efectos del proceso. La disposición mencionada prevé que dicho tipo de tutela comprende "aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida". La medida cautelar solicitada por la Sra. Albina Santillán y su hijo Victor Luis Dario Calvente encuentra su cauce dentro de la norma citada, la cual establece en su segundo párrafo que su finalidad es evitar un perjuicio inminente o irreparable en el derecho de quien solicita la tutela, antes de que ese derecho sea reconocido judicialmente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: "Si bien el dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que las justifican." (v. CSJN, 16-7-96, "Líneas Aéreas Williams SA c/ Catamarca, Prov. de s/ Interdicto de retener", citado en Revista de Derecho Procesal 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, pág. 405). "Por ello, la viabilidad de las medidas precautorias se hallan supeditadas a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora." (v. CSJN, 23-11-95, "Grinbank c/ Fisco Nacional"; íd., 25-6-96, "Pérez c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad"; íd., 16-7-96, "Frigorífico Litoral Arg. c/ DGI s/ Declaración de certeza", op. citada, pág. 405). También se ha manifestado que "[l]os referidos presupuestos de admisibilidad deben hallarse siempre reunidos, sin perjuicio de que en su ponderación

por el órgano jurisdiccional jueguen ciertas relaciones entre sí y, por lo tanto, cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado menor rigor debe observarse en la apreciación del peligro en la demora..." (v. CFCA, 5ª, 13-11-95, "Alperín c/ Estado Nacional s/ Empleo público", op. citada, pág. 405). Este criterio es compartido por la Sala II de la Cámara del fuero (v. sentencias en autos "Fusca Ricardo c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA), del 7/3/01; y "Banque Nationale de Paris c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA), del 21/11/00). Sin embargo, resulta oportuno poner de relieve que no se debe ser tan estricto en la apreciación de los recaudos que habilitarían la concesión de la tutela anticipada –de carácter innovativo como la presente– ante situaciones donde se encuentra en serio riesgo la salud de las personas. En efecto, la salud es un valor imprescindible para el desarrollo humano, ubicándose en importancia inmediatamente después de la vida. En oportunidad de referirse a estos derechos, el Alto Tribunal ha expresado "...que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 302:1284; 310:112)" y que "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)." (in re "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina" del 24-10-00, publicado en Jurisprudencia Argentina del 28 de marzo de 2001, págs. 36/47). En este orden de ideas cabe observar que medidas precautorias como la aquí pretendida "se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" (Fallos: 320:1633). Esta pauta para la valoración de la procedencia de la tutela cautelar se entronca con el principio –recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas– conforme al cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón" (v. García de Enterría, Eduardo, La Batalla por las Medidas Cautelares, Madrid, Civitas, 1995, págs. 120/121). Además cabe agregar que la C.S.J.N., ante el pedido de una medida cautelar en un caso donde se encontraban en juego los fondos necesarios para mantener en funcionamiento comedores escolares e infantiles que funcionaban en la Provincia de Salta, expresó que "no empecé a los expuestos [considerar reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora] que en el caso se trate de una medida cautelar innovativa a fin de que se modifique el incumplimiento que se denuncia, pues si bien este Tribunal ha considerado a ese tipo de medidas como una decisión excepcional, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. Fallos: 316:1833 y 319:1069), la ha admitido cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los intereses en juego. Es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto a para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 320:1633)" (v. in re: "Salta, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", del 19/09/02). IV.- Como consecuencia de lo expresado anteriormente, en medidas como la aquí solicitada no debe perderse de vista el perjuicio grave o irreparable a la vida o a la salud de las personas que la duración del proceso podría causar. Ello, sin perjuicio de advertir que aún no se han aportado suficientes elementos que muestren que la parte actora y su grupo familiar tengan

derecho a ser incluidos en el programa "Vale Ciudad – Apoyo al ingreso ciudadano mediante asistencia alimentaria" de conformidad con el Decreto N° 439-GCBA-2002 o a otro programa que se haya implementado. Es que no corresponde extremar el rigorismo de los recaudos para otorgar la tutela cautelar cuando existen especiales circunstancias fácticas, como el peligro de una afectación grave al derecho a la vida o a la salud por falta de una alimentación y medicación adecuadas a las necesidades de las personas. En tal contexto, la verosimilitud del derecho invocado debe analizarse desde el punto de vista del derecho constitucional que toda persona tiene a la vida y, por ende, a la preservación de su salud. Resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, basada en lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida–, destacando "la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684 y causa A. 186 XXXIV, 'Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16986' del 1/6/2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del procurador general de la Nación a cuyos fundamentos se remiten)" (in re "Campodónico", cit.). A lo expuesto cabe añadir como elemento de especial relevancia a la hora de valorar la procedencia de conceder la tutela cautelar, el hecho de que se encuentran en juego derechos de personas menores de edad. En este orden de ideas ha sostenido el Alto Tribunal en el precedente citado que "los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4, inc. 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica–, del art. 24, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar". Por lo tanto, corresponde tener por configurado el primer requisito bajo análisis. V.- Ahora bien, en cuanto al peligro en la demora, con la documentación aportada la amparista ha demostrado ser la madre de la menor Elba Natalia Calvente y de Victor Luís Darío Calvente (v. Libreta de Matrimonio N° 329.268 expedida por la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas reservada en Sobre S-46). Por su lado el Sr. Victor Luís Darío Calvente ha acreditado ser el padre del menor Marcelo Ezequiel Calvente (v. Certificado emitido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas reservado en Sobre S-46). También han acompañado unas recetas médicas correspondientes al Hospital Gral. De Niños Dr. Pedro de Elizalde –Servicio Nutrición y Diabetes– firmadas por la doctora Mabel C. Ferraro, donde se indican los medicamentos necesarios para la paciente Elba Calvente: Glucostix y Ketodiestix; y para el paciente Marcelo Calvente: Supradín gotas y Sulfato ferroso gotas. Asimismo, con respecto a este último, se ha agregado una constancia de su bajo peso y talla. (todos estos documentos se encuentran también reservados en el sobre mencionado). Esta situación se presenta prima facie como grave para la salud de los integrantes de la familia aludidos en el párrafo anterior. Ello dentro del limitado marco cognoscitivo con que el juzgador debe resolver este tipo de medidas, ya que como lo ha señalado la C.S.J.N., la pretensión que constituye el objeto de la cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (in re "Estado Nacional c/ Prov.

de Río Negro s/ Solicitud de medidas cautelares” del 24-7-91, *íd.*, “Universidad Nac. De Mar del Plata c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad” del 19-5-97; citados en *Revista de Derecho Procesal I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 419). Por lo tanto, a fin de evitar un posible perjuicio grave e inminente a la salud de los hijos de los accionantes, se torna necesario hacer lugar a la medida cautelar solicitada. VI.- En cuanto a los alcances de la presente medida cautelar, dado que en el ámbito de la Ciudad se ha creado el programa “Vale Ciudad – Apoyo al Ingreso ciudadano mediante asistencia alimentaria” por medio del Decreto N° 439-GCBA-2002, el que se encuentra reglamentado por el texto ordenado del reglamento del Programa “Vale Ciudad” aprobado por la Resolución N° 159/SDS/02, aparece como razonable ordenar a la Secretaría de Desarrollo Social del G.C.B.A. la inmediata incorporación de los actores y su grupo familiar a dicho programa en forma provisoria. Por lo tanto, se le deberá entregar una chequera teniendo en cuenta que se trataría de un grupo familiar compuesto por cinco (5) personas (tres adultos y dos menores de edad). Alternativamente y a fin de facilitar el aseguramiento de los derechos de los hijos de los amparistas, el Gobierno de la Ciudad podrá optar por incorporarlos a otro programa asistencial que resulte más acorde con la problemática que sufren Elba Natalia Calvente y Marcelo Calvente, debiendo comunicar tal circunstancia al Tribunal dentro de los 5 (cinco) días de notificada la presente medida. Asimismo, se ordena a la Secretaría de Salud que por intermedio de quien corresponda entregue a cualquiera de los accionantes los medicamentos que los médicos del Hospital Gral de Niños Dr. Pedro de Elizalde indiquen en las respectivas recetas con respecto a la enfermedad que presenta la Srta. Elba Calvente (Diabetes Mellitus tipo 1, según surge del certificado firmado por la Doctora Mabel C. Ferraro, el cual se encuentra reservado con la restante documental), y lo referente a la nutrición en cuanto a Marcelo Calvente. A esos fines, los actores deberán solicitar a los facultativos las recetas que correspondan, debiendo resolverse la entrega de los medicamentos dentro de los 5 (cinco) días de presentadas ante el organismo que la Secretaría de Salud indique en autos. Por ello, dentro de los 5 (cinco) días de notificada la presente, dicha Secretaría deberá informar al Juzgado el lugar al que deberán dirigirse los accionantes. Por las consideraciones expuestas RESUELVO: 1) HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada en los términos del considerando VI. Esta medida cautelar tendrá vigencia hasta tanto exista en autos sentencia definitiva firme. 2) Previo a ello, la Sra. Albina Santillán y el Sr. Víctor Luis Darío Calvente deberán prestar la pertinente CAUCIÓN JURATORIA ante el Actuario, la que aparece, en opinión de quien suscribe, como una adecuada contracautela, dadas las circunstancias de autos. Regístrese y notifíquese en el día a la parte actora por cédula y, dado que se encuentran involucrados los intereses de personas menores de edad, córrase vista al Asesor Tutelar, a cuyos fines remítase el expediente (conf. art. 119 in fine del C.C.A. y T. de la Ciudad de Buenos Aires). Una vez prestada la caución dispuesta, notifíquese de igual manera que a la parte actora a la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que los órganos a los que se dirige la medida cautelar se encuentra comprendido en las previsiones del artículo 278 del C.C.A. y T. de la Ciudad de Buenos Aires»

8. MEDIDAS CAUTELARES PROHIBITIVAS DE INNOVAR

Esta medida cautelar tiene por finalidad mantener la inalterabilidad de la *cosa litigiosa* mientras se sustancia el proceso, es decir el juez prohíbe la modificación de la situación de hecho o de derecho al momento de ser decretada. Es impedir que se altere, mientras perdura la medida cautelar, la situación de hecho existente al tiempo en que la medida es amparada por el

juzgador. El proceso cautelar de *medidas negativas o prohibitivas de innovar* consiste en la prohibición de realizar determinados actos materiales o jurídicos que modifiquen o alteren el estado o situación de los derechos patrimoniales o personales en el que se encuentren al promover la acción judicial cautelar.

La tutela cautelar de no innovar tiene por finalidad mantener el *status quo*, la seguridad de los bienes jurídicos en conflicto, en la dialécticidad del proceso hasta la sentencia. La paralización de determinadas situaciones produce sobre hechos o actos anteriores a la resolución que ampara la pretensión cautelar.

El *proceso cautelar de no innovar* tiene su fundamento en el *principio de igualdad* de los litigantes, en consecuencia, significa restringir las mayores ventajas del sujeto agente agresor de los derechos del demandante cautelar, impidiendo toda lesión o modificación de los bienes jurídicos en conflicto que serán resueltos en el proceso principal.

Los *presupuestos de procedibilidad* son los mismos determinados de las medidas cautelares clásicas, sin embargo resalta la circunstancia de la *inminencia riesgosa del perjuicio irreparable* de los bienes jurídicos del actor, y constituye causa de la *urgente necesidad* de ser amparados.

El C.P.C. peruano en el art. 687° reconoce la *medida cautelar de no innovar*, como una pretensión excepcional condicionada a la imposibilidad de otra medida cautelar prevista en la ley. Este artículo prescribe:

«Artículo 687°.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional, por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley»

La mayoría de la doctrina encuentra el fundamento de esta medida en el *principio de igualdad* de las partes justiciables en el proceso, el *principio de defensa* y el principio de contradicción en el proceso, el *principio de buena fe y lealtad procesal* garantizados por la Constitución Política del Estado, la L.O. del P. J. y el C. P.C. como Todos ellos imponen la necesidad de que ninguna de las partes altere la situación de hecho preexistente o el que surgió en el inicio del proceso.

En la práctica forense existen muchos supuestos de *medidas cautelares negativas de innovar (no innovar)*, por ejemplo, en un proceso de reivindicación se puede demandar una medida cautelar de *no innovar*, para que el Juez ordene al poseedor se abstenga de ejecutar cualquier modificación en el inmueble o para que la municipalidad suspenda la prohibición de la construcción de un edificio, etc.

Un juez de Nueva York⁷³⁶ suspendió provisionalmente la subasta de un *cuadro de Picasso* en mérito a una acción *cautelar prohibitiva de innovar* promovida por un heredero del banquero del

⁷³⁶ YAHOO! NOTICIAS. EEUU. Un juez de Nueva York autorizó finalmente la subasta de un picasso presuntamente vendido a la fuerza a los nazis, Nueva Cork, 7 (EP/AP) www.es.neus.yahoo.com (7-11-2006)

Berlín Paúl von Mendelssohn-Barholdy, presentada la demanda en Manhattan, afirmando que fue vendido a la fuerza a los nazis, pero finalmente autorizó la subasta. Se trata del «**Retrato de Angel Fernández de Soto**»

«El juez de distrito Jed S. Rakoff emitió la orden cuatro días después de que Julius H. Schoeps, un heredero del banquero de Berlín Paul von Mendelssohn-Bartholdy, presentara una denuncia en Manhattan para detener la venta.

El magistrado había bloqueado inicialmente hoy de forma temporal la subasta de '**Retrato de Ángel Fernández de Soto**', que se espera que alcance los 60 millones de dólares (47,24 millones de euros), argumentando que necesitaba decidir sobre si los nazis obligaron a su antiguo propietario a venderlo en los años 30 porque su familia descendía de los judíos.

La venta del cuadro está prevista para mañana a cargo de la casa de subastas Christie's en el marco de una venta de arte impresionista y moderno. Christie's ha precisado que el cuadro, estimado entre 40 y 60 millones de dólares (31 y 47 millones de euros), ha sido puesto a la venta por la fundación del compositor Andrew Lloyd Webber para financiar proyectos caritativos. La casa de subastas no ha querido comentar la demanda.

En la denuncia, presentada por **Schoeps** el viernes, éste pedía que se le declarara propietario legal de la obra. La denuncia indica que **Mendelssohn-Bartholdy** fue presionado por los nazis para que huyera de su mansión, lo que le obligó a malvender en el mercado de arte sus cuadros. Entre ellos figuraban cinco Picassos que fueron vendidos al mercader de obras de arte alemán Justin K. Thannhauser en octubre de 1934. Mendelssohn-Bartholdy --familiar, entre otros, del compositor Felix Mendelssohn-- murió en 1935.

En septiembre de 1936, Thannhauser vendió la obra a M. Knoedler & Co., en Nueva York. Hasta su subasta, el cuadro permaneció cerca de 50 años en el mercado de arte de Nueva York, hasta que fue vendido en 1995 a Webber, en subasta, en el Sotheby's de Nueva York, según figura en la demanda»

También tenemos una ejecutoria del Tribunal Constitucional peruano mediante Recurso Extraordinario de Casación, que declara fundada la acción de amparo de Derecho Concursal interpuesta contra un grupo de ex trabajadores de la Empresa Ladrillera Huachipa S.A. en Liquidación, para que se abstengan de obstaculizar el curso del proceso de liquidación, y declaró fundada la acción de amparo, revocando la Sentencia de Vista que declaró infundada, constituye una medida cautelar de no innovar.

**EXP. N.º 446-2004-AA/TC - LIMA: JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y
OTROS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

«En Lima, a los 12 días del mes de noviembre de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan José Fernández Rodríguez y otros contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 1710, su fecha 3 de octubre de 2003, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de noviembre de 2001, los recurrentes interponen acción de amparo contra los señores Edilberto Yupanqui Azorza, Carlos Huamán Coronado, Anastacio Gamboa Torres, Porfirio García Núñez, Miguel Ayasta Quesnay, Hitler Huamanchao Prado, Favio Narváez Macedo, Zósimo Vilcachime López, Guido Flores Cárdenas, Alejandro Guillén de Paz, Esteban Chuchón Prado, Severino Chuchón Prado, Domingo Condori Choqui, Tomás Gutiérrez Oré, Crispín Moreno Cardenas, Fortunato Villalobos Pastor, Favio Lactahuamán Enrique, Honorato Bautista Ayala, Claudio Carlos Apaza Molina, Julio Chihua Quispe, Artemio Chihua Quispe, Fernando Gastelu Atmi, Faustino Palomino Cáceres y Lorenzo Guía Alarcón, con el objeto de que cesen los actos lesivos cometidos por los demandados, los cuales impiden que la entidad liquidadora (Corporación Asesora S.A.C.) continúe con el proceso de liquidación de la empresa Ladrillera Huachipa S.A., y se pueda hacer efectivo el pago de las acreencias de origen laboral. Sostienen que los demandados, en forma sistemática, vienen robando activos de propiedad de la empresa en liquidación, activos que son la única garantía para el efectivo pago de sus créditos; y que, de acuerdo a la Ley de Reestructuración Empresarial se encuentran en el primer grado de prelación, por lo que se está obstaculizando la labor ejercida por la empresa liquidadora nombrada por la junta de acreedores y autorizada por Indecopi, a pesar de tener la misma condición de acreedores laborales.

