

Guido Agulla Grados

Lecciones de

Derecho Procesal Civil



¡No se estudia Derecho, practíquese, se aprende!

Lecciones de

Derecho Procesal Civil

GUIDO AGUILA GRADOS

Lecciones de DERECHO PROCESAL CIVIL
Guido Aguila Grados

Primera edición: 2010

© Diseño de Portada y Composición de interiores: Sonia Gonzales Sutta

© **EGACAL**
Escuela de Altos Estudios Jurídicos

Tiraje:
Hecho el Depósito Legal
En la Biblioteca Nacional del Perú
Reg. N°
ISBN
Registro de Proyecto Editorial N°

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser re-
producida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea
eléctrico, químico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo de **EGACAL** y
de Editorial San Marcos.

Impreso en Perú / Printed in Peru

A Ana Cecilia

*A quien le debo todo
lo que soy en el Derecho*



● ● ALGUNAS PALABRAS PARA ● EL LECTOR

Hace once años que la Escuela de Altos Estudios Jurídicos **EGACAL** viene brindando capacitación a la comunidad jurídica peruana. Hasta el instante en que este texto ingresa a los talleres de la Editorial San Marcos, nuestra Escuela muestra cifras que nos enorgullecen y comprometen en esta labor de servicio y docencia:

- 2315 nuevos abogados que se prepararon con nuestro Sistema Tridimensional para optar el título de abogado.
- 285 abogados lograron aprobar el Examen del Consejo Nacional de la Magistratura para Juzgados, Vocalías y Fiscalías.
- 1906 abogados se han especializado en las diferentes parcelas del Derecho en nuestros Diplomados Talleres.
- 35 instituciones que nos han confiado la capacitación de su factor humano.

Gran parte de estos logros tienen como soporte bibliográfico las publicaciones de nuestra Escuela. Al empeño y dedicación de nuestros participantes se suman dos ingredientes que fortalecen y facilitan sus objetivos:

- El primero, la vocación de nuestro cuerpo docente por la enseñanza del Derecho. Esta cualidad adquiere ribetes de importancia superlativa si tenemos en cuenta que quien se adentra a las aguas del Derecho, no lo hace precisamente para enseñar. La enseñanza jurídica es en nuestro país una actividad complementaria. Casi residual. Se hace más por moda o vanidad. "Soy catedrático" es una de las cartas de presentación más contundentes. Aunque esta actividad se haga con la resaca de las energías que queden. En horario nocturno principalmente. Nuestra Escuela hace un esfuerzo enorme para nuclear a tiempo completo a un grupo de profesionales dedicados a la enseñanza y la investigación. Este es un valor agregado propio que no se encuentra fácilmente en el Perú.

- El segundo, el material bibliográfico made in EGACAL. Aunque a través de revistas y artículos se ha desarrollado el género ensayístico, la mayor parte de nuestros escritos ha estado orientada a la preparación de nuestros participantes. Esto es, brindar información y profundidad jurídica principalmente. Con un mínimo de opinión e ideología. En las diversas evaluaciones que se realizan a estudiantes, bachilleres y abogados, las preguntas son directas, de concepto. También las hay de opinión, pero no constituyen la temática principal.

Esta última constituye la razón del presente título: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Una versión actualizada de una publicación de hace un lustro en la que se ha querido reunir puntos de vista y aportes de los diferentes autores nacionales y extranjeros. En muchos casos con una visión del Derecho Procesal totalmente opuesta a la nuestra. Esto lo hacemos con gusto. No sólo porque es un ejercicio de tolerancia que es muy escasa en estos tiempos, sino porque para el propósito de estas páginas es lo ideal. Es lo que necesita el lector que tiene cerca una evaluación. En futuras publicaciones, Dios mediante, agregaremos las objeciones, discrepancias y concordancias con la legislación, doctrina y jurisprudencia. La intención, en este caso, es otra.

Quiero expresar finalmente mi agradecimiento a David Efraín Misari Torpoco, paciente y profundo investigador que seleccionó e hizo las lecturas motivadoras que preceden a cada lección. A Roberto González Álvarez, hermano intelectual, Doctor en Derecho por la PUCP y uno de los tres mejores procesalistas del país, quien con el desprendimiento propio de los grandes, ha cedido los derechos del último capítulo: "El proceso telemático". Pero los textos no sólo son fondo, sino también de forma, diseño y arte. Mi gratitud para Sonia Gonzales Sutta, disciplinada y profesional diseñadora quien contra el reloj y nuestras veleidades, ha hecho que este texto sea de agradable lectura.

Para sugerencias, críticas y otras formas de debate que contribuyan al crecimiento de la obra y del autor, dejo mi dirección electrónica y adelanto mi gratitud a quienes lo hagan y a los lectores en general.

Un fuerte abrazo,

Guido Aguila Grados
gag@egacal.com

Lección 1

LA CAUSA Y LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

LECTURA MOTIVADORA

TEORÍA DE LOS CONFLICTOS

Remo E. Entelman

La teoría de los conflictos es un intento cuya incipiente vocación teórica no ha sido suficientemente debatida, ni reconocida. Tributaria de jóvenes disciplinas del conflicto internacional, sólo desarrolladas en la segunda mitad del siglo XX bajo diversas denominaciones, bien merece el calificativo de adolescente. En el sentido estricto de esa expresión, adolece de la falta de un lenguaje construido que le sea propio, de una nomenclatura suficientemente amplia y de un adecuado sistema de conceptos clasificatorios. Es probable que esa carencia explique el por qué en el discurso de las ciencias sociales, políticas e históricas han de buscarse en vano desarrollos, que traten el conflicto como un fenómeno universal. En todos esos discursos y en otros de mayor divulgación – como el periodístico – la expresión “conflicto” es siempre utilizada

con una adjetivación, expresa o tácita. Tratan de conflicto político, internacional, interno, de individuos, de grupos o de clases. Pero siempre de algún sector del universo de los conflictos, sin describirlos con las características genéricas comunes a todos los otros y sin marcar sus diferencias con aquellos. Carentes de una visión universalista de su objeto, esterilizan sus descubrimientos al imposibilitar que se detecten las características genéricas que se exhiben inadvertidamente como específicas. Se frustra así la utilización más amplia de sus conocimientos científicos y de las técnicas y tecnologías que crean sus investigaciones.

(...), El ordenamiento jurídico resulta ser la más antigua de las estrategias disuasivas de prevención de conflictos y sólo uno de los métodos disponibles en la so-

ciudad moderna para la administración y resolución de conflictos. Surge aquí el escollo gnoseológico que es preciso sobrepasar cuando se intenta mostrar como un nuevo universo de objetos el de esa innovadora concepción de Teoría de Conflictos. (...) Sin embargo llevado por su preocupación teórica por el conflicto internacional, define al conflicto en general en estos términos: **“El conflicto consiste en un enfrentamiento o choque internacional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los usos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro”**. Para entender bien este concepto, hay que advertir que en reali-

dad los miembros de una relación social no sólo realizan conductas recíprocas que de alguna manera tienen en cuenta a los otros miembros. También ejecutan conductas independientes que son concebidas y resueltas sin tomar en cuenta las conductas de los demás integrantes del grupo. Por ello, tales conductas que llamo independientes nos definen la existencia de una relación social. Las conductas recíprocas que nos interesan son las que se condicionan entre ellas. (...) La secuencia de conductas recíprocas que fueron decididas por quienes las ejecutaron teniendo en cuenta la anterior de otro de los miembros del grupo define la existencia de una relación social entre ellos. Y la relación social es lo que busca el derecho para poner solución a los diversos conflictos que presente la sociedad a través de su ordenamiento jurídico.

• • •

1. LA CAUSA DEL PROCESO: EL CONFLICTO DE INTERESES

En las aulas universitarias –de pregrado y postgrado- se reitera una inadecuada metodología en la enseñanza de la ciencia procesal: Toda explicación de la asignatura se inicia con una referencia a la ley que rige la materia, prescindiendo de la realidad que motivó la necesidad de su creación y posterior vigencia.

Por ello, **nos parece indispensable iniciar el desarrollo del Derecho Procesal Civil haciendo un estudio de la causa que origina esta parcela del Derecho: El conflicto de intereses.**

La sociedad es un fresco de conflictos. Ese lugar de convivencia pacífica, desprendida y solidaria que Santo Tomás Moro denominó “Utopía” era justamente eso: una quimera, un ideal, un mundo de ensueño pero inexistente. La moneda corriente de la realidad es que **en las relaciones intersubjetivas aparezcan expectativas que muchas veces son insatisfechas por la resistencia de otro sujeto.**

2. POSIBLES SOLUCIONES AL CONFLICTO DE INTERESES

Producido el conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, éste se puede resolver por obra de los propios litigantes (solución parcializada), o mediante decisión imperativa de un tercero (solución imparcial).

La solución parcializada puede tener dos perspectivas:

- El litigante impone el sacrificio del interés ajeno: **Autotutela o Autodefensa.**
- El litigante consiente el sacrificio de su propio interés: **Autocomposición.**

La solución imparcial ofrece dos vertientes:

- **Extrajudicial:** A través del Procedimiento **Arbitral.**
- **Judicial:** Mediante el **Proceso.**

En conclusión, surgido un conflicto se tiene tres desembocaduras de solución: Autotutela, Autocomposición (directa o indirecta) y Heterocomposición.

2.1. Autotutela

Fue la primera forma de solución de conflictos. Lo que distingue a esta figura, conocida en la doctrina también como autodefensa, es la ausencia de juez distinto de las partes y la imposición por la fuerza de una de las partes a la otra¹. Este sistema de justicia privada se inicia de una manera pura y simple: **La tutela de los derechos subjetivos es ejercida por el propio titular, dando nacimiento a la venganza privada y a la defensa privada.** Esta vía de hecho para hacer cesar la injusticia predominó en las primigenias sociedades hasta que la experiencia les hizo entender que era una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo y los conducía al colapso de la especie. Entonces, buscaron otros medios que mejorasen la seguridad de las personas y acordaron la elección de un tercero para resolver el conflicto y de esta forma asegurarse el imperio de la justicia. Después de que este

tercero pasara por varios titulares (jefe, sacerdote, sabio) hoy reposa en el Estado. Es decir, se sustituye la acción directa por la acción civil².

En la actualidad los Estados prohíben la autodefensa como regla y la consienten excepcionalmente. Aun así, suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto.

La Autotutela puede ser:

- **Unilateral:** Legítima defensa, defensa extrajudicial de la posesión, estado de necesidad, huelga, derecho de retención, etc.
- **Bilateral:** El duelo.

2.2. Autocomposición

Esta forma de solución consiste en el entendimiento para poner fin al conflicto por acto de las partes. Puede tener lugar antes o después de surgido el proceso. Cuando se presenta una vez iniciado el proceso operan como algunas de las Formas Especiales de Conclusión del Proceso. La doctrina encuentra luces y sombras en este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. El aspecto positivo se encuentra en la economía de costo y tiempo. En contraparte, con frecuencia, la espontaneidad del sacrificio es sólo aparente y en realidad envuelve una capitulación del litigante más débil.

La Autocomposición, a su vez, puede ser:

- **Unilateral:** Allanamiento, reconocimiento, desistimiento.
- **Bilateral:** Negociación, conciliación, transacción.

2.3. Heterocomposición

Esta alternativa de solución consiste en que un tercero imparcial decide sobre el conflicto. Tradicionalmente, en el mundo civilizado, este papel de tercero lo desempeña el Estado, a través del Poder Judicial. Sin embargo, es casi una tautología que el proceso rinde con frecuencia mucho menos de lo que debiera, haciéndose moroso y costoso, por lo que **las partes buscan en el arbitraje una solución con menos posibilidades de ser justa, aunque con la seguridad de una mayor rapidez y menor costo.** Esto ha originado que el Estado ya no tenga el monopolio de las soluciones heterocompositivas de los litigios. Se ha bifurcado este modelo en dos mecanismos: Extrajudicial y Judicial.

a. Heterocomposición Extrajudicial

El Arbitraje constituye el ejemplo por antonomasia de este tipo de heterocomposición. CHARLONI define al arbitraje como “un procedimiento especial *sui generis* a través del cual los sujetos interesados pueden hacer decidir por privado las controversias que entre ellos surgen, siempre que tengan como objeto derechos disponibles”.

El Fuero Arbitral se encuentra, en la actualidad, reconocido constitucionalmente en el artículo 139º inciso 1) de la Ley Fundamental de 1993. Su basamento legal se encuentra en El Decreto Legislativo N° 1071.

Este medio tiene su nota distintiva: **las partes designan de común acuerdo a un tercero para que resuelva su controversia. El fallo del árbitro, denominado laudo tiene carácter vinculante y se convierte en título de ejecución.** No podemos dejar de mencionar que el arbitraje en nuestro país se encuentra todavía en la estratósfera, esto es, inalcanzable al grueso de la población y reservado para aquellas entidades públicas y privadas que puedan tener acceso a la onerosidad aparejada a este procedimiento. Aunque teóricamente está al alcance de todos, en verdad se trata –hasta hoy al menos– de un mecanismo alejado y desconocido por la mayor parte de los justiciables.

b. Heterocomposición Judicial

Es la vía de derecho para poner fin al conflicto por acto de la autoridad jurisdiccional. Esta labor se reputa como un atributo de la soberanía estatal. En teoría, el proceso se presenta como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar una solución justa y pacífica. En la realidad, este objetivo queda hipotecado por otros factores: organización judicial, nivel ético de la profesión forense, juzgadores capacitados y eficiencia de la legislación procesal.

El ordenamiento legal vigente diagrama un proceso civil orientado a que la voluntad del Estado aplique, en cada caso, el derecho objetivo vigente. Empero, deja entrever la posibilidad que la Tutela Jurisdiccional Ordinaria no es suficiente para una realidad que se perfila distinta y plantea nuevos retos. Por ello, el denominado decisionismo judicial que impera en el país propone una suerte de panacea a la que ha bautizado como Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Discrepamos de esta alternativa. Un proceso en el cual por la urgencia de resolver en menor tiempo se restrinja el contradictorio o el derecho de defensa no hace más que agudizar la patología procesal. Sus mentores refieren que la Tutela Jurisdiccional Diferenciada “surge para enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos, que empiezan a marcar el nuevo rumbo del Derecho”. No negamos la posibilidad de que en algunos casos, con las garantías de rigor, puedan tener resultados positivos en situaciones novísimas que se presentan. Sin embargo, la mayoría de estos mecanismos dan pie a que se fortalezcan los racimos del Sistema Inquisitivo que convierte al Juez en una especie de dios terrenal omnipotente. Queremos confesar que renegamos de lo antes dicho y escrito respecto al tema. Este acto de contrición encuentra soporte en el debido proceso. El concepto de debido proceso puede tener infinitas definiciones y mil características pero siempre supone **la posibilidad plena de audiencia, esto es, una efectiva citación que permita total conocimiento de la demanda planteada.**

Lo señalado en estas líneas se encuentra en los antípodas del corifeo de la doctrina nacional y extranjera al respecto. Discrepamos también con

afirmaciones como que el rol principal en este tipo de tutela lo tiene el juez. El centro de gravedad del proceso siempre debe ser el debate de los parciales para la resolución del imparcial. El reconocimiento de haber fracasado la tutela ordinaria, teniendo como protagonista al juzgador, impone que en una nueva forma de tutela como la diferenciada en que se recortan los tiempos y hasta el contradictorio, exige revisar la performance del juzgador. No se puede sustraer su responsabilidad en los penosos números que exhibe la morosidad judicial. No podemos seguir apostando por el “Juez Hercules” como ha denominado Ronald Dworkin a esta postura mayoritaria de la doctrina latinoamericana.

Lamentablemente, como suele ocurrir con frecuencia en nuestro país, existe una incontinencia por adoptar de manera apresurada instituciones jurídicas en general y procesales en particular. Esto trae consecuencias inevitables: Implementaciones de figuras novísimas que se pontifican sin un análisis previo de adecuación y sostenimiento para nuestra realidad. Hace una década se nos vendía la conciliación prejudicial como la panacea de los males y problemas de morosidad procesal. Hoy sabemos el triste desenlace que tuvo. Hace apenas un lustro que la oralidad se convirtió en el canto de sirena para una mejor justicia. No se reparó en los riesgos de la superficialidad del mismo o la excesiva dependencia de la tecnología en un país como el Perú en dónde el pedazo más pequeño de la torta presupuestal la tiene el Poder Judicial. Esperamos equivocarnos.

TUTELA JURISDICCIONAL ORDINARIA	TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA
<p> Características:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plazos amplios • Existencia de Audiencias • Justicia de certeza 	<p> Características:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plazos cortos • Inexistencia de Audiencias • Justicia de probabilidad
<p> Tipología según la naturaleza de la pretensión</p> <ul style="list-style-type: none"> • Proceso Civil • Proceso Penal • Proceso Laboral • Proceso Familiar • Proceso Contencioso Administrativo • Proceso de Filiación Extramatrimonial • Proceso de Pérdida de Dominio 	<p> Tipología según naturaleza de la urgencia</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tutela Preventiva o Inhibitoria • Tutela de Urgencia <ul style="list-style-type: none"> • Cautelar (Medidas cautelares asegurativas) • Satisfactoria (Asignación anticipada, sentencia anticipada y Procesos Constitucionales)

3. LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

Desde el amanecer de la humanidad se dio la coexistencia de un pretendiente y un resistente y con ello, la existencia del conflicto. En un principio se recurría exclusivamente a la fuerza para dar solución a los desencuentros. En algún momento, que nadie ha determinado con precisión, se optó por el debate, lo que determinó que “la fuerza del razón sustituyera a la razón de la fuerza, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta -como medio de discusión- la innegable ventaja de igualar a los contendientes”.³

Cuando los coasociados aceptaron la posibilidad de dialogar surgió la posibilidad de autocomponer los conflictos. Sin embargo, no siempre esto es posible por lo que, la alternativa final resulta ser el proceso.⁴

Por ello, podemos concluir que la razón de ser del proceso es la erradicación de la fuerza por el grupo social, para asegurar el mantenimiento de las normas adecuadas de convivencia. Sin embargo, la idea de fuerza no ha podido ser eliminada totalmente como alternativa de solución de conflictos, ni siquiera por el proceso. Las medidas cautelares o la ejecución de sentencia llevan una naturaleza coercitiva, aunque legitimada.

4. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE PROCESO

4.1. La Función del Proceso

El proceso cumple una doble función:

- **Privada:** Es el instrumento con el que cuenta toda persona natural o jurídica –gente o ente- para lograr una resolución del Estado. Es la alternativa final si es que no ha logrado disolverlo mediante la autocomposición.
- **Pública:** Es la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada.

4.2. Las nociones de conflicto, litigio y controversia

4.2.1. El Conflicto

Cuando nos referimos a “conflicto”, surge a nuestra mente un pleito, una disputa, una litis o un enfrentamiento, sin embargo no podemos alejarnos de la realidad social y sobre todo tratar de entender ¿qué se entiende por conflicto en un plano social? Para lo cual debemos entender que la noción de conflicto es clave y eje central del pensamiento de la psicología social, pues *el conflicto es inherente a la interacción humana*, como lo diría el filósofo A. N. Whitehead.

Sin embargo, nosotros tratamos de elaborar un nuevo concepto de conflicto, para lo cual entendemos como **“Una situación de discordia entre dos partes que generan un desequilibrio y buscan un cambio”**. Solo a partir de esas diferencias se procura realizar ajustes para lograr la posibilidad de crecimiento y de desarrollo de las partes involucradas en el conflicto, dirigiendo sus fuerzas, no en demostrar quien tiene la razón o la verdad, sino en resolver la situación que enfrentan. Es aquí donde entra a intervenir el Derecho.

4.2.2. El conflicto como razón del Derecho

La necesidad de resolver los conflictos constituye un presupuesto justificador de la existencia del Derecho, junto con otros motivos, como la escasez y el altruismo limitado. Estas situaciones favorecen la violencia y el uso de la fuerza, que es consustancial al ser humano, por lo que se precisa la intervención de otra fuerza racional y sometida a reglamentación, el Derecho, con el fin de limitar y excluir la violencia espontánea como forma habitual de comportamiento social. Se puede hablar de una dialéctica de violencias, la del interés propio y la normada, del interés común. La violencia institucionalizada y sancionada por el Poder se justifica porque produce seguridad, que actúa a modo de síntesis entre la tesis violencia y la antítesis represión estatal. Tal seguridad constituye el origen de la moderna cultura político-jurídica que, junto con la llamada ética pública de la modernidad, va perfilando otros valores políticos, como la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad.

La heterotutela de los intereses no sólo es una exigencia de estabilidad social - a nadie se le ocurre discutir que la autotutela vendría a proclamar el reinado del poder fáctico frente a la razón - sino una manifestación propia de lo jurídico, en su faceta socializadora -el Derecho como forma de organización social, o de endoculturización -la integración de las personas en la vida social y en un sistema de valores.

4.2.3. Funciones del proceso ante un conflicto

Entendemos como proceso **el instrumento que ostenta la jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales**. Por su parte, CARNELUTTI introduce el concepto de *pretensión* como *modo de ejercicio del poder jurídico*, definiendo el proceso como *“la justa composición de la litis, siendo ésta un conflicto intersubjetivo de intereses (elemento material), calificado por la existencia de una pretensión de uno de los sujetos contradicho por el otro (elemento formal), siendo la pretensión una declaración de voluntad por la que se exige la subordinación del interés ajeno al interés propio”*⁵⁹.

GUASP, en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, amplía la noción de pretensión, diciendo que es la declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdiccional una actuación frente a determinada persona distinta del autor de la declaración. Tal actuación es el verdadero objeto de la pretensión, que el órgano jurisdiccional ejerza la función, no que dé la razón al ejercitante

de la pretensión: *"se satisface una pretensión de parte cuando es recogida, examinada y resuelta por un órgano del Poder público dotado de imparcialidad. La resolución de una pretensión puede llevar a una de dos conclusiones distintas: a actuarla si es fundada (esto es, conforme con el derecho objetivo) o a desestimarla si es infundada"*⁶. En cualquier caso, no tratamos aquí de establecer un concepto técnico-jurídico de proceso, sino de demostrar que **el proceso responde jurídicamente a la necesidad de dirimir conflictos**: *"el proceso está arbitrado para la solución definitiva e irrevocable, a través de la aplicación del derecho objetivo, de los conflictos intersubjetivos y sociales que en él se planteen"*. Esta es la función genérica del proceso.

Pero atendiendo a su relación con el objeto procesal, puede destacarse otra más específica: la de la satisfacción de las pretensiones y resistencias, siguiendo a FAIREN, *"la satisfacción procesal ha de ser jurídicamente razonada, eventualmente completa, estable y práctica"*. Y no quedarían completas estas breves referencias a la función del proceso sin hacer referencia a la justicia: *"Siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye misión primordial de cualquier Estado. Esto nos muestra que existe un auténtico derecho subjetivo por parte de los súbditos a que el Poder público se organice de modo que los imperativos de la justicia queden, por lo menos en cierta medida satisfechos"*⁷.

4.2.4. Concepto de Litigio

El litigio es un conflicto de intereses, donde existe la pretensión por una parte y la resistencia por otra. Para que un conflicto sea verdaderamente un litigio, es necesario que una de las partes exija que la otra sacrifique sus intereses al de ella, y la segunda oponga resistencia a la pretensión del primero. En el litigio existen dos partes y un bien jurídicamente determinado respecto al cual se da el conflicto de intereses.

4.2.5. Relación y diferencia entre proceso y litigio

El litigio es un conflicto de intereses, mientras que el proceso es sólo un medio de solución o de composición del litigio. De esta manera, para que exista un proceso se necesita como antecedente un litigio, porque el litigio es el contenido y el antecedente de un proceso.

Aparecen dos conceptos, el continente y el contenido. En el plano del contenido están el litigio y la pretensión. En el plano del continente están el proceso y la acción.

El litigio debe preceder necesariamente al proceso. La pretensión es para la acción lo que el litigio es para el proceso. La pretensión y el litigio pueden existir sin que haya proceso, pero no puede existir un proceso genuino sin que haya un litigio. Sin pretensión no puede haber acción y sin acción no puede haber

proceso. El proceso presupone la existencia de una acción, pero la acción a su vez está fundada en la existencia de una pretensión resistida, o lo que es lo mismo, en la existencia de un litigio.

Existen semejanzas y diferencias entre el litigio y el arbitraje. Ambos, tanto el proceso como el arbitraje, pueden resolver un litigio, como conflicto de intereses. La diferencia radica en el continente, es decir, en el cauce para solucionar el litigio. La materia del litigio es la misma, lo que cambia es el continente. Metafóricamente, las aguas serían el litigio: mientras éstas se encuentran en el cauce del río, estaríamos en el campo del proceso. Pero si las aguas se desvían de su cauce normal en otro, como un canal, la metáfora se completa, porque ese segundo cauce, el del canal, sería el arbitraje, un cauce distinto de solución del litigio.

4.2.6. Controversia

No podemos dejar de lado el significado que la RAE atribuye a “controversia” y lo define como **la discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas.**

En el ámbito procesal, la controversia se configura cuando además de que el conflicto se ha judicializado, el demandado manifiesta su reacción contra la pretensión inicial. Es lo que la doctrina conoce como el contradictorio. Por ello, puede existir litigio sin controversia.

5. MARCO TEÓRICO DEL PROCESO

En el Derecho Romano existía el axioma “*ubi societas ubi ius*” que quiere decir “donde existe sociedad, existe Derecho”. Hoy esta frase permanece vigente, pues el Derecho es indisoluble de la sociedad, ya que como tal debe permitir el desarrollo de la vida social asegurando y garantizando las condiciones para su existencia y desarrollo.

Es en la sociedad donde se producen relaciones entre los hombres. Estas relaciones tienen un solo objetivo: la satisfacción de sus necesidades. Estas necesidades son numerosas y para satisfacerlas requieren de bienes que, a la vez, son escasos. A esta relación entre las necesidades humanas y el bien apto para su satisfacción, la Teoría General del Derecho le da el rótulo de “interés”. Por ello, cuando los bienes no son suficientes para colmar las necesidades de los hombres y coincide más de un sujeto en la necesidad de un mismo bien, surge un “conflicto de intereses”. Para la solución de este conflicto de intereses, el Derecho ha establecido un conjunto de normas jurídicas que los sujetos del conflicto deben cumplir.

De no hacerlo, el Estado, que es el que dicta las normas objetivas, debe establecer el mecanismo para su cumplimiento. A dicho mecanismo la doctrina lo denomina “proceso”.

El proceso se ha convertido en un mecanismo indispensable para la sociedad, pues de lo contrario serían los propios sujetos los que buscarían hacer cumplir las normas y se produciría una violencia social generalizada que pondría en riesgo la sociedad misma.

6. EL PROCESO CIVIL

El proceso es concebido modernamente como el conjunto de actos regulados por las normas respectivas y ordenadas sucesivamente en función a los principios y reglas que sustancian su finalidad. **Es el método para llegar a la meta. Es un medio (método) pacífico y dialéctico de solución de conflictos formado por actos de una serie lógica y consecucional (afirmación, negación, confirmación, alegación) conectadas entre sí por la autoridad judicial con la finalidad de obtener una decisión: la sentencia (la meta).**

DEVIS ECHANDÍA señala que el proceso **“es el conjunto de actos coordinados que se realizan ante un funcionario jurisdiccional para obtener la aplicación de la ley en un caso concreto o la declaración o defensa de determinados derechos”**. El proceso nace con la iniciativa del demandante, se delimita con la contestación del demandado y culmina con la sentencia del Juez.

Todo proceso tiene una estructura (¿Qué es?). La estructura procesal está constituida por su **naturaleza dialéctica**. Igualmente, el proceso tiene una función (¿Para qué sirve?). La finalidad de todo proceso es **resolver un conflicto de intereses**.

7. LA DISCIPLINA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL

7.1. Definición

DEVIS ECHANDÍA señala que **“es la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado fijando el procedimiento a seguir para obtener la actuación del derecho objetivo”**. Mientras tanto CARNELUTTI lo define como **“el conjunto de reglas que establecen los requisitos y efectos del proceso”**.

La doctrina más autorizada reconoce **tres partes en esta ciencia**:

1. **La Teoría General del Proceso**, que es la misma que fundamenta todas las ciencias del proceso.
2. **La Parte Sistemática**, que tiene por objeto el estudio de la legislación procesal de diferentes países.
3. **La Parte Práctica**, a través de cursos específicos que complementan los aspectos antes señalados.

7.2. Evolución del Derecho Procesal Civil

CARNELUTTI considera que la ciencia del derecho procesal ha evolucionado a través de cuatro períodos:

- 1° **Período de la Escuela Exegética:** Es el periodo del culto a la ley, la sumisión absoluta al texto del Código. Sus principales representantes fueron Borsari, Ricci, Gargiulo y Cuzzi.
- 2° **Período de las Teorías Particulares:** Aquí la investigación se orienta hacia la búsqueda de los principios relativos a las instituciones en particular. Los autores más destacados fueron Martirola y Mortara.
- 3° **Periodo de la Teoría General del Proceso de Conocimiento:** Llamada "Etapa de Chiovenda" en que se delinea la sistematización de los principios relativos al proceso de conocimiento.
- 4° **Periodo Contemporáneo:** Denominada "Era de Carnelutti" y busca alcanzar una más alta síntesis de los principios del Derecho Procesal, que vaya más allá del proceso de conocimiento. Las obras estelares del maestro florentino son "*Lezioni di Diritto Processuale*" y el "*Sistema de Diritto Processuale Civile*".

El Derecho Procesal Civil en sus inicios fue concebido como un apéndice del Derecho Civil. En estos tiempos era concebido como un mero procedimiento⁴. La etapa científica del Proceso Civil se inicia en 1903 con el discurso de Giuseppe Chiovenda –el procesalista más influyente del Siglo XX– hecho que simbólicamente da nacimiento a la ciencia procesal

8. NORMAS JURÍDICAS MATERIALES Y NORMAS JURÍDICAS INSTRUMENTALES

8.1. Diferencia

Las normas jurídicas, en general, **son proposiciones que prescriben una conducta jurídica**. Según la eficacia, las normas jurídicas se clasifican en materiales e instrumentales.

Las normas materiales o sustantivas se definen como aquellas que **componen directamente un conflicto de interés, imponiendo una obligación o atribuyendo un derecho**. Tienen la estructura de una norma, pues establecen la relación entre dos o más hechos, y el contenido de un mandato, porque determinan una conducta de los interesados.

Las normas instrumentales, formales o adjetivas⁸ son aquellas que componen indirectamente un conflicto, atribuyendo un poder e imponiendo correlativamente una sujeción.

Entre ambas categorías suelen darse interferencias. En algunos supuestos se puede hablar de normas que componen un conflicto atribuyendo un poder directo al interesado; se trata de **normas materiales con eficacia instrumental**. *V.gr.*: La posibilidad de resolver un contrato de pleno derecho. En otros casos, mediante la actuación del poder, constituyen obligaciones y derechos denominados **normas instrumentales con eficacia material**. *V.gr.*: La conciliación y la transacción judicial.

8.2. Aplicación de la norma procesal en el tiempo

Las normas procesales, al igual que casi todas las normas jurídicas, entran en vigencia una vez promulgadas y publicadas. Del mismo modo, se extinguen con su derogación.

Pueden presentarse entonces tres situaciones:

- Cuando los procesos ya han concluido, **estos no son afectados por la nueva norma**.
- Cuando los procesos se van a iniciar, **estos deben realizarse con la nueva norma**.
- Cuando los procesos están en trámite, **no opera la retroactividad de la norma procesal**, más bien se apuntan dos opciones: La primera, que la nueva norma se aplique al trámite iniciado, con lo cual el proceso se beneficia con los aportes de la nueva norma; y la segunda, que se sustenta en el axioma de entender el proceso como un acto único, por lo que no puede modificarse el camino iniciado. El proceso ya iniciado tendrá que continuar con lo señalado por la ley derogada. Esta figura fue la que se presentó durante el tránsito entre el Código de Procedimientos Civiles y el Código Procesal Civil. En la Teoría del Derecho se conoce como ultractividad.

9. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

La doctrina no es pacífica en el uso de las categorías proceso y procedimiento, pues mientras algunos sostienen que hay diferencias entre ellas, otros usan indistintamente ambos conceptos.

Creemos que una posición responsable es hacer un esfuerzo por establecer las principales diferencias:

1. BUSTAMANTE ALARCÓN afirma que "sólo en un proceso el Estado ejerce función jurisdiccional, por ello sólo tiene tal categoría el proceso judicial. Allí donde no se ejerza jurisdicción no habrá proceso, sino un procedimiento, por eso hablamos de procedimiento administrativo, militar, arbitral, político y particular".

2. De lo señalado se desprende una segunda diferencia: el proceso, para ser tal debe concluir en cosa juzgada, generalmente inmutable; el procedimiento, por su naturaleza administrativa, debe concluir en cosa decidida, lo cual puede ser modificado por el proceso contencioso administrativo.

3. Vistos el proceso y el procedimiento desde otro ángulo, ambos se encuentran en una relación de género a especie. MONROY GÁLVEZ en su "Introducción al Proceso Civil" sentencia: **"El proceso es aquel conjunto dialéctico, dinámico y temporal de los actos procesales donde el Estado ejerce función jurisdiccional con la finalidad de solucionar un conflicto de intereses, levantar una incertidumbre jurídica, vigilar la constitucionalidad normativa o controlar conductas antisociales –delitos o faltas–; y entendemos por procedimiento al conjunto de normas o reglas que regulan la actividad, participación, facultades y deberes de los sujetos procesales, de tal suerte que bien puede existir procedimiento, sin proceso"**. Abunda al respecto el jurista uruguayo COUTURE, quien en su libro "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", precisa que la idea de proceso es necesariamente teleológica: **"Si no se culmina en cosa juzgada, el proceso es solo un procedimiento"**; Igualmente complementa el colombiano DEVIS ECHANDÍA quien, en su "Teoría General del Proceso", define al procedimiento como **"(...) simple mecánica en los trámites, mediante explicación exegética de los códigos (...)"**

4. La más trascendente de las diferencias la encontramos en que los conceptos de proceso y procedimiento hacen referencia a las dos etapas históricas más importantes de la historia del proceso civil: La científica y la precientífica.

Lo dicho se podría resumir en el siguiente cuadro:

PROCESO	PROCEDIMIENTO
1. Referido a la vía jurisdiccional.	1. Perteneciente al ámbito administrativo, militar, arbitral, político y particular.
2. Culmina en cosa juzgada.	2. Finaliza en cosa decidida.
3. Constituye el género.	3. Referido a la especie.
4. Etapa científica de los estudios procesales.	4. Etapa precientífica respecto al proceso.

10. CONCEPCIONES DEL PROCESO CIVIL

El Derecho Procesal Civil en la fase de transición entre el procedimentalismo y la etapa científica, se formó sobre la base de dos elementos de carácter ideológico y político claramente diferenciados:

- **El liberalismo** de WACH y BÜLLOW que se concretó en el Código de Procedimientos Civiles Italiano de 1865 y que **creó una concepción privada del proceso**.
- **El autoritarismo** de FRANZ KLEIN que se materializó en el Código de Procedimientos Civiles Austro-Húngaro de 1898 y que **optó por una concepción publicitaria del proceso**.

10.1. Concepción Privatística

Considera que el proceso es una institución de derecho privado que tiene por finalidad decidir los conflictos producidos entre los particulares. Se concibe al proceso como el medio por el cual las partes discuten sus derechos con arreglo a las normas de derecho privado y que concluye con una decisión del órgano jurisdiccional.

El interés público sólo interviene para garantizar el correcto debate mediante la aplicación de determinadas normas.

10.2. Concepción Publicística

Considera que el proceso es una institución del derecho público. Concibe al proceso como un instrumento que la ley pone en manos del Juez para la actuación del derecho objetivo. Afirma, además, que los conflictos que se producen en la sociedad son fenómenos sociales, cuya justa solución interesa a la colectividad para restablecer el orden y la paz social que debe existir en la comunidad.

10.3. Concepción Ecléctica

Sostenida por CHIOVENDA, para quien el proceso tiene como propósito la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo, y en su regulación se debe tener en cuenta tanto el interés privado de las partes como el interés público del Estado.

11. SISTEMAS PROCESALES

Se entiende por sistema el conjunto de principios y mecanismos sobre una determinada materia, los cuales se relacionan entre sí de manera coherente formando un solo cuerpo. ALSINA define a los sistemas procesales como "(...) los distintos modos de desenvolverse del proceso(...)". La mayoría de juristas están de acuerdo que en materia procesal existen dos grandes sistemas: el Sistema Dispositivo y el Sistema Inquisitivo.

Sistema Procesal Dispositivo o Privatístico

Está relacionado con el antiguo proceso civil. En este sistema, **el dominio del proceso está reservado a las partes**. Corresponde exclusivamente a ellas el ejercicio de la acción, ellas fijan la cuestión litigiosa y establecen los medios

probatorios que respaldan sus pretensiones procesales. De acuerdo con esto, los principios procesales de este sistema se desarrollan fundamentalmente en función del interés privado de las partes (principio de iniciativa de parte, principio de congruencia, principio de impugnación privada, etc.) El Juez, en este sistema, desempeña un papel pasivo.

El Código Procesal Civil recoge algunos postulados de este sistema como:

- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Todo proceso se inicia a solicitud de parte.
- La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos.
- El Juez no puede resolver *ultra petita* o *extra petita*.
- Las partes pueden conciliar en cualquier estado del proceso siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia, entre otros.

Sistema Procesal Inquisitivo o Publicístico

Está relacionado con el proceso constitucional, penal, laboral y el moderno proceso civil. En este sistema, **el dominio del proceso está a cargo del Estado**. El proceso ya no sólo es entendido como un mecanismo de solución de conflictos intersubjetivos, sino se convierte en el medio para alcanzar la paz social en justicia. El papel del Juez se hace activo sin que se debilite la importancia de la actividad de las partes. En armonía con este sistema se desarrollan los principios de dirección judicial del proceso, impulso de oficio, intermediación, concentración, socialización, entre otros. El juez, como director del proceso, se encarga de oficio de averiguar los hechos en su afán de llegar a la verdad real, frente a la verdad procesal⁹.

El Código Procesal Civil tiene la impronta de este sistema:

- La dirección del proceso a cargo del Juez.
- El impulso procesal de oficio.
- La integración de la norma procesal.
- La actuación de medios probatorios de oficio.
- El Juzgamiento anticipado del proceso.

No existe ordenamiento procesal alguno que acoja a uno de estos sistemas y excluya al otro, sino que siempre hay una coexistencia, aunque con un mayor peso específico de uno con relación al otro¹⁰. Nuestro Código Procesal Civil adopta una concepción predominantemente publicística del proceso, y tiene sistema mixto debido a la influencia equilibrada de los sistemas Dispositivo e Inquisitivo, aunque con acento más pronunciado en este último.

12. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS CIVILES

12.1. Según el Código Procesal Civil

El Código Procesal realiza la tradicional clasificación entre procesos contenciosos y no contenciosos. Esta clasificación ha caído en obsolescencia. Hoy sabemos que para que exista proceso, necesariamente tiene que existir conflicto. Si no coexisten una pretensión y una resistencia, no puede haber proceso. En esa línea, es que la Ley N° 26662 (y su complementaria la Ley N° 27333 para la regularización de edificaciones), ha establecido la competencia notarial para asuntos no contenciosos.

12.1.1. Procesos Contenciosos

Son los que resuelven de un **conflicto de intereses**. BARRIOS DE ANGELIS sostenía que se trataba de una **insatisfacción jurídica**. CARNELUTTI afirmaba que la finalidad de este tipo de procesos es terapéutica o represiva según la naturaleza de la *litis*.

12.1.2. Procesos No Contenciosos

Son aquellos en los que existe ausencia de *litis*. Resuelven una incertidumbre jurídica, garantizando su certeza y justicia. CARNELUTTI consideraba a estos procesos como de higiene social y rescataba su función preventiva de litigios.

12.2. Según la Doctrina

La doctrina generalizada subclasifica a los procesos contenciosos en:

a. Procesos de Cognición

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ sigue la tesis carneluttiana y sostiene que es el proceso de **pretensión discutida**. En esta tipología de procesos se solicita al órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad. **Se parte de los hechos y se busca obtener el derecho**.

Los procesos de cognición a su vez pueden ser:

- **Proceso de Conocimiento:** Es el proceso modelo para nuestra legislación hecha a la medida de una justicia de certeza: plazos amplios, audiencias independientes, pretensiones de naturaleza compleja, mayor cuantía, actuación probatoria ilimitada. Procede la reconvencción y los medios probatorios extemporáneos. En la realidad se ha demostrado la necesidad de reducir la excesiva duración de este tipo de proceso, sobre todo para aquellas pretensiones que no ameriten un trámite tan formal. Surge entonces lo que se ha denominado la **Sumarización del proceso**, esto es,

la necesidad de prescindir del proceso ordinario. Mediante este mecanismo se concentran actos y se reducen plazos en aquellas pretensiones discutidas que su naturaleza lo permita. Aparecen así, dos variantes del proceso modelo de conocimiento: el proceso abreviado y el proceso sumarísimo.

- **Proceso Abreviado:** Como su nombre lo sugiere, los plazos y formas son más breves y simples. Se materializa con la unificación del saneamiento procesal y la conciliación en una sola audiencia.

Las pretensiones que se abordan, sin dejar de ser importantes, no tienen la complejidad de los procesos de conocimiento.

- **Proceso Sumarísimo:** Es la vía procedimental en que se ventilan controversias en las que es urgente la tutela jurisdiccional. Tiene los plazos más cortos de los procesos de cognición. El saneamiento procesal, la conciliación y la actuación de pruebas se concentran en una audiencia única.

b. Procesos de Ejecución

Etimológicamente la palabra “ejecución”, proviene del latín “*executio*” y esto significa “cumplir”, “ejecutar” o “seguir hasta el fin”. Es por ello que este proceso tiene por objeto hacer efectivo, en forma breve y coactiva, el cumplimiento de la o las obligaciones contenidas en un título que por mandato de la ley, ameritan el cumplimiento de prestaciones no patrimoniales contenidas en el título, que también ameritan un proceso de ejecución. Al contrario que los procesos de Cognición, aquí **se parte del derecho y se busca que se concrete en los hechos.**

Hasta fines de junio de 2008 en nuestro país se regulaban tres tipos de procesos de ejecución:

- **Ejecutivo**
- **Ejecución de Resoluciones Judiciales**
- **Ejecución de Garantías**

Todos ellos de idéntica naturaleza y cuya diferencia consistía en el título a ejecutar. El Decreto Legislativo N° 1069, ha regulado el **Proceso Único de Ejecución**, buscando una simplificación y eficacia, que sea consonante a la razón de su existencia-

c. ¿Procesos Cautelares?

Son aquellos en que se solicita al Estado la adopción de determinadas medidas que **aseguren el efectivo cumplimiento de la futura sentencia.**

La doctrina actual es unánime en señalar que no existen en nuestro país procesos cautelares propiamente dichos, pues **las características de búsqueda de satisfacción y autonomía que son intrínsecas a todo proceso no se presentan en las medidas cautelares**. Acá los llamamos procesos cautelares para seguir la nomenclatura utilizada por el Código Procesal Civil. Sin embargo, es inaceptable que se continúe en este error. A continuación la demostración de lo que señalamos.

PROCESO	CAUTELA PROCESAL
<ul style="list-style-type: none"> • Es autónomo • Es bilateral (derecho de defensa) • Se decide en base a la probanza • Busca la satisfacción jurídica 	<ul style="list-style-type: none"> • Es dependiente • Es unilateral (<i>inaudita altera pars</i>) • Se decide en base a la apariencia del derecho • Busca asegurar el efectivo cumplimiento de la futura sentencia

El Código Procesal Civil, a diferencia de su antecesor, carece de Exposición de Motivos y desconocemos el porqué de esta denominación; como también se desconoce la razón por la que a la Contrademanda en el CPC se le ha denominado Reconvención. O el sentido de que se enuncie el Principio de Buena Fe Procesal cuando el fundamento de las medidas cautelares –además del factor temporal- es porque se desconfía que la otra parte oculte o desaparezca sus bienes.

NOTAS:

- 1 “Esta etapa, llamada régimen de la “defensa privada” o de “autodefensa” se caracteriza por el predominio de la violencia, y en ella, como ha escrito DOS REIS “en vez de que la fuerza está al servicio del derecho, este último se encontraba a merced de aquella”. ALZAMORA VALDEZ, Mario. “Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso”. Octava edición. Editorial EDDILI. Lima. Pág. 12.
- 2 “La lucha contra la autodefensa ha sido larga y constante. (...) ha pasado por diversas etapas: 1º la moderación de la venganza mediante el talión; 2º La reglamentación del empleo de las armas y el combate mismo; y 3º el sometimiento de las partes a la decisión de un tercero, con el fin de **autorizar el uso de la fuerza a quien le asista la razón**”. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Ob. Cit. Pág. 12
- 3 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Debido proceso vs. pruebas de oficio”. Editorial Juris. Rosario. Argentina. 2005
- 4 Desde finales de la década de los noventa en el Perú se nos vendió la idea de que la solución a la crisis de la justicia civil en el Perú eran los denominados “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”. Era algo así como la penicilina del siglo XXI. Hoy no sólo contemplamos el casi total fracaso de esta propuesta sino que quedan al desnudo dos errores mayúsculos:

Es absurdo que estas formas de solución de conflictos sean alternativas al proceso. Es exactamente lo contrario, el Proceso es alternativo a ellos. Cuando fracasa la autotutela, la alternativa final es el proceso.

El único que constituye un medio de resolución de conflicto es el arbitraje, los demás son medios de disolución de conflictos. La lógica que no admite opinabilidad alguna indica que si el conflicto lo terminan los propios interesados se disuelve; mientras cuando se finaliza por un acto de autoridad se resuelve.