La empresa liquidadora Corporación Asesora S.A.C. solicita formar parte del presente proceso (fojas 187) como litisconsorte necesario, manifestando que uno de los demandados, Edilberto Yupanqui Azorza, se ha aprovechado de su condición de Presidente de la Junta de Acreedores de Ladrillera Huachipa S.A., al haber encabezado una marcha de ex trabajadores de la empresa, tomando el local y apoderándose indebidamente de los activos de la empresa. Asimismo, sostiene que el referido emplazado ha formado una nueva empresa denominada Cerámica Huachipa S.A., con los bienes de la empresa en liquidación; y que, ante tal acto, interpuso una denuncia por delito de usurpación ante la Comisaría de Santa Clara.

Los emplazados contestan la demanda proponiendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar y de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Manifiestan que los demandantes no están legitimados para iniciar la presente acción, correspondiéndole a la empresa Ladrillera Huachipa S.A. en liquidación, cuyo representante legal es la empresa Corporación Asesora S.A., dicho ejercicio. Sostienen que los hechos denunciados están siendo ventilados en vía judicial penal, en un proceso por delito de usurpación y apropiación ilícita, por lo que no procede la presente demanda; y que los demandantes señalan que se han sustraído activos de la empresa en liquidación, pero no prueban cuáles han sido.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 25 de octubre de 2002, declara infundadas las excepciones y fundada la demanda, principalmente por estimar que los actos realizados por los demandados vulneran los derechos alegados en la demanda, referentes al pago de los beneficios sociales de los trabajadores de la empresa Ladrillera Huachipa S.A. en liquidación; asimismo, porque dichos actos obstaculizan la labor encomendada por la Junta de Acreedores a la empresa Corporación Asesora S.A., al haber ingresado violentamente a las instalaciones de la referida empresa en liquidación y haberse apoderado de sus activos, sin respetar la actividad del liquidador y el orden de prelación de los créditos establecidos en la norma legal.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por considerar principalmente que, como consecuencia del estado de **insolvencia** declarado a la empresa Ladrillera Huachipa S.A. mediante Resolución N.º 2802-1999/CRP-INDECOPI, de fecha 22 de diciembre de 1999 (al amparo de la norma anterior, la Ley de Reestructuración Patrimonial), la junta de acreedores, mediante convenio en liquidación de fojas 211 y ss. del 19 de abril de 2001, designó como su liquidador por el plazo de doce meses prorrogables, a Corporación Asesora S.A.C.; y que, no obstante, en autos no se advierte documento que acredite prórroga de dicho plazo. Agrega que en el proceso penal por delito de usurpación (fojas 1023), los demandados fueron absueltos; que en autos no se advierte daño; que el procedimiento concursal ordinario ha sido **suspendido**; y que los procesos laborales revivieron y se ha establecido un embargo en forma de administración (fojas 1519).

FUNDAMENTOS

1. La pretensión de los demandantes es que se detenga la ocupación del predio de la empresa Ladrillera Huachipa S.A. realizada por los demandados, así como los actos de disposición de los activos de dicha empresa. Sostienen que estos actos ponen en peligro el pago de sus acreencias laborales, cuya prioridad está reconocida por el artículo 24º de la Constitución Política del Perú.

2. En autos corre el Acta de la Junta de Acreedores (fojas 75), que acredita el nombramiento de la empresa corporación Asesora S.A.C. para que se encargue de efectuar la liquidación de la empresa Ladrillera Huachipa S.A., acuerdo en el que participó el demandado Edilberto Yupanqui Azorza representando a los créditos laborales.

3. **RESPECTO A LA LEGITIMIDAD DE LOS DEMANDANTES.** La Ley General del Sistema Concursal (en adelante, la LGSC) establece, en su artículo 83º, que es una atribución del liquidador actuar en resguardo de los intereses de la masa o del deudor, con plena representación de éste y de los acreedores.

4. Sin embargo, la norma no puede excluir a los titulares de derechos de crédito de origen laboral, protegidos por el artículo 24º de la Constitución, el cual prescribe que: "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador", norma concordante con el artículo 42º de la LGSC, la cual determina el primer rango de preferencia de los créditos laborales. En consecuencia, la legitimidad de los demandantes se sustenta en la titularidad del derecho de crédito vulnerado por los actos expuestos en su demanda y que son materia de litis.

5. **RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.** Este Colegiado se ha pronunciado respecto a los supuestos que implican la limitación de un derecho constitucional mediante la ocupación de un predio; así, en la STC N.º 1727 2002 HC/TC, en el Fundamento N.º 3º, expuso que: “En autos aparece manifiesta la restricción al ingreso al domicilio que tienen los accionantes, al no permitírseles circular libremente por el único lugar o vía por donde pueden ingresar a su vivienda a fin de disfrutar de ella. [...] Por otra parte, aun cuando de los actuados aparece que existe discusión respecto a la condición regular que como inquilinos tendrían los accionantes, mientras ello no se dilucide judicialmente los **presuntos propietarios** no pueden arrogarse el derecho de perturbar la facultad de libre desplazamiento por la vía común que permite el ingreso a sus domicilios.” En la referida STC se concluye, en el Fundamento N.º 5, que: “Por consiguiente, y habiéndose acreditado trasgresión a la inviolabilidad del domicilio, la misma que comprende el disfrute de éste por su titular, la presente demanda deberá estimarse como una de amparo y en forma favorable, otorgando al efecto la tutela constitucional correspondiente”.

6. Esta sentencia estableció, respecto a la procedencia de la acción que: “Se hace necesario determinar si, en el caso de autos, se han cumplido las condiciones de procedibilidad exigidas por la ley. A este respecto considera este Tribunal que en el caso de autos no cabe invocar la existencia de vías paralelas, pues mientras el proceso penal instaurado por delito de usurpación [...], tiene por objeto determinar si existe o no legitimidad por parte de los emplazados de permanecer en el inmueble ubicado en [...] el proceso constitucional interpuesto tiene por **exclusiva finalidad** determinar si existe o no trasgresión a la libertad de tránsito de los accionantes.”

7. En el caso de autos se acredita la ocupación del local de la empresa sometida a concurso; además, se comprueba, con los documentos presentados, que se han sustraído bienes del interior de la referida empresa; en consecuencia, no cabe invocar la existencia de un proceso penal en curso o la absolución de responsabilidad penal de algunos de los demandados, porque este proceso tiene por **exclusiva finalidad** determinar la vulneración del derecho de propiedad reconocido por el artículo 24º de la Constitución Política del Perú.

8. **RESPECTO A LA VULNERACIÓN.** La presente acción de garantía no tiene por objeto cuestionar el procedimiento concursal ordinario, sino proteger los bienes que garantizan el pago de los créditos laborales, así como permitir que el procedimiento de liquidación iniciado pueda concretar su pago efectivo. El atestado policial N.º 115 JPME-AP-10-CSC-IC, respecto a la comisión del delito contra el patrimonio (fojas 984), indica que: “(...) con fecha 21 de abril de 2000, por versión de su Asistente de Seguridad Luís Bulnes, tuvo conocimiento que sujetos desconocidos habían ingresado al interior de la Ladrillera Huachipa”; y más adelante señala que el 22 de mayo de 2000, “se verificó el faltante de una fuerte cantidad de ladrillos”.

9. En el escrito de ampliación de los fundamentos de la contestación de la demanda del 12 de marzo de 2002 (fojas 659), los emplazados declaran que no han robado los activos de la empresa, que estos fueron sustraídos antes de su ingreso y admiten que se encuentran operando su maquinaria (“las hemos puesto operativas con dinero que hemos aportado”), agregando que la fabricación y venta de productos se realiza en forma pública. Asimismo, sostienen que no se encuentran de acuerdo con el proceso de liquidación, que la empresa podía reestructurarse y que la Corporación Asesora S.A.C. ha sido “virtualmente impuesta a los

acreedores”, refiriendo que el “70% de los 240 acreedores laborales que de modo reiterado **hemos acordado ADJUDICARNOS LOS ACTIVOS de Ladrillera Huachipa S.A. en liquidación**, nos hemos comprometido a pagar el 100% de los créditos”.

10. De la misma manera que lo hiciera la empresa liquidadora, en el recurso extraordinario los demandantes (fojas 1873) sostienen que las instalaciones de la empresa **son actualmente empleadas por la empresa Cerámica Huachipa S.A.**, sociedad formada por tres ex trabajadores (Edilberto Yupanqui, Porfirio García y Hitler Huamanchao) de la empresa en liquidación, que forman parte del grupo de emplazados. Adjuntan la partida electrónica N.º 11308526 del Registro de Personas Jurídicas de Lima (fojas 1812).

11. **RESPECTO A LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.** La Resolución N.º 0550-2002/CCO-ODI-ESN emitida en el Expediente N.º 0678-1999/CRP-ODI-CAMARA del 10 de diciembre de 2002 (fojas 1514), resolvió suspender la tramitación del procedimiento concursal ordinario de Ladrillera Huachipa S.A. en cumplimiento del mandato judicial inscrito en la resolución del 25 de octubre de 2002, emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Penal del Cono Este-Chosica.

12. En autos corre la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas en el que se indica, en la Resolución N.º 5, del 17 de febrero de 2003, que la Juez del Decimosexto Juzgado de Trabajo de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, Dra. Gladis Guerrero Roldán, considerando la suspensión del procedimiento concursal ordinario, debido a la referida Resolución N.º 0550-2002/CCO-ODI-ESN, resolvió la ejecución de la medida de embargo en forma de administración, dictada mediante resolución del 13 de enero de 2000.

13. Asimismo, en autos se aprecia el oficio N.º 467-2004/CCO-INDECOPI, del 8 de noviembre de 2004, cuyo numeral 10 señala, sobre la Resolución del 10 de diciembre de 2002 (supra 5), que: “la comisión suspendió la tramitación del procedimiento concursal ordinario [...] en virtud de lo dispuesto [...] mediante resolución cautelar de fecha 25 de octubre de 2002, la cual declaró fundada, en parte, la solicitud de medida cautelar de no innovar y, por lo tanto, se dispuso la suspensión del procedimiento concursal de Ladrillera Huachipa S.A. hasta la culminación de la instrucción seguida contra los señores [...] por la presunta comisión de delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios –Atentado contra el Sistema Crediticio e Insolvencia Fraudulenta– en agravio de Ladrillera Huachipa S.A. y otros”.

14. La LGSC, en su artículo 133.2, prescribe que: “Las solicitudes de **medidas cautelares** que tengan por objeto suspender o producir cualquier efecto análogo en los procedimientos regulados en la Ley, sólo podrán ser tramitadas y resueltas con ocasión del proceso contencioso administrativo que se promovió con arreglo a ley”; en el mismo sentido, el artículo 134.2 señala que: “Son **improcedentes**, bajo cualquier circunstancia, las solicitudes de medidas cautelares innovativas, genéricas u otras análogas cuyo objeto sea dejar sin efecto el levantamiento de la protección patrimonial y de la suspensión de pagos previstos en los artículos 17º y 18º de la Ley”.

15. **RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL EN CURSO.** Como resulta evidente, de la lectura de los artículos 88.7 y 97.4 de la LGSC, el procedimiento de disolución y liquidación concluye en los siguientes

casos: primero, por haber terminado la liquidación mediante la acreditación de la extinción de todos los créditos; segundo, si luego de realizarse uno o más pagos se extingue el patrimonio del deudor; y tercero: si no hay liquidador que conduzca la liquidación. En el segundo caso, corresponde al liquidador solicitar la declaración judicial de quiebra; en los demás casos, con la conclusión se levantan todos los efectos del procedimiento.

16. Los recurrentes alegan, en su recurso extraordinario, que aunque la prórroga se encuentre vencida, el liquidador debe continuar sus funciones hasta que la Junta de Acreedores se pronuncie, conforme al último párrafo de la cláusula decimosétima del convenio de liquidación (fojas 217). En efecto, en el escenario descrito, **en el presente caso no ha concluido el procedimiento de liquidación.** La suspensión del procedimiento concursal, debido a un proceso judicial, no implica que el procedimiento haya terminado; más aún si, en el caso, no se ha acreditado que la empresa liquidadora haya sido retirada del procedimiento por una decisión de la Junta de Acreedores de la empresa en liquidación.

17. En autos, a fojas 1293, se advierte la resolución que declara fundada, en parte, la solicitud de medida cautelar de no innovar, interpuesta por los demandantes; frente a ella, el INDECOPI emitió la Resolución N.º 0550-2002/CCO-ODI-ESN, que suspendió el procedimiento concursal ordinario. Sin embargo, a fojas 30 del Cuaderno del Tribunal Constitucional, la Sexta Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución de vista de fecha 14 de abril de 2004, declaró nulo el auto apelado, que declaró fundada en parte la solicitud de medida cautelar de no innovar a favor de los demandados.

18. En el cuaderno del Tribunal Constitucional obra el oficio N.º 467-2004/CCO-INDECOPI, del 8 de noviembre de 2004, remitido por INDECOPI en respuesta de la solicitud de información respecto al estado del procedimiento concursal, en el cual la autoridad administrativa señala que el procedimiento no ha concluido, aunque se encuentra suspendido por decisión judicial (supra 13). Como se ha explicado líneas arriba, la suspensión del procedimiento no implica la conclusión del mismo, supuesto previsto claramente en la norma (supra 15).

19. **EN CONCLUSIÓN**, este Colegiado considera que se ha acreditado de manera fehaciente la ocupación del inmueble de la empresa en liquidación, y que ella ha permitido el uso de los activos para la producción y comercialización de bienes a cargo de otra persona jurídica, sin la participación de la empresa liquidadora. Asimismo, se encuentra acreditado que este procedimiento de liquidación está siendo obstaculizado por los actos continuados de un grupo de los acreedores.

20. En efecto, un grupo de los acreedores decidió, por sí y ante sí, **que las decisiones de la Junta de Acreedores estaban equivocadas** y, por ello, procedió a ocupar el inmueble y hacer uso de los activos situados en el predio (supra 9 y 10), **conducta claramente antijurídica que no puede ser ignorada por esta instancia** y, una vez conocida, no puede ser protegida por la resolución de un proceso constitucional, lo cual exige la presente declaración sobre el fondo.

21. Es necesario precisar que el grupo de acreedores demandados ha dispuesto de bienes de la masa en concurso en contra de las normas que regulan el procedimiento

concurzal ordinario; asimismo, con sus actos han obstaculizado la liquidación y han vulnerado los principios que rigen este procedimiento así como el derecho al pago efectivo de los créditos laborales, contemplado en el artículo 24° de la Constitución Política del Perú.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere.