- 5 *Sistema de Derecho procesal civil*, tomo I, trad. de Alcalá Zamora y Sentís, Buenos Aires 1944.
- 6 **Jaime Guasp**, *“Los límites temporales de la cosa juzgada”*, Anuario de Derecho Civil, Madrid 1948, pág. 9
- 7 **Manuel Gordillo**, *“Concepto del Derecho procesal”*, Lecciones de cátedra, Salamanca 1963, pág. 99. Parece indubitante que el fin último de toda institución jurídica debe hacer alguna referencia a la justicia. En el proceso, se trata de buscar aquellas condiciones que permitan tomar la decisión más justa posible: *“en effet, l’office du juge est, à partir de la connaissance des faits la plus exacte que possible, de trancher les litiges en appliquant la règle de droit adéquate dans une décision la plus juste possible et la mieux accepté que possible par les parties, y compris par le perdant. L’addition de tous ces possibles -qui ne fait que confirmer que la justice est humaine et que la vertu, notamment de justice, est une tendance et non un état- a pour socle le procès. C’est en effet grâce et au cours du procès que les faits seront recherchés, la règle de droit discutée, la décision mûrie. Le lien profond entre le procès et la justice est une raison de plus de rechercher quelle pourrait être, positivement, la figure du procès”* (Marie-Anne Frison-Roche, «La philosophie...», *cit.*, pág. 20.
- 8 Se recomienda abandonar el término “adjetivo” como sinónimo de procesal o instrumental, pues este concepto pertenece a la prehistoria del Proceso Civil, esto es, cuando se pensaba que éste era un apéndice del Derecho Civil. Como el Código Civil era llamado Código sustantivo, al ordenamiento procesal, que era el instrumento para el cumplimiento de sus normas se le denominó Código adjetivo. El Proceso Civil adquirió autonomía a inicios del siglo XX. Su partida de nacimiento es el célebre discurso de Giuseppe Chiovenda en la Universidad de Bologna el 3 de febrero de 1903. Sin embargo, el erróneo uso del término “adjetivo” ha sobrevivido una centuria.
- 9 DEVIS ECHANDÍA, sobre el principio de Verdad Procesal, señala: “Entiéndase por verdad procesal la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente a la verdad real...” ello significa que para el Juez lo importante será la verdad procesal, de ahí que en el proceso importa la prueba del derecho que le asiste a cada una de las partes y que el no poder demostrarlo equivale a no tener el derecho, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso.
- 10 Sobre el particular, el jurista argentino Jorge PEYRANO abunda: “Se impone ahora repetir que tanto la recepción del principio dispositivo, como de su antítesis lógica, el denominado principio inquisitivo, sin admitir “impurezas” provenientes de aceptar algunas de las derivaciones de su contrario, no es más que una entelequia doctrinaria”. En “El proceso civil: principios y fundamentos”. Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 51.



Lección 2



PRINCIPIOS PROCESALES

LECTURA MOTIVADORA

SOBRE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

José Rubén Taramona H.

Estudiadas las diversas instituciones que constituyen el proceso en sí, y en sus relaciones con el Estado y el individuo, con carácter exclusivamente objetivo, llegamos fatalmente a la exégesis fría de la ley, al casuismo, que si bien es útil como herramienta de trabajo para el profesional del litigio dándole la interpretación práctica de cada cuestión, no llega jamás al espíritu de la institución estudiada. Se da así el caso tan frecuente de que para saber si una resolución debe notificarse a domicilio en otra forma, se apela, con carácter exclusivo, a la disposición legal sobre notificaciones, que nunca puede comprender todos los casos posibles. Entendido en cambio el objeto de notificación a domicilio, su vinculación con la ejecutoriada de las resoluciones o su apelabilidad, podrá discernirse de acuerdo con la disposición sobre notificaciones, cuando una resolución, no obs-

tante, tener el carácter externo de las que deben notificarse a domicilio, no necesita este recaudo.

Los principios procesales vinculan cada institución procesal, a la realidad social en la cual actúan o deben actuar, ampliando o restringiendo la esfera o el criterio de su aplicación. Así en un estado democrático, deben necesariamente primar los principios dispositivos de publicidad y de igualdad.

Quiere decir entonces, que sólo en casos de normas expresas que los restrinjan ampliando las facultades judiciales, ordenando el secreto del proceso en ciertos casos o restringiendo la igualdad de las partes, podrían estos ser dejados de lado en la práctica del litigio.

CHIOVENDA dedica algunos párrafos de su obra fundamental al estudio de los

principios procesales y aunque no los define, presiente la importancia que realmente tienen. Se ocupa de ellos al estudiar las formas procesales en general. Nos habla primero de la oralidad y de la escritura a las cuales vincula el principio de la concentración. Estudiando los diversos tipos de procedimientos dice: **“Los procesos de las diferentes épocas y aún los distintos procesos de una misma época y de un mismo lugar, distingúense entre sí por la diversidad de los principios que los informan. Se ocupa luego de la oralidad o a la escritura y de la “concentración de las actividades procesales en una audiencia o dispersión en varias audiencias o varios términos, ingerencia del juez en el proceso o pasividad, prueba formada o legal**

o apreciación libre”. Nos habla de la publicidad de las actividades procesales y a continuación de la “inmediatez” (inmediación). Más adelante ocupándose de las actividades procesales en su relación recíproca, se refiere al principio dispositivo. Al hablar de los “deberes de las partes”, se refiere a la buena fe y la culpa en el proceso. También estudia “el principio de la adquisición procesal”, que consiste en que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes. Estudia el impulso procesal por parte del Juez (el principio contrario y que limita el dispositivo). (...) Como hemos visto, en sus orígenes solamente se estudiaron algunos principios procesales, pues actualmente surgieron otros que son establecidos por ley e impulsados por las partes.

• • •

1. DEFINICIÓN

Los Principios Generales del Derecho son los **pilares básicos** sobre los que se asienta una determinada concepción del Derecho. No son verdades inmutables e incontrovertibles, **son concepciones del derecho que han tenido importante reconocimiento en un momento histórico determinado.**

PEYRANO señala que los **Principios Generales del Proceso son construcciones jurídicas normativas de carácter subsidiario**, es decir, que se aplican ante vacíos de la ley procesal. No suscribimos totalmente esta opinión. Creemos que no sólo cumplen una labor subsidiaria en la serie procesal, más bien tienen una función superlativa: **subyacen a toda institución procesal, con lo que garantizan la legitimidad de las diversas figuras procesales adoptadas en la normatividad.**

También es importante señalar que deja la sensación de una intención totalizadora del legislador respecto a los principios procesales recogidos en el Título Preliminar del Código Procesal Civil. Se mencionan principios que no son exclusivos del proceso civil y más bien son de la teoría general del proceso o garantías de la administración de justicia. Esto no sería notorio si es que no se dejaran de lado principios consustanciales al proceso civil como el de preclusión procesal, entre otros.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Bifrontalidad

PODETTI señala que los principios no son absolutos en sentido excluyente respecto a los otros, sino que, por el contrario, estos se emplean según las necesidades del litigio; por ejemplo, no existe un proceso puramente escrito, ya que se admite el principio de Oralidad.

Dinamismo

Comprenden dos aspectos: uno **absoluto**, que permite explicar la *Ratio Legis* o razón legal para la interpretación y aplicación de las normas procesales, tal como se aprecia en el principio de Elasticidad, y otro **relativo** que se aprecia al admitir la existencia de un ordenamiento procesal determinado y que el jurista deberá encargarse de explicitar en la aplicación de los principios.

Practicidad

Poseen virtudes pragmáticas partiendo de tres condiciones: No se aprecian a simple vista, no son numerosos y son tan abstractos que son idóneos para resolver las dudas interpretativas.

🕒 Complementariedad

Se complementan entre sí para su mejor funcionamiento y así obedecer a la finalidad del proceso en forma coherente.

Los Principios Generales del Proceso son una especie que conforman los Principios Generales del Derecho y **sirven para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado.**

Los principios consagrados en el Código Procesal Civil son manifiesta expresión de una **Concepción Publicística del Proceso Civil**; es decir, considera que lo trascendente en él, es el interés público que cumple el Estado a través del órgano jurisdiccional, tanto para hacer efectivo el derecho como para lograr la paz social en justicia.

3. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Los principios procesales contenidos en el Título Preliminar del Código Procesal Civil son:

🕒 Tutela Jurisdiccional Efectiva

La tutela jurisdiccional efectiva es la garantía que tiene toda persona de que el Estado le conceda amparo o protección legal para satisfacer alguna pretensión, es decir como señala GUASP¹: **“(...) es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas.”**

A la tutela jurisdiccional se le ha dado el apellido de “efectiva” que evidentemente le da una connotación trascendente. Al respecto, CHAMORRO BERNAL sostiene “La efectividad es algo consustancial al derecho en mención puesto que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. De nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no se llevarán a la práctica”.

Por ello, se afirma que el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva es cuádruple:

1. El libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas.
2. La defensa o la prohibición constitucional de indefensión.
3. El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso.
4. El derecho a que es tutela jurisdiccional sea efectiva.

No debe confundirse la Tutela Jurisdiccional Efectiva con la Tutela Procesal Efectiva. Esta última contiene a la primera. Podría representarse en la siguiente fórmula:

TUTELA PROCESAL EFECTIVA : TUTELA JURSDICCIONAL + DEBIDO PROCESO (Material y Formal)

Debe entenderse por Debido Proceso Material es que está dirigido a que los órganos del Estado con capacidad de decisión se alejen de la arbitrariedad: Razonabilidad y Proporcionalidad.

Debe entenderse por Debido Proceso Formal a aquel derecho fundamental continente. Esto es, comprende las garantías de juez natural, contradictorio, plazo razonable, motivación de resoluciones, pluralidad de instancias.

Dirección e Impulso Procesal

También llamado **principio de autoridad**, su naturaleza obedece a limitar los excesos del sistema dispositivo (dominio de las partes en el proceso). CHIOVENDA señala que el **Juez no puede mantener la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos², sino que debe estar provisto de autoridad.**

En aplicación de este principio, el Juez se convierte en director de proceso, provisto de una serie de facultades para dejar de ser un “convidado de piedra”. Es por ello que este principio consiste en **otorgar al Juez la aptitud necesaria para conducir autónomamente el proceso sin necesidad de intervención de las partes para la consecución de sus fines.**

Fines del Proceso e Integración de la Norma Procesal

El Código Procesal Civil, al adoptar una orientación publicística, considera que el proceso tiene como **fin inmediato la solución de conflictos intersubjetivos**, cuya solución inevitablemente debe conducir a la concreción de un **fin más relevante que es obtener la paz social en justicia**. Éste es el objetivo más elevado que persigue el Estado a través del órgano jurisdiccional.



El principio de Integración consiste en la posibilidad que tiene el Juez de cubrir los vacíos y defectos de la ley procesal, recurriendo a los principios generales del derecho procesal, a la doctrina y a la jurisprudencia.

Principio de Iniciativa de Parte y de Conducta Procesal

Según CARNELUTTI: “La iniciativa de parte es indispensable no sólo para pedir al Juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa”. Esta es manifiesta expresión del Sistema Dispositivo, que consiste en **facultar a las partes a promover el inicio del proceso en uso del derecho de acción que le asiste³.**

Por el principio de Conducta Procesal, se pone de manifiesto los principios de Moralidad, Probidad, Lealtad y Buena Fe Procesal que **están destinados a asegurar la ética del debate judicial**, delegando la responsabilidad en el Juez de garantizar la moralidad del desarrollo de la contienda y como contraparte la obligación de las partes a remitir su desenvolvimiento a este principio. Considera valores como la buena fe, la honestidad, la probidad, la veracidad, a fin de evitar la presencia del *"improbus litigator"*.

⊗ Principio de Inmediación

DEVIS ECHANDÍA señala: "(...) significa que debe haber inmediata comunicación entre el Juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen (...)".

La intermediación comprende un **aspecto subjetivo** que se refiere a que el Juez deberá tener mayor contacto con los sujetos del proceso (partes y terceros), y un **aspecto objetivo** que consiste en el contacto directo del Juez con los objetos del proceso (documentos, lugares, etc.). Se busca un contacto directo e inmediato del Juez con estos elementos, ya que al participar de esta manera en la realización de todos los actos procesales, el juzgador adquiere mayores y mejores elementos de convicción.

En la aplicación de este principio se ha privilegiado la Oralidad sin descartar la Escritura, pues ésta viene a ser el mejor medio de perpetuar y acreditar la ocurrencia de un hecho o la manifestación de voluntad en un proceso.

⊗ Principio de Concentración

Este principio busca que el proceso se realice en el menor tiempo posible y en forma continua, evitando que las cuestiones accidentales e incidentales (medidas cautelares o recursos impugnatorios) entorpezcan el desarrollo del proceso al dilatarlo sin necesidad. Por ello se regula y limita la realización de los actos en determinadas etapas del proceso.

⊗ Principio de Economía Procesal

Consiste en procurar la obtención de mayores resultados con el empleo de la actividad procesal que sea necesaria. Está referido al **ahorro de tiempo, gastos y esfuerzos**.

El ahorro de tiempo está referido a que el proceso no se debe desarrollar tan lento que parezca inmóvil, ni tan rápido que implique la renuncia a las formalidades indispensables.

El ahorro de gastos se refiere a que los costos del proceso no impidan que las partes hagan efectivos sus derechos.

La economía de esfuerzos alude a la posibilidad de concretar los fines del proceso, evitando la realización de actos regulados, pero que resultan innecesarios para alcanzar el objetivo del proceso. *V.gr.*: La improcedencia de medios probatorios referidos a hechos admitidos por las partes en la demanda o en la contestación de la misma.

Principio de Celeridad

Se refiere a que los actos procesales deberán realizarse en el menor tiempo posible respetando las normas del Debido Proceso; es la expresión más concreta del ahorro de tiempo en forma razonable, acorde con los principios procesales y la normatividad procesal; se expresa en instituciones como la perentoriedad de los plazos, el impulso de oficio, etc.

Principio de Socialización del Proceso

Consiste en que el juez está facultado para **impedir la desigualdad entre las partes que concurren al proceso**, por razón de raza, sexo, religión, idioma, o condición social, política o económica. Este principio convierte la tesis de la igualdad ante la ley en igualdad de las partes en el proceso.

Significa la humanización del proceso, puesto que se tratan hechos causados por personas y se juzgan problemas humanos.

Juez y Derecho (*Iura Novit Curia*)

La esencia de este aforismo contiene el principio por el cual **el Juez tiene el deber de conocer el derecho y de aplicar la norma jurídica que corresponda a la situación concreta**, aun cuando las partes la hayan invocado erróneamente o no la hayan invocado.

El fundamento del aforismo es una presunción *iuris et de iure*, es decir, que el Juez tiene mejor conocimiento del derecho que las partes. También implica tácitamente la libertad del Juez para encuadrar los hechos alegados y probados por las partes dentro de la normatividad que le sea aplicable.

El límite de este principio se encuentra en el hecho de que el Juez no puede resolver *ultra petita*, más allá del petitorio, ni *extra petita*; es decir, no puede fundar su decisión en hechos distintos o en aquéllos que no hayan sido alegados por las partes en el proceso. **Encuentra su límite en el principio de Congruencia Procesal**, ausente en nuestra legislación.

Principio de Gratuidad en el Acceso a la Justicia

Consiste en procurar que el proceso no resulte tan costoso para las partes, y ello, resulte inconveniente para hacer valer el derecho pretendido, con lo que el

Estado incurriría en una grave omisión al admitir esta forma de injusticia por razón económica⁴.

Sin embargo, la aplicación de este principio no puede ser absoluta⁵ según ha creído conveniente el legislador, al considerar que la administración de justicia implica en cierta forma un servicio *sui generis*: **gratuito**, pero que busca su autofinanciamiento.

Así, el servicio de justicia es tan importante y básico como cualquier otro servicio público. Por ello, **quien soportará el costo del proceso en mayor medida será quien sea declarado perdedor**. Por otro lado, el funcionamiento del aparato judicial se financia con las sanciones pecuniarias impuestas a quienes utilizan maliciosamente los recursos jurisdiccionales del Estado o mantienen una conducta reñida con los valores éticos recogidos por el Código Procesal Civil.

⊕ Principio de Vinculación y Elasticidad

La actividad judicial es una función pública realizada con exclusividad por el Estado. En uso del ***lus Imperium***, comprende a las normas procesales dentro del derecho público, dadas a fin de mantener el **orden público**; por tanto, estas normas son **obligatorias y de carácter imperativo**.

El principio de Elasticidad señala que, si bien las formalidades previstas en el Código Procesal Civil son de carácter obligatorio, el Director del Proceso -el Juez- tiene la facultad de adecuar la exigencia de cumplir con estos requisitos formales a **los fines del proceso, es decir, la solución del conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica y la paz social en justicia**.

⊕ Principio de la Instancia Plural

Es una garantía de la Administración de Justicia que **permite la revisión de lo resuelto en la instancia inferior por el superior jerárquico, puesto que existe la posibilidad de error del Juez**.

En consecuencia, aplicar este principio resulta necesario a fin de que el derecho a impugnar las decisiones de los jueces sea efectivo; en razón de ello, la legislación universal ha establecido la organización jerárquica de la Administración de Justicia, de manera que todo proceso sea conocido por jueces de distinta jerarquía ante el requerimiento oportuno de las partes.

4. OTROS PRINCIPIOS PROCESALES

Otros principios que no se encuentran en el Título Preliminar son desarrollados dentro del Código Procesal Civil; entre ellos se pueden señalar:

Principio de Contradicción

Conocido como **principio de Bilateralidad** consiste en que los actos procesales deben realizarse con conocimiento de las partes.

Un acto procesal debe realizarse con la información previa y oportuna al contrario, a fin de que éste pueda hacer valer su derecho de defensa y rebatir la pretensión de la otra parte.

Principio de Adquisición

Consiste en que los actos, documentos, medios probatorios e informaciones brindadas a través de las declaraciones que han proporcionado las partes se incorporen al proceso. En consecuencia, **los instrumentos presentados con la demanda u otros escritos dejan de pertenecer a las partes y en adelante pertenecen al proceso** como instrumento público del órgano jurisdiccional.

Principio de Eventualidad

También llamado **principio de Preclusión**. Supone la existencia de la división del proceso en etapas fundamentales dentro de las cuales se reparte la actividad procesal; así, los actos procesales de las partes deben corresponder a determinado período fuera del cual no pueden ser realizados, ya que pierden su valor. *V.gr.*: El Código Procesal Civil impone el deber de las partes de presentar todo su caudal probatorio, sea de pretensión o de defensa durante la etapa de postulación al proceso.

Principio de Congruencia

Es conocido como **principio de consonancia**. En virtud a este postulado se limita el contenido de las resoluciones judiciales; es decir, que deben emitirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones, excepciones o defensas oportunamente deducidas. **Es un principio que delimita las facultades resolutivas del Juez.**

Principio de Publicidad

Implica el deber del Juez de procurar que el proceso se desarrolle con conocimiento público; es decir, se admite la posibilidad de que el desarrollo general del proceso y determinados actos procesales (principalmente audiencias) sean de conocimiento de cualquier interesado.

Este principio constituye una garantía de la Administración de Justicia que ha sido recogido por el Código Procesal Civil, a fin de demostrar que no existe algo escondido en el proceso, que se preste a suspicacias de las partes o duda en cuanto a la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

NOTAS:

- 1 Con estas palabras inicia GUASP su extraordinario trabajo titulado "Administración de Justicia y derechos de la personalidad" en el cual añade: "Cabe afirmar, por ello, sin temor a equívocos, que es una exigencia derivada inmediatamente del Derecho natural la que impide al Estado desentenderse del problema de si existen o no en el conjunto de sus actividades algunas dirigidas fundamentalmente a la realización de aquel valor (...)".
- 2 En la Europa de la segunda mitad del siglo XVIII, con el advenimiento de las ideas liberales, surgió la necesidad de controlar las decisiones jurisdiccionales con el afán de velar por la igualdad y libertad proclamadas, acuñándose frases célebres como la de Montesquieu: "El juez sólo es la boca de la ley", que graficaban el papel secundario del juez en aquellos tiempos.
- 3 Sobre el Sistema Dispositivo PEYRANO afirma: "(...) rótulo cuya paternidad atribuye Goldschmidt a Gönner, equivale a decir: señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de éste. Fácil es comprender el éxito alcanzado por el principio en estudio en la segunda mitad del siglo XIX, período histórico durante el cual toda restricción del poder estatal era bienvenida por todos los que habían soportado el duro yugo de las monarquías absolutas."
- 4 Mauro CAPELETTI anota que uno de los obstáculos por vencer para lograr un acceso efectivo a la justicia lo constituye el costo del litigio: "(...) Aunque el gobierno normalmente paga los sueldos de los jueces y del personal que trabaja en el tribunal, ofrece los edificios y otras instalaciones necesarias para los procedimientos, las partes llevan sobre sí una gran proporción de los costos necesarios para resolver una disputa, incluyendo los honorarios del abogado y algunos costos del tribunal. (...) Sea como fuere, lo claro es que los altos costos, en la medida en que deba pagarlos una parte o ambas, constituyen una barrera importante al acceso a la justicia. (...) Todo intento realista por enfrentarse a los problemas del acceso debe comenzar por reconocer esta situación: los abogados y sus servicios son muy costosos."
- 5 GONZÁLES PÉREZ comenta: "Aún limitando la gratuidad a los gastos frente al Estado, en modo alguno constituye la resolución adecuada para hacer posible el acceso a la Justicia a los que cuentan con medios económicos para ello. (...) De aquí que el remedio no sea el de la prestación de la Justicia gratuita, sino únicamente para los que carezcan de medios económicos".

Lección 3

JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y COMPETENCIA

LECTURA MOTIVADORA

EL LIBRE EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN

Hernando Devis Echandía

En el Derecho Procesal moderno es indiscutible que el ejercicio del derecho subjetivo de acción, por toda persona es absolutamente libre, en varios sentidos: a) en cuanto no está limitado a una determinada situación jurídica sustancial ni por exigencia de titularidad del derecho sustancial pretendido o de interés sustancial serio y actual o de legitimación en la causa, requisitos estos que corresponden a la pretensión y que pueden condicionar la procedencia de una sentencia de fondo o mérito, pero jamás al simple ejercicio de la acción; b) en cuanto por consiguiente corresponde a todos, sin excepciones, porque no se concibe que a alguien pueda faltarle el simple interés procesal para su formulación ante el juez competente; c) porque no debe ser coartado ni impedido su ejercicio por ninguna

autoridad ni por los demás particulares, salvo los requisitos puramente procesales de forma y la exigencia de utilizar como regla general abogados para litigar.

LA JURISDICCIÓN COMO DERECHO Y COMO DEBER DEL ESTADO

Como una emanación de su soberanía, el Estado ejerce la función de administrar justicia a través de los funcionarios del órgano judicial para lograr así que las normas jurídicas que conforman su organización misma y regulan las situaciones de los asociados, de las entidades públicas en que aquel se descompone y de él mismo, adquieran vida y realidad para cada uno y en los casos concretos, gracias a lo cual es posible mantener la armonía y la paz social.

Esa función soberana del Estado tiene dos aspectos:

- 1. Constituye un derecho público emanado de aquella, revestido por lo tanto de su imperium, del cual son sujetos pasivos no solamente los ciudadanos del respectivo país, sino cualesquiera otras personas que permanente o transitoriamente estén en su territorio, quienes tienen la obligación de someterse a la jurisdicción de aquel para ventilar sus litigios, responder por sus actos, darle certeza jurídica a ciertas situaciones, buscar el amparo de su libertad y reclamar del mismo Estado el cumplimiento de ciertos deberes y el respeto al orden jurídico superior (normas de la Constitución o Ley Suprema).*
- 2. Representa simultáneamente un deber público del propio Estado, de cumplir la función jurisdiccional cuantas veces ocurra un hecho o un acto jurídico que reclame su actividad, sea lícito o ilícito, voluntario o involuntario, de particular o de funcionario oficial e inclusive de una de las entidades públicas en que se subdivide su organización constitucional y administrativa. Es decir: el Estado tiene el derecho de exigir el sometimiento a su jurisdicción y tiene el deber de cumplir el servicio público jurisdiccional y tiene el deber de cumplir el servicio público jurisdiccional a toda persona que lo necesite o simplemente lo desee.*

...

1. JURISDICCIÓN

La palabra jurisdicción deriva de la palabra latina *ius decere*, que quiere decir “Declarar el Derecho”. CALAMANDREI sostiene: “(...) el ejercicio de la jurisdicción tiende, en primer lugar, a hacer prácticamente operativa la ley, esto es, a hacer que la voluntad del Estado expresada en la ley sea respetada y obedecida”.

Podemos definirla como el **poder-deber que ejerce el Estado mediante los Órganos Jurisdiccionales**, buscando a través del derecho resolver un conflicto de intereses, una incertidumbre jurídica o imponer sanciones cuando se hubieran infringido prohibiciones o incumplido exigencias u obligaciones. Decimos que constituye un poder-deber del Estado, ya que si bien por la función jurisdiccional, éste tiene el poder de administrar justicia, como contraparte tiene el deber de atender el derecho de toda persona que acude ante él para exigir el amparo de su derecho.

Por ello, podemos concluir en que el poder emana de la soberanía del Estado y como tal tiene una doble función:

- **De derecho público.** Los ciudadanos que se encuentran dentro de un territorio tienen la obligación de someter todo tipo de conflicto de intereses con relevancia jurídica ante los órganos jurisdiccionales.
- **De deber público.** El Estado debe otorgar este servicio a toda persona que lo solicite o requiera.

Elementos de la Jurisdicción: (Según Hugo Alsina)

NOTIO	Aptitud del juez para conocer determinado asunto.
VOCATIO	Poder del Juez para hacer comparecer a las partes o terceros al proceso.
COERTIO	Facultad del Juez para emplear la fuerza pública a fin de hacer cumplir sus resoluciones.
JUDICIUM	Aptitud del Juez para dictar sentencia definitiva.
EJECUTIO	Facultad que tiene el Juez de ejecutar su resolución.

2. ACCIÓN

2.1. Definición

COUTURE define el Derecho de Acción como “**el poder jurídico que tiene todo sujeto de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión**”. La acción es el poder jurídico para hacer valer la pretensión procesal.

La acción viene a ser una especie dentro del Derecho de Petición, que no es otra cosa que **el derecho de comparecer ante la Autoridad**.

La acción es un derecho subjetivo, público, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica¹ con la finalidad de requerir la tutela jurisdiccional del Estado.

La acción y la jurisdicción son conceptos que se corresponden, pues la acción es el derecho a la jurisdicción².

La demanda es la materialización del derecho de acción.

2.2. Contenido de la Acción

La acción se materializa a través de la demanda, que a su vez contiene la pretensión, que es el "*petitum*" de la demanda, es decir, **el pedido del demandante del reconocimiento o declaración de un derecho a su favor a fin de que se haga valer en la sentencia frente al demandado**.

Entonces, se deduce que **los sujetos de la pretensión son demandante** (sujeto activo) y **demandado** (sujeto pasivo).

La pretensión es el derecho subjetivo, concreto, individualizado y amparado por el derecho objetivo que se hace valer mediante la acción.

La pretensión tiene dos elementos esenciales: su objeto y su razón; es decir, lo que se persigue con ella y lo reclamado, que se basa en la existencia de determinados hechos.

2.3. Contradicción

Lo mismo que el Derecho de Acción, **constituye el derecho del demandado de acudir a los órganos jurisdiccionales para defenderse de la pretensión planteada en su contra por el demandante.**³

El derecho de contradicción se origina desde el momento en que es admitida la demanda; el emplazado con la demanda, por ser titular también de la tutela jurisdiccional efectiva, tiene derecho a la contradicción, que no es sino una modalidad del derecho de acción.

DEVIS ECHANDÍA señala: "(...) el derecho de contradicción, es el derecho a obtener la decisión justa del litigio que se le plantea al demandado mediante la sentencia que se dictare en ese proceso, luego de tener oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias".

La finalidad del derecho de contradicción obedece a la satisfacción del interés público en equidad para las partes y la tutela del derecho de defensa.

3. COMPETENCIA

3.1. Definición

La competencia es la capacidad o aptitud para ejercer la función jurisdiccional en determinados conflictos. **La competencia fija los límites de la jurisdicción, se considera como un poder restringido o limitado según diversos criterios.**

Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no tienen la misma competencia.

CALAMANDREI señala que **“la jurisdicción y la competencia se determinan en función a elementos de la relación sustantiva, tales como la ciudadanía de las partes, su domicilio, el valor económico de la causa, etc.”**

Las normas que regulan la competencia son de orden público, por consiguiente, de estricto cumplimiento. **La competencia es irrenunciable**, no puede ser objeto de renuncia ni de modificación por los titulares de la decisión judicial.

El Juez Civil no puede encomendar a otro la competencia que la ley le atribuye. Sin embargo, puede el Juez comisionar la realización de determinadas actuaciones judiciales fuera del ámbito territorial de su competencia mediante el exhorto.

3.2. Criterios para determinar la Competencia

La competencia se determina por la situación de hecho existente en el momento de la interposición de la demanda o solicitud y **no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo en los casos en que la ley lo disponga expresamente.**

La competencia permite la distribución de los asuntos justiciables entre los distintos jueces, la que se realiza de acuerdo con los siguientes criterios:

Competencia por razón de la Materia

Se determina por **la naturaleza de la pretensión procesal y las disposiciones legales que la regulan**. La especialización de los jueces tiene que ver esencialmente con la competencia por razón de la materia. CARNELUTTI afirma que esta competencia está determinada por el contenido del litigio.

Competencia por razón de la Cuantía

La competencia por razón de la cuantía **se determina de acuerdo con el valor económico del petitorio** expresado en la demanda sin admitir oposición del demandado (salvo disposición legal en contrario).

Si en la demanda o en sus anexos aparece cuantía distinta, el Juez de oficio efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al Juez competente.

<p>REGLAS PARA EFECTUAR LA ESTIMACIÓN DE LA CUANTÍA</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando es una pretensión, se suma el valor del objeto principal de la pretensión más los frutos, intereses, gastos, daños y perjuicios, y otros conceptos devengados al tiempo de interposición de la demanda, pero no los futuros. • Cuando son varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas. Si son subordinadas o alternativas, sólo se atenderá a la de mayor valor. • Si son varios los demandados, la cuantía se determina por el valor total de lo demandado. • Para las pretensiones sobre bienes inmuebles, la cuantía se determina sobre la base del valor del inmueble que esté vigente a la fecha de interposición de la demanda. • Si no se ofrecen los elementos de estimación, el Juez determinará la cuantía de lo que aparece en la demanda y su eventual anexo. • Si por la manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia del Juez, el demandante pagará costos, costas y una multa no menor de 1 ni mayor de 5 URP.
--	--

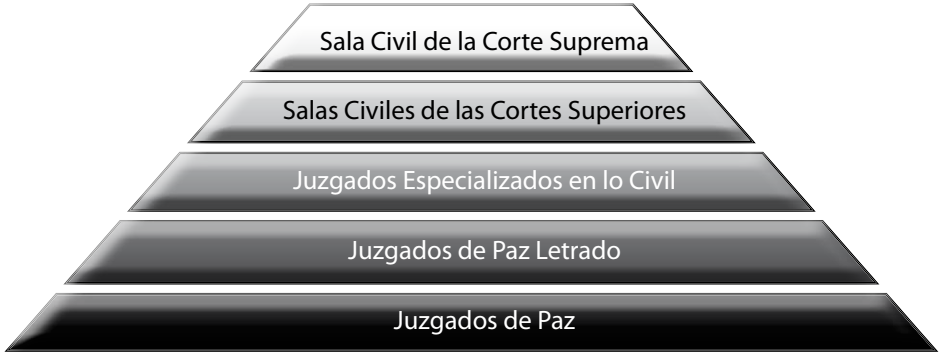
CRITERIOS DE COMPETENCIA POR CUANTÍA

<p>REGLAS PARA CALCULAR</p>	CONOCIMIENTO	Juez Civil	+ de 1000 URP
	ABREVIADO	Juez Civil	+ de 500 a 1000 URP
		Juez Paz Letrado	+ de 100 a 500 URP
	SUMARÍSIMO	Juez Paz Letrado	+ de 50 a 100 URP
		Juez Paz	Hasta 50 URP

<p>D.L. 1069 (28/06/08) PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN</p>	Título Extrajudicial	Juez Civil	Monto + de 100 URP
		Juez de Paz Letrado	Hasta 100 URP
	Título Judicial	Juez de la demanda	
	Garantía constituida	Juez Civil	

🔗 Competencia Funcional o por razón de Grado

Tiene que ver con la jerarquía de los órganos jurisdiccionales. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial, los órganos jurisdiccionales, de acuerdo con su jerarquía, son:



Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia en razón del grado, el asunto será de competencia del Juez Civil.

🔗 Competencia por razón del Territorio

Se refiere al ámbito territorial donde un Juez puede ejercer la función jurisdiccional. El Código Procesal Civil recoge los criterios que la doctrina considera para fijar la competencia por razón del territorio.

- **Desde el punto de vista subjetivo**, tiene en consideración al litigante (demandante o demandado) respecto a su domicilio.
- **Desde el punto de vista objetivo**, tiene en cuenta al órgano jurisdiccional (artículo 49º del Código Procesal Civil).

La competencia territorial, de acuerdo con la jerarquía de los órganos jurisdiccionales, se ejerce de la siguiente manera:

Sala Civil de la Corte Suprema	Competencia en el ámbito nacional
Sala Civil de la Corte Superior	Competencia en distritos judiciales
Juzgados Especializados en lo Civil	Competencia en cada provincia
Juzgados de Paz Letrado	Competencia en distritos
Juzgados de Paz	Competencia en centros poblados

Reglas generales para determinar la competencia territorial:

Cabe indicar que estas reglas se encuentran previstas en los artículos 14° al 20° del Código Procesal Civil, habiéndose acogido para determinar la competencia el criterio subjetivo, es decir el domicilio del demandado.

<p>PERSONAS NATURALES</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando es un solo demandado, es competente el Juez de su domicilio. • Cuando el demandado domicilia en varios lugares, es competente el Juez de cualquiera de ellos. • Si el demandado carece de domicilio o éste es desconocido, es competente el Juez donde se encuentre o el del domicilio del demandante a elección de este último. • Cuando el demandado domicilia en el extranjero, es competente el Juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país. • Si son más de dos demandados, es competente el Juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos. • Cuando hay conexión entre pretensiones dirigidas contra varios demandados, el Juez competente es el del domicilio de cualquiera de ellos.
<p>PERSONAS JURÍDICAS</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Para personas jurídicas regulares, es competente el Juez del lugar donde la demandada tiene inscrita su sede principal. • Si la persona jurídica tiene sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares puede ser demandada a elección del demandante ante el Juez del lugar de la sede principal o ante el Juez del lugar donde se encuentre la sucursal o establecimiento. • Si son personas jurídicas irregulares, será competente el Juez del lugar donde realizan la actividad que motiva la demanda. • Se aplica la misma regla cuando se plantea la demanda directamente contra el representante, el administrador, el director o cualquier otra persona que haya realizado actos a nombre de la persona jurídica irregular.

ESTADO	<ul style="list-style-type: none"> • Relación jurídica de Derecho Público: Es competente el Juez del lugar donde tiene su sede la oficina o repartición del gobierno central, regional, departamental, local o ente de derecho público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama. • Relación jurídica de Derecho Privado: Se aplican las reglas generales de competencia por razón del territorio.
SUCESIONES	<ul style="list-style-type: none"> • El Juez competente es del último domicilio del causante. Esta competencia es improrrogable, es decir, no se puede atribuir competencia a otro Juez.
EXPROPIACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Bienes Inscritos: Es competente el Juez del lugar donde el bien se encuentra inscrito. • Bienes No Inscritos: Es competente el Juez del lugar donde el bien se encuentra ubicado.
ASUNTOS RELACIONADOS CON INCAPACES	<ul style="list-style-type: none"> • Por patria potestad, tutela o curatela, es competente el Juez donde se encuentra el incapaz. • Por curatela de bienes, es competente el Juez del lugar donde se encuentran todos o la mayor parte de los bienes. • Para curatelas especiales, es competente el Juez del lugar del domicilio de quien lo promueve o en cuyo interés se promueve.
ASUNTOS NO CONTENCIOSOS	<ul style="list-style-type: none"> • Es competente el Juez del lugar del domicilio de la persona que promueve el proceso, es decir del solicitante.

3.3. Competencia Facultativa

El Código Procesal Civil establece los casos en los que **el demandante puede elegir al Juez competente**, que puede ser el del domicilio del demandado, el de su domicilio, el del lugar donde se encuentra el bien sublitis o del lugar donde se contrajo la obligación. Estos casos pueden ser:

DERECHOS REALES	El demandante puede elegir al Juez del lugar donde se encuentre el bien o bienes. Si fueran varios inmuebles situados en diversos lugares, puede ser competente el Juez del lugar donde estén ubicados cualquiera de esos bienes.
------------------------	---

<p>NULIDAD DE MATRIMONIO, RÉGIMEN PATRIMONIAL, SEPARACIÓN DE CUERPOS, DIVORCIO Y PATRIA POTESTAD</p>	<p>Es competente el Juez del último domicilio conyugal.</p>
<p>PRETENSIONES ALIMENTICIAS</p>	<p>El Juez competente puede ser el del domicilio del demandante.</p>
<p>OBLIGACIONES</p>	<p>Es competente el Juez del lugar señalado para el cumplimiento de las mismas.</p>
<p>PRETENSIONES DERIVADAS DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS, ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO, PROMESA UNILATERAL Y PAGO INDEBIDO</p>	<p>Es competente el Juez del lugar donde se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación.</p>
<p>RENDICIÓN, APROBACIÓN O DESAPROBACIÓN DE CUENTAS O INFORMES DE GESTIÓN</p>	<p>Es competente el Juez del lugar donde se desempeña la administración de bienes comunes o ajenos.</p>

3.4. Prórroga de la Competencia

Es un mecanismo procesal por el cual un Juez incompetente por razón del territorio puede conocer un conflicto de intereses originado en otro distrito judicial.

Existen dos clases de prórroga de la competencia:

Prórroga Convencional

Las partes convienen por escrito someterse a la competencia de un Juez distinto al que corresponde, salvo que la ley señale que es improrrogable como en asuntos de sucesiones.

🕒 Prórroga Tácita

El demandante interpone la demanda ante un Juez incompetente; pero el demandado comparece al proceso sin hacer reserva o deja transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia del Juez, en consecuencia se convalida el emplazamiento y el juez adquiere la competencia para conocer este caso.

3.5. La Prevención

Situación procesal que se presenta cuando por disposición de la ley varios jueces son competentes para conocer el mismo asunto, dando lugar a un conflicto positivo de competencia, en consecuencia ante la disyuntiva de establecer quién será competente, se resuelve considerando que será competente aquél que haya emplazado primero con la demanda.

Constituye un principio que tiene lugar entre jueces de la misma jerarquía. En primera instancia la prevención sólo procede por razón del territorio.

3.6. Competencia por Razón de Conexión

La conexión importa la relación entre un asunto principal y otro accesorio (cuaderno principal e incidental), y que se presenta en los siguientes casos:

- **Pretensiones de garantía, así como de la pretensión accesorias, complementaria o derivada de otra planteada anteriormente.** Es competente el Juez que conoce la pretensión procesal principal.
- **Medida cautelar anticipada, dentro y fuera del proceso.** El Juez competente es el que va a conocer la demanda principal **próxima a interponerse**.
- **Actuación de una prueba anticipada (antes diligencia preparatoria).** El Juez competente es el que va a conocer la demanda próxima a interponerse.

3.7. Cuestionamiento de la Competencia

3.7.1. Declaración de Oficio de La Incompetencia o la Excepción de Incompetencia

Los criterios de competencia por razón de la materia, jerarquía o grado y cuantía son de carácter absoluto. En cambio la competencia por razón del territorio es de carácter relativo, por ello, se admite en ese caso la **prórroga de competencia**.

Cuando el juez advierte, que en el proceso la aplicación de los criterios de materia, cuantía y grado no se cumplen, se encuentra facultado para declarar incompetencia de oficio, en cualquier momento del proceso, o por vía de la excepción de incompetencia.

Ante la incompetencia funcional no procede deducir esta excepción, ya que sólo puede declararse de oficio o a pedido de parte hasta antes de expedirse el auto de saneamiento procesal.

En cambio, en la competencia por razón del territorio, sólo se puede declarar la incompetencia por el cuestionamiento que realice el demandado vía la excepción de incompetencia o la interposición de la inhibitoria del Juez que haya admitido a trámite la demanda, ello siempre y cuando no se haya producido la prórroga de competencia.

Tratándose de Jueces de Paz Letrado y de Paz sólo procede el cuestionamiento a través de la excepción de incompetencia.

Si se utiliza una vía para cuestionar la competencia no se puede utilizar otra.

La declaración de incompetencia tiene como consecuencia que se declare nulo todo lo actuado y se dé por concluido el proceso.

3.7.2. Conflicto Positivo de Competencia

Cuando existe un conflicto positivo de competencia, es decir, **cuando por razón del territorio existe más de un Juez que es competente para conocer el proceso**, procede **plantear una inhibitoria**.

El demandado acude al Juez que considera debería ser competente, solicitando promueva la inhibitoria del Juez que actualmente conoce el proceso, en el plazo de cinco días a partir del emplazamiento más el término de la distancia, debiendo ofrecer los medios probatorios pertinentes.

El Juez a quien se acude puede rechazar el pedido por ser extemporáneo o manifestamente improcedente o temerario. Si acepta el pedido, oficiará al Juez que conoce el proceso, solicitándole se inhíba y le remita el expediente.

Recibido el oficio, el Juez que conoce le proceso comunicará al demandante la interposición de la inhibitoria y dispondrá la suspensión del mismo.

El demandante puede contradecir la inhibitoria y ofrecer medios probatorios dentro del tercer día de notificado.

Si el Juez se inhíbe, envía el expediente al Juez solicitante; pero si el Juez que viene conociendo el proceso se considera competente, remitirá lo actuado al Superior para que dirima el conflicto positivo de competencia.

El Superior resolverá sin trámite alguno dentro de los cinco días de recibido los actuados. Al dirimir el conflicto, ordenará la remisión del expediente al Juez que es competente.

Si bien el proceso se suspende, cualquiera de los Jueces puede dictar medidas cautelares, si a su criterio la omisión pudiera provocar perjuicio irreparable para las partes o terceros.

Recibido el expediente por el Juez declarado competente, continuará el trámite del proceso, volviendo a computarse los plazos para contestar la demanda y ejercer los medios de defensa, según la clase de proceso.

Cuando la inhibitoria se resuelve a favor del Juez requiriente, las costas y costos deben ser pagadas por el demandante, o, caso contrario, por el demandado que promovió la inhibitoria.

Si el conflicto positivo se produce entre jueces del mismo distrito judicial, dirime el conflicto la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente. Si se encuentran en distritos judiciales, dirime la Sala Civil de la Corte Suprema.

Es inadmisibile el conflicto positivo de competencia entre órganos jurisdiccionales de diferente nivel jerárquico.

3.7.3. Conflicto Negativo de Competencia

Se presenta cuando un juez, de oficio, se declara incompetente, y el juez al que se remite la causa también se considera incompetente.

Se deben cumplir con las siguientes reglas:

- Si se trata de jueces del mismo distrito judicial, se remite el expediente a la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente.
- Si ambos jueces son de distinto distrito judicial, se remite el expediente a la Sala Civil de la Corte Suprema.

El órgano superior dirimirá el conflicto sin trámite alguno en el plazo de 5 días de recibidos los actuados y el expediente principal. No procede el pedido de informe oral.

3.8. Otras Razones para apartar al Juez del Proceso

Recusación y Abstención

Son medios por los cuales el juez, que en principio conoce el proceso se aparta del mismo, a partir de la existencia de ciertas razones que pondrían en duda su imparcialidad o su probidad.

Por una serie de circunstancias establecidas en la ley, un Juez o auxiliar jurisdiccional, debe apartarse del proceso, debe dejar de conocer determinada causa. El fundamento se encuentra en que dichas circunstancias generan dudas respecto a la imparcialidad de estos operadores procesales.

Se presentan dos situaciones

1. El Juez reconoce que se encuentra impedido de dirigir el proceso, que existe circunstancias personales que le impiden conocer la causa.



ABSTENCIÓN

2. Las partes cuestionan la imparcialidad del Juez, basadas en circunstancias que ellas conocen y pueden probar.



RECUSACIÓN

<p>CAUSALES DE ABSTENCIÓN</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Que haya sido anteriormente parte en ese proceso. • Que él, su cónyuge o conviviente tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción con alguna de las partes, representantes o apoderados, o con su abogado. • Que él, su cónyuge o conviviente, tengan el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes. • Que él, su cónyuge o conviviente, hayan recibido beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque sean de escaso valor. • Ha conocido el proceso en otra instancia. <p>El Juez puede abstenerse por otros motivos no considerados como impedimentos, por delicadeza o decoro, cuando se da esa situación estamos frente a la denominada ABSTENCIÓN POR DECORO.</p>
<p>CAUSALES DE LA RECUSACIÓN</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Que el Juez sea amigo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, esto se debe demostrar con hechos inequívocos. • Que él, su cónyuge o conviviente o parientes cercanos, tengan relaciones de crédito con alguna de las partes, salvo se trate de personas jurídicas o de servicios públicos. • Que él, su cónyuge o conviviente, sean donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes. • Que haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor. • Que tenga interés directo o indirecto en el resultado del proceso. • Que exista proceso vigente entre él, su cónyuge o conviviente con cualquiera de las partes. • Cuando el Juez estando impedido no se abstiene.

<p style="text-align: center;">REQUISITOS PARA RECUSAR</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se presenta ante el Juez o Sala que conoce el proceso. • Se puede recusar hasta cinco días antes de la Audiencia de Conciliación. Después sólo será admisible por causal sobreviniente. • Se debe señalar y fundamentar la causal invocada. • Se debe acompañar los medios probatorios. <p>Si no se cumplen los requisitos señalados, la recusación será rechazada liminarmente.</p>
<p style="text-align: center;">IMPROCE- DENCIA DE LA RECUSACIÓN</p>	<ul style="list-style-type: none"> • No se puede recusar a los Jueces que conocen la recusación, los Jueces comisionados, los Jueces que dirimen conflictos de competencia, los que conocen procesos no contenciosos. • Sólo procede la recusación en los procesos cuyo trámite prevé Audiencia de Conciliación. <i>V.gr.:</i> proceso de ejecución de resoluciones judiciales, proceso de ejecución de garantías. • En los procesos ejecutivos procede la recusación, si la causal se sustenta en documento fehaciente. • No se puede recusar dos veces al mismo Juez en el mismo proceso, salvo que se pruebe la causal con documento fehaciente. <p>No se suspende la tramitación del principal. El Juez recusado no puede expedir resoluciones que pongan fin al proceso.</p>

NOTAS:

- 1 Decimos que el derecho de acción es subjetivo, porque es un derecho fundamental inherente a toda persona; es público, porque lo exigimos al Estado; es abstracto porque es intangible, recién se materializa con la demanda; y es autónomo porque su existencia es independiente de que exista o no un proceso.
- 2 SCHIAPPA PIETRA señala que “resulta pertinente hacer eco de la diferenciación sugerida por Davies entre **acceso a la justicia**” (capacidad de recurrir al sistema judicial, en sentido amplio) y **acceso a justicia** (posibilidad de obtener una solución justa sobre la controversia). Ambos son conceptos distintos entre

sí, mas a la vez complementarios: ¿Qué sentido tiene propugnar mejores oportunidades de acceso a la justicia si ésta no ofrece soluciones justas? ¿De qué sirve una justicia que es justa pero a la vez inaccesible? A su vez, completa la trilogía de **atribuciones judiciales** el concepto de acceso a los medios de restitución, compensación y rehabilitación: ¿Qué logramos con garantizar oportunidades de acceso a la justicia y de debido proceso, si no van seguidas de la posibilidad de alcanzar algún modo de resarcimiento?"