HA RESUELTO

1. *Declarar FUNDADA la acción de amparo.*
2. *Ordena a los demandados que se abstengan de ejercitar cualquier tipo de actos que impidan continuar el proceso de liquidación de la Empresa Ladrillera Huachipa S.A. a cargo de la empresa Corporación Asesora S.A.C.*
3. *Exhortar al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI-, para que ejerza de oficio las medidas necesarias, dentro de su competencia, se tramite el procedimiento concursal y la empresa encargada liquide los activos pagando los créditos reconocidos. Publíquese y notifíquese» SS. BARDELLI LARTIRIGOYEN, REVOREDO MARSANO, GARCÍA TOMA.*

*En materia de Derecho de Defensa del Consumidor, tenemos muchas ejecutorias nacionales y extranjeras sobre medidas cautelares prohibitivas de innovar, y dentro de ellas citamos la sentencia emitida por un Juez de Buenos Aires de la República Argentina sobre medida cautelar de no innovar por **Publicidad engañosa**⁷³⁷*

«PADEC PREVENCIÓN ASESORAMIENTO Y DE c/ CABLEVISION S.A. s/MEDIDAS PRECAUTORIAS

Buenos Aires, Noviembre 18 de 2005.-I

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

Solicita la peticionaria, Padec-Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor, en su carácter de asociación de consumidores con personería jurídica ante la Inspección General de Justicia e inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores, que se decrete con el carácter de medida cautelar el cese inmediato de la publicidad "Pensá Rápido Fibertel Banda Ancha \$40" y la "difusión en los mismos medios y con idénticos espacios publicitarios de la rectificación de la publicidad engañosa".-

Refiere que la demandada es una empresa de servicios domiciliarios de televisión por cable e Internet por cable módem que se desenvuelve en el mercado hace más de diez años. Tales servicios son fijados mediante condiciones contractuales predeterminadas con cláusulas que se aplican a todos los usuarios mediante la suscripción de formularios de adhesión; y que, en virtud de tal posición contractual, se reserva la facultad de modificar unilateralmente cláusulas del contrato que emite.-

⁷³⁷ SENTENCIA DE JUEZ DE BUENOS AIRES. Fallo por publicidad engañosa, Buenos Aires, Argentina, 18 de noviembre de 2005-I, www.padec.org.ar (28-08-2006)

Sostiene que la empresa demandada causa con su accionar daños colectivos y difusos puesto que instala expectativas en potenciales consumidores que luego son frustradas, afecta el derecho de propiedad de los consumidores que no advierten el engaño de la publicidad, provoca la compra compulsiva por la cual el cliente queda cautivo, produce sobreendeudamiento pasivo de los consumidores que no advierten el engaño precontractual, y disminución de la confianza en las instituciones públicas y privadas por la ausencia de control preventivo público y el incumplimiento legal por parte del sector privado. Aduce que todo ello demuestra la existencia de la incidencia colectiva general que se encuentra comprometida en la cuestión que se plantea en autos, con fundamento en los arts.17 y 42 de la Constitución Nacional.-

Manifiesta que la demandada incurre en diversos incumplimientos normativos: respecto del art.42 de la Constitución Nacional, el art.4 de la ley 24.240, los arts.7, 8 y 19 de la ley de Defensa del Consumidor, el art.9 de la ley 22.802, los arts. 1, 2 y 8 de la Resolución SDCYDC 7/2002 y art.10 de la ley 23.928.-

Básicamente, argumenta que la empresa emite publicidad engañosa para que los usuarios crean que están en condiciones de pagar el servicio, por ello publicita \$40 final por mes, lo cual implicaría \$480 anuales. Lo que es ocultado a los potenciales usuarios es que el compromiso de pago que asumirán será de \$1.083,38 durante el primer año, lo que implica más del 100% respecto de la oferta publicitada. Además, las condiciones de la publicidad están presentadas de modo confuso al indicarse un precio de modo intencionalmente ambiguo para provocar la idea de que el costo mensual del servicio es de \$40, mensuales, al menos hasta enero de 2006, mientras que en letras 34 veces más pequeñas se señala que el costo a partir del quinto mes es de \$102,73 y a partir del décimo primero, de \$130. El diseño de la publicidad sólo aparenta cumplir con las normas vigentes, pero es notorio que está dirigido a provocar una confusión en el usuario; oculta al consumidor información acerca del costo del servicio a partir del quinto mes de contratación; el espacio asignado al texto de "\$40" es de 2.600 milímetros cuadrados, mientras que al texto de las condiciones contractuales - "Abono mensual a partir del quinto mes: \$102,73 (para clientes y no clientes de Cablevisión) a partir del 11º mes, abono mensual de \$130 final (sólo para no clientes de Cablevisión). Instalación sin cargo sólo mediante adhesión al débito automático. Modem gratis en comodato..." - se dedica un espacio de 1.148 milímetros cuadrados. El precio enunciado como \$40 final" con "instalación y el módem sin cargo" corresponde para débito automático, no de contado en dinero en efectivo como ordena la normativa, a la vez que se oculta el precio de contado en efectivo para la instalación y módem. La información sobre el precio después de la promoción, no está presentada con buen realce, ni visibilidad; la frase "Instalación y módem sin cargo" se utiliza con caracteres tipográficos legibles, de buen realce, destacado por contraste de valores cromáticos y con espacio suficiente entre caracter y caracter, mientras que la frase "Instalación sin cargo sólo mediante adhesión al débito automático Modem gratis en comodato" está diseñada con caracteres tipográficos ilegibles, sin realce ni visibilidad, y confundida entre otros elementos gráficos de la publicidad.-

Destaca que esta publicidad se utiliza en diversas revistas de difusión masiva en el país, en carteles de grandes dimensiones en la vía pública de la Ciudad de Buenos Aires, Rosario, La Plata, Córdoba y Campana. También en carteles y en las tarjetas magnéticas de ingreso a los subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, presentándose también en forma audiovisual en espacios publicitarios televisivos.-

En mi opinión, dado los términos en que ha sido presentada la demanda, nos encontramos ante un caso de los denominados "medidas autosatisfactivas". En efecto, de la lectura del escrito inicial no surge que se haya iniciado o vaya a iniciarse proceso principal o concreto alguno. Tampoco veo que pueda deducirse de su objeto la necesidad de iniciar alguna otra actuación a fin de obtener el cese de la alegada propaganda engañosa.-

Ocurre que la atribución del art.232 del Código Procesal es un poder cautelar genérico residual, válido para las medidas cautelares no regladas expresamente, pero que no excluye los demás presupuestos necesarios, especialmente, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.-

La figura de las "medidas autosatisfactivas" se refiere a casos excepcionales en los cuales es necesario obtener prontamente la satisfacción de la pretensión pero, a diferencia de la tutela anticipada, ésta no está incluida en la pretensión formulada en un proceso determinado sino que se agota en sí misma. Responde a supuestos en los cuales la urgencia es tal que no es posible esperar la tramitación de ningún proceso. En esto se asemeja a las medidas cautelares pero tienen la diferencia de que no se otorga para garantizar el cumplimiento de una sentencia futura sino que se otorga una tutela inmediata porque cualquier dilación produciría la frustración del derecho. Da respuesta a la necesidad de concebir una suerte de tutela judicial urgente partiendo de la idea de que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar. Ello por cuanto, todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar (conf., Peyrano, Jorge Walter, "Lo urgente y lo cautelar", J.A., 1995-I-699)

Es decir que las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables in extremis y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes de modo que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.- La nota que las caracteriza es precisamente que se agotan con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Si bien comparte con las medidas cautelares su carácter urgente, su ejecutabilidad inmediata y la circunstancia de que en determinados casos sea despachable inaudita parte, existen diferencias de tal relevancia que permiten concluir sin hesitación en que no se trata de una medida cautelar sino de un proceso urgente autónomo.-

En efecto, la medida autosatisfactiva no es instrumental, circunstancia que evidencia su condición de diligencia no cautelar. Tampoco es provisional, no rige a su respecto el carácter de mutable o flexible (no es sustituible por otra medida diferente), no necesariamente debe disponerse inaudita parte y el grado de conocimiento para ordenarla es la existencia de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud.- Por otra parte, no en todos los casos será necesaria la prestación de contracautela, la que sólo procederá cuando la medida se decrete inaudita parte y sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado.-

No puede soslayarse que algunos principios de la teoría general de las medidas cautelares sirven para explicar y resolver este tipo de requerimientos urgentes, tal como la relación entre

el grado de apariencia del derecho y la entidad de la contracautela (a mayor verisimilitud del derecho: menor contracautela y viceversa), pero tal circunstancia –que deriva del carácter urgente- no resulta suficiente para concluir en que este proceso autónomo, no instrumental, sea cautelar (conf., Mabel A. de los Santos, "La medida cautelar genérica o innominada", pág.169).-

En efecto, se trata de una medida que genera un proceso autónomo en el sentido que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo. Su dictado acarrea una satisfacción definitiva de los requerimientos del postulante; esto es, en el supuesto de que la medida autosatisfactiva sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias interpuestas por su destinatario (conf., Morello, Augusto M., "La cautela satisfactiva", J.A., 1995-IV-414).-)

También se ha establecido doctrinariamente que la procedencia del despacho de estas medidas debe interpretarse con criterio restrictivo, que en ningún supuesto pueden decretarse oficiosamente y que el procedimiento monitorio puede ser el carril adecuado para encauzarlas. En su defecto debe arbitrarse, en la medida de lo posible y conveniente, alguna suerte de sustanciación previa a su despacho favorable (conf., Conclusiones de la Comisión IV "Tutela anticipada y definitiva" en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Septiembre de 1996).-)

Es posible encontrar ejemplos de tales medidas en la jurisprudencia nacional, habiéndose invocado generalmente como vía para deducir tales requerimientos la medida cautelar genérica o innominada, promoviendo simultánea o inmediatamente una pretensión principal (habitualmente amparos o pretensiones meramente declarativas) para mantener viva la solución de urgencia lograda, evitando así la caducidad de la medida precautoria. También existen numerosos casos de medidas autosatisfactivas en los anales de la jurisprudencia bajo el rótulo de "medida cautelar autónoma" con que fuera designado en los fallos, decretándolas como cautelares genéricas o innominadas (conf., J.Nac. Civ. n° 67, "Clavero, Miguel Ángel c/Comité Olímpico Argentino", julio de 1996; CCiv. Y Com. Fed, Sala 2°, Vocos Conesa-Mariani de Vidal, 5/3/97, "Deutsche Bank Argentina S.A. c/ Instituto de Servicios Sociales bancarios s/ medidas cautelares", causa n° 20.717/96, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal publicado por El Derecho, 16/7/97; CNCiv. y Com. federal, Sala II, Octubre 22-993, "The Coca Cola Company y otros", J.A. 1994-II.214; entre otros).-)

En relación al objeto materia de la presente litis, considero oportuno recordar que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. De conformidad con ello, el derecho a una información veraz no le puede ser negado nunca a un consumidor o usuario, y si la información es constatada como falsa, procederá indemnización por daño, material o moral, según el caso (conf. Quiroga Lavié, Humberto, "Constitución Argentina Comentada" -Art.42-, pág. 214). Dicha norma constitucional tiene su ámbito de aplicación en "las relaciones de consumo", un campo mucho más amplio que el que se pueda considerar comprendido por la actividad contractual (conf. Quiroga Lavié, Humberto, ob. cit., pág.211).

Ahora bien, esta directiva superior reconoce su legislación específica en la ley 24.240. Su artículo 1° establece que la ley mencionada tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios; que se consideran consumidores o usuarios "las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social.. b) la prestación de servicios. Los sujetos de la relación son "todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, que en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios..." (conf. Farina, Juan M., "Defensa del Consumidor y del Usuario, Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94", Ed. Astrea, pág.17).-

A su vez, el artículo 4° de la ley 24.240 establece que "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos". El deber de información atiende a la desigualdad de conocimiento que tienen los consumidores frente a los proveedores sobre los productos que comercializan. Los proveedores deben conocer las características y particularidades de los bienes que colocan en el mercado. El objeto de la atribución al consumidor del derecho a la correcta información es facilitar que el consentimiento que presta haya sido formado clara y reflexivamente (conf. Farina, Juan M., ob.cit., pág.125). La violación del deber de información se configuraría cuando existe discordancia en desmedro del consumidor, entre lo ofrecido como bien o producto y lo en definitiva entregado. Ello se encuentra estrechamente vinculado con el principio de buena fe que rige las relaciones contractuales exigidas por el artículo 1198 del Código Civil.-

Del análisis del material probatorio aportado por la actora -a quien considero legitimada en los términos de los arts.52, 55 y concordantes de la ley 24.240- y de los anuncios publicitarios en los cuales se ofertan los servicios en cuestión -que son de público conocimiento-, se desprende que el contenido y la forma en que se presenta la información, puede inducir a error a los consumidores al no brindarles una información comprensible y en forma destacada, respecto del alcance y el precio del abono y de los adicionales que deben contratarse para acceder al uso de la red, lo cual implica una violación de los arts.42 de la CN, 4,7, 8, 19 y concordantes de la ley de defensa al consumidor.-

Es por ello que dispongo que la empresa Cablevisión S.A. se abstenga de continuar publicitando la oferta objeto de autos, "Pensá Rápido Fibertel Banda Ancha \$40", mediante avisos publicitarios o por cualquier otro medio.- A una solución diversa habré de arribar en cuanto a la segunda petición, esto es, que se difunda por los mismos medios y con idénticos espacios publicitarios la rectificación de la publicidad engañosa. Ocurre que considero que al hacerse efectivo el cese de la publicidad de la manera en que hasta el momento se ha realizado, no será posible ya inducir a error a los consumidores al momento de la contratación del servicio, por lo que este pedido deviene abstracto. Es más, una empresa que presumo ejerce el comercio de buena fe habrá de continuar con la publicidad de sus negocios de manera tal que se adecuen a las normas legales vigentes a las que me he referido. A ello debe sumársele el hecho de que los consumidores que ya han contratado con la demandada, podrán contar -en su caso- con los medios legales pertinentes para hacer valer los derechos que crean tener.-

Por esas consideraciones, habré de acceder a la medida pretendida en este proceso, previa caución juratoria que se entiende prestada con la solicitud que se provee. En consecuencia, dispongo que "Cablevisión S.A." cese inmediatamente la publicidad que se conoce como "Pensá Rápido Fibertel Banda ancha \$40" y denegar el pedido de difusión en los mismos medios y con idénticos espacios publicitarios de la rectificación de la publicidad engañosa. Notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles y con carácter de urgente.- Así se decide. Regístrese.

Firma: Gabriela A. Iturbide Juez

Fecha Firma: 18/11/2005.

9. MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPADAS

Estas medidas cautelares tienen por finalidad el *prejuzgamiento* amparando provisionalmente las pretensiones de la demanda y ordenando el juzgador la *ejecución anticipada* y de la posible sentencia que se declarará fundada la demanda. El C.P.C. peruano las denomina «*Medidas cautelares sobre el fondo*» Estas medidas cautelares en la legislación comparada tiene otras denominaciones, como en el Brasil se denomina *tutela diferenciada*, en Venezuela se denomina *tutela no exhaustiva, tutela interinal, tutela anticipatoria y sentencia anticipada*.

También algunos autores como *Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios*⁷³⁸ la denominan *medidas cautelares coincidentes* porque tienen un contenido íntimamente relacionado con el de la decisión final, a diferencia de un embargo preventivo o una anotación de litis -que también tratan de asegurar la eficacia de la futura sentencia- sin referirse a la pretensión principal. Estas últimas son *medidas cautelares no coincidentes*.

En este sentido la *tutela diferencia* o medida *cautelar anticipada* tiene como característica *sui generis* que es la *valoración* en el *moderno proceso de resultados*, en donde el compromiso mayor de la jurisdicción es la *efectividad de la prestación* puesta a disposición de los litigantes.

Chiovenda ha desarrollado la esencia del pensamiento como el más grande idealizador de la *efectividad procesal*, y consiste en la afirmativa de que el proceso para ser efectivo, deberá apoyarse en un sistema que asegura a quien tiene razón en una situación jurídica igual a la que debería tener del derivado del cumplimiento normal y oportuno de la obligación. «*Y, que en la medida en que se evidencie la posibilidad de daño o peligro de perecimiento del derecho, esa situación debe ser, desde luego y específicamente, protegida*» Esta es precisamente la hipótesis del art. 461 del C.P.C. Peruano cuando se refiere a las *obligaciones de hacer y no hacer*.

Arruda Alvim,⁷³⁹ dice que no prevalece la *autonomía del proceso* y del *derecho material* en su plenitud cuando se trata de las llamadas *tutelas diferenciadas*, porque el que se da es la adaptación o la sumisión de la disciplina procesal a una o varias situaciones materiales. «*Vale decir, la tutela diferenciada debe ser comprendida a partir de una reaproximación entre derecho y proceso*.

⁷³⁸ MONROY GALVEZ, JUAN Y MONROY PALACIOS, JUAN. En Boletín J.A. del 12-04- 2000, p. 28.

⁷³⁹ ALVIM, ARRUDA. *Obrigações de fazer e de não fazer - Direito material e processo*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 70

O también se configura el instituto procesal específicamente en función de cada situación de derechomaterial»

Los presupuestos de procedibilidad son los mismos presupuestos generales, con la particularidad que el accionante tiene que aportar *prueba indubitable* que acredite su derecho a un posible fallo *positivo, evidencia y convicción* llevan al juzgador a tomar esta decisión. El juez cuando concede tutela anticipada, en realidad se pronuncia sobre todo o parte de la materia que será objeto de la sentencia final, esto significa *prejuzgamiento*. *Legalmania.com*⁷⁴⁰ afirma que no siempre el litigante puede esperar hasta que termine un juicio y se produzca la ejecución para recibir la tutela que necesita.