- 3 Al respecto Adolfo RIVAS sostiene: "(...) diremos también que distinguimos entre pretensión y defensa, ya que entendemos que la primera solamente puede ser ejercitada por quienes se ubican en el campo del actor y la segunda por los que lo hacen en el campo demandado, sin que pueda otorgarse naturaleza de pretensión a la defensa o, a la inversa. Ello porque la defensa no pone en marcha a la jurisdicción que es activada por la acción y su contenido, la pretensión."

Lección 4

LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

LECTURA MOTIVADORA

¿POR QUÉ EL PROCESO Y NO LA NADA?

Gabriel Valentín

Cuando se comienza a reflexionar acerca de un tema cualquiera dentro del derecho procesal, la primera pregunta que deberíamos formularnos refiere al papel del proceso en un orden jurídico. Como dice Dante BARRIOS DE ÁNGELIS, deberíamos preguntarnos: **¿por qué el proceso y no la nada?**

A los efectos de responder a esta interrogante, imaginemos, por un momento un ordenamiento jurídico sin proceso. Supongamos que en ese ordenamiento jurídico ocurre una insatisfacción jurídica: por ejemplo, A presta a B una suma de dinero y vencido el plazo del préstamo, no devuelve el capital con sus intereses; C, con intención de matar, da muerte a D.

Existen varias posibles explicaciones para estos supuestos de apartamiento de lo

establecido en las normas, pero al menos podemos identificar cuatro:

- a) **Defecto gnoseológico:** el sujeto no elimina la insatisfacción jurídica porque no comprende o valora erróneamente la situación fáctica o jurídica en que se encuentra (cree que se le donó y en realidad es un préstamo).
- b) **Defecto ético:** el sujeto no elimina la insatisfacción jurídica, porque no quiere (tiene bienes en su patrimonio pero carece de dinero efectivo, y no quiere realizar sus bienes para pagar).
- c) **Defecto fáctico:** el sujeto no elimina la insatisfacción jurídica porque no puede, de hecho, hacerlo (no tiene con qué responder).

d) Defecto jurídico: el sujeto no elimina la insatisfacción jurídica porque no puede, jurídicamente, hacerlo (cuestión indisponible: el homicidio).

Por otro lado, ese instrumento – proceso jurisdiccional – cuya finalidad primera y directa es eliminar la insatisfacción jurídica, no puede utilizarse para alcanzar esa meta a cualquier precio, por lo que surgen algunos límites que la relativizan. En primer lugar, el juzgamiento y la ejecución no pueden menoscabar los derechos inherentes a la dignidad humana (y por esa razón debe reconocerse el derecho de defensa el de abstenerse a declarar, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, etc.). En segundo lugar, el valor de la paz social relativiza aquella meta en un nuevo sentido: en determinado momento el proceso debe culminar su

obra, cediendo el paso a la paz definitiva (esta es la explicación de la preclusión y de la cosa juzgada).

En la actual concepción del Estado de Derecho, cualquier análisis del proceso debe partir de los mandatos contenidos en la Constitución, ya que en ella se encuentra el fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Como señalara COUTURE, el instante supremo del derecho no es el del día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante realmente dramático es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: “ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el preámbulo de la Constitución”.

• • •

1. RELACIÓN JURÍDICA SUSTANTIVA Y RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

La existencia de un **conflicto de intereses con relevancia jurídica**¹ produce desde la perspectiva del derecho civil una **relación jurídica sustantiva**, relación que desde el punto de vista del **derecho procesal se transformará en relación jurídica procesal cuando una de las partes decida acudir al proceso para obtener la solución de este conflicto.**

Sin embargo, para efectos procesales será necesario que esta relación procesal se encuentre dotada de validez, de tal manera que lo resuelto sea justo y eficaz. **La existencia de una relación jurídica procesal válida se producirá cuando en el proceso se haya verificado que se han cumplido con las condiciones de la acción y los presupuestos procesales.**

2. CONDICIONES DE LA ACCIÓN

Son los elementos indispensables del proceso que van a permitir al juez expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia. Las condiciones de la acción² son:

2.1. Voluntad de la Ley

Se determina por la **existencia de un ordenamiento jurídico sustantivo que contiene y reconoce los derechos fundamentales de las personas, y que motivan la defensa de los mismos** (La Constitución Política, el Código Civil y normas complementarias).

La voluntad de la ley determina que la pretensión deba estar amparada por el derecho objetivo³.

2.2. Interés para Obrar

Es la necesidad del demandante de obtener del proceso la protección de su interés material. Sus presupuestos son: la afirmación de la lesión de un interés material y la idoneidad del proveimiento judicial para protegerlo y satisfacerlo.

2.3. Legitimidad para Obrar

La legitimidad para obrar es la identidad que debe existir entre las partes de la relación jurídica material y las partes de la relación jurídica procesal; es decir, el titular del derecho según la ley deberá ser demandante y el titular de la obligación deberá ser demandado.

Es decir, **es la posición habilitante para ser parte en el proceso.** Cuando esta le corresponde al demandante para poder plantear determinada pretensión se

denomina **legitimidad para obrar activa**. Cuando se le exige al demandado para que la pretensión en el proceso pueda plantearse válidamente contra él, hablamos de la **legitimidad para obrar pasiva**.

Esta posición habilitante puede estar determinada por dos situaciones distintas:

- a) Por la simple afirmación que realiza el demandante de la titularidad de las situaciones jurídicas que él lleva al proceso: **Legitimidad para obrar ordinaria**.
- b) Por la permisión expresa a determinadas personas a iniciar el proceso, a pesar de no ser titulares de las situaciones jurídicas que se llevan a él: **Legitimidad para obrar extraordinaria**.

Algunos casos de legitimidad para obrar extraordinaria se contemplan en el ordenamiento jurídico peruano son:

- La tutela de intereses difusos (artículo 82° del Código Procesal Civil).
- La sustitución procesal (artículo 60° del Código Procesal Civil e inciso 4) del artículo 1219° del Código Civil).
- La acción directa contra el asegurador (artículo 1987° del Código Civil).

2.1.1. Patrocinio de Intereses Difusos

Se trata de la defensa de los intereses difusos, es decir de **derechos que corresponden a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial**.

Cuando estamos frente a esta institución, tenemos que quien inicia el proceso no es el titular directo del derecho cuya protección reclama.

En la sociedad contemporánea existen ciertos derechos en los que no se puede establecer con precisión a sus titulares. *V.gr.*: Los derechos del consumidor, derechos del medio ambiente o ecológicos, valores, bienes históricos o culturales.

Esta vaguedad en torno al titular de estos derechos, no puede obstar su defensa, por que entonces, se privilegiaría la forma sobre la cuestión de fondo, pero tampoco se pueden usar las formas tradicionales de representación. La norma procesal acoge este instituto, concediendo capacidad procesal **a las instituciones sin fines de lucro** (que según la ley o a criterio del Juez estén legitimados para ello) y **al Ministerio Público**. Por la Ley N° 27752 (del 8 de junio del 2002) se amplía la facultad de quienes pueden intervenir en este proceso. **Se otorga legitimidad a los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o el patrimonio cultural**.

Por su trascendencia, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial y otro diario de mayor circulación. Además, es uno de los casos en los que procede que se eleve la sentencia en consulta a la Corte Superior.

2.1.2. La Sustitución Procesal

Por esta figura se permite que **una persona inicie un proceso o coadyuve en la defensa de uno ya iniciado, cuando tenga interés en el resultado**, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida.

El ordenamiento procesal cita el caso del acreedor que puede ejercer los derechos del deudor vía acción o asumiendo su defensa. (inciso 4) del artículo 1219º del Código Civil).

3. PRESUPUESTOS PROCESALES

Son aquellos requisitos indispensables para la existencia de una relación jurídica procesal válida, los cuales deben existir al presentarse la demanda, a fin de que la pretensión del demandante sea atendida por el Juez y éste inicie el proceso. Son los siguientes:

- Competencia del Juez (Ver Lección 3).
- Capacidad Procesal (Ver Lección 5).
- Requisitos de forma y de fondo de la demanda (Ver Lección 12).

NOTAS:

- 1 Para que se construya una relación jurídico procesal el caso debe ser **justiciable**. No todo conflicto de intereses (o incertidumbre jurídica) es pasible de ser resuelto por el Estado. Para ello, deben ser reconocidos en el sistema jurídico, es decir, tener relevancia
- 2 Un sector importante de la doctrina discute esta denominación de condiciones de la acción, porque ésta no está sujeta a ninguna condición. Por ello, proponen el nombre de **presupuestos materiales**.
- 3 Parte de la doctrina procesal no reconoce a la voluntad de la ley como una de las condiciones de la acción, porque consideran que se encuentra implícito.



Lección 5



CAPACIDAD PROCESAL

LECTURA MOTIVADORA

CAPACIDAD PROCESAL

Giussepe Chioventa

Existen dos conceptos substanciales para poder ejercer un derecho. Así tenemos la capacidad jurídica procesal y la capacidad para ser parte. Sabido es que toda persona goza de capacidad para ser parte. La adquisición y pérdida de esta clase de capacidad coincide con la adquisición y pérdida de la personalidad jurídica. En el caso de las personas naturales, se reconoce capacidad jurídica desde su nacimiento; sin embargo, hay situaciones donde la ley retrotrae la capacidad jurídica desde la concepción, para todo cuanto le favorezca. Dicha capacidad se traduce en la titularidad de expectativas que solo se transforman en verdaderos derechos patrimoniales siempre que el concebido nazca vivo. La capacidad jurídica procesal se extingue con la muerte.

Ahora bien la capacidad para obrar consiste en el libre ejercicio de los propios de-

rechos y por consiguiente en la capacidad de realizar actos jurídicos. Este tipo de capacidad supone aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte o peticionario. Esta capacidad es el reflejo de la llamada capacidad de obrar o capacidad de ejercicio del Derecho Privado y permite comparecer por sí o conferir representación designando apoderado judicial.

La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, esto es, a los dieciocho años, sin embargo, el menor de edad adquiere excepcionalmente capacidad de ejercicio por el matrimonio. Dicha situación también está comprendida en la norma, cuando atribuye capacidad para comparecer por sí, a aquellas personas a quienes la ley se lo faculte, como es el caso de alimentos, regulado en el inciso 2 artículo 561° del CPC, que permite ejercer

la representación procesal, al padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad.

La capacidad procesal habilita para actuar en un número indeterminado de procesos con prescindencia de las concretas

relaciones o estados jurídicos que en ellos se controvierten. En síntesis podemos decir entonces que la capacidad procesal es la aptitud para iniciar y seguir un proceso en nombre propio, como representante de otro, o para conferir representación procesal.

...

1. DEFINICIÓN

Es un presupuesto procesal fundamental que debe entenderse en su doble contenido: **La aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales (capacidad para ser parte procesal) y como aptitud para desarrollarlas por sí mismo (capacidad procesal).**

La Capacidad en la Teoría General del Derecho

En Latinoamérica se ha seguido la división realizada por la doctrina francesa en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Sin embargo, la moderna doctrina italiana establece una nueva división: capacidad jurídica y capacidad para obrar.

- a) **Capacidad jurídica:** Es la aptitud de un sujeto para ser titular de situaciones jurídicas subjetivas (derechos, obligaciones, etc.).
- b) **Capacidad de actuar:** Es la idoneidad del sujeto para desarrollar directamente cada una de sus posiciones jurídicas.

1.1. La Capacidad en la Teoría General del Proceso

En el derecho procesal se da la siguiente clasificación: capacidad para ser parte en un proceso y capacidad procesal.

- a) **Capacidad para ser parte en un proceso:** Es la aptitud de un ente (ser humano, persona jurídica, organismos del Estado, patrimonios autónomos) para poder ser titular de derechos, obligaciones, cargas y deberes procesales.
- b) **Capacidad procesal:** Es la aptitud que el ordenamiento reconoce a algunos sujetos de derecho para poder actuar por sí mismos situaciones jurídicas de las cuales son titulares.

En un proceso, por lo general, quien es parte material es parte procesal; **sin embargo, por razones de imposibilidad personal o razones de economía o de conveniencia**, quien es parte material y no desea participar directamente de un proceso puede emplear la institución jurídica de la representación procesal.

2. REPRESENTACIÓN PROCESAL

Es la institución jurídica por la cual una persona distinta de las partes, participa en el proceso realizando actos procesales válidos en nombre de una de las partes materiales. **Por esta figura la parte material actúa en un proceso a través de otra persona, que actúa en su nombre.**

Si por regla general todos tenemos capacidad de ser parte en un proceso; puede ocurrir que no siempre todos tenemos la aptitud para comparecer al proceso.

Toda parte material puede ser parte procesal, pero no toda parte procesal es parte material.

2.1. Representación Procesal Típica

Representación obligada

Se presenta cuando la parte material carece de capacidad procesal, por lo que es necesario el nombramiento de un representante (otra persona con capacidad procesal) para que la primera pueda participar válidamente en el proceso. La representación procesal obligada no requiere regularmente de la realización de ningún acto formal para su vigencia. **Es un auxilio que la norma positiva concede a aquellos sujetos de derecho que tienen alguna limitación o impedimento para actuar directamente en el proceso.** *V.gr.:* Un interdicto es representado procesalmente por su curador; todo lo que éste tendrá que hacer es apersonarse al proceso acreditando su calidad de tal, y así podrá actuar en nombre de su representado.

Este tipo de representación se da en dos modalidades:

• Representación Legal:

Se presenta cuando la ley dispone que la parte material impedida de actuar directamente debe ser representada por otra persona. Éste puede ser el tutor, curador, procurador, padres, gerente, etc. (artículos 63º, 64º y 65º del Código Procesal Civil)

• Representación Judicial:

Se presenta cuando el juez es quien decide cuándo una de las partes debe ser representada en el proceso. Este es el caso del **curador procesal**. (Artículo 66º del Código Procesal Civil).

El curador procesal **es un abogado designado por el Juez** en los siguientes casos:

- Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados.
- Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o su representante legal.
- Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz.
- Cuando no comparece el sucesor procesal.

El curador procesal ejerce su función hasta que la parte o su representante legal comparezcan al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.

Representación voluntaria

Se presenta cuando la parte material, a pesar de tener capacidad procesal, decide por razones personales, por conveniencia o simplemente por voluntad propia, que

otra persona actúe en su representación en el proceso, concediéndole facultades para que realice actividad procesal en su nombre (artículos 68° y ss. del Código Procesal Civil).

Esta es una situación distinta, ya que es imprescindible que la parte material manifieste de manera inequívoca su voluntad de ser representado por una persona determinada. **El nombramiento de un apoderado judicial puede ocurrir fuera del proceso o dentro de él, la persona designada como apoderado debe tener capacidad procesal.**

La declaración de voluntad del representado puede darse siguiendo las siguientes formalidades:

- **Por Escritura Pública:** no requiere ser inscrito en los registros públicos.
- **Por acta ante el Juez:** no es necesaria la aceptación de apoderado, se presume aceptado el poder por su ejercicio.

Cuando se nombra más de un apoderado se puede adoptar dos modalidades de actuación en el proceso:

- **Indistinta:** Cualquiera de los apoderados puede intervenir realizando actos procesales en nombre de su representado. Ej. : Un apoderado puede autorizar la demanda y el otro eventualmente puede participar en la audiencia.
- **Conjunta:** Todos los apoderados que hayan sido nombrados deberán intervenir juntos en un acto procesal. No siempre se presenta esta modalidad ya que sólo es admitida para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento.

En el otorgamiento de poder se presume la aceptación del mismo, salvo que el poder haya sido otorgado en el extranjero. En este caso el poder deberá estar debidamente traducido y en este caso, el poder deberá estar debidamente traducido y se requiere la aceptación expresa del apoderado en el escrito en que se apersona como tal.

Se pueden otorgar dos tipos de facultades al apoderado judicial:

- **Facultades generales:** Permiten participar regularmente en el desarrollo del proceso, es decir, que el representante esté apto para realizar los actos procesales indispensables para mantener el *iter* procesal. Se encuentran descritas en el artículo 74° del Código Procesal Civil.
- **Facultades especiales:** Estas permiten realizar actos de disposición como demandar, reconvenir, transigir, conciliar o desistirse, y deben constar expresamente en el documento por el principio de literalidad. Este tipo de facultades se encuentran previstas en el artículo 75° del Código Procesal Civil.

El apoderado puede sustituir o delegar sus facultades siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello. La diferencia entre sustitución

y delegación se encuentra en que **en la primera cesa la representación sin posibilidad de reasumirla, mientras que en la segunda, se puede reasumir la representación.**

2.1.1. Cese de la Representación Procesal Típica

1. Por recuperación o adquisición de la capacidad procesal.
2. Por decisión del representado capaz de actuar por sí mismo.
3. Por muerte, declaración de ausencia, incapacidad sobrevenida del representante o apoderado.
4. Por renuncia del representante.

2.1.2. Representación Procesal de la Persona Jurídica

Las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo con lo que disponga la Constitución, la ley o su respectivo estatuto. Pueden estar representadas por su Gerente General, Administrador, Consejo Directivo, según se trate de sociedades o personas jurídicas sin fines de lucro.

Tratándose de personas jurídicas extranjeras, con sucursales, agencias o establecimientos que realicen actividad en nuestro país, el Código Procesal Civil señala que estarán sujetas a las mismas exigencias de las personas jurídicas nacionales.

2.1.3. Representación Procesal del Patrimonio Autónomo

Esta institución se presenta cuando **una o más personas ejercen sobre un determinado patrimonio una titularidad limitada por encontrarse afecto a un fin específico señalado por el acto constitutivo o por la ley.**

En caso de que la titularidad del patrimonio sea ejercida por dos o más personas (como es el caso de la sociedad conyugal o la sucesión indivisa) si fueran demandantes, la representación corresponderá a cualquiera de ellas; si fueran demandados, la representación recaerá sobre la totalidad de sus titulares.

2.1.4. Apoderado Común

Es aquel representante designado por diversas personas que constituyen una sola parte (demandantes o demandados) y actúan conjuntamente. Si no designan al apoderado, el Juez lo hará por ellos.

Puede suceder que alguna de estas personas no esté de acuerdo con la designación del apoderado común o no quiera seguir siendo representada por él; éste es mérito suficiente para que litigue por separado.

2.2. Representación Procesal Atípica

2.2.1. Representación Judicial por Abogado

Un abogado en un proceso es fundamentalmente un patrocinante, esto es, un profesional que pone sus conocimientos jurídicos a disposición de su patrocinado, sea en forma verbal o escrita. El patrocinio es distinto de la representación procesal.

CARNELUTTI señala que la diferencia se encuentra con una función activa y otra consultiva. La tendencia, cada vez en ascenso **es preferir que el abogado (patrocinante) haga también las veces de representante**. En consecuencia, tenemos como una forma atípica de representación procesal, la representación judicial de abogado que sólo enviste a éste de las facultades generales (Artículo 80º del Código Procesal Civil).

2.2.2. Procuración Oficiosa

Es una de las formas atípicas de representación procesal. Consiste en la posibilidad de que **una persona se irroque la representación de otra e interponga una demanda en su nombre, advirtiendo que el derecho de ésta peligra si es que no se solicita la tutela jurisdiccional oportuna**.

El proceso no podrá discurrir sólo con la presencia del procurador oficioso -quien actúa como un gestor sin mandato-, será necesario que dentro de un plazo razonable "el representado" se apersona al proceso y haga suyo lo actuado, o formalice la representación que ejerció el procurador oficioso.

La actividad procesal realizada antes de la ratificación es válida y tiene eficacia para quien fue representado.

Si no se produce la ratificación, se declarará por concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del Juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.



Lección 6



ACUMULACIÓN

LECTURA MOTIVADORA

LA ACUMULACIÓN

Juan Monroy Galvez

Es la institución procesal que explica la naturaleza de aquellos procesos en los que se advierte la presencia de más de una pretensión o más de dos personas en un proceso. Cuando en un proceso se demanda más de una pretensión, por ejemplo resolución de contrato más indemnización por daños y perjuicios, estamos ante un caso de acumulación objetiva. Por otro lado cuando en un proceso hay más de dos personas, es decir, cuando en posición de parte hay más de una persona, por ejemplo cuando se interpone una demanda reivindicatoria dirigida contra condóminos, estamos ante una acumulación subjetiva. Esta acumulación puede ser, activa, pasiva o mixta, dependiendo que la presencia de más de una persona se dé en calidad de parte demandante, demandada o en ambas, respectivamente. Si bien se trata

de casos singulares, también es posible que un proceso contenga una acumulación objetiva-subjetiva. Es decir más de una pretensión y más de dos personas.

El criterio clasificatorio del tema descrito, se encuentra regulado en el Código Procesal Civil en su artículo 83°.

Luego nace una subclasificación.

Sobre la base del criterio clasificatorio antes descrito, el mismo artículo citado en su último párrafo, subdivide cada una de las formas de acumulación antes anunciadas en originarias y sucesivas.

Estamos ante una acumulación originaria cuando es propuesta por el demandante desde el inicio, es decir, en su escrito de demanda o en el de ampliación. Por lógica consecuencia, la acumulación será

sucesiva cuando ocurra en el proceso después de notificada la demanda. Veamos a continuación en qué consisten cada una de las subclasificaciones obtenidas.

Vemos entonces que la acumulación constituye, por así decirlo, la estructura procedimental básica de otros temas que, apoyándose en su estructura, adquieren una mayor complejidad. Sin embargo, más allá de su eventual dificultad, es ne-

cesario ratificar que las instituciones que a continuación se tratan no dejan de ser, finalmente, sólo variantes del instituto que estudiaremos.

Por tal razón, es importante tener presente que la acumulación es una institución regulada por el legislador para hacer efectivo el principio de economía procesal y evitar la expedición de fallos contradictorios.

• • •

1. DEFINICIÓN

Teóricamente se considera que una relación jurídica procesal clásica es unitaria y supone la presencia de dos partes (demandante y demandado) y en cada parte se encuentra una sola persona y se discute una sola pretensión. En la realidad se aprecian relaciones jurídicas más complejas donde en cada una de las partes aparecen más de dos personas (demandantes o demandados) y más de una pretensión. Esta es la justificación de la existencia de la figura en estudio.

La acumulación se define como **la institución procesal que se presenta cuando concurre una pluralidad de personas o de pretensiones en un proceso**. Esta institución, con sus variantes de litisconsorcio e intervención de terceros, ha sido regulada para **hacer efectivo el principio de economía procesal** y evitar la expedición de fallos contradictorios.

2. CLASIFICACIÓN

Base Legal: Artículo 83° del Código Procesal Civil Peruano.

2.1. Acumulación objetiva

Existe acumulación objetiva cuando en el proceso **se demanda más de una pretensión**. *V.gr.:* Resolución de contrato más indemnización por daños y perjuicios.

2.1.1. Acumulación Objetiva Originaria

Esta institución se presenta cuando existen más de dos pretensiones en la presentación de la demanda.

El artículo 87° de nuestro ordenamiento procesal regula tres variantes:¹

a) Acumulación Objetiva Originaria Subordinada

En ella se presentan pretensiones que tienen una relación de principal a subordinada, **el desamparo de una conduce al Juez a pronunciarse respecto a otra. La relación de subordinación debe ser expresada por el demandante**. (De lo contrario se puede declarar improcedente la demanda por el artículo 427° inciso 7°).

V.gr.: Demanda de nulidad de acto jurídico y anulabilidad del mismo acto jurídico.

b) Acumulación Objetiva Originaria Alternativa

En este caso, el demandado puede elegir cualquiera de las pretensiones demandadas en la ejecución de la sentencia.

V.gr.: Demanda de obligación de dar 2500 dólares o un automóvil de 1997 o una computadora portátil *pentium IV*.

c) Acumulación Objetiva Originaria Accesorias

El demandante propone varias pretensiones, advirtiéndose que una de ellas tiene la calidad de principal y las otras satélites de la anterior.

- **Simples:** Son aquellas que requieren ser pretendidas
V.gr.: Demanda de divorcio y accesoriamente tenencia y alimentos.
- **Legales:** Son aquellas que se entienden integradas a la demanda por mandato de la norma positiva, incluso sin que se hallan pedido expresamente.
V.gr.: El pago de costas y costos; la restitución de prestaciones en la resolución de contratos.

2.1.2. Acumulación Objetiva Sucesiva

Si la aparición de las **pretensiones aconteciera después de la presentación de la demanda.**

V.gr.: Demanda de resolución de contrato y reconvencción por indemnización.

2.2. Acumulación Subjetiva

Existe acumulación subjetiva cuando en el proceso **hay más de dos personas.**

Ej.: Una demanda de reivindicación dirigida contra tres copropietarios.

La acumulación subjetiva puede ser a su vez:

- **Activa:** Si son varios demandantes.
- **Pasiva:** Si son varios demandados.
- **Mixta:** Cuando son varios demandantes y demandados.

Un proceso además puede contener una **acumulación objetiva subjetiva;** es decir más de una pretensión y más de dos personas.

V.gr.: Una demanda de reivindicación e indemnización interpuesta por los copropietarios de un inmueble contra un grupo de personas que adquirieron el bien en forma ilegítima.

2.2.1. Acumulación Subjetiva Originaria

Si con la **presentación de la demanda se advierte la presencia de dos o más demandantes o demandados.**

V.gr.: El titular de una acción cambiaria plantea su demanda de obligación de dar suma de dinero contra el obligado principal y su aval.

2.2.2. Acumulación Subjetiva Sucesiva

Si acontece que **después de la interposición de la demanda aparecen más demandantes o demandados**.

V.gr.: Una Empresa de Transportes se incorpora al proceso sobre indemnización por daños y perjuicios antes de la audiencia de saneamiento. La demanda inicialmente se había dirigido sólo contra el chofer responsable del accidente.

El Código permite la acumulación de procesos, cuando existe **conexidad**, que en doctrina se conoce también con el nombre de **conexión impropia**, es decir deben existir elementos afines entre pretensiones distintas; y no la **conexión propia** presente entre pretensiones que derivan del mismo título o causa.

3. DESACUMULACIÓN

Es la separación de los procesos acumulados, para que tramiten de manera independiente ante los jueces originarios, esta decisión se basa en que la acumulación ha afectado el principio de Economía Procesal y ha originado mayor gasto de esfuerzo, tiempo y dinero.

4. LITISCONSORCIO

Etimológicamente litisconsorcio significa "litigar junto con".

4.1. Definición

Se trata de una acumulación subjetiva, encontrándonos con la presencia de más de una persona en calidad de parte demandante o demandada.

PRIETO CASTRO se refiere al litisconsorcio como la presencia en el mismo procedimiento de varias personas en la posición de actores (litisconsorcio activo) o de demandados (litisconsorcio pasivo), o de los actores de un lado y de los demandados del otro (litisconsorcio mixto).

CARNELUTTI define el litisconsorcio como el instituto que permite la existencia de más de una persona actuando en forma conjunta, en calidad de parte activa o pasiva en una relación procesal, por existir entre ellas un vínculo que las conecta, el mismo que puede ser de naturaleza absolutamente variada como ser integrante de la relación material, tener el mismo interés en la decisión que recaerá en el proceso, tener un interés indirecto, o incluso uno que en el fondo es opuesto, pero que para efectos prácticos autoriza una actuación conjunta con el de alguna de las partes.

4.2. Clasificación

El litisconsorcio presenta las siguientes modalidades:

a) Litisconsorcio necesario

Esta institución surge cuando **varias personas tienen y conforman de manera indisoluble la calidad de parte material**, es decir, participan de una relación jurídica sustantiva. En este tipo de litisconsorcio no existe un criterio de oportunidad que permita que varias partes actúen conjuntamente en el proceso, sino que es un criterio de necesidad el que impone la presencia de varios litigantes en el mismo proceso.

DÁVILA MILLÁN sostiene que en este tipo de litisconsorcio, al existir una relación sustancial única para todos, la ley no se limita a autorizar, sino que exige su presencia, de tal manera que la pretensión no puede ser válidamente propuesta, sino por varios sujetos o frente a varios.

El litisconsorte necesario debe ser emplazado en el proceso, sino la resolución que se expida será totalmente ineficaz. Si el Juez advierte que un litisconsorte necesario no ha sido emplazado, puede paralizar el proceso, a efectos que se le notifique; no sólo se proporciona al litisconsorte incorporado información del proceso, sino se da tiempo para que se apersona e incluso pruebe en una audiencia complementaria, cuando la de pruebas ya se realizó.

V.gr.: Un cónyuge demanda la nulidad de un contrato de compraventa sobre un bien social, ya que éste ha sido vendido por su cónyuge sin su intervención. El primero dirige su demanda contra el comprador, pero la demanda no refleja la relación sustantiva, tratándose de la nulidad de acto jurídico. Forman parte de la relación quien pide la nulidad y los que participaron en el acto jurídico, en consecuencia es evidente que faltó demandar al cónyuge que vendió sin intervención del primero, entonces faltó demandar a un litisconsorte necesario.

b) Litisconsorcio Facultativo

No se trata en este caso de personas intrínsecamente ligadas, sino de **personas independientes del titular de la relación sustantiva; pero que podrían de alguna manera ser afectadas por lo que se resuelva en el proceso sobre la base de algún principio de conexión entre sí.** La presencia de este litisconsorte no es definitiva, ni esencial.

La intervención del litisconsorte es voluntaria, su ausencia no afectará el proceso. Tiene un interés propio y particular, la ley, entonces, **lo faculta para participar en el proceso, pero en ningún caso lo obliga**, lo que hace el ordenamiento es privilegiar la economía procesal, permitiendo que en un solo proceso se ventilen temas diversos y que normalmente se deberían resolver en acciones

separadas. *V.gr.*: Un proceso de alimentos en el que la madre de dos menores demanda, por su propio derecho y en representación de sus hijos, a su cónyuge y padre de sus hijos. En este caso cada uno de los demandantes tiene su propia pretensión y la sentencia no necesariamente será igual para todos.

c) Litisconsorcio Cuasinecesario

También llamado **litisconsorcio impropio necesario**. Se trata de un híbrido entre el litisconsorcio necesario y el facultativo, pues, en esta figura **existe una autorización legal para que se configure una relación jurídica procesal válida sin que participen la totalidad de titulares de la relación jurídica material, empero, la resolución final del proceso alcanzará a todos de manera uniforme.**

Víctor FAIRÉN GUILLÉN lo define así: "(Se presenta cuando) varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación igual de calidad, de tal modo que, teniendo todas ellas legitimación para pretender o ser pretendidas, algunas lo hacen y otras no, pero, sin embargo, la resolución que recaiga en un proceso, les va a afectar a todas, por ser única la relación que existe entre el evento y ella, y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad de calidad".²

Como lo resuelto en el proceso será aplicable a todos los litisconsortes cuasinecesarios, su intervención se podrá dar en cualquier estado del proceso antes de la expedición de sentencia y, desde su admisión, podrá realizar todos los actos procesales que le estén permitidos a su litisconsorte.

V.gr.: Un accionista de una sociedad anónima impugna los acuerdos de la junta general, porque considera que son contrarios a lo establecido en los estatutos. La demanda puede ser interpuesta por cualquiera de los accionistas de dicha sociedad anónima pero la sentencia final afectará homogéneamente a todos.

5. INTERVENCIÓN DE TERCEROS³

5.1. Definición

El tercero es aquel que sin ser titular de la relación jurídico sustantiva que origina el proceso, tiene un interés directo con el objeto del mismo o con sus posibles consecuencias, por lo que ingresa a conformar la relación jurídico procesal preestablecida.⁴

Ellos se **incorporan al proceso con posterioridad a la notificación de la demanda**. La incorporación de terceros al proceso no se realiza en forma homogénea, por el contrario pueden intervenir de diferentes maneras, algunas veces para colaborar con alguna de las partes, en otras con ninguna; otros terceros se integran tanto al

interés de alguna de las partes que casi tienen las mismas facultades, u otras que a pesar de que colaboran tienen una relación de subordinación respecto de una de ellas.

El interviniente debe tener **un interés jurídico relevante** (el interés debe tener sustento en el ordenamiento jurídico) **en el desarrollo y resultado del proceso**. Si el Juez admite la intervención en el proceso, el interviniente deja de ser tal y se convierte en **tercero legitimado**.

5.2. Clasificación

5.2.1. Intervención de terceros voluntaria

a) Intervención Coadyuvante o Adhesiva Simple

PEYRANO señala que esta categoría registra el mínimo de interés aceptado para admitir la incorporación de un tercero en el proceso en trámite. La sentencia jamás lo va a alcanzar, por esta razón su actuación en el proceso es accesorio, **actúa como un colaborador diligente de una de las partes**.

V.gr.:

1. El acreedor que interviene en el proceso de reivindicación que tiene su deudor.
2. El accionista que hubiese votado a favor del acuerdo impugnado puede intervenir como tercero coadyuvante en la defensa del acuerdo adoptado.
3. El hijo matrimonial que percibe una pensión por parte de su padre interviene a favor de este en el proceso de alimentos iniciado por un hijo extramatrimonial.

b) Intervención Litisconsorcial o Adhesiva Principal o Coadyuvante Autónoma

Ahora estamos frente a un interviniente a quien **la decisión a recaer en el proceso lo va afectar directamente** porque **está vinculado totalmente a la relación jurídica sustantiva**. Tiene un interés personal en la pretensión, y este interés es distinto de la parte de quien es litisconsorte, por esta razón tiene autonomía para actuar dentro del proceso.

V.gr. A accionista de una empresa solicita la nulidad del acuerdo tomado en junta. B, que también es accionista, se entera que existe un proceso en trámite, solicita su incorporación al mismo como tercero litisconsorcial, en razón de que también desea que el acuerdo sea declarado nulo.

c) Intervención Excluyente Principal

El interviniente principal solicita al Juez su incorporación en el proceso iniciado a fin de hacer valer dentro de él su pretensión, que **está en directa oposición con el pretendido por las partes en el proceso**. Se caracteriza porque el interviniente tiene un profundo y total desinterés por la posición de las partes. Esto es así porque tiene su propia posición. **Esta intervención sólo puede ocurrir hasta antes de la sentencia de primera instancia.**

V.gr. A y B dirimen en un proceso quién es el propietario de un determinado inmueble. Interviene posteriormente C, pretendiendo ser a la vez propietario del mismo bien.⁵

d) Intervención Excluyente de Propiedad o de Derecho Preferente

El presupuesto material para la intervención es la **existencia de un bien sujeto a medida cautelar dentro de un proceso, o bien pasible de ser materia de ejecución.**

En este contexto, si una persona considera que el bien sujeto a estas medidas es de su propiedad o tiene otro tipo de derecho respecto a él que le otorga preferencia en el pago, puede intervenir en el proceso con el exclusivo propósito de solicitar se reconozca su propiedad, por lo tanto se suspenda la medida o se declare la prelación de su derecho.

V.gr.:

1. Se secuestra un equipo de sonido que se encontraba en el domicilio del deudor, sin ser de su propiedad y que le había sido prestado por una semana. El propietario podrá interponer una tercería excluyente de propiedad solicitando desafectar su bien para que no sea tomado en cuenta al momento de ejecutar la sentencia contra el demandado.
2. El segundo acreedor hipotecario ha iniciado un proceso de ejecución de garantías destinado a rematar el inmueble comprometido a su crédito. El primer acreedor hipotecario estará en condiciones de interponer una tercería excluyente de derecho preferente y exigir la prioridad de pago que le corresponde por sobre el demandante.

5.2.2. Intervención de terceros obligatoria

a) Denuncia Civil

Es el instituto procesal mediante el cual una de las partes pone en conocimiento del Juez la existencia de un sujeto adicional que podría verse afectado por la decisión final del proceso, por lo que solicita su intervención. Es el juzgador quien decide si acepta su intervención y la calidad que va a tener en el proceso.

V.gr.:

1. Se ha demandado a uno de los cónyuges respecto de una deuda contraída por la sociedad conyugal. El demandado tiene el deber de denunciar su estado civil y proporcionar la información necesaria para notificar al patrimonio autónomo.
2. El aval de una letra de cambio es demandado en un proceso ejecutivo y solicita que esto se ponga en conocimiento del aceptante, para que si, así lo estima, participe en él.

b) Aseguramiento de Pretensión Futura

En doctrina se denomina **llamamiento en garantía**, y tiene su origen en el derecho germánico. Su especial naturaleza surge del hecho que la parte que formula el llamado al tercero no se limita a solicitar que se le notifique, sino además pide que se le emplace con la demanda y plantea contra él una nueva pretensión.

V.gr.: El garante que ha sido demandado en un proceso ejecutivo por una letra de cambio impaga, no sólo se limita a citar al deudor sino que exige en el mismo proceso, que si la sentencia lo condena al pago de la obligación, el aceptante de la letra cumpla con devolverle lo adeudado.

c) Llamamiento Posesorio

Se presenta en procesos que contienen pretensiones posesorias. Es posible que un bien no se encuentre con el poseedor legítimo, sino con aquel que se denomina servidor de la posesión. Si se emplaza en un proceso a este último, no se estaría reflejando la relación jurídica sustantiva en la relación jurídica procesal; para evitar que se declare nulo el proceso por emplazar a persona distinta al poseedor, **el servidor de la posesión tiene el deber de denunciar al verdadero poseedor, y con ello, se le concede el derecho de separarse del proceso**, siempre que el denunciado reconozca su calidad de poseedor. Si el denunciado no se apersona, o niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el denunciante, pero surtirá efectos contra ambos.

d) Llamamiento por Fraude o Colusión

Esta denuncia no está concebida para ser usada por alguna de las partes, sino por el Juez, ya que el presupuesto material de ella **está dado por la presunción que genera en el Juez la conducta de las partes durante el desarrollo del proceso**.

En el proceso puede darse un “acuerdo” entre las partes para afectar a un tercero que no aparece en la escena procesal, de darse esta situación el Juez tiene la facultad de citar al perjudicado para que conozca el proceso y haga valer sus derechos, incluso puede suspender el proceso por un plazo determinado.

6. EXTROMISIÓN

Es la institución procesal antítesis de la intervención de terceros. El Juez, de oficio o a pedido de parte, decide la **separación procesal de un tercero legitimado**.

Esta situación se presenta cuando el Juez, considera que el derecho o interés jurídico relevante que estuvo presente cuando calificó positivamente la intervención del tercero, ha desaparecido, o puede advertir que la calificación que realizó fue defectuosa.

Cuando el proceso no se siguió contra la persona correspondiente, no es posible que la decisión definitiva surta efectos respecto a ésta. Para ello, dicha persona se puede oponer a la ejecución de la decisión en el mismo proceso.

Si el interviniente fue notificado al proceso y no se apersonó ni hizo nada para defenderse, perdió su derecho de oposición a la ejecución.

La oposición del interviniente es desarrollada en la doctrina pero no ha sido regulada expresamente en nuestro ordenamiento procesal.

7. SUCESIÓN PROCESAL

No estamos frente a una intervención de terceros en el proceso, pero se puede confundir con esta figura porque supone, en cierta medida, la **presencia de una persona distinta en el proceso, después de la notificación de la demanda**.

La sucesión procesal es la institución que regula el trámite, los casos y efectos que **produce el cambio de una persona en la relación jurídica sustantiva**, después que se ha iniciado el proceso; es decir cuando ya existe una relación jurídica procesal establecida.

Los supuestos de sucesión procesal son los siguientes:

1. **Mortis causa**. Se demanda a una persona que fallece a mitad del proceso, el proceso se suspende como consecuencia de este hecho, podrá continuar con los sucesores del ausente o con un curador procesal.
2. Una **persona jurídica que es parte en un proceso en donde se discute la propiedad de uno de sus bienes**, y si se extingue, el socio que sea el nuevo titular del bien deberá continuar el proceso, también sucede si se fusiona.
3. **Inter vivos**. Cuando ocurre la transferencia del bien que es materia de proceso.
4. Cuando el **derecho material que es sustento de la pretensión procesal, perece por el transcurso del tiempo**. La persona que adquiere el derecho al producirse el vencimiento del plazo puede continuar el proceso.

8. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público puede intervenir de tres maneras en un proceso civil:

- **Como parte.** *V.gr.:* Separación convencional y divorcio ulterior.
- **Como tercero con interés o cuando la ley dispone que se le cite.** *V.gr.:* Asuntos de familia.
- **Como dictaminador.** *V.gr.:* Responsabilidad de los jueces, impugnación de acto o resolución administrativa.

El dictamen del Ministerio Público en los casos que proceda será emitido después de actuados los medios probatorios y antes de que se expida sentencia.

Los representantes del Ministerio Público deben excusarse o abstenerse de intervenir en el proceso por las causales que afectan a los Jueces; sin embargo no pueden ser recusados.

NOTAS:

- 1 Ana María Arrarte sostiene que existe un supuesto de acumulación objetiva no previsto por el Código Procesal Civil y que denomina acumulación objetiva originaria autónoma. el ejemplo que refiere es una demanda de impugnación de resoluciones administrativas e indemnización por los daños causados por la conducta dolosa de la administración. La segunda pretensión si bien requiere un pronunciamiento favorable previo, no necesariamente será amparada como consecuencia de éste, pues mantiene su individualidad.
- 2 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "Doctrina general de derecho procesal". Barcelona; Ed. BOSCH. 1990. p. 306
- 3 MONROY GÁLVEZ sostiene: "Debe ser difícil encontrar un tema teórico-práctico más complejo en la ciencia procesal civil que la intervención de terceros. Un panorama doctrinal en donde los mismos conceptos aparecen con contenidos distintos o viceversa, determinan una dificultad severa en la explicación del instituto. (...) En efecto, para el Perú la intervención de terceros es un tema absolutamente novedoso. La legislación patria no ha tratado jamás orgánicamente esta institución y, en estricto, tampoco parcialmente".
- 4 MONTERO AROCA sostiene: "Si el concepto de parte es positivo, el del tercero se enuncia siempre negativamente. Tercero es quien no es parte, quien no está en el proceso. Esto no significa que no pueda llegar a sufrir los efectos del proceso, pero lo importante aquí es que no es titular de los derechos, cargas y obligaciones propias del proceso."
- 5 Fenochietto se opone abiertamente a la regulación de esta modalidad de intervención de terceros, pues según afirma deforma la naturaleza triangular del proceso en una geometría cuadrada (juez, demandante, demandado y tercero).

Lección 7

DESARROLLO DE LA SERIE PROCESAL

LECTURA MOTIVADORA

EL ACTO PROCESAL

Eduardo Couture

Entendemos por acto procesal a todo acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros, ligados al proceso, susceptibles de crear, modificar o extinguir efectos procesales. El acto procesal es una especie del género de los actos jurídicos y por lo tanto implica voluntad humana y conciencia de que se va a producir.

Deben producir efectos en el proceso. El proceso por lo tanto es una sucesión de actos procesales, una serie compleja de actos y específicamente "una situación jurídica", en la que las partes tienen derecho a exigir al juez que resuelva los actos procesales sometidos, mediante una resolución judicial y éste tiene el deber de cumplir con lo solicitado hasta finalizar el proceso, por medio de una sentencia definitiva y en caso de incumplimiento

por el obligado, de ejecutar la sentencia dictada por él, con el fin de que se repare el daño sufrido.

Para otros autores, el acto procesal tiende a la constitución, desarrollo, conservación y modificación de las relaciones procesales. CHIOVENDA afirma lo siguiente: "Llámense actos procesales a los que tienen importancia jurídica respecto a la relación procesal, los actos que tiene por consecuencia inmediata la constitución, conservación, desarrollo, modificación, o definición de las relaciones procesales. Pueden proceder de cualquiera de los sujetos de la relación procesal, esto es: a) de las partes, b) de los órganos jurisdiccionales". Esta definición parecería incompleta porque no hace referencia a los actos procesales realizados por terceros, que aun sin ser partes han realizado una actividad procesal mediante los actos que

han ejecutado y han producido sin duda efectos en el proceso. Los actos procesales deben ser idóneos para producir el efecto pretendido. La idoneidad surge de la ley.

Los actos jurídicos tienen por efecto cambiar una situación procesal creando obligaciones y derechos. El acto jurídico procesal debe vincularse a un comportamiento voluntario del sujeto procesal esencial o eventual, como, por ejemplo, la proposición de la demanda, petición de un medio de prueba, etc.

Se debe recordar que los actos procesales son todos voluntarios, pero la consecuen-

cia procesal es totalmente independiente de la voluntad manifestada. Es más, esta voluntad no tiene en general, ninguna relevancia particular. Lo dicho demuestra también que de los actos procesales no nacen derechos y obligaciones entre quienes los han realizado y los otros sujetos del proceso, sino sólo situaciones procesales coordinadas por la finalidad que se intenta alcanzar. Gran parte de la doctrina acepta la teoría de los actos procesales, construida sobre la de los actos jurídicos del derecho sustancial.

•••

1. LOS ACTOS PROCESALES

1.1. Concepto

COUTURE sostiene que el acto procesal **“es el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción y aún de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”**.

El proceso se descompone en momentos que pueden ser hechos o actos. Los actos importan la exteriorización de la voluntad de un sujeto del proceso y deben ser examinados desde un punto de vista técnico como jurídico.

CARNELUTTI afirma que la noción de los actos tienen un valor superior al de los hechos.

1.2. Clasificación de los actos procesales

ACTOS PROCESALES	<ul style="list-style-type: none"> • De parte. <i>V.gr.:</i> reconvencción, desistimiento. • Del juez. <i>V.gr.:</i> providencias o resoluciones. • De terceros. <i>V.gr.:</i> pericias, declaración de testigos.
-------------------------	---

CARNELUTTI propone una clasificación técnica que a continuación desarrollamos:

ACTOS DE GOBIERNO PROCESAL	Son aquellos desarrollados para determinar o regular la actividad procesal, y pueden ser de interés de parte o de un tercero, o pueden ser de interés público. Dentro de los actos de interés privado, están los destinados a disponer y los que están dirigidos a proponer, por lo tanto, provocar.
ACTOS DE ADQUISICIÓN PROCESAL	Dichos actos procesales tienen por objeto poner a disposición del Juez elementos lógicos y físicos que servicios para resolver el litigio.
ACTOS DE ELABORACIÓN PROCESAL	Son aquellos que crea el Juez cuando no cuenta con los elementos necesarios para resolver el litigio. <i>V.gr.:</i> la notificación, inspección, etc.