El tiempo que requiere todo ese proceso puede significar perjuicios irreversibles o lograr el reconocimiento de un derecho en forma tardía, cuando ya no se puede efectivizar.

Además de esas formas clásicas cautelares de protección de sus derechos antes de la sentencia definitiva, la *doctrina de la tutela cautelar* ha creado otro instrumento específicamente denominado *tutela anticipada* y está plasmada en el Art. 65 del proyecto de reforma al *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, elaborado por los Dr. Morello, Arazi y Kaminker: «El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe convicción suficiente acerca del derecho invocado, 2) se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento, se causaría un daño irreparable al peticionante, 3) se efectivice contracautela suficiente...4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará *prejuzgamiento*»

En la legislación proyectada, la *tutela anticipada* sólo la puede decretar el juez luego de trabada la litis y previo una audiencia convocada con urgencia, para oír a las partes. Sin embargo, en los casos que la legislación procesal no ha contemplado, el juzgador puede amparar estas medidas cautelares anticipadas, sin necesidad de una audiencia, fundamentado en suficientes medios probatorios que racionalmente conduce a un juicio anticipado que la sentencia será declarara fundada y aún el juez puede amparar este tipo de tutela cautelar antes de iniciado el proceso principal a condición que dentro del término de ley promueva el proceso de mérito o de fondo, y de no hacerlo quedará sin efecto. Esta es una de las diferencias con las medidas cautelares clásicas.

Un resonante caso que llegó a ser decidido por la *Corte Suprema Nacional*⁷⁴¹ sirve para elaborar un ejemplo que permite comprender más fácilmente la definición. En un accidente de tránsito, una persona sufre una lesión que le acarrea la amputación del antebrazo, interpone la demanda reclamando indemnización por daño emergente, lucro cesante, daño moral y provisión de prótesis. De las pretensiones necesita satisfacer con urgencia el último rubro para poder seguir trabajando. Requiere entonces la tutela anticipada y luego de iniciado el proceso, el juez cita a las partes a una audiencia urgente. Luego de oír a los litigantes, el juez considera

⁷⁴⁰ LEGALMANIA.COM. *Los términos de actualidad*, www.legalmania.com (31-10-2006).

⁷⁴¹ CORTE SUPREMA NACIONAL. *Jurisprudencia de tutela anticipada*, en *La Ley*, tomo 1997-E, pp. 652 y ss.

que hay certeza suficiente (*algo más que "verosimilitud del derecho"*) y la demora llevaría a la frustración del derecho. Partiendo de esos presupuestos, otorga la tutela anticipada obligando al demandado a proveer la prótesis requerida asumiendo el costo de la prótesis.

El C.P.C. peruano, art. 674°, considera como una *medida cautelar excepcional* ubicándola dentro de la subclasificación de «*Medidas temporales sobre el fondo*» prescribiendo:

Artículo 674°.- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta»

Al respecto, las objeciones constitucionales son salvadas por la elocuencia de *Morello*⁷⁴² quien afirma «*Si el juez adquiere en los estadios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior, ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos tiempos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después (...) Si el demandado viene "chicaneando" y levanta - sin razón- un arsenal de escollos y barreras para impedir la protección a la que el actor tiene derecho, según lo que ya está demostrado en los autos, ¿qué justificación legitimaría diferir lo que está claro y expedito? Ninguna»*

El Juez debe atender esencialmente a la naturaleza de la relación sustancial que pretende cautelarse con la medida, apreciar la *gravedad* y la *inminencia del peligro* de su violación, la realidad del daño que la negativa o rechazo de la medida podría producir a la parte, apreciar si la tutela normativa ordinaria y las *medidas conservatorias típicas* previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño, y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es *necesaria y urgente* para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Como podemos advertir entonces, *la tutela anticipada* es una *tutela diferenciada* de urgencia que en base en una cognición sumaria y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al peticionante otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa *juzgada material*. La *anticipación* es una de las técnicas utilizadas por el legislador para solucionar el problema de la *demora en la entrega* de la prestación jurisdiccional.

El *Código Procesal General Ambiental argentino del 2002* ha previsto que en los casos de urgencia o en materia de protección del medio ambiente, los recursos naturales, el patrimonio histórico y la belleza escénica, la *sentencia anticipada*⁷⁴³ puede ser ordenada aún antes del traslado

⁷⁴² MORELLO. Cit. por VARGAS, ABRAHAM LUIS. *Teoría general de los procesos urgentes*, en *Medidas autosatisfactivas*. Parte general. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. Pág. 87

⁷⁴³ Este Código denomina sentencia anticipada a la resolución que ampara la tutela cautelar anticipada, antes de emitida la sentencia debe aclararse que esta expresión confunde con la sentencia anticipada que es la emisión de la sentencia antes que el proceso concluido su dinamismo agotando todas las etapas o fases.

de la demanda, en cuyo caso la demanda deberá ser presentada en un plazo de quince días contados a partir del cumplimiento de la medida anticipada. La materia ambiental se encuentra exenta de rendición de garantía para esta medida cautelar anticipada.

El dictado de la *sentencia anticipada no prejuzga* ni define de manera definitiva la pretensión, pudiendo ser modificada, denegada, o confirmada en la sentencia definitiva. Por otra parte, tratándose de materia ambiental, si el obligado no presenta la contestación de la demanda en el plazo de ley, sea 15 días, el juez ordenará las medidas cautelares y de ejecución para evitar un daño mayor e impedir la comisión de nuevos hechos de los que justificaron la medida.

Nuestro C.P.C. considera dentro de estas medidas cautelares la *asignación anticipada de alimentos* (art. 675º), los derechos de los menores en el proceso de separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menores, tutela y curatela, en los casos de agresión familiar (art. 677), en los procesos de nombramiento y remoción administradores de bienes (art. 678º); la *ejecución anticipada* en el *proceso de desalojo* (Art. 679º), etc.

Por otra parte es muy importante hacer un deslinde de la *tutela cautelar anticipada*, la *ejecución anticipada de la sentencia*, en este sentido la doctrina y jurisprudencia moderna es coherente sobre la materia, y citamos la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*⁷⁴⁴ de 15 de julio de 2004 deniega la medida cautelar de *ejecución provisional de sentencia*.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de julio de 2004

«Tras sentencia estimatoria del recurso interpuesto contra los Acuerdos del Consejo de Gobierno de la CAM relativos a la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana y habiendo sido preparado recurso de casación contra la misma, la parte recurrente petitiona su ejecución provisional para que, a consecuencia de ello, se obligue a las Administraciones demandadas a guardar un deber de abstención de contenido determinado.

El TSJ de Madrid deniega la mencionada ejecución provisional ya que acceder a la pretensión actora constituiría una congelación indiscriminada e indefinida de la actividad administrativa futura a la vez que resultaría incongruente con el propio fallo de la sentencia referenciada la cual no efectuó condena alguna de las demandadas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único. *En los presentes autos fue dictada Sentencia en fecha 27 de febrero de 2003, parcialmente estimatoria del recurso contencioso administrativo y, habiendo sido preparado recurso de casación contra la misma, fue solicitada por la parte actora su ejecución provisional sin fianza y habiéndose dado traslado de la solicitud a las demás partes, presentaron las mismas sus correspondientes escritos de impugnación.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

⁷⁴⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. *Sentencia denegatoria de ejecución provisional de una sentencia por tener carácter constitutivo*, www.lexnova.es (19 10-2006).

Primero. Don Juan A.B.G., ha instado la adopción de medidas cautelares y la ejecución provisional parcial de la sentencia dictada en los autos tramitados con el número 1328/1997 del registro de esta Sección mediante la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid de 17 de abril de 1997, por la que se hicieron públicos los Acuerdos del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid relativos a la Aprobación Definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, anulándose en aquellas determinaciones que suponían la desclasificación, en diferentes ámbitos, de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección, al no haberse motivado la desprotección ni acreditado en el proceso la desaparición de las circunstancias que en su día determinaron la protección de los terrenos.

A tal fin ha solicitado de la Sala que ordene a las Administraciones codemandadas que en el futuro no adopten acuerdos que supongan cualquier ejecución o desarrollo urbanístico de los terrenos afectados por la parte dispositiva de la sentencia, en tanto tengan la clasificación de Suelo No Urbanizable Especial Protección, de tal forma que no se adopten acuerdos relativos a la aprobación de planeamiento de desarrollo con la finalidad de transformación urbanizadora de los Suelos No Urbanizable Especialmente Protegidos, la aprobación de constitución de Entidades Urbanísticas que tengan como ámbito de gestión o actuación terrenos afectados por la sentencia, la aprobación o modificación de proyectos de equidistribución de beneficios y cargas urbanísticas que los incluyan y la aprobación o modificación de proyectos de urbanización que incluyan terrenos en contradicción con la sentencia, sin ofrecimiento de fianza al considerar que, refiriéndose su petición a actuaciones futuras, no se causaría perjuicio a las que ya se encuentran en proceso de urbanización o edificación, al tiempo que se impediría la generación de situaciones irreversibles en relación a los ámbitos que no se encuentran en esta circunstancia.

Segundo. En el entorno propio de la ejecución provisional debe reconocerse que desde la anterior Ley Jurisdiccional, fundamentalmente a partir del auto del 11.1.1993, la jurisprudencia ha venido declarado que el artículo 98 de la Ley habría la posibilidad a la ejecución provisional de la sentencia, aunque no de forma automática, como en el caso de la ejecución definitiva, sino previa petición de parte y afianzamiento de los daños que pudieran derivarse de la ejecución anticipada.

En concreto, se admitió con carácter general la ejecución provisional de las sentencias cuyo objeto era el pago de cantidades líquidas o liquidables. Respecto de aquellas otras que tenían objeto diferente, la aceptación de la ejecución se subordinaba a que el Tribunal no considerara que de ella pudieran derivarse perjuicios irreparables.

La anterior doctrina ha sido acogida por el artículo 91 de la vigente Ley Jurisdiccional al permitir que, no obstante la preparación del recurso de casación, las partes favorecidas por la sentencia puedan instar su ejecución provisional, que se llevará a efecto previa presentación en legal forma y acreditación en autos de la caución o garantía que se le exija para responder de los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la misma y una vez adoptadas las demás medidas que el Tribunal considere adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios.

Según declara la sentencia del Tribunal Supremo de 12.11.2001, aunque sea exigible la prestación de aval o garantía siempre que la ejecución anticipada pudiera irrogar perjuicios susceptibles de valoración económica, la ejecución provisional de una sentencia recurrida no tiene en la actualidad carácter extraordinario, lo que se acentúa cuando lo ha sido en la vía limitada y extraordinaria que representa la casación. Según la precitada sentencia, ello representa una opción decidida por la Administración de Justicia porque, pese a que la resolución carezca de firmeza, ya ha existido previamente un control jurisdiccional pleno sobre el acto impugnado lo que no acontece en el ámbito propio de las medidas cautelares, y tiende a evitar que los recursos sean utilizados al margen de su finalidad objetiva de medios de impugnación para convertirse en táctica dilatoria.

Tercero. *La anterior no constituye, sin embargo, la única regla ni es tampoco la aplicable al caso de autos.*

Conviene dejar sentado ahora que el punto 3 del ya citado artículo 91 de la vigente Ley Jurisdiccional previene, a su vez, que "la ejecución provisional se denegará cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación".

En el caso de autos, la parte que insta la ejecución provisional de la sentencia no ha ofrecido prestar fianza o aval para responder de los daños o perjuicios que dicha ejecución anticipada pudiera causar. Si se diera el supuesto de que, accediéndose a la misma, resultara la sentencia revocada en casación, y no es que la ejecución provisional no los origine sino que, a la vista del alcance de la sentencia en relación con el acto impugnado, resulta de imposible cuantificación la garantía que debe prestar el ejecutante para responder de los que se cause no sólo al interés público latente en la ejecución del planeamiento sino también a todos cuantos tengan intereses en el mismo que pudieran verse comprometidos por la falta de desarrollo del Plan General durante el tiempo de pendencia del recurso de casación, de donde se infiere la conclusión de que en el supuesto de autos los perjuicios derivados de la eventual ejecución provisional de la sentencia serían de tal entidad que resultarían irreparables, por lo que, en aplicación del artículo 91.3 de la Ley de la Jurisdicción, no es procedente acceder a la ejecución anticipada que se pretende.

Cuarto. *A mayor abundamiento es conveniente efectuar también una segunda precisión que, si bien es predicable de las ejecuciones de sentencias en general, resulta especialmente relevante en el supuesto de autos en la medida en que se proyecte sobre la ejecución provisional.*

Ello viene al caso porque en el supuesto presente la parte actora ha instado la ejecución provisional de una sentencia de carácter meramente constitutivo y a tal fin ha solicitado de la Sala la imposición a las Administraciones demandadas de una genérica obligación de abstención que, en su momento, no fue concretamente pedida en el suplico de la demanda y a cuya observancia no fueron expresamente condenadas en sentencia.

Por lo tanto, dado que en ejecución provisional se ha pedido la adopción de una medida que no ha sido ordenada en el fallo, habrá que ver si lo solicitado se ajusta al título de ejecución o si contraría la sentencia porque el principio de congruencia, que en la fase declarativa del proceso impone que los fundamentos y el fallo de la sentencia se mantengan dentro de los límites de las pretensiones deducidas por las partes y de las alegaciones y motivos de

impugnación invocados en su apoyo, ha de observarse también en la relación existente entre la sentencia y su ejecución, y así se declara, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20.12.1996, según la cual "el principio fundamental que debe presidir las resoluciones que se dicten en ejecución de sentencia es que dichas resoluciones no pueden separarse de la parte dispositiva del fallo que se ejecuta, por lo que no cabe que concedan más, menos o cosa distinta de lo ejecutoriado. Así resulta del artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción, que ordena llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, adaptándose las resoluciones que procedan y practicándose lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo", precepto que, en lo que interesa al supuesto que nos ocupa, se mantiene en términos similares en el punto 1 del también artículo 104 de la Ley Jurisdiccional vigente.

Pues bien, el principio de congruencia implica, como regla general, que sólo resulten susceptibles de una actividad de ejecución propia las sentencias que condenen a la Administración al cumplimiento de una determinada obligación, bien sea de dar, de hacer o de no hacer.

Por el contrario, las sentencias declarativas o constitutivas, en la medida en que producen efectos por la mera declaración judicial de nulidad o de anulabilidad de la actuación administrativa recurrida, no dan lugar a un procedimiento de ejecución propiamente dicho, aunque admite el desarrollo de cierta actividad jurisdiccional de naturaleza ejecutiva encaminada a hacer valer la sentencia órdenes de publicaciones, de práctica de inscripciones registrales, etc.

La regla anterior, sin embargo, presenta una excepción que se despliega en orden a evitar que el fallo quede desvirtuado por eventuales inejecuciones indirectas: En estos casos la necesaria iniciación de un procedimiento incidental de ejecución se dirige a impedir que ulteriores actuaciones administrativas, de forma directa o encubierta pero siempre con el designio de conseguir la ineffectividad del pronunciamiento judicial, enerven el contenido material del fallo, bien sea por resultar lo posteriormente decidido incompatible con la sentencia bien por haber vaciado de contenido su parte dispositiva Sentencia del Tribunal Supremo de 29.10.2001, que cita la Sentencia del Tribunal Constitucional número 167/1987, de 28 de octubre (caso Oficina de Turismo de San Francisco) En esta doctrina parece estar inspirado el artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción vigente, cuando dispone que "serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento".

De lo anterior se concluye con carácter general que las sentencias constitutivas producen sus efectos por sí mismas, sin necesidad de un acto administrativo que reitere la ineficacia de la disposición anulada y sin requerir ulterior proceso de ejecución propiamente dicho, ni tolerarlo tampoco en la medida en que implique la imposición a la Administración de obligaciones a cuyo cumplimiento no fue condenada, y ello sin perjuicio de que, excepcionalmente, pueda la sentencia constitutiva ser objeto de ejecución impropia en cuanto que hayan de rechazarse eventuales incumplimientos indirectos de la sentencia que, además, habrían de oponerse cuando se produjeran y no preventiva ni anticipadamente, como en el caso de autos pretende el demandante acogiéndose a la técnica de las medidas cautelares.