1.3. Validez de los actos procesales

Para que un acto procesal tenga validez debe reunir determinados requisitos, bajo sanción de nulidad:

- Debe ser producido por **agente capaz**. Tratándose de las partes deben tener capacidad procesal. *V.gr.:* Si la demanda es interpuesta por un menor de edad, que es incapaz absoluto ésta será declarada nula.
- El **consentimiento**, que se manifiesta por la declaración de voluntad expresa o tácita. *V.gr.:* Otorgar poder por acta ante el Juez.
- El acto jurídico procesal debe ser **jurídicamente posible y no contrario a la moral, ni a las buenas costumbres**. Su finalidad debe ser lícita.
- El acto procesal debe sujetarse a las **formalidades previstas en la ley**. *V.gr.:* la audiencia debe ser dirigida personalmente por el Juez, los escritos deben ser autorizados por abogados, etcétera.

1.4. Diferencias entre el acto procesal y el acto jurídico civil

GOZAÍNI sostiene que la frontera entre ambos es difusa e inexistente cuando se analiza el contenido de ambos.

ACTO PROCESAL	ACTO JURÍDICO
1. Está limitado al tiempo y al espacio del proceso, fuera de éste no tiene existencia.	1. No tiene más límites que el orden público y las buenas costumbres.
2. Tiene naturaleza pública, manifestado en las formalidades exigidas para su validez.	2. Generalmente su naturaleza es privada y las exigencias formales son excepcionales.
3. Por el carácter prospectivo del proceso, los actos procesales son interdependientes o concatenados.	3. Son aislados e independientes en la generalidad de los casos.
4. Obedecen a un principio de preclusión que determina la oportunidad de su actuación.	4. No están sujetos a una oportunidad determinada.
5. Se encuentran sujetos a la posibilidad de contradicción.	5. No necesariamente está ligado a una formalidad.

1.5. Forma de los actos procesales

El ordenamiento procesal recoge el criterio de flexibilidad porque establece: “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 con su propósito”, además en el Título Preliminar se consagra el principio de Elasticidad y el principio de Convalidación”.

1.6. Tiempo de los actos procesales

Por lo general término y plazo se consideran sinónimos, pero no lo son.

EL PLAZO	Es el tiempo dentro del cual se pueden practicar los actos procesales.
EL TÉRMINO	Es la fecha fija en la que se puede practicar el acto procesal.

A continuación establecemos el tiempo de algunas disposiciones sobre los actos procesales:

- Las actuaciones judiciales o los actos procesales se practican puntualmente.
- Son días hábiles de lunes a viernes de cada semana, salvo los feriados.
- Se consideran horas hábiles, según Ley Orgánica del Poder Judicial, entre las 7 y 20 horas.
- De oficio o a pedido de parte, el Juez puede habilitar día y hora en aquellos casos que no pueda realizarse una actuación judicial cuando sea urgente.
- De toda actuación judicial deberá dejarse constancia en acta.
- Incurrir en falta grave el Juez que, sin justificación, no cumple con realizar la actuación judicial en la fecha señalada o dentro del plazo legal respectivo.
- Los plazos son perentorios, es decir, no pueden prorrogarse.
- El cómputo del plazo se realiza desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija.
- Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles.

1.7. Formación del Expediente

- Todo proceso iniciado con la demanda deberá plasmarse del mismo modo en forma concreta, esto es el expediente que definimos como el conjunto de documentos, resoluciones y medios probatorios que se presentan a lo largo de todo el proceso.
- Los responsables directamente de la formación del expediente son los auxiliares jurisdiccionales.
- El expediente debe estar enumerado correlativamente y sin interpolación de folios, sólo es posible esto último por resolución autoritativa del Juez.
- Las actas de las actuaciones judiciales deben ser suscritas por el Juez y por quienes intervengan en ella.
- En cualquier instancia, a pedido de parte y previo pago de la tasa judicial respectiva, el Juez ordenará de plano la expedición de copias certificadas de los folios que precisen. Concluido el proceso, cualquier persona podrá solicitar copias certificadas de un expediente, y el Juez sólo podrá denegar el pedido en atención a la naturaleza personalísima de la materia controvertida.
- Cuando se pierde o se extravía el expediente el Juez ordenará una investigación sumaria con conocimiento del OCMA (Órgano de Control de la Magistratura.). De ser el caso ordenará la **recomposición del expediente**, quedando las partes obligadas a entregar dentro del tercer día, copias de los escritos y resoluciones que obren en su poder. Vencido el plazo, con las copias de los actuados que el Juez tenga en su poder, las pondrá de manifiesto en un plazo de dos días, luego del cual, declarará recompuesto el expediente. Si apareciera el otro expediente, será agregado al nuevo.

2. LOS ACTOS PROCESALES DEL JUEZ

2.1. Naturaleza

Los Jueces están facultados por la ley a realizar todos aquellos actos que estén destinados a administrar justicia con respeto a las normas del Debido Proceso y en el caso concreto a resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica. En ese marco de facultades la función del juez comprende fundamentalmente la expedición de resoluciones, y la intervención y dirección de los actos procesales.

En los actos del Juez encontramos los destinados a administrar justicia que serán **actos jurisdiccionales**, los que importan la imposición de sanciones, que son **actos coercitivos** como imponer multas o disponer la detención de las personas que agravan a las partes o a la majestad del juzgado, o los que buscan mantener el orden y una adecuada conducta procesal que son **actos disciplinarios**, como ordenar se supriman palabras ofensivas o vejatorias, expulsar a las personas que alteren las actuaciones judiciales, etc.

2.2. Resoluciones judiciales

Son los **actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a éste**. Pueden ser de tres tipos:

DECRETOS	<p>Son resoluciones que impulsan el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite. Se caracterizan por su simplicidad, por ser breves y por carecer de motivación en su texto. Ej. : "Téngase presente", "A conocimiento", "A los autos".</p> <p>Los decretos son expedidos por los auxiliares jurisdiccionales y son suscritos con su firma completa. Los Jueces también pueden expedir decretos dentro de las audiencias.</p>
AUTOS	<p>Son resoluciones motivadas y se caracterizan por tener dos partes: considerativa y resolutive. Mediante ellas el Juez resuelve la admisibilidad de la demanda o la reconvencción, el saneamiento del proceso, la interrupción, suspensión o conclusión del proceso, el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de las medidas cautelares.</p> <p>Los autos llevan media firma de quien o quienes los expidan. Para expedir autos en un órgano colegiado (Sala Civil) se requiere mayoría, si son tres vocales se requiere dos votos conformes, y sin son cinco vocales, se requiere tres votos conformes.</p> <p>Los autos deciden sobre derechos procesales de las partes.</p>
SENTENCIA	<p>Es la resolución del Juez que pone fin al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente, sobre la validez del proceso.</p> <p>En su redacción se exigirá la separación de la parte expositiva, considerativa y resolutive y para su validez requiere llevar la firma completa del Juez o Jueces si es un órgano colegiado.</p>

2.2.1. Contenido de las resoluciones

1. Indicación del lugar y fecha en que se expiden.
2. El número de orden que le corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden.

3. La descripción correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión.
4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto a todos los puntos controvertidos.
5. Plazo de cumplimiento, si fuera el caso.

Con la promulgación de la Ley N° 27524 del 06 de octubre del 2001 se modificaron los incisos 3) y 4) respecto al contenido de las resoluciones. En lo que se refiere al inciso 3), se establece que el juzgador deberá citar la norma aplicable en cada punto, según el mérito de lo actuado. En lo concerniente al inciso 4), si el juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente.

2.2.2. Plazos máximos para expedir resoluciones

En primera instancia los plazos para expedir resoluciones son:

- Los decretos se expiden a los dos días hábiles de presentado el escrito que los motiva.
- Los autos dentro de los cinco días hábiles computados desde la fecha en que el proceso se encuentra expedito para ser resuelto.
- Las sentencias se expiden dentro del plazo máximo previsto para cada vía procedimental contado desde la notificación de la resolución que declara el proceso expedito para ser resuelto.

PROCESO DE CONOCIMIENTO	50 días
PROCESO ABREVIADO	25 días
PROCESO SUMARÍSIMO	Audiencia Única

En segunda instancia, los plazos se sujetan a lo dispuesto por el Código Procesal Civil:

- Concedido el recurso de apelación de la sentencia, se elevará el expediente en el plazo no mayor de 20 días contado desde el día siguiente de notificado el concesorio del recurso.
- En los procesos de conocimiento y abreviado, la designación de fecha de vista de la causa se notifica 10 días antes de su realización.

En la Corte Suprema los plazos se sujetan a lo dispuesto por el Código sobre el recurso de casación.

2.3. Actos de comunicación del proceso

En el proceso podemos apreciar una variedad de actos procesales, entre los cuales encontramos aquellos que son necesarios para permitir el dinamismo del proceso, **que sólo será posible a través de los actos de comunicación, tales como las notificaciones, en la diversa variedad que admite el Código Procesal.**

Ello atiende también a la consagración del principio de Bilateralidad, ya que sin los actos de comunicación las partes se verían impedidas de ejercer por un lado su derecho de defensa y por el otro procurar el amparo de su pretensión por parte del Estado.

De esta manera las partes y el juez se involucran en una relación procesal activa, que se plasma fundamentalmente en documentos como las notificaciones y los escritos, y excepcionalmente admitirá la comunicación personal, pero siempre con la autoridad del Juez de por medio.

2.3.1. Notificaciones

Son actos procesales que tienen por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales.

Clasificación

<p>NOTIFICACIÓN POR NOTA</p>	<p>Fue derogada por el artículo 3º de la ley N° 27524, del 6 de octubre de 2001.</p> <p>Es el acto de comunicación que se realizaba personalmente en el local del juzgado o de la Sala, dejando constancia de la misma en el expediente.</p>
<p>NOTIFICACIÓN POR CÉDULA</p>	<p>Es el acto de comunicación que se realiza mediante cédula de notificación (especie valorada autorizada por el Poder Judicial), a fin de dar a conocer el contenido de las resoluciones.</p> <p>La cédula se escribirá en forma clara, sin emplear abreviaturas. El funcionario que se encarga de practicarla, entrega al interesado copia de la cédula, haciendo constar su firma, el día y hora del acto, el original se agrega al expediente con nota de lo actuado, lugar, día y hora del acto, suscrita por el notificador y el interesado, salvo que éste se negara o no pudiera firmar, de lo cual se dejará constancia.</p>

	<p>Mediante la promulgación de la Ley N° 27524 se establece que las notificaciones de todas las resoluciones judiciales en todas las instancias y aún en la Corte Suprema, se realizan por cédula, cambiándose el régimen anterior previsto por el artículo 157° del Código Procesal Civil, que establecía este tipo de notificación para algunas resoluciones como la que contiene el traslado de la demanda, de la reconvenición y de sus contestaciones, si las hubiera; la que contiene la admisión de un tercero con interés, de un sucesor procesal o de un sustituto procesal; la que declara fundada una excepción o una defensa previa, etc.</p> <p>Si el notificador no encuentra a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado por éste con el objeto de notificarlo. Si tampoco se hallara en la nueva fecha, se entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en el lugar. Si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta de acceso o debajo de ella, según el caso.</p>
<p>NOTIFICACIÓN POR COMISIÓN</p>	<p>Se realiza cuando se tiene que notificar a una persona que domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado, entonces se libraré un exhorto. Si la persona se halla dentro del país, el exhorto será enviado a la autoridad jurisdiccional más cercana al lugar donde se encuentra. Si se encuentra fuera del país, el exhorto se tramitará por medio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático del Perú en éste.</p>
<p>NOTIFICACIÓN POR TELEGRAMA , FACSIMIL, CORREO ELECTRÓNICO U OTRO MEDIO IDONIO</p>	<p>Se puede notificar utilizando medios distintos a los convencionales. En este caso, puede notificarse las resoluciones previstas en el artículo 157° con excepción de: la que dispone el traslado de la demanda y la reconvenición, la que cita para absolver posiciones y la sentencia. Los gastos de este tipo de notificación quedan incluidos en la condena de costas.</p> <p>La Ley N° 27419 del 07 de febrero de 2001 abre la posibilidad de poner en conocimiento de los justiciables algunas de las resoluciones señaladas en el artículo 157° del Código Procesal Civil, salvo traslado de la demanda o de la reconvenición, la absolución de posiciones y la</p>

	<p>sentencia, utilizando el correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que se pueda confirmar su recepción.</p> <p>Sólo se notifica por este medio a quien lo haya solicitado. Los gastos quedarán comprendidos en la condena de costas. En el diligenciamiento se tendrá que dejar constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente.</p>
<p>NOTIFICACIÓN POR EDICTOS</p>	<p>Se presenta en dos casos:</p> <p>Cuando se va a notificar a personas inciertas o cuyo domicilio se ignora.</p> <p>Si debe notificarse a más de 10 personas que tienen un derecho común. En este caso adicionalmente se hará la notificación regular que corresponda a un número de litigantes que estén en proporción de uno por cada diez o fracción de diez, prefiriéndose a los que han comparecido.</p> <p>La publicación de edictos se hará en el diario oficial y el de mayor circulación del lugar del domicilio del citado, si fuera conocido, en su defecto, del lugar del proceso.</p> <p>Se acredita su realización agregando al expediente el primer y último ejemplar que contiene la notificación. A falta de diarios en los lugares mencionados, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera, y además se fijará el edicto en la tablilla del Juzgado y en los lugares que aseguren su mayor difusión.</p> <p>Los edictos contendrán, en síntesis, las mismas prescripciones de la cédula, con transcripción sumaria de la resolución. La publicación se realizará por tres días hábiles. La resolución se considera notificada al tercer día, contado desde la última publicación.</p>
<p>NOTIFICACIÓN POR RADIODIFUSIÓN</p>	<p>Es una novedad que establece el Código Procesal Civil. Las transmisiones se realizarán por una emisora oficial o las que determine el Consejo Ejecutivo de cada Corte. El número de veces de transmisión será igual al de la notificación por edictos. Esta notificación se acreditará agregando al expediente, declaración jurada expedida por la empresa de radiodifusión, en donde constará el texto del anuncio y los días y horas en que se difundió. La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica. Los gastos que demande esta notificación quedan incluidos en la condena de costas.</p>

Al quedar firme la resolución que declara infundada la nulidad de una notificación, ésta surte efectos desde la fecha en que se realizó.

2.3.2. Oficios

Cuando los jueces se dirigen a funcionarios públicos, que no son parte en el proceso, la comunicación se realiza mediante oficios, de igual manera si se realiza entre magistrados. El oficio se enviará por facsímil o cualquier otro medio, debiendo el secretario agregar el original al expediente y certificar la fecha de remisión. Puede el auxiliar jurisdiccional entregar el original del oficio al interesado, dejando copia del oficio en el expediente, con la certificación de su fecha de entrega.

Si el Juez se va a dirigir a funcionarios públicos extranjeros o miembros de las embajadas o consulados de nuestro país, los oficios deben cursarse por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2.3.3. Exhortos

El exhorto es el pedido realizado por el Juez del proceso a otro Juez, cuando una actuación judicial debe realizarse fuera de su competencia territorial, entonces encomienda la ejecución de la actuación judicial al Juez de esa circunscripción territorial. También puede dirigirse a las autoridades nacionales en el exterior (Cónsules) con los mismos efectos.

El cuadernillo de exhorto se forma con el escrito en el cual se solicita el exhorto, la resolución que lo dispone, copias certificadas de la resolución o escritos a notificarse y el oficio respectivo.

Los documentos originales se mantienen en posesión de cada juez, formando parte del expediente en un caso y agregándose al archivo del Juez exhortado en el otro. Las partes y sus abogados pueden intervenir en las actuaciones materia del exhorto, señalando para el efecto el domicilio procesal correspondiente

3. ACTOS PROCESALES DE LAS PARTES

Los actos procesales de las partes **tienen por finalidad la constitución, modificación o extinción de derechos y cargas procesales.** Se exteriorizan esencialmente en escritos.

El Código Procesal Civil establece en sus artículos 130° a 133° el contenido de un escrito:

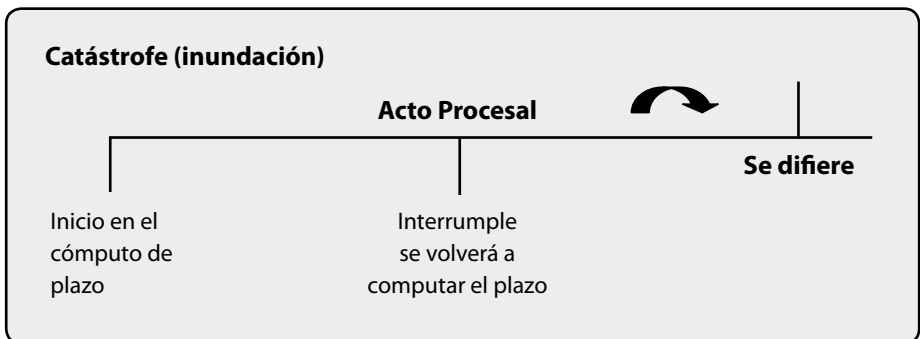
- Debe hacerse a máquina u otro medio técnico.
- Mantener en blanco un espacio de no menos de 3 cm. en el margen izquierdo y 2 cm. en el derecho.

- Ser redactado por un solo lado y a doble espacio.
- Enumeración correlativa.
- Sumillarse el pedido en la parte superior derecha del escrito.
- Los anexos serán identificados con el número del escrito seguido con una letra.
- Empleo del idioma castellano.
- Redacción clara, breve y precisa dirigida al Juez del proceso; entre otros.

(A partir del Capítulo 9 se desarrollan los principales actos procesales de las partes)

4. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL PROCESO

La interrupción implica un corte en el plazo. Tiene como efecto que el plazo transcurrido o tenga eficacia, ocasionando que se difiera el término para la realización del acto procesal. V.gr.:



La interrupción es declarada por el Juez en resolución inimpugnable, de oficio o a pedido de parte (dentro de 3 días desde el cese del hecho); sustentándose en un hecho imprevisto o que siendo previsible es inevitable. V.gr.: muerte de alguna de las partes, huelga del Poder Judicial, etc..

La suspensión importa la inutilización de un período de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal.

Según como se haya decidido la suspensión se puede clasificar en:

- **Convencional.** Es acordada por las partes, requiriendo la aprobación del Juez. Se concede por una sola vez por instancia, y no puede ser mayor a dos meses en cada caso.
- **Legal.** Se declara de oficio o a pedido de parte. V.gr.: declaración de ausencia, incapacidad sobrevenida del representante o apoderado.
- **Judicial.** Cuando es dispuesta por el Juez. V.gr.: En el caso de litisconsorcio necesario, el Juez suspende el proceso hasta que se establezca correctamente la relación procesal.

Lección 8

LA DECISIÓN JUDICIAL

LECTURA MOTIVADORA

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

Adolfo Alvarado Velloso

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra. Y ello en razón de que, para respetar su calidad imparcial, él no puede asumir la incumbencia probatoria que le corresponde sólo a las partes procesales conforme al sistema acusatorio al cual refiere la Constitución.

Debo recordar aquí que el problema de determinar quién debe aportar al proceso la prueba de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra

(itero que son los hechos controvertidos) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la regla que carga la tarea a cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable. En rigor de verdad, si se comprende sistemáticamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse:

Pero lo que interesa destacar primordialmente de ello es que en rigor, lo referente a la carga de la prueba constituye, esencialmente, una regla dirigida al juez para que pueda juzgar un caso cualquiera

cuando no existe prueba suficiente que le resulte convincente. De tal forma y llegado el caso, habrá de preguntarse frente a un hecho determinado: ¿quién debía probarlo y no lo hizo? Y ese perderá el pleito. Cabe recordar que al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, una buena pericia que responde al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de

la suma de tales medios y por supuesto no se pregunta a quién le incumbía la carga de probar. No le hace falta hacer esa indagación.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento non liquet como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello indebida y personalmente en el resultado del juicio.

...

1. LA SENTENCIA

1.1. Definición

La decisión judicial respecto a la solución de un conflicto de intereses y una incertidumbre jurídica se plasma en una sentencia.

La sentencia puede entenderse como **un acto de autoridad**, que contiene un mandato de la ley, que adquiere vigor y fuerza obligatoria en un caso concreto, o que se limita a declarar un derecho, derivándose de ella una serie de ventajas, finalmente, puede también generar cambios en el estado de las cosas.

CHIOVENDA sostiene que la sentencia en general, **es la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de ley** que le garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de ley que le garantiza un bien al demandado.

COUTURE en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil señala: **“Es una operación de carácter crítico. El Juez elige entre la tesis del actor y la del demandado la solución que le parece ajustada a derecho y a la justicia.”**

La sentencia es una resolución judicial que pone fin al proceso, concluye en forma definitiva un conflicto o incertidumbre jurídica, se decide sobre el fundamento de las pretensiones, materializándose la tutela jurisdiccional efectiva.

1.2. Clasificación

<p>SIN DECLARACIÓN SOBRE EL FONDO</p>	<p>Sentencias Inhibitorias</p>	<ul style="list-style-type: none"> • No generan la calidad de cosa juzgada. • Son las que declaran improcedente la demanda.
<p>CON DECLARACIÓN SOBRE EL FONDO</p>	<p>Sentencias Desestimatorias</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Generan la calidad de cosa juzgada. • Acogen la demanda del actor.
	<p>Sentencias Estimatorias</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Generan la calidad de cosa juzgada. • Rechazan la demanda del actor.

SENTENCIAS ESTIMATORIAS	Sentencias Declarativas	<p>El órgano jurisdiccional declara una voluntad de la ley preexistente. No tiene otro efecto que cesar la incertidumbre sobre un derecho.</p> <p>V.gr.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Nulidad de matrimonio. 2. Resolución de contrato
	Sentencias Constitutivas	<p>Caracterizadas por su elaboración y complejidad, preparan un cambio en el estado de las cosas, no siendo necesario ningún acto ulterior de ejecución</p> <p>V.gr.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Divorcio 2. Prescripción Adquisitiva
	Sentencias Condenatorias	<p>Son las que establecen el cumplimiento de determinada prestación. Requieren de posterior ejecución</p> <p>V.gr.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligación de dar suma de dinero 2. Desalojo

Existe una categoría especial de sentencias denominadas **determinativas**, o **dispositivas** como las denomina MAYER. Tienen lugar cuando la ley confía la decisión al arbitrio y discreción del Juez, siendo esta actividad análoga a la del árbitro.

La doctrina actual sostiene que esta clasificación tripartita de sentencias estimatorias es obsoleta. Sostiene que ya no responde a la necesidad actual de un proceso eficaz que contempla la tutela preventiva. Es una clasificación hecha para una tutela resarcitoria

2. LA COSA JUZGADA

“La cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero”

Dístico de los Glosadores acerca de la “magia” de la cosa juzgada.

2.1. Definición

En el idioma alemán el concepto de cosa juzgada se expresa con los vocablos *Recht y Kraft*, derecho y fuerza, fuerza legal o fuerza dada por la ley. En el idioma castellano, como en todos los idiomas latinos, cosa juzgada es *res iudicata*, lo decidido, lo que ha sido materia de decisión judicial.

Es la calidad, autoridad o *status* que adquiere la resolución motivada, emanada de un órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido carácter definitivo.

COUTURE propone otra definición: “(...) **la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existe contra ella, medios impugnatorios que permitan modificarla.**”

Esta institución es importante porque a través de ella se establece que la voluntad del Estado manifestada en la ley tiene un carácter definitivo e inmutable, de tal manera que se evita la continuación de una controversia cuando ha recaído sobre ella la decisión judicial. De esta forma **se construye la seguridad jurídica y se fortalece la eficacia de la función jurisdiccional.**

2.2. La autoridad de Cosa Juzgada

Si a lo que ha sido resuelto por la sentencia se le agrega el *imperium* característico, se tiene lo que se llama autoridad de cosa juzgada, que **es la calidad o atributo de la sentencia que emana de un órgano jurisdiccional, cuando ha adquirido carácter definitivo** (COUTURE).