Por consiguiente, en caso de que hubiera de acudirse a un procedimiento incidental de ejecución para evitar inejecuciones indirectas de la sentencia constitutiva, ello sería en el entendido de que éstas van más allá de la mera oposición entre el tallo y la ulterior actuación administrativa pues implican el desarrollo de una actividad viciada de desviación de poder por estar encaminada a neutralizar o a desvirtuar la efectividad de la sentencia.

Quinto. *De lo expuesto se infiere que el marco en el que se incardina la petición del demandante viene definido no sólo por los principios generales favorable a la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación, el primero, y de su interdicción si la ejecución anticipada pudiera originar situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación, el segundo como es el caso, según se ha explicado, sino también previa observancia de la relación de congruencia entre el fallo y la actividad ejecutiva que se pretende y en el entendido de que la ejecución provisional presenta naturaleza y función jurídica distinta a las de las medidas cautelares.*

Desde la anterior perspectiva resulta igualmente improcedente acceder a la ejecución provisional solicitada: Siendo la sentencia de mera anulación de una disposición general, no resulta la misma susceptible de ejecución provisional directa al ser de carácter meramente constitutivo y no haberse reconocido en ella situaciones jurídicas individualizadas que impliquen correlativas obligaciones administrativas y, de otra parte, la anulación de ciertas determinaciones del Plan General no implica por sí misma el desapoderamiento de las Administraciones demandadas para el ejercicio de la potestad de planeamiento, de manera que la petición de que, provisionalmente se les obligue a guardar un deber de abstención de contenido determinado, no sólo congela indiscriminada e indefinidamente la actividad administrativa futura sino también resulta incongruente con el fallo que no ha efectuado condena de las demandadas, y esta conclusión no queda enervada por la circunstancia de que la solicitud se haya formulado en un contexto próximo al de las medidas cautelares y bajo la específica invocación del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción porque la idea misma de ejecución provisional excluye la de medidas preventivas que sólo cabe adoptar en tanto no haya recaído sentencia, quedando excluidas cuando ya se ha producido un pronunciamiento judicial de fondo, en cuyo caso, la vía que se abre es exclusivamente la de la ejecución provisional, si fuera procedente, y todo ello sin perjuicio de las facultades del recurrente de instar medidas cautelares ante el Tribunal de casación o ante el que conozca de las eventuales impugnaciones que haya formulado o en lo sucesivo pueda deducir contra los instrumentos de desarrollo y ejecución del Plan General donde, ya concretados dichos instrumentos y precisadas sus determinaciones, puedan ponderarse los intereses en conflicto.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

Denegar la ejecución provisional solicitada»

10. DIFERENCIA DE TUTELA CAUTELAR ANTICIPADA Y EJECUCIÓN ANTICIPADA DE SENTENCIA

La ejecutoria citada en el tópico anterior permite hacer la diferenciación de la tutela anticipada como proceso de tutela cautelar y la ejecución anticipada de la sentencia.

En la primera el juez ampara la *tutela anticipada* antes de haberse emitido la resolución que ponga fin a la instancia, fundamentada en las pruebas que inducen al juzgador a formarse el criterio preliminar la posibilidad que el proceso de mérito concluirá con sentencia declarando fundada la demanda, sin embargo en el transcurso de la dinámica procesal puede probarse lo contrario y declararse infundada la demanda, o producirse otros fenómenos procesales como el desistimiento, el abandono, etc.

En cambio la *ejecución anticipada* de la sentencia como su nombre lo indica, ya sea por mandato de la ley procesal o a justo criterio del juez y a solicitud del litigante vencedor, ordena la ejecución anticipada de la sentencia. Esta medida puede producirse en dos supuestos: antes del vencimiento del término de apelación, y en el supuesto que la sentencia ha sido objeto de recurso de apelación, la que puede ser impugnada por el litigante perdedor y el demandante vencedor. En ambos supuestos, la ejecución anticipada se proveerá en cuaderno separado con las copias certificadas de la sentencia.

Bibliografía

AGOSTINO, GRACCO D. *Il processo collettivo del lavoro*, 1938, trad. CHAVEZ VALLEJOS, HECTOR.

AGUDELO RAMÍREZ, MARTÍN. *Los límites subjetivos de la cosa juzgada desde el horizonte de la bilateralidad de la audiencia*. Revista jurídica N° 7, Enero - Junio, 2001, Profesor de Teoría General del Proceso de las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana, Colombia. www.MARTINAGUDELORAMIREZ

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, MAITE. *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. (Abogada, Doctora en Derecho de la Universidad de Navarra. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes). *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1, pp. 69 - 91 [2006]. www.scielo.cl/scielo.php? (09-03-2007)

ALAIN. *Eléments de Philosophie*, cit. en www.cristianemarinhocivil.vilebol.com (16 de enero, 2006).

ALCALÁ-ZAMORA, NICETO Y R. LEVENE. *Derecho procesal penal*, tomo II, edit. Guillermo Graft Ltda, Buenos Aires, Argentina, 1945.

ALCINA, HUGO. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, edit. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1961.

ALCINA, HUGO. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo III, 1971.

ALSINA, HUGO. *Derecho procesal civil y comercial*, tomo II, Editores, 2ª edic., edit. Eidar S.A. , Buenos Aires, Argentina, 1956.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. *Contratación contemporánea y defensa patrimonial del deudor*, en *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizacio por el Ilustre Colegio de

Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), edit. Cultural Cuzco S.A. Editores, 1990.

ALVIM, ARRUDA. *Obrigações de fazer e de não fazer - Direito material e processo*. In: TEIXEIRA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO (coord.) *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*, São Paulo, Saraiva, 2001.

ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 1987, 10ª edic.

ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Derecho procesal civil. Teoría del proceso civil*, edit. SESATOR, Lima 1974.

ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Los derechos humanos y su protección*, 2ª edic., EDDELI Editorial y distribuidora de libros S.A., Lima, Perú, 1977.

AMAYA, N. ENRIQUE. *La nulidad procesal como acción, excepción y recurso en el proceso civil*, Buenos Aires, edit. Bibliográfica Argentina, 1947.

ANDRUET, ARMANDO S. *La sentencia judicial, diversas conceptualizaciones de ella*, Discurso de Incorporación como Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, <http://www.acader.unc.edu.ar/artan.pdf> (17-12-2006).

ARANGIO RUIZ, VINCENZO. *Las acciones en el derecho privado romano*, trad. de FAUSTINO GUTIÉRREZ ALVIS, edit. Revista de derecho privado, 20, Madrid, España 1945.

ARCE Y FLORES - VALDES, JOAQUÍN. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, edit. Civitas, S.A. 1990.

ARGUVAL. *Derechos humanos, Constitución española, Estatuto de Andalucía*, 4ª edic., edit. Arguval, España, 1994.

ARIETA, G. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.*, edit. Cedam, Padova, 1982.

ARISTÓFANES. *Os acarnianos (425), Os cavaleiros (424), As nuvens (423), As vespas (422), A paz (421), As aves (414), Lisístrata (411), Tesmofórias (411), As rãs (405), A assembléia de mulheres (392) e Pluto (388)*, www.mundocultural.com.br/index.asp?url=http://www.mundocultural.com.br/literatura1/grega/aristofanes.htm (14-03-2007).

ARÍSTEGUI, ABEL. *Oposiciones fundamentales a la Teoría Ecológica del Derecho*, La Plata, Ed. Platense, 1968.

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACIONAL. *Código de ética modelo para las magistraturas provinciales*, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 25, año 2000, Argentina.

AURELIANO DE GUSMÃO, MANOEL. *Poceso civil e comercial*, tomo I, Brasil, 1934.

BACHOF, OTTO. *Jueces y constitución*, Edit. Taurus, Madrid, 1963.

BALCÁZAR QUIROZ, JOSÉ. *Medidas autosatisfactivas*, Editorial Astrea, 2005, www.astrea.com.ar (29-08-2006).

BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. *Instituições de direito judiciario do trabalho*, Brasil, 1974, trad. CHÁVEZ VALLEJOS, HÉCTOR.

BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS. *Comentarios à lei de introducaõ ao código civil*, tomo I, Brasil, 1957, trad. HÉCTOR CHAVEZ VALLEJOS.

BATISTA MARTINS, PEDRO. *Recursos e processos da competencia originaria dos tribunais*, Brasil, 1957.

BATISTA MARTINES, PEDRO. *Proyecto do código de proceso civil de 1973*, Brasil, 1973.

BATOUNI MENDRONI, MARCELO. *Síntese da evolução histórico-científica do direito*, s/f. Es Promotor de Justicia do Estado de Sao Paulo, Doctor en Derecho Procesal por la Universidad Complutence de Madrid.
www.amprs.org.br/images/mendroni1 (16-03-2007).

BELLUSCIO, AUGUSTO C. *Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, tomo 2, 1979.

BERGSON, HENRY. *La penssée et le mouvant: essais et conférences*, 31^a ed., edit. Universitaires de France, París, 1955.

BERIZONCE. *Medios de impugnación de la cosa juzgada*,
www.MARTINAGUDELORAMIREZ

BETTI, EMILIO. *Diritto processuale civile italiano*, ed. corredata della recente giurisprudenza, Roma, Societá editrice dil Foro italiano, 1936.

BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Teoria geral do direito civil*, 4^a ed. Brasilia, Ministério da Justiça, Brasil, 1972.

BEVILAQUA, CLOVIS. *Teoría procesal civil*, Brasil, 1929.

BINDING. *Die Normen und ihre Übertretung*, cit. por PIERO CALAMANDREI en *Estudios sobre el proceso civil*, edit. Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina, 1961.

BOBBIO, NORBERTO. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de MARIA CELESTE C. J. SANTOS, 10ª edic., Brasília, Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, NORBERTO. *Derecho y lógica*, trad. A. ROSSI, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México D.F., 1965.

BOBBIO, NORBERTO. *Nature et fonction de la philosophie du droit*, dans *Archives de philosophie du droit*, México, 1962.

BOBBIO, NORBERTO. *Être et devoir-être dans la science du droit*, dans *Essais de théorie du droit*, trad. del italiano.

BOBBIO, NORBERTO. *Prólogo a la primera edición*, en *Contribución a la teoría del derecho*, trad. Alfonso Ruíz Miguel, Debate, Madrid, 1990.

BOBBIO, NORBERTO. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

BONNECASE, JULIAN. *Introducción al estudio del derecho*, trad. JOSÉ M. CAJICA, edit. J.M. Cajica, Jr. Puebla, México, 1944.

BONNECASE, JULIEN. *Science du droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 a l'heure actuelle*, Recueil Sirey, París, 1928.

BORDEAUX. *Filosofie de la procédure civile*, cit. por Trueba Urbina, Alberto.

BORDALI SALAMANCA, ANDRÉS. *Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, 2006, Profesor de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, revider@uach.cl

BOUTMY, EMILE. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y M. Jellinek*, trad. AMUCHÁSTEGUI, JESÚS G., p. 164, www.biblijuridica.org (11 de septiembre, 2005).

BÜLOW, OSCAR VON. *De praejudicialibus formulis* (1859) y *De praejudicialibus exceptionibus* (1863), *Gesetz und Richteramt* (1885)

CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario jurídico elemental*, tomo III, edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982.

CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario jurídico*, tomo I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII, edit. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998.

CAJAS BUSTAMANTE, WILLAM. *Código civil, código procesal civil*, edit. RODHAS, Lima, Perú, 2000.

CALAMANDREI, PIERO. *Estudios sobre el proceso civil*, edit. Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina, 1961.

CALAMANDREI, PIERO. *La chiamata in garantia (1913), La cassazione civil (1920), Studi sul processo civile (1930 - 57), Elogio dei giudici scritto da un avvocato (1935), Inventario della casa di campagna (1941), Istituzione di diritto processuale civile (1941 - 44), Scritti e discorsi politici (postumo 1966)*.

CALAMANDREI, PIERO. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936.

CALAMANDREI, PIERO. *Elogio de los jueces*, Italia, 1935.

CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. 1935.

CALAMANDREI, PIERO. *Instituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Italia, 1943.

CALAMANDREI, PIERO. *Derecho procesal civil*. Obra compilada, editada y trad. FIGUEROA, ENRIQUE, editorial Pedagógica Iberoamericana, distribuidor EPISA, S.A. de C.V.

CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, El Foro, Buenos Aires, 1996.

CALAMANDREI, PIERO. *La casación civil*, edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1975.

CALAMANDREI, PIERO. *Estudios de dirito processual*, edit. LZN, 2003.

CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de la providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CAMARA DE DIPUTADOS DE LA REPUBLICA ARGENTINA. *Proyecto de Ley modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Exp. 2764-2006, Trámite Parlamentario 57, edit. Imprenta del Congreso de la Nación, Argentina, 2006, www.diputados.ari.org.ar (29-08-2006).

CAMPOS, FRANCISCO. *Exposição ao projecto do processo civil de 1939*, Brasil, 1939.

CAPPELLETTI, MAURO. *Proceso, ideología y sociedad*, Edit.EJEA, Buenos Aires.

CARLI, CARLO. *La demanda civil*, edit. Lex, Buenos Aires, Argentina, 1973.

CARLOS. *Nociones sumarias sobre nulidades procesales y sus medios de impugnación, y Nulidades procesales*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XX, p. 547.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *La Prueba Civil*, 1982.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Teoría general del derecho*, trad. POSADA, CARLOS G., 1941.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema di diritto procesuale civile*, tomo I, 1936.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. GUASP, 1942.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, edit. E.J.E.A. Buenos Aires, 1959.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema de derecho procesal civil*, tomo I, edit. UTEHA, Buenos Aires, Argentina 1944.

CALAMANDREI, PIERO. *La casación civil*, tomo I, vol. 1º, edit. EJEA, Buenos Aires, 1959.

CECCHINI, FRANCISCO CARLOS. *La constitución emplaza a la creación de nuevos instrumentos procesales. Tutelas urgentes, en Medidas autosatisfactivas. Parte general*, Ateneo de estudios del proceso civil, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 1999.

CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios*, www.centrodefilosofia.org.ar (03-02-2007).

CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Los beneficiarios del Derecho*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 27, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, Argentina, 2003.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE TUCUMÁN, Argentina.

CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO, ARGENTINA, Ley 2.208 y mod. Texto Ordenado por Ley N° 2.235 (29/09/88) www.sup-trip-delsur.gov.ar

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, suscrita en Viena, Austria, el 24 de abril de 1963.* www.migacioninternacional.com

CONTE, AMADEO G. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962.

COMTE, AUGUSTO. *Système de politique positive*, Paris, 1884, trad. HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS.

CORBAL DOMINGUEZ, JESUS EUGENIO. *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en *Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

CORNICK, MAC. *Le raisonnement juridique*, dans *Archives de philosophie du droit*, PUF, París, France, 1988.

CORRÊA TRELLES, JOSÉ. *Doctrina de las acciones*, 1918.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. *Derecho Procesal Civil*, edit. Colex. 1996.

CORTE SUPREMA NACIONAL. *Jurisprudencia de tutela anticipada*, en *La Ley*, tomo 1997-E.

COSTA, COQUEJO. *Derecho judicial de trabalho*, edit. FORENSE, Rio de Janeiro, Brasil, 1978.

COSSIO, CARLOS. *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1945.

COSSIO, CARLOS. *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2a. ed., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

COSSIO, CARLOS. *Teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Argentina, 1944.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3ª edic., Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Argentina, 1977.

COUTURE, EDUARDO. *Proyecto de Código de Procedimientos*, Argentina 1945.

COUTURE, EDUARDO J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, 3ª edic., edit. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cit. en <http://www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/luisfernando/lasentenciajud.htm>

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos do direito procesal civil*, trad. Brasil, 1946, trad. CHÁVEZ VALLEJOS, HÉCTOR.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Argentina, 1946.

COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, , edit. Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina 1985.

COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos del derecho procesal civil*, edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1973.

CUQ, EDUARDO. *Institutions juridiques des romains*, tom. II, France, 1902.

CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *Exp. N° 1549-89 seguido por Manuel Guido Muñoz Goicochea y otros contra la Empresa Hidrandina S,.A. sobre Acción de Ampr por violación de convenciones colectivas*, tomado del archivo del Estudio Jurídico «CHAVEZ & ASOCIADOS», Trujillo, Perú, 2003.

CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, Trujillo, Perú, 2003, edit. Estudio Jurídico «CHÁVEZ & ASOCIADOS»

CHÁVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *Exp. 3575-96 seguido por Helmer Justo Zavaleta Campos con la Empresa COVICA S.A. y otra sobre obligación de dar suma de dinero*, tomado del archivo del Estudio Jurídico «CHAVEZ & ASOCIADOS», Trujillo, Perú, 2003.

CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *Exp.98-0038, seguido por Cristian Jiménez Valdez con la Empresa Carlos A. Manucci S.A. sobre impugnación de resolución administrativa*, ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia La Libertad, Trujillo, Perú, 2000, tomado del archivo del Estudio Jurídico «CHAVEZ & ASOCIADOS» Trujillo.

CHAVEZ VALLEJOS, HECTOR. *El derecho procesal constitucional y la ejecución de sentencia (acción de amparo)*, en Revista jurídica, Organo oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 132, año 1994.

CHAVEZ VALLEJOS, HECTOR. *La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la responsabilidad civil de los jueces en el Derecho procesal Civil*, en Revista jurídica, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 134, 75 años, edic. especial, enero 1996 – julio 1999, edit. Empresa editora Nuevo Norte S.A., Trujillo, Perú, 1999.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituzioni di diritto processuale civile*, tomo I, trad. GUIMARÃES MENEGALE, 1942.

CHIOVENDA, JOSEPPE. *Principios de derecho procesal civil*, tomo II, Madrid, 1977.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. GÓMEZ ORBANEJA, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Saggi di diritto processuale civile*, Bolonia 1903.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Principi di diritto processuale civile*, Nápoles 1906.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *La condanna nelle spese giudiziali*, Turín 1920.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Roma 1930.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituzioni di diritto processuale civile*, Roma 1935.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. de E. GÓMEZ DE ORBANEJA, Edit. Reus, Madrid, 1922.

DABIN, JEAN. *Le droit subjetif*, París, France, 1952.

DE BUENO VIDIGAL, LUIS EULALIO. *Comentarios en el código de proceso civil*, tomo VI, 1974.

DECUGIS, HENRI. *Les étapes du droit*, tomo II, 1946.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho civil de España*. Parte general, t. I, 2ª edic. Madrid, 1949.

DE FIGUEIREDO FERAZ, MANUEL CARLOS. *Nocão ontológica do processo*, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, *Instituições de direito procesual do trabalho*, Barisil, 1974.

DE LA OLIVA SANTOS, A. Y DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I. *Derecho procesal civil*, 7ª edic., edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2002.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, CARLOS. *Una nueva forma de entender el derecho: la concepción triádica de la norma*, www.cartapacio.edu.ar (04-02-2007).

DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Colombia, 1983.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *De la tercería en el derecho procesal civil*, AAVV, edit. Ediciones Fabreton Caracas, Venezuela, 1993.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Nociones generales del derecho procesal civil*, edit. Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, 1966.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, Bogotá, Colombia, 1974.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones*, en *Revista de Derecho Procesal*, número 11, Bogotá. 1966.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal – Teoría general del proceso*, tomo I, 13ª edición, Biblioteca Jurídica DIKE, Colombia, 1,993.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO *Nociones generales del derecho procesal*, tomo I. www.alroca123@hotmail.com www.alroca123@yahoo.es (20 de abril, 2006).

DIAZ. CLEMENTE A. *Instituciones de derecho procesal*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.

DINIZ, MARIA HELENA. *Dicionário jurídico*, São Paulo, Vol. I, Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 4.ed. Saraiva, São Paulo, 2001.

DONAIRES SÁNCHEZ, PEDRO. *La vigencia de la justicia y la equidad*, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 7, 2003/2004, ISSN 1575-7382, www.filosofiyderecho.com (26 - 01 2007)

DOURADO, PAULO DE GUSMÃO. *Elementos de direito civil*, Rio de Janeiro, 1969.

DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, vol. 1, ISBN:84-96579-50-6. Reimp. de la edcn. de Madrid, Francisco Beltrán, S.A..

DUGUIT, LEON. *Les transformations générales du droit privé*, 1953.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*, trad. A. G. Posada y R. Jaén, Heliasta, Buenos Aires, 1975.

DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, en *Tratado de derecho civil*, tomo I, parte general, Vol I, edit. Depalma, Buenos Aires, 1977.

DU PASQUIER, CLAUDE. *Introducción al derecho*. Trad. Julio Ayasta, Justo Valenzuela, Edit., Lima 1983.

DU PASQUIER, CLAUDE. *Introduction a la Théorie Générale et á la Philosophie du Droit*, Neuchatel, 1937.

DUCROT, O. *Decir y no decir - Principios de semántica lingüística*, edit. Anagrama, Barcelona, 1972.

DURKHEIM, ÉMILE. *La división del trabajo social*, 1893. *Las reglas del método sociológico*, 1895. *Las formas elementales de la vida religiosa*, 1912,, en *Diccionario soviético de filosofía*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1965.

DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Barcelona, 1993, edit. Planeta-De Agostini, S,A, trad. MARÍA GUSTAVINO, y *Ensayo sobre Dwordin* , por ALBERT CALSAMIGLIA.

EJECUTORIA DEL JUZGADO DE BUENOS AIRES. *Exp. N° 119370: Santillán albina y otros c/Gobierno Central de Buenos Aires s/amparo*, ciudad de Buenos Aires, abril, 2004, asuntosjuridicos@argentina.org.ar

EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. El Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, fue creado en Montevideo, en las 'Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal', realizadas en 1957, en homenaje a la memoria de *Eduardo J. Couture*

ENGELS, FRIEDRICH. *L'origine della famiglia, della proprietà y delle Stato*, trad. LUIGI CECCHINE, 1945.

ENNECERUS, LUDWIG. *Tratado de derecho civil*, trad. por BLAS PÉREZ GONZALES Y JOSÉ ALGUER, tomo I, 1947.

ERRO, CARLOS A. Y ALMANZA, GUILLERMO. *El sujeto del derecho*, 1931, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS.

ESCOBAR FORNOS, IVAN. *Introducción al proceso*, edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

ESCRICH. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo III, 2ª edic., Madrid, 1845.

REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Edit. Dykinson, S.L., Madrid, 1987.

FIX - ZAMUDIO, HÉCTOR. *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional*, en Rev. Ius et veritas, año V, No. 8, Edit. por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

FALCONI PUIG, JUAN. *Código de procedimiento civil*, 2ª Edic., Edit. EDINO, Guayaquil, Ecuador, 1991.

F., S. V. OBRA SOC. DE LA ACT. DE SEGUROS REASEGUROS CAPIT. AHORRO. www.cpact.org.ar (03-10-2006).

FALCÓN, ENRIQUE M. *Gráfica procesal*, tomo II, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

FAIREN GUILLEN, VICTOR. *Teoría general del derecho procesal*, edit., Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2006, www.bibliojurica.org (29-11-2006)

FAZZALARI, ELIO - LUISO, FRANCESCO, P. *Codice di Procedura civile e norma complementari*, 4ª edic. Milano, Giuffrè, 1997.

FAZZALARI - LUISO. *Codice di Procedura Civile e norma complementari*, www.pj.gob.pe/8PLENOCIV99.pdf www.corteidh.or.cr/serieepdf/Ramirez_se_01.pdf (26-08-2006).

FERNÁNDEZ, M.A. *Derecho procesal civil*, t. III, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 1997.

FERNANDEZ DE BUJAN. A. *La jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid 2001.

FERNÁNDEZ SEZAREGO. *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*, Tesis para graduarse de Bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1950.

FERNÁNDEZ SEGADO, FERNANDO. *La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción en España*, en Rev. jurídica, organo oficial del Colegio de Abogados de la Libertad, año XL, No. 133, enero-diciembre, Perú, 1995.

FERRALI, L. *Derechos y garantías. Ley del más débil*, edit. Trotta, Madrid, España, 1999, trad. Andrés P. y Greppi, A.

FLORIAN, EUGENIO. *De las pruebas penales*, tomo I, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1976.

FRAGA, ALFONSO. *Instituciones del derecho procesal*, tomo II, Madrid s/f.

FRIORI POSADA, GIOVANNI F. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*, edit. ARA EDITORES, Lima, Perú, 2006.

FORNACIARI, MARIO ALBERTO. *Reflexiones acerca del objeto de la prueba en el proceso civil*. El presente trabajo integra el capítulo de igual título y autor del libro *Derecho procesal en vísperas del siglo XXI*, en memoria de los Profesores ISIDORO EISNER Y JOAQUÍN ALÍ SALGADO, publicado por la Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI).

GALDÓS, JORGE MARIO. *El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas*, en *Medidas Autosatisfactivas. Parte general*. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

GARCIA AMADO, J. *Teorías de la tópic jurídica*, edit. Civitas, Madrid, 1988.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO Y FRANCISCO SEGADO, FRANCISCO. *La constitución peruana de 1993*, edit. Editorial Jurídica GRIJLEY, Lima Perú, 1994.

GARCIA-BRAVO, TERESA. *Decálogo de las principales aportaciones de Norberto Bobbio al tratamiento de las antinomias*, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/14garciaberrio.pdf (10 - 04 - 2007).

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho*, edit. Imprenta Mundial, México, 1935.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, edit. Stylo, México, 1948.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *Filosofía del derecho*, edit. Porrúa, México, 1974.

GARCÍA-MAYNEZ, EDUARDO. *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. *Derecho Subjetivo*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*.

GARCIA MAYNES, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, México, 1949, cit. por ANIBAL TORRES VÁSQUEZ, en *Derecho Civil, Parte general*.

GASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. Citado por PACHECO GOMEZ, MÁXIMO. *Teoría del derecho*, editorial Jurídica de Chile. 4ta. edic. , Santiago, 1990.

GARSONET. *Traité téorique et pratique de procédure*, 1^a y 2^a edic. France, 1882 y 1897.

GAVAZI, G. *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959.

GELLIUS, PAULUS. *Noctes Attice*, Lib. XIV, cap. II, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS.

GELSI BIDART, ADOLFO. *Enfoque preliminar del proceso*, en *Revista de derecho procesal*, edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1936.

GELSI BIDART, ADOLFO. *Abuso del proceso, ponencia en la XI Jornada Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, Argentina 1981.

GELSI, BIDART. *De las nulidades de los actos procesales*, Montevideo, 1949.

GIACOMETTO FERRER, ANA. *Teoría general de la prueba judicial*, edit. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., 2003.

GIMENO GAMARRA, R. *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, Anuario de Derecho Civil, 1953.

GHIRARDI, OLSEN A. *Lecciones de Lógica del Derecho*, 1982.

GOIZAINI, OSWALDO ALFREDO. *La prueba en el proceso civil peruano*, Trujillo, Perú, 1997, edit. Normas Legales S.A.

GOLDSCHMIDT, JAMES. *Teoría general del proceso*, edit. Labor S.A., Barcelona, España, 1936.

GOLDSCHMIDT, WERNER. *Intrudicción al derecho (Estructura del mundo jurídico)*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1962.

GOLDSCHMIDT, JAMES. *Derecho procesal civil*, edit. Labor S.A., Barcelona 1936, trad. L. PRIETO.

GOLDSCHMIDT. *El proceso como situación jurídica*, España, 1925.

GOLDSCHMIDT, JAMES. *Teoría general del proceso*, trd. 1946.

GONZALES QUIROGA, ALBERTO. *Derecho procesal* (México), me//A.Monografías_com-Derecho Procesal (México).

GRANDI, DINO. *Relazioni al Re per l'approvazione del testo del Codice de procedura civile*, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS.

GROPPALI, ALESSANDRO. *Doctrina general del Estado*, edit. Porrúa, México, 1994.

GUASTINI, R. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998

GUASTINI, R. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

GUASTINI, R. *L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues*, en *Analisi e diritto*, 2000.

GUASP, JAIME. *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 3ª edic. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968.

GUIMARAES RIBEIRO, DARCI. *La tutela judicial del crédito en el código procesal civil modelo para iberoamérica: desde la perspectiva del proceso de ejecución, cautelar y monitorio*, (Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Barcelona, Profesor de Derecho procesal en la Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Brasil) <http://www.uv.es> (22-09-2006).

GURVITCH, GEORGES. *L'idée du droit social*, edit. Sirey. Paris, 1932,

HELWIG. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1903.

HELWIG. *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1903.

HERMANN, JORGE THEODORO. *La firma digital, analogía simbólica de una institución jurídica tradicional, ponencia para el Simposio argentino de informática y derecho, tema: Documento electrónico y medios de identificación electrónica*, www-theodoro@arnet.com.ar

HERRERA, CARLOS MIGUEL. *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, edit. Presses de l'Université de Laval, Québec, 2004, en *Revista de estudios histórico-*

jurídicos, online, 2006, XXVIII, n° 28, 2007 Ediciones Universitarias de Valparaíso Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2007, pp. 704 - 705, www.scielo.cl/scielo.php

HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO. *Medios impugnatorios en el proceso civil*, cit. PAREDES INFANZÓN, JULIO.

HITTERS, JUAN C. *El recurso de revisión*, JA, del 16/7/86, n° 5472.

HOYOS HERECHSON, FRANCISCO. *Temas fundamentales de derecho procesal*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1987.

HUERTA OCHOA, CARLA. *La jurisprudencia como técnica*, Biblioteca Virtual, Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM, www.juridicas.unam.mx (26 -01 -2007).

IBERLEX. *Documento 1975/80185, Protocolo sobre la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 17 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, suscrito por la Comunidad Europea, www.boe.es/g/es/iberlex (01 de octubre del 2005).

ICILIO VANNI. *Filosofía del derecho*, Madrid, 1941.

IDROGO DELGADO, TEÓFILO. *Derecho procesal civil, Juicio ordinario*, tomo I, edit. MARSOL Perú editores S.A Lima, Perú, 1988.

IDROGO DELGADO, TEÓFILO. *Principios fundamentales de derecho procesal civil*, edit. MARSOL, Trujillo, 1999.

IDROGO DELGADO, TEÓFILO. *Teoría de la prueba. La prueba judicial*, en *Medios Probatorios (Teoría General de la Prueba)*, en XVIII Congreso Panamericano, edit. Legislación peruana general, Arequipa, Perú, 2005.

IHERING, RUDOLF VON. *L'éprit du droit romain*, trad. O. MEULENAERE, tomo IV, 1878.

IHERING, RUDOLF VON. *La lucha por el derecho*, 1ª edición cibernética, septiembre del 2003, Captura y diseño, CHANTAL LÓPEZ y OMAR CORTÉS, Biblioteca Virtual Antorcha, www.antorcha.net/index/biblioteca/derecho

INSTITUTO DE INVESTIACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, D.F. *Código procesal civil para el estado de Coahuila*, publicación inicial el 29-06-1999, vigente al 27-06-2005, República de los Estados Unidos de México, D.F. <http://info4.juridicas.unam.mx>

ITURRALDE SESMA, V. *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.

JAEGER. *Il loro effetto*, en Trattato de BORSI e PERGOLOSI, tomo IV.

JAPIOT, RENE. *Traté elementaire de procédure civile et commerciale*, France, 1935. .

JELLINEK, GEORG. *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Trad. POSADA, ADOLFO, cit. por CARBONELL, MIGUEL. *Estudio introductorio. Jellinek y la declaración francesa de 1789*, Universidad Autónoma de México, México 2000; www.bibliojurídica.org

JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*, edit. Fondo de cultura económica, Argentina, 2000.

JEROME, MAY. *Teoría jurídica integralista*, Buenos Aires, 1951.

JIMENEZ CANO, ROBERTO-MARINO. *Sobre principios generales del derecho. Especial Consideración en derecho español*, Madrid-St. Cugat del Vallés, octubre de 1999.

JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. (Professor titular de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, doutor em Direito, advogado) www.jus2.uol.com.br/doutrina

JUZGADO DE PAZ LETRADO DE MONTEVIDEO. *Yahoo! Incorporated c/Intersys ltda. y Jorge Kirowsky. Medida cautelar*. Este artículo viene de Latinoamericann, proporcionado por VIEGA, MARIA JOSE (Uruguay) <http://www.latinoamericann.org/>

JOFRÉ, TOMÁS. *Manual de procedimiento (civil y penal)*, tomo IV, 5ª ed., Bs. As., La Ley, 1941.

KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, 4ª edit, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, 1950.

KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, trad. Leonor Calvera, Leviatán, Bs. As., 1991.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *El Poder Judicial hacia el siglo XXI*, Buenos Aires, también, RUBINZAL CULZONI, 1999.

KLEIN, FRANCISCO. "Die Jurisdiktionsnorm" y "Zivilprozessordnung" de 1895, "Exekutionsordnung" de 1896, "Gerichtsorganisationgesetz" y "Gewerbegerichtsgesetz" ambas de 1896".

KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*, 3ª edição, Coimbra, 1974.

KOHLER. *Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1988.

KUMPEL, VÍCTOR F. *A antinomia de segundo grau e o novo código civil brasileiro*, NF Online / Maio 2004, www.noticiasforenses.com.br/artigos/nf189/online/vitor-kumpel-189.htm (04-04-07).

LACLAU, MARTÍN. *Carlos Cossio (1903-1987)*, en *Anuario de Filosofía jurídica y social*, N° 17, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

LARENZ, KARL. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, 1985, 1ª edic. 32, reimposición 1993; 3ª ed., y 1ª edic., edit. Ariel, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamego, 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, Brasil.

LARENZ, KARL. *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*, trad. GALAN GUTIERREZ Y TRUBOL SERRA, 1942.

LARENZ, KARL. *Metodología de la ciencia del derecho*, edit. Ariel, Barcelona, 1994.

LASK, EMILIO. *Filosofía jurídica*, Buenos Aires, 1945.

LA REPUBLICA. *Polémica por la reacción de la comunidad sudamericana*, Sección política, Lima 9 de diciembre del 2004.

LA REPUBLICA. *Comunidad Sudamericana tendrá fondo de emergencia*, Sección Política Lima, 10 de diciembre del 2004.

LEGALMANIA.COM. *Los términos de actualidad*, www.legalmania.com (31-10-2006).

LEGAZ Y LACAMBRA, LUÍS. *Los principios generales del derecho*, en Rev. Del Instituto de derecho comprado, N° 19, Julio-diciembre 1962.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch, Barcelona, 1953.

LEGAZ Y LACAMBRA. *Horizontes del pensamiento jurídico*, España, 1947.

LIÉBANA ORTIZ, JUAN RAMÓN. Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria (a propósito del anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre del 2005),

www.unirioja.es/dptos/dd/rejur/numero3/liebana.pdf (18-02-2007), Profesor Titular E.U. Interno de Derecho Administrativo de la Universidad de La Rioja, España.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manuale di diritto processuale civile*, tomo I, 1957.

LIEBMAN. *Eficacia e autoridade da sentença*, trad., CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR, Trujillo, Perú, 2006

LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manual de derecho procesal civil*, trad. SENTIS MELENDO, SANTIAGO, edit. EJE, Argentina, 1980.

LEIBLE, STEFAN. *Proceso civil alemán*, Korad-Amenauer Stiftung y Biblioteca Juridica Dike, 1999.

LOMONACO, GIOVANNI. *Delle obbligazione e dei contratti in genere*, vol. III, 1890.

LUDEÑA BENITES, OSCAR DANIEL. *El valor vinculante de la jurisprudencia antes y después de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil, comentarios y aplicaciones informáticas*, edit. Leggio, S.L., <http://noticias.juridicas.com> (17 de enero del 2006).

LLAMBÍAS DE AZEVEDO, JUAN. *Eidética y aporética del derecho*, edit. Abeledo-Perrot, 1952, Buenos Aires, 1940. trad. Giovanni Ricci, *Filosofía del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1956. trad. al español del primer volumen a cargo de JAIME BRUFAU y ANGEL HERREROS SÁNCHEZ, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979.

MAGLIO, FEDERICO MARTÍN. *Declaración de derechos de Virginia*, www.fmmeduacion.com (11 de septiembre, 2005).

MAINGUENEUAU, D. *Términos claves del análisis del discurso*, Buenos Aires, edit. Nueva Visión, 1999.

MAISCH VON HUMBOLDT, LUCRECIA. *Código civil 1984 y constitución política 1979*, edit. Librería, Lima, Perú, 1985.

MARINONI, LUIS G. *La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil*, en *Derecho procesal*, ponencia del II Congreso internacional, Lima, Fondo de Desarrollo, edit. de la Universidad de Lima, 2002.

MARESCA, FERNANDO Y MALTESE, JOSÉ MARIANO. *Medidas cautelares en relación al conflicto de las marcas contra los nombres de dominio de Internet*, Plenario, edic. electrónica,

Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Marzo, 2001, www.aaba.org.ar (14-10-2006). www.espaciosjuridicos.com.ar (29-08-2006)

MARQUEZ, J. FEDERICO. *Instituicoes de direito procesual civil*, tomo II, trad. LÓPEZ SÁNCHEZ, MARIA LEONOR, 25 de Junio del 2007.

MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO. *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, <http://sisbib.unsm.edu.pe> (15-09-2006).

MARTINES - SICLUNA Y SEPÚLVEDA, CONSUELO. *Concepto y contenido de los principios generales del derecho*, en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la sección de filosofía del derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO. *Principios del derecho y normas jurídicas*, en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

MARTÍNEZ ECHEVERRI, LEONOR Y MARTÍNEZ ECHEVERRI, HUGO. *Diccionario de filosofía*, edit., Panamericana, Bogotá D.C., Colombia, 1997.

MASCARDUS. *Conclusiones probationum*, 1588.

MATTIROLO, LUIGI. *Instituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, 2ª edic., 1889, trad. HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS.

MAURINO. *Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidades*, www.MARTINAGUDELORAMIREZ

MENDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA; TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO y MONTIEL ARGUETA, LUÍS RAMÓN. *Derecho a la prueba como categoría jurídica, protegible en el proceso civil*, Universidad Francisco Gaviria, Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales, San Salvador, Julio, 2003, luis.montiel@comedida.com.sv

MENDOZA, JESÚS. *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil mexicano*, en *Rev. Iberoamericana de arbitraje*, edit. Bibliográfica Argentina, julio del 2003, www.servilex.com.pe/arbitraje (21 de junio, 2006).

MESTRE, JAVIER A. www.dominiuiuris.com. 2000, (03-07-2006).

MELLO FREIRE. *Instituicoes juridiciaria civil*, tomo IV, cit. BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS.

MERKEL, ADOLF. *Juristische Enziklopaedie*, Alemania 1913.

MICHELI, GIAN ANTONIO. *Curso de derecho procesal civil*, tomo I, II, III, IV trad. SENTIS MELENDO, SANTIAGO, Argentina, 1970.

MICHELLI, GIAN ANTONIO. *La carga de la prueba*, Bogotá, 1989.

MICHELI, GIAN A. *Curso de derecho procesal civil*, tomo II, edit. Eja, Buenos Aires, Argentina, 1970.

SALVATORE, *Derecho procesal*, t. I, 499.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rèpublique française*. www.justice.gouv.fr. (11 de septiembre, 2005).

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, JM Bosch Editor, España, 2004, Editorial vlex 2006, www.premiunvix.com (5 de abril, 2006).

MIXÁN MASS, FLORENCIO. *Lógica jurídica*, Edit. Marsol Perú Editores S.A., Trujillo, Perú 1988.

MONROY GALVEZ, JUAN. *Introducción al derecho procesal civil*, tomo I, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Edit. Temis de Belaunde y Monroy, 1996.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Principios de derecho procesal civil*, edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984.

MONROY GALVEZ, JUAN. *Introducción al proceso civil*, tomo I, edit. Temis S.A. Santa Fe, Bogotá, Colombia, 1996.

MONROY GALVEZ, JUAN Y MONROY PALACIOS, JUAN. En Boletín J.A. del 12-04-2000.

MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Temas de Derecho Procesal Civil*, edit. Ediciones Librería Studium, Lima, Perú, 1987.

MONTEIRO, JOA. *Teoria do processo civil e comercial*, 3ª edic., vol. III, Brasil, 1912.

MONTERO AROCA, JUAN. *La prueba en el proceso civil*, Edit. Civitas, cit. por MENDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA, TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO y MONTIEL ARGUETA, LUIS RAMÓN. *Derecho a la prueba como categoría jurídica, protegible en el proceso civil*, Universidad Francisco Gavidia, Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales, San Salvador, Julio, 2003, luis.montiel@comedida.com.sv

MONTESANO, L. *Strumentalita e superficialità della cognizione cautelare*, en Revista di Diritto processuale, año LI, (segunda serie) N° 2, abril-junio, 1999.

MONTIEL ARGUETA, LUIS, TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO RAMÓN y MENDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA. *Derecho a la prueba como categoría jurídica, protegible en el proceso civil*, San salvador, julio de 2003 Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Francisco Gavidia.
luis.montiel@comedida.com.sv (5 de abril, 2006).

MOREIRA, J. C. BARBOZA. *Comentarios ao C.P.C*, tomo V, Edit. Forense, Brasil.

MOREIRA DE PAULA, JONATAS LUIZ. *O papel do costume contra legem en face da legalidade do Direito*, www.uepg.br/rj/a1v1at11.htm (27-03-07).

MORELLO, AUGUSTO M. *Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada írrita. Las nulidades procesales, hacia una interpretación dinámica funcional*, en *Estudios de nulidades procesales*, edot. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980.

MORELLO, AUGUSTO M. Y STIGLITZ, GABRIEL A. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. La Plata. Platense, Argentina, 1986.

MORRIS CAHEN y NAGEL, ERNEST. *Introducción a la lógica y al método científico*, tomo II, 1990.

NACIONES UNIDAS - CENTRO DE INFORMACIÓN. *El Acuerdo de Marrakech, Uruguay, fue aprobado el 15 de abril de 1994, redactado en un solo ejemplar en español, francés e inglés, que es el resultado de las negociaciones de de 1986 a 1994*. www.marrakech.htm

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas*, A/RES 53/144 del 8 de marzo de 1999.

NASCIMENTO, AMAURI MASCARO. *Compendio de direito de trabalho*, Edit. LT Editora Ltda. São Paulo, Brasil, 1972.

NAWIASKY, HANS. *Teoría general del derecho*, edit. Comares, España, 2002.

NEVES Y CASTRO. *Teoria das provas*, Brasil, sf.

NOBLIA, AIDA. *Fuentes del derecho informático*, en Rev. de Derecho informático, edit. Alfa-Redi, N° 054, Uruguay, enero-2003. www.alfa-redi.org/rdi

NOVELLI, MARIANO. *La teoría trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes*, www.cartapacio.edu.ar (03-02-2007).

ODERIGO, MARIO A. *Lecciones del Derecho Procesal*, tomo I, 1970.

OERTMANN, PAÚL. *Introducción al derecho civil*, Edit. Labor, 1933.

OEA. *Convención interamericana sobre ejecución de medidas preventivas*, redactada en la ciudad de Montevideo de la República Oriental del Uruguay, el 8 de mayo de 1969, www.oas.org/del/esp/CIDIP-II

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, trad. CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR, www.unhch.ch/udhr/lang/frn.htm (11 de septiembre, 2005).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LA NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Principios básicos sobre la función de los Abogados*, 1996 - 2002, Ginebra Suiza, www.unhchr.ch/spanish (21 de septiembre del 2005).

OFICINA DE DERECHO Y PROGRAMAS INTERAMERICANOS-OEA. *Convención Americana sobre derechos humanos - Pacto de San José*, www.oas.org/juridico/sapanish (12 de septiembre, 2005).

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Proclamación de Teherán*, en *Instrumentos Internacionales de derechos humanos*, 1996-2002, Ginebra, Suiza, www.unhchr.ch/spanish (17 de septiembre del 2005).

OFICINA DE ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS - ONU. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, aprobados por el 7º Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

OLIMPIA DE GOUGES. Su nombre verdadero MARIE GOUZE, nació en Montauban en 1748 Francia, y en 1793 fue condenada a pena de muerte en juicio popular por sus compañeros de lucha de la Revolución Francesa siendo guillotizada, por haber publicado la Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana, www.olimpia.html

OLIVECRONA, KARL. *Il diritto como fatto*, trad. por S. CASTIGNONE, 1967.

OREDIGO, MARIO A. *Lecciones de derecho procesal*, tomo I, 1973.

ONU. Conferencia de la sobre Cambio Climático realizado en Montreal, Canadá del 28 de noviembre al 9 de diciembre del 2005.

OLGIATI, FRANCESCO. *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, 1950.

OMEBA. *Enciclopedia jurídica*, tomo IV, Edit. Bibliografía, Buenos Aires, Argentina, 1965, cit. por CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR, en *La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la responsabilidad civil de los jueces en el derecho procesal civil*, en Rev. Jurídica, Órgano oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, edic. especial, N° 134, enero 1996-julio 1999, Trujillo, Perú, 1999.

ORTELLS, M. *La tutela cautelar en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *El proceso civil y su reforma*, Coordinador, MARTÍN ESPINO, J.D., edit. Colex, Madrid, 1998.

OSSORIO, MANUEL. *Diccionario de ciencias jurídicas y políticas*, <http://www.geocities.com/eqhd/manusiniectio.htm> (15 -05 07).

PACHECO GOMEZ, MÁXIMO. *Teoría del derecho*, editorial Jurídica de Chile. 4ta. Edic. Santiago, 1990, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 7, 2003/2004, www.filosofiyderecho.com (26 -01-2007).

PADULA, PABLO F. *Fraude procesal. El ejercicio abusivo del proceso*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de derecho Procesal, Santa Fe, Argentina, 1995, Libro de ponencias, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

PALACIO, LINO E., *Derecho procesal civil*, tomo IV, Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1977.

PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de derecho procesal procesal civil*, Tomo I, 1973.

PALACIO, LINO ENRIQUE. *La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación*, edit. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

PALACIO, LINO ENRIQUE. *Derecho procesal civil*, tomo IV, 1984.

PAREDES INFANZÓN, JULIO. *El recurso de casación: su visión peruana*, (Vocal Superior de Apurímac) www.amag.edu.pe (30-11-2006).

PAULUS. *Digesto, Libro XLIV, Título II, de exceptione rei judicatae, frag. 6º*, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS, op. cit.

PAULIUS. *Digesto, Lib. XLV, tit. III de Probationibus, et praesumptionibus, frag. 2*, cit. por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS.

PEÑA CHACÓN, MARIO. *La jurisdicción ambiental en el nuevo Código Procesal General*, www.cica.es/aliens/gimadus (30-08-2006).

PÉREZ CASTAÑO, MÓNICA HENAR. *La carga de la prueba en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*, www.juridicas.com/areas_virtual

PÉREZ RAGONE, A. *Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatorio*, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a iberoamérica*, N° 1, año 2000.

PERLA VELAUCHAGA, ERNESTO. *Juicio ordinario*, 5ta. Edic., Edit. Lumen S.A., Lima, Perú 1979,

PEYRANO. *El proceso civil; El proceso atípico*, edit. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1993.

PEYRANO, JORGE W. *Las medidas cautelares en materia comercial, nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas*, en *Justicia* 1997.

PEYRANO, JORGE W. *La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución. En Medidas autosatisfactivas. Parte general*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Edit. Rubinzal - Culzoni, Editores, Corrientes, Buenos Aires. Argentina, 1999.

PEYRANO, JORGE W. *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*. Ponencia realizada con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes-Argentina del 6 al 8 de agosto de 1997. En *El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio*, tomo 1, Corrientes, Argentina, 1997.

PEYRANO, JORGE W. *Medidas autosatisfactivas*, edit. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina. *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva*, E.D. www.espaciosjuridicos.com.ar (29-08-2006).

PETIT, EUGÈNE. *Tratado elemental de derecho romano*, edit. Albatros, Buenos Aires, Argentina 1954.

PODER JUDICIAL. *Pleno jurisdiccional civil 1999*, Cusco, del 22 al 25 de setiembre de 1999, en *Cuadernos de investigación y jurisprudencia*, www.pj.gob.pe/8PLENOCIV99.pdf

PODETTI, RAMIRO. *Teoría y técnica del proceso civil*, edit. Ideas, Buenos Aires, argentina, 1947.

PODETTI, RAMIRO J. *Teoría y técnica del proceso civil y triología estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Argentina, sf.

PODETTI, RAMIRO. *Tratado de las medidas cautelares, tomo IV*, Ediar S.A. Editores, Buenos.Aires, Argentina. 1956.

PODETTI, RAMIRO. *Derecho procesal civil comercial y laboral, tomo,IV, Tratado de las Medidas Cautelares*, Ediar S.A. Editores, Bs.As. 1956.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das açoes*, tomo I, Basil, 1970.

PRIMER CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *La función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977.

PRIETO CASTRO, L. *Derecho procesal civil*, tomo I, 1964.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Cuestiones de derecho procesal*, edit. Reus, Madrid, 1947.

PROTO PISANI, A. *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: Strumenti e tecniche di tutela*, en *Il foro italiano*, año CXV, vol. CXIII, 1990.

PUIGARNAU, JAIME MANS. *Lógica para Juristas*, Barcelona 1969.

PUIG BRUTAN, JOSE. *La jurisprudencia como fuente del derecho*, por BATALHA, WILSON DE SOUSA CAMPOS.

QUEVEDO MENDOZA, EFRAÍN IGNACIO. *Presupuestos de fundabilidad de las medidas autosatisfactivas y de las medidas cautelares*, www.abogadosrosario.com.ar (29-08-2006).

RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofia do direito*, trad.del alemán al portugués MONCADA, CABRAL, 1940, trad. CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR (04-03-06).

RADBRUCH, GUSTAV. *El fin del derecho*, 1ª edic. cibernética, noviembre del 2004, Captura y diseño, CHANTAL LÓPEZ y OMAR CORTÉS, Biblioteca Virtual Antorcha, www.antorcha.net/index/biblioteca/derecho.html (03-07-2007).

RAMÍREZ, NELSON. *¿Casación o recurso de nulidad?* En: Revista Ius Et Veritas N° 7, Lima, 1993.

RASPISARDA, C. *Profili della tutela civile inhibitoria*, edit. Cedam, Padova, 1987.

REALE, MIGUEL. *Filosofia do direito*, Saõ Paulo, 1953.

REALE, MIGUEL. *Fundamentos del Derecho*, trad. JULIO O. CHIAPPINI, edit. Depalma, Bs. As., 1976.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Vida humana, Sociedad y Derecho; Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, edit. FCE, México 1940, 1945.

RECASÉNS SICHES, LUIS. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, edit. Porrúa, México, 1959.

REALE, MIGUEL. *Teoría Tridimensional do direito*, edit. Saraiva, São Paulo, 1968.

REALE, MIGUEL. *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. al español de ÁNGELES MATEOS, Madrid, Tecnos, 1997.

REALE, MIGUEL. *Filosofia do Direito*, edit. Saravia, São Paulo, 1953, trad. al italiano y al español.

REDENTI, ENRICO. *Profili pratici del Diritto processuale civile*, Italia, 1939.

REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, España.

RIASCOS GÓMES, LIBARDO ORLANDO. *Corte Constitucional de Colombia*, Lorgesp@yahoo.com Lorgomez@col2.telecom.com.co

RIASCOS GÓMEZ, LIBARDO ORLANDO. *Jurisprudencia constitucional. Regimen de las fuentes de derecho público*, Sentencia No. C-083-95, Marzo 1, emitida por el Tribunal Constitucional de Colombia, Lorgesp@yahoo.com Lorgomez@col2.telecom.com.co (25 - 01 - 2007).

RICCI BOAVENTURA, BRUNO JOSÉ. *O fenômeno da antinomia jurídica*, Texto inserido no Jus Navigandi n° 678 (14.5.2005).

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6707&p=3> (31-03-2007).

ROCCO, UGO, *Tratado de derecho procesal civil*, t. VIII, Edit. Temis - Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1970.

ROCCO, UGO. *Teoría general del proceso*, trad. FELIPE DE J. TENA, Edti. Porrúa S.A., México D.F., 1959.

ROCCO, UGO. *Curso di teoria e practica de proceso civile*, tomo I, Italia, 1951.

ROCCO, UGO. *Tratado de derecho procesal civil*, vol. I, edit. Revista de derecho procesal civil, tomo V, DEPALMA, Buenos Aires, Argentina, 1977.

ROCCO, UGO. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, 1969.

RODRIGUEZ CAZARLA, LUIS ALFONSO. *Los presupuestos procesales*, www.alroca123@hotmail.com y alorca123@yahoo.es (19 de abril, 2006).

RODRIGUEZ AGUILERA, C. *La sentencia*, edit. Bosch, passim. Barcelona, España, 1974.

ROMANO, SENTI. *L'Odinamento giuridico*, Italia, 1945.

ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER. *Derecho procesal del trabajo, doctrina, análisis y comentarios a la Ley Procesal del Trabajo 26636*, edit. Edial, Lima, 1997.

ROSATTI, HORACIO D. *Derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, argentina 1984.

ROSAS YATACO, JORGE. *Prueba indiciaria: Doctrina y jurisprudencia nacional*, en *Anuario de derecho penal* 2004.

ROSCOE POUND. *Las tendencias del pensamiento jurídico*, trad. JOSÉ PUIG BRUTAU, 1950.

ROSENBERG, LEO. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I y II, edit. Ejea, Buenos Aires, 1995.

ROSS, ALF. *Lógica de las normas*, trad. de J. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971.

ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G.R. CARRIÓ, Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1963.

ROSS. *Droit et logique*, en *Droit et Société*, 2002.

ROSSI, ABELARDO F. *Prólogo a La función jurisdiccional de AA.VV.* ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, CARLOS IGNACIO MASSINI, BERNARDINO MONTEJANO, JULIO E. SOLER MIRALLES, RODOLFO LUIS NIGO, 1ª edic., edit. Depalma, Buenos Aires, 1981.

RUIZ SANZ, MARIO. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Edit. Dykinson, 2002, <http://premium.vlex.com/doctrina/Sistemas-juridicos-conflictos-normativos/2300-189,030.html> (11-04-2007).

RUIZ SANZ, MARIO. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Edit. Dykinson, 2002, <http://premium.vlex.com/doctrina/Sistemas-juridicos-conflictos-normativos/2300-189,030.html> (11-04-2007).

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia que declara fundada la acción de amparo por haberse violado el principio de no indefensión, al declararse de cierto el recurso de apelación*, en Boletín Oficial del Estado BOE N° 63, Suplemento, pp. 120 - 126, España, 14 de marzo de 2002.

SALA II CIVIL Y COMERCIAL DE NIEUQUEN, ARGENTINA. *Cobián Alicia Cristina y otro c/ Fernández Luciano y otro s/ daños y perjuicios (Exp. N° 385-CA-1998)*, Nieuquen, Argentina, www.jusneuquien.gov.ar

SALA PRIMERA. *Sentencia 197/2006*, de 3 de julio de 2006, recurso de amparo promovido por Bernardo Fuentes Bobo, en Boletín oficial del Estado, número 185, Suplemento, Esaña, viernes 4 de agosto, 2006.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, ANGEL. *Los principios generales del derecho como objeto de investigación jurídica*, en *Los Principios generales del derecho*, Seminario de la sección de filosofía del derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1993, Edit. Actas, S.L., p. 17; cit. por JIMENEZ CANO, ROBERTO-MARINO en *Sobre principios generales del derecho. Especial Consideración en derecho español*, Madrid-St. Cugat del Vallés, octubre de 1999.

SANTOS, SANTIAGO. En Prefacio do «*O proceso civil no direito comparado*» de MAURO CAPELLETTI. Ediciones Jurídicas, Europa - América 73, Buenos Aires.

SATTA, SALVATORE. *Diritto processuale civile*, 1973.

SAVIGNY, FEDERICO CARLOS VON. *Traté de droit romain*, trad. M. CH. GUENOUX, Madrid, tomo, 1879.

SCIALOJA, VITTORIO. *Procedimiento civil romano*, trad. SENTIS MELENDO y AYERRA RENDÍN, 1954.

SCHONKE, ADOLF. *Derecho procesal civil*, trad. española de la 5ª edic. alemana, edit. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1950.

SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*, Edt. Alianza Universidad, Madrid, España, 1982.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *Prólogo de la obra: Fundamentos del derecho procesal Civil, de Eduardo J. Couture*, Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba*, Buenos Aires, Argentina, 1979.

SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *Problemática actual del derecho procesal*, Edit. Platense, Argentina.

SENTENCIA DE JUEZ DE BUENOS AIRES. *Fallo por publicidad engañosa*, Buenos Aires, Argentina, 18 de noviembre de 2005-I, www.padec.org.ar (28-08-2006).

SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *Fuentes y medios de prueba*, en *Rev. Argentina de Derecho procesal*, N° 2.

HERMANN, JORGE THEODORO. *La firma digital, analogía simbólica de una institución jurídica tradicional*, ponencia para el Simposio argentino de informática y derecho, tema: Documento electrónico y medios de identificación electrónica, www-theodoro@arnet.com.ar.

SILVEIRA, ALIPIO. *A apreciação da Prova no direito processual do trabalho*, en *Rev. Trabalho e Seguro Social*, XVII, pág. 67 y sgts.

SOLARI, GIOELO. *Filosofía del derecho privado*, tomo I, trad. OBERDAN CALETTI, 1946.

SOARES DE FARIA, SEBASTIAO. *Principias teorias relativas ao onus probando*, Brasil, 1936.

SPOTA, ALBERTO G. *Tratado de derecho civil*, tomo I, parte general, Vol. I, edit. Depalma, Buenos Aires, 1977.

STEIN, FRIEDRICH. *El conocimiento privado del Juez*, Bogotá 1988.

TARUFFO, MICHELE. *Investigación judicial y producción de prueba*, *Revista de derecho*, vol. XV, diciembre 2003, conferencia dictada en Beijing, China en noviembre del 2002, trad. del inglés por VARAS BRAUN, Juan Andrés, Profesor de la Universidad Austral de Chile, revider@auch.cl (4 de abril, 2006).

TARUFFO, MICHELE. *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, año V-3, septiembre 1987.

TARUFFO, C. *La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?* En *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, edit. Andrés P., Trotta, Madrid, 1996.

TENORIO, OSCAR. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*, www.cristianemarinhocivil.vilebol.com (16 de enero, 2006).

TINETI, ALFONSO, BERTRAND GALINDO, JOSÉ ALBINO, KURI DE MENDOZA, SILVIA LIZETT, Y ORELLANA, MARIA ELENA. *Manual de Derecho Constitucional*, Centro de investigación y capacitación, San Salvador, 1992.

TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL. *Derecho civil. Parte general*, Edit. Cultural Cuzco S.A., Lima-Perú, 1991.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia del TC48/1984*, STC 40/2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, SALA SEGUNDA. *Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2003-STC*, www.aeds.org/jurisprudencia/tc (14-11-2006).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOVA. *Acuerdo extraordinario n° 6, Serie A*, del 24 de julio de 1996, cit. por ANDRUET, ARMANDO S. *La sentencia judicial, diversas conceptualizaciones de ella*.

TRIBUNAL DE BUENOS AIRES. *Sentencia de segunda instancia*, www.latinoamericann.org (03-10-2006).

TRIBUNAL CIVIL Y COMERCIAL DE BUENOS AIRES. *Deyherabehere de Shearer Maria Rosa C/Provincia de Bs. As. (Min. Salud) s/Amparo*, www.scba.gov.ar

TRUEBA URBINA, ALBERTO. *Derecho procesal del Trabajo*, tomo I, Edith. Talleres Lto. Tipográficos Laguna, México D.F., 1941.

TRUEBA, ALFONSO, *La suspensión del acto reclamado o la providencia cautelar en el derecho de amparo*, edit. México, 1975.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA. *Auto de Medida Cautelar*, este artículo proviene de Web de Extranjería extranjeria.reicaz.es La dirección de esta noticia es:

[-extranjeria.reicaz.es/modules.php?name=News&file=article&sid=154](http://extranjeria.reicaz.es/modules.php?name=News&file=article&sid=154)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. *Sentencia denegatoria de ejecución provisional de una sentencia por tener carácter constitutivo*, www.lexnova.es (19 10-2006).

TROPER. M. *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2003.

TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO, MONTIEL ARGUETA, LUIS RAMÓN Y MENDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA. *Derecho a la prueba como categoría jurídica, protegible en el proceso civil*, San salvador, julio de 2003, Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales, Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Francisco Gavidia, luis.montiel@comedida.com.sv (5 de abril, 2006).

ULPIANO. *Digesto*, Lib. XLIV, tít. II, *De exceptione rei jidicatae*, frag. 7.º

UNIVERSITY OF MINNESOTA. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, ONU Doc. A/CONF. 121/22/Rev. 1, 1985, www.umn.edu/hmnarts (17 de septiembre del 2005). También en www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt (19 de septiembre del 2005). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, ONU Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 (1985).

UNIVERSITY OF MINNESOTA, HUMAN RIGHTS LIBRARY. *Principios básicos sobre la función de los Abogados*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* celebrado en La Habana - Cuba del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1, p. 118, 1990. www.umn.edu/humanrts/instree/spanish (19 de septiembre del 2005).

VALLEJO. *La revisión de la cosa juzgada, ponencia en el X Congreso Nacional de Derecho Procesal, Actas y Ponencias*, Argentina, mayo, 1979.

VALENCIA ZEA, ATURO. *Derecho civil (Parte general y personas)*, edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1979.

VARGAS, ABRAHAM LUIS. *Teoría general de los procesos urgentes*, en *Medidas autosatisfactivas*. Parte general. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. *Bioética y derecho constitucional comparado*, Conferencia dictada en el Auditorio de la Universidad Privada San Pedro, Filial Trujillo, org. por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, el 24 de mayo del 2003.

VARGAS, ABRAHAM LUIS. *Teoría general de los procesos urgentes*, en *Medidas autosatisfactivas*. Parte general. Ateneo de Estudios del Proceso Civil. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

VASAK, Karel (1982): *Human rights: as a legal reality, The international dimensions of human rights* (ed. Karel VASAK, 1982, Connecticut, Greenwood Press), cit. Por AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN· MAITE. *Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*.

VÁSQUEZ SOTELO, J. L. *Ejecución provisional y medidas cautelares*, en *El proceso civil y su reforma*, Martín Espino, coordinador, edit. Colex, Madrid.

VECINA CIFUETNES, JAVIER. *La potestad cautelar: contenido y límites*, www.cej.justicia.es/pdf (25-|10-2006). Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

VIDE SCHELER, M. *El saber y la cultura*, Siglo XX. 1983, Buenos Aires, cit. por ANDRUET, ARMANDO S. *La sentencia judicial, diversas conceptualizaciones de ella*.

VINATEA RECOBA, LUIS. *Las bases de la reforma del proceso laboral* En: VI Congreso peruano de derecho de trabajo y seguridad social, Lima, 1996.

VON IHERING, RUDOLF. *L'esprit do droit romain*, trad. O. de MEUENAERE, tomo II, 1877.

VON IHERING, RUDOLF. *Espíritu del derecho romano*, Madrid, s/f. Edit. Bailly-Baillière.

VON TUHR, ANDREAS. *Derecho civil*, trad.de TITO RAVÁ, Vol. I-1, 1946.

WACH, ADOLF. *Handbuch des Deutschen Cirlprozessrechts*, Leipzig, 1885.

WIKIPENDIA. *La enciclopedia libre*, www.es.wikipedia.org/w/index (28 de septiembre del 2005).

WILHELM SAUER *Le droit vivant*, París, 1930.

WINDSCHEID. *Die Aktio des romanischen zivilrechts von standpunkt des heutigen rechts*, Alemania, 1856, trad. BATALHA, WILSON DE SOUSA.

WINDSCHEIDT. Cit. por ATURO VALENCIA ZEA, en *Derecho civil (Parte general y personas)*, edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1979.

WINDSCHEID. *Pandektenrech*, tomo I, Alemania, 1900.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *A função da crítica no redimensionamento da filosofia jurídica atual*, Faculdades do Brasil, 2003.

YAHOO! NOTICIAS. EEUU. *Un juez de Nueva York autorizó finalmente la subasta de un picasso presuntamente vendido a la fuerza a los nazis*, Nueva Cork, 7 (EP/AP) www.es.neus.yahoo.com (7-11-2006).

YAYA ZUMAETA, ULISES A. *La contracautela: Requisito de ejecución de las medidas cautelares*, sf.

ZANZUCCHI, MARCO TULLIO. *Diritto processuale civile*, vol. I, 1947, trad. CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR (01 de mayo, 2006).

ZAVALETA CARRUITERO, WILVELDER *Código procesal civil*, tomo I y II, 3ª edic. edit. Manuel Chahu E.I.R.L., Lima, Perú, 1997.

ZUBIRI, XAVIER. *El hombre y la verdad*, edit. Alianza Editorial, Madrid, 1999. ISBN: 84-206-9058-9, www.zubiri.net/libroshv.html

**Este libro ha sido editado en los
Talleres gráficos «COPYGEMINIS JL&A» E.I.R.L.
Telefax: 244139
Orbegoso 708 - Trujillo**