2.3. Eficacia de la Cosa Juzgada

Son tres las características las que determinan la medida de su eficacia:

- **Inimpugnable.** La ley impide su cuestionamiento.
- **Inmutable o inmodificable.** No es posible alterar los términos de la sentencia, ni de oficio ni a petición de parte. Excepto en lo previsto en los artículos 178° y 407° del Código Procesal Civil.
- **Coercible.** Existe eventualmente, la posibilidad de la ejecución forzada de lo decidido, especialmente en las sentencias de condena.

2.4. Naturaleza Jurídica

La cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica. Lo que se busca es una sentencia que decida de una vez por todas y en forma definitiva el conflicto pendiente.

El proceso apunta hacia la cosa juzgada, por ello se afirma que la relación entre proceso y cosa juzgada, es de medio y fin. Sin proceso no hay cosa juzgada; pero sin cosa juzgada no hay proceso, tan sólo un procedimiento.

La cosa juzgada es un atributo de la jurisdicción. Los actos legislativos y administrativos no reúnen las condiciones de irrevisable, inmutable y coercible que tiene la cosa juzgada.

2.5. Tipología de la Cosa Juzgada

La cosa juzgada se encuentra dividida según la doctrina en Formal o Material¹, todo de acuerdo a que cumpla con los efectos antes señalados, pero lo que traza la línea divisoria entre uno y otro es la inmutabilidad, la cual saca al pronunciamiento definitivo de una situación de inestabilidad.

2.5.1. Cosa Juzgada Formal

En este tipo de cosa juzgada nos encontramos frente a una resolución judicial, que aún agotada la vía de los recursos, **tiene una eficacia meramente transitoria o inestable**. Estas decisiones van a ser obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir, de tal manera que en un procedimiento posterior, mudado el estado de las cosas, la cosa juzgada puede modificarse. Dicha modificación no significa su revisión en un proceso posterior *V.gr.*: la sentencia en un proceso de alimentos.

La cosa juzgada formal es un presupuesto de la cosa juzgada en sentido material.

2.5.2. Cosa Juzgada Material

En este tipo de cosa juzgada, denominada también sustancial, estamos frente a resoluciones judiciales que además de tener el carácter inimpugnable, son inmutables, es decir, **no admitten la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior**.²

simismo, la autoridad de la cosa juzgada en sentido material no permite en lo sucesivo ser desconocido el derecho otorgado, siendo sus fundamentos de orden paz y estabilidad.

2.6. Límites de la Cosa Juzgada

2.6.1. Límites subjetivos.

Nos referimos a las personas a quienes alcanza la cosa juzgada. En principio, tan sólo alcanza a los que han litigado, y se extiende naturalmente a sus herederos, en virtud del principio de sucesión, también obliga al derechohabiente a título singular. En algunos supuestos la cosa juzgada contra el representante alcanza al representado, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran surgir entre ambos.

Reiterada jurisprudencia ha establecido que la cosa juzgada **no afecta a los terceros que no han intervenido en el proceso** (los terceros deben haber sido citados con la demanda).

2.6.2. Límites objetivos.

Los límites objetivos de la cosa juzgada están compuestos por dos elementos:

1. **Identidad de cosas u objeto o de hechos:** se refiere al derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia en relación a una o varias cosas determinadas.
2. **Identidad de *causa petendi*:** Es la razón de la pretensión o sea los hechos en que se funda ésta. La *causa petendi* está conformada por los hechos trascendentales dejando de lado los circunstanciales.

Por un lado, SAVIGNY y el derecho común alemán sostienen que la sentencia es una unidad con todas sus partes correspondientes entre sí, y que pueden tener igual grado de eficacia entre todas ellas.

En contrapartida, COUTURE señala que, en principio, las premisas y considerandos del fallo no hacen cosa juzgada; pero por excepción adquieren esa autoridad cuando lo dispositivo se remite a ellos en forma expresa o cuando constituyen un antecedente lógico absolutamente inseparable.

2.7. Posibilidad de alteración de los límites objetivos de la cosa juzgada

BOEHMER sostenía que en los casos de **inexactitud subsiguiente** (alteración de aquellas circunstancias en que se funda una sentencia) había la necesidad de cambiar los límites objetivos de la cosa juzgada ya que podía generar una injusticia.

El mencionado autor presenta tres hipótesis que justificarían la alteración:

- Modificación de las circunstancias económicas.
- Cambio de los métodos científicos.
- Trastocamiento de los juicios de valor político o moral.

Por su parte HITTERS considera que la inmutabilidad sólo puede ser quebrada por dos causas:

- Existe un cambio en las circunstancias que dieron origen al fallo.
- Se detectan vicios que lo hacen abiertamente injusto.

2.8. Presupuestos de la cosa juzgada

Según el Código Procesal Civil, una resolución adquiere la calidad de cosa juzgada en los siguientes casos:

- Cuando no procede contra ella otros medios impugnatorios que los ya planteados y resueltos, se han agotado los recursos que prevé la ley.
- Cuando las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios.
- Cuando se dejan transcurrir los plazos sin formular los recursos, aquí se produce lo que se denomina el consentimiento de la resolución.

3. NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA

Respecto a la cosa juzgada han existido posiciones extremas, tales como los que sostienen su inmutabilidad, dejando de lado el valor justicia, manteniendo a ultranza los valores de certeza y seguridad jurídica; otra posición que estima la revisión o un nuevo juicio, y finalmente existe una tercera posición intermedia, que admite la necesidad de certeza y seguridad; pero advierte que no puede prevalecer si existen situaciones fraudulentas, nosotros coincidimos con esta última postura.

3.1. Fraude procesal

CARNELUTTI sostiene que **es una forma de desviar el proceso** de su curso, o de su fin natural, esto es, que la decisión de la litis sea justa.

DEVIS ECHANDÍA considera que el fraude procesal **es un cáncer procesal**, que corrompe la esencia misma del proceso y burla el interés de la sociedad en la correcta y justa solución del conflicto.

El fraude comprende una maniobra dolosa de una de las partes o de terceros intervinientes; pero también puede provenir del Juez, del auxiliar jurisdiccional e

inclusive de los órganos de prueba. Lo que se pretende alcanzar es un fin ilícito, pero que tiene consecuencias específicas de aprovechamiento o beneficio ilegal en perjuicio de alguna de las partes o terceros.

PEYRANO hace referencia a un “entuerto” que es cualquier circunstancia que redunde en que la sentencia final no refleje fielmente la verdadera voluntad del ordenamiento para el caso concreto, y bajo ese enfoque, no sólo se comprende el fraude, sino situaciones fortuitas y de fuerza mayor.

3.2. Modalidades del fraude procesal

a) Fraude en el proceso

Se presenta **durante el trámite del proceso**, cuando se realizan actos procesales buscando perjudicar a alguna de las partes o a un tercero. Esta situación puede generar la declaración de nulidad de lo actuado, cuando quien fue afectado plantee el pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo, salvo que conozca del proceso cuando ya se había expedido sentencia y ésta ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

b) Fraude por el proceso

En este supuesto **el proceso es utilizado como instrumento para conseguir un objetivo ilícito**. La sentencia con autoridad de cosa juzgada es utilizada como sello de legalidad, a fin de disfrazar una conducta dolosa. V.gr.: los procesos ficticios de obligación de dar suma de dinero para frustrar las expectativas de un acreedor real.

3.2.1. Mecanismos para lograr la revisión de la sentencia fraudulenta

- **Incidente de nulidad.** Requiere la existencia de un proceso en trámite, si ya se dictó la sentencia ya no cabe esta posibilidad.
- **Recurso extraordinario de revisión.** También opera dentro del proceso y va constituir una nueva instancia donde se realiza un examen o análisis de lo resuelto. Además no sólo contempla supuestos de fraude, sino situaciones relacionadas con la prueba, casos fortuitos y de fuerza mayor.
- **Proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.** Ha tomado distintas denominaciones como: “acción autónoma de nulidad”, “acción revocatoria autónoma”, “pretensión nulificante de sentencia firme”, entre otras. Es considerado como el mecanismo más adecuado para cuestionar una sentencia definitiva, siendo acogido por nuestro Código Procesal Civil (Artículo 178°).

4. LA NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTE EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El Código Procesal Civil de 1993 introduce en el derecho procesal nacional la figura de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, plegándose a la doctrina procesal mayoritaria y a la legislación procesal comparada actualizada, pues opta por la acción autónoma de nulidad. Esta acción por complejidad es tramitada en la **vía del proceso de conocimiento**.

4.1. Características

- **Es un remedio excepcional.** Sólo procede cuestionar una decisión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada si se presentan las causales expresamente establecidas en el ordenamiento jurídico.
- **Es residual.** Deben haberse agotado los otros mecanismos de impugnación que se establecen dentro del proceso.
- **Efectos limitados.** De declararse fundada la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, sólo se verán afectados aquellos actos viciados por el fraude.

4.2. Requisitos para la procedencia

- a) La sentencia sea definitiva y haya adquirido la autoridad de cosa juzgada.** El demandante debe demostrar que agotó todos los medios impugnatorios, salvo que demuestre que el fraude afectó el Debido Proceso, al no permitirsele impugnar. No es posible plantear esta acción, si la sentencia quedó consentida, pues en ese supuesto se renunció a su posterior cuestionamiento, demostrando que se va a aceptar los efectos de los resuelto.
- b) La decisión judicial debe ser producto de la conducta fraudulenta.** Se entiende que el fraude ha sido determinante para la solución adoptada por el órgano jurisdiccional, de lo contrario, creemos que carecería de trascendencia.
- c) La sentencia ha causado un perjuicio.** Debe existir un agravio o perjuicio a alguna de las partes o terceros.
- d) Tiene legitimidad para plantear la demanda, quien fue perjudicado con lo resuelto.** Toda persona que haya sido agraviada por la decisión fraudulenta, de tal manera que pueden acudir a este proceso, las partes, los terceros legitimados, los que tengan interés directo en el proceso e incluso el Ministerio Público.
- e) La demanda debe plantearse dentro del plazo que establece la ley.** En nuestro Código Procesal Civil se establece como plazo para interponer la demanda, dentro de los **seis meses** de ejecutada la resolución o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuera ejecutable. Un sector de la doctrina nacional considera que el plazo debería computarse desde el momento en que se toma conocimiento del fraude.

Además nuestro Código Procesal Civil considera como causales de esta pretensión el dolo, fraude y colusión. Cabe indicar que la norma procesal debió limitarse a indicar como causal para solicitar la revisión de la sentencia definitiva exclusivamente el fraude procesal, puesto que el dolo (intención de causar daño) se encuentra implícito en el fraude, y la colusión no es sino una modalidad que puede adoptar esta figura.

Por otro lado, en el artículo 178° se consideraba, por un error de redacción, como una causal de nulidad, la afectación del Debido Proceso. Lo que se intenta expresar en el este artículo es que el fraude implica una afectación al Debido Proceso.

De declararse fundada una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, el efecto inmediato es levantar la autoridad de cosa juzgada de la decisión cuestionada, estableciéndose las condiciones para una revisión. Si esa sentencia fue producto de otros actos viciados, entonces corresponde retrotraer las cosas al estado anterior, debiendo anularse los actos afectados.

Si por el contrario, se desestima la demanda, el efecto inmediato será la condena de costas y costos, además de la sanción que se puede imponer por la conducta indebida.

NOTAS:

- 1 DEVIS ECHANDÍA considera que no es técnico hablar de cosa juzgada en sentido formal y en sentido material. Para el jurista colombiano simplemente la cosa juzgada formal no existe y sólo se trata de simple ejecutoria.
- 2 DEVIS ECHANDÍA considera que no es técnico hablar de cosa juzgada en sentido formal y en sentido material. (...) para este autor la cosa juzgada formal no existe, se trata de una simple ejecutoria, y opina que el término cosa juzgada material es mucho más técnico. Agrega este autor, que la razón jurídica de la cosa juzgada está en la potestad jurisdiccional del Estado que tiene el poder suficiente para imponer sus efectos y la eficacia de la sentencia definitiva.



Lección 9



MEDIOS PROBATORIOS

LECTURA MOTIVADORA

EL DERECHO FUNDAMENTAL A PROBAR Y LO ESENCIAL DE LA PRUEBA

Reynaldo Bustamante Alarcón

Resulta indudable que el Derecho, como cruce de la vida social, no puede a la necesidad de cambio, profundo y renovador, sea para adecuarse a las nuevas exigencias y necesidades de la sociedad, a fin de satisfacerlas, o sea para cumplir su papel de instrumento de desarrollo y progreso social en justicia. En esta época de profundas modificaciones estructurales, marcada también por profundas diferencias sociales, la búsqueda de la justicia constituye un clamor imposterable al cual el Derecho y en concreto el proceso, esta llamado a satisfacer. Creemos conjuntamente con GELSI BILDARTE que “el proceso puede describirse como una marcha hacia la justicia con sentido humano, por ello, es deber del procesalista trabajar en una continua mejora y adaptación de las institu-

ciones procesales a las necesidades de determinación de la justicia en el caso en concreto.

Esta es la aspiración que precisamente se persigue en el presente trabajo, al proponer, en sede nacional, un nuevo enfoque al análisis de una institución de trascendental importancia para los fines del proceso: la prueba. En el derecho comparado existen recientes trabajos doctrinarios y desarrollos jurisprudenciales que alejándose de la perspectiva que estudia la prueba como mera actividad – que sólo analiza el conjunto de normas que regulan su admisibilidad y desarrollos procedimentales – reconocen la existencia de un derecho básico o esencial, que nos permite hablar con todo rigor del derecho fundamental a probar.

El carácter fundamental del derecho a probar no sólo implica que todo sujeto de derechos pueda ejercerlo dentro de un proceso judicial – civil, penal, constitucional, laboral, etc.- o dentro de un procedimiento – administrativo, militar o arbitral –; sino que constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico, contribuyendo a darle sus contenidos básicos e informando la organización jurídica y política del Estado con propia fuerza normativa. De ahí la necesidad de conocer los principios que lo delimitan y le dan contenido, a fin de que pueda ser ejercido eficazmente por sus titulares en la defensa de sus derechos e intereses y se

evite su vulneración por los órganos del Estado o por particulares.

Por último, queda claro que el derecho a probar es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que posee todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa.

• • •

1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Los medios probatorios **son todos aquellos** instrumentos que pretenden mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de un hecho.

La fuerza o valor probatorio **será la idoneidad** que tiene un medio de prueba **para demostrar la existencia o inexistencia del hecho a probar.**

Los grados de fuerza o valor probatorio **son la intensidad que pueden tener los medios probatorios. Así, el juzgador luego de la valoración de los medios de prueba puede tener un grado de ignorancia, duda, probabilidad o convicción sobre los hechos sometidos a prueba.**

2. FINALIDAD

- Acreditar los hechos expuestos por las partes.
- Producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos.
- Fundamentar las decisiones judiciales.

3. DIFERENCIAS ENTRE FUENTE DE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

FUENTE DE PRUEBA	MEDIO DE PRUEBA
1. Son todas aquellas realidades susceptibles de convencer al juez de una afirmación de hechos realizada por una de las partes en un proceso o fijar determinados hechos como ciertos.	1. Es el conjunto de trámites procesales necesarios para introducir cualquiera de esas realidades en un proceso.
2. Es un concepto metajurídico, extra-jurídico o ajurídico, pues corresponde a una realidad anterior y extraña al proceso.	2. Es un concepto jurídico y absolutamente procesal.
3. Existirá con independencia de que se siga o no el proceso.	3. Nacerá y se formará en el proceso.

4. ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

4.1. El ofrecimiento

La carga de la prueba en un proceso civil corresponde a quien afirma hechos que fundamentan su pretensión o a quien contradice alegando nuevos hechos (demandante y demandado).

Estamos frente a un principio procesal, el principio de aportación de parte, en virtud del cual los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, y además ofrecer la prueba sobre dichos datos o elementos.

La oportunidad para ofrecer medios probatorios es en los primeros actos procesales de la etapa postulatoria (demanda, contestación, reconvencción).

El artículo 429º del Código Procesal Civil, regula lo referente a **medios probatorios extemporáneos**, aquellos que sólo pueden ser ofrecidos después de la demanda, **si se refieren a hechos nuevos** o a los mencionados por la otra parte al momento de contestar la demanda o reconvenir.

Como consecuencia de la “publicitación” o socialización del proceso civil, se va poner en tela de juicio el principio de aportación de parte, incrementándose las facultades probatorias del órgano jurisdiccional, y en búsqueda del convencimiento judicial acerca de lo discutido en el proceso, tanto las partes como el Juez deben colaborar mutuamente. En nuestro país se adopta el que órgano jurisdiccional tenga la facultad de ordenar la **actuación de medios de prueba de oficio**, pues a él, le corresponde fijar la base fáctica de la sentencia, y en consecuencia el Juez es el primer interesado en que las partes demuestren la certeza de los mencionados hechos. En conclusión el reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez.

4.2. La admisión

Después de la audiencia de conciliación (si no se llega a un acuerdo), el Juez procede a fijar los puntos controvertidos, y realizará **el saneamiento probatorio**, etapa que funciona como un filtro, pues se determina qué medios de prueba serán admitidos para su actuación y cuáles serán rechazados.

El Juez para la admisión de los medios probatorios tendrá en cuenta criterios como **legalidad, licitud¹, pertinencia, utilidad y necesidad de la prueba**, y debe explicitar su juicio negativo, es decir, debe motivar en forma razonable su decisión de no admitir el medio de prueba, de lo contrario se estaría afectando o limitando las posibilidades esenciales de defensa.

El saneamiento probatorio se desarrolla de la siguiente manera:

- El Juez verá si los medios probatorios ofrecidos por las partes **son pertinentes**; es decir si se refieren a los hechos o a la costumbre que fundamentan la pretensión. Si no tienen relación, los declarará improcedentes.
- También declararán improcedentes los medios probatorios que se refieran a **hechos no controvertidos, imposibles o que sean notorios o de pública evidencia, hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra, hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario (presunciones iuris et de iure), el derecho nacional** que debe ser aplicado de oficio por los jueces (cuando se trata de derecho extranjero, se debe acreditar su existencia con la norma respectiva).

La declaración de improcedencia es apelable sin efecto suspensivo. En este caso, el medio de prueba será actuado por el Juez, si es que el superior revoca su resolución antes de que se expida sentencia. Si se expidió sentencia, entonces el medio probatorio será actuado por el superior.

4.3. La actuación

Se realiza en la Audiencia de Pruebas. La misma que es dirigida personalmente por el Juez; si otra persona la dirige (Ej.: auxiliar jurisdiccional), la audiencia será nula. El Juez toma juramento o promesa de honor a todos los convocados. **La Audiencia de Pruebas es única** (pero se puede realizar en varias sesiones) **y pública.**

La fecha fijada para la audiencia es inaplazable, los convocados deben asistir personalmente, salvo en los casos de personas jurídicas e incapaces que comparecen a través de sus representantes legales. Sólo cuando se pruebe un hecho grave o justificado que impida la presencia personal, el Juez permitirá que en la Audiencia de Pruebas se actua por medio de apoderado.

Si a la Audiencia concurre una de las partes, ésta se realizará sólo con ella. Si no concurren ambas partes, se citará para una nueva fecha. Si en esta segunda oportunidad, tampoco asistiera ninguna de las partes, el Juez dará por concluido el proceso.

El Secretario redactará el acta de la audiencia, la que será suscrita por el Juez, el auxiliar jurisdiccional y todos los intervinientes (si alguien se niega a firmarla se dejará constancia de ello).

La actuación de pruebas se realiza en el siguiente orden:

- 1º Los peritos y la inspección judicial (ésta puede realizarse en una audiencia especial)
- 2º Los testigos.
- 3º El reconocimiento y exhibición de documentos.
- 4º La declaración de parte, empezando por la del demandado.

Se actuarán primero, los medios probatorios ofrecidos por el demandante.

Concluida la actuación de medios probatorios, el proceso estará expedito para ser sentenciado.

4.4. La valoración

Es un proceso racional en el que el Juez debe utilizar su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso. Es indudable que **se trata de un ejercicio intelectual que desarrolla el Juez utilizando principios lógicos y procesales**, tales como la inmediación y la unidad o comunidad del material probatorio.

Este tema no merece mayor discusión, puesto que la doctrina casi en su totalidad, advirtiendo la naturaleza constitucional del derecho a probar, ha propuesto la necesidad de adoptar el sistema de libre valoración de los medios de prueba, - o de la sana crítica - en todo tipo de procesos o procedimientos; sin embargo, se distinguen dos sistemas de valoración de la prueba:

a) El sistema de prueba tasada o de la tarifa legal

La valoración de los medios de prueba se encuentra previamente regulada por la ley y el Juez debe aplicar este tipo de valoración ciñéndose rigurosamente a lo que establece la ley, prescindiendo de su criterio personal o subjetivo. No hay convicción espontánea del Juez sino dirigida por la ley.

El Código de Procedimientos Civiles, acogía el sistema de prueba tasada o legal, en virtud del cual, el legislador establecía de qué medios probatorios se podía hacer uso y cuál era su valor. V.gr.: la confesión era prueba plena en contra de quien la prestaba.

Se establece como desventajas de este sistema: la mecanizada función del juez impidiéndole la formación de un criterio personal, la declaración como verdad de una simple apariencia formal, y existía finalmente un divorcio entre la justicia y la sentencia, pues se alejaba de la realidad.

b) Sistema de libre apreciación de la prueba o de la sana crítica.

El Juez tiene libertad de declarar probados los hechos, sin embargo, a pesar de la libertad de apreciación, no es un mero arbitrio porque ésta se halla determinada por ciertas normas lógicas y empíricas que deben ser expuestas en los fundamentos de la sentencia.

Existe libertad para que el Juez forme un convencimiento determinado de los hechos, siempre que prime la razón y la deducción lógica, se exige que se valoren los medios de prueba sobre bases reales y objetivas, y que motive

debidamente sus decisiones. Se trata de un sistema que consagra una libertad responsable.

Nuestro Código Procesal Civil adopta este último sistema, y establece como criterios para la valoración de la prueba:

- **La valoración en forma conjunta.**²
- **Utilizar la apreciación razonada.**

Entre las principales ventajas del sistema de la sana crítica tenemos: se reconoce toda la dimensión que debe tener un juzgador, cobra mayor importancia el deber de motivar debidamente sus decisiones, se analizan los medios de prueba sin aislarlos de la persona, por ello se tiene en cuenta la conducta procesal de las partes, y el Juez se ve obligado a utilizar los medios técnicos y científicos.

Si la valoración de la prueba es “defectuosa” o si el Juez simplemente no aprecia los medios probatorios aportados por las partes en el momento de resolver, estaremos ante lo que la doctrina denomina “**sentencia arbitraria**”.

5. CLASES DE MEDIOS PROBATORIOS

El Código Procesal Civil recoge la clasificación de los medios probatorios en **típicos y atípicos**.

Los medios probatorios típicos son:

- La declaración de parte.
- La declaración de testigos.
- La prueba documental.
- La inspección judicial.
- La pericia.

Los medios probatorios atípicos son los auxilios técnicos o científicos que permiten alcanzar la finalidad de los medios probatorios.

También tenemos las pruebas de parte (ofrecidas por el demandante o demandado) y las pruebas de oficio, ordenadas por el Juez cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes son insuficientes para formar convicción.

5.1. La declaración de parte

En el Código derogado **se denominaba confesión**.

Se inicia con la absolución de posiciones, que consiste en responder a las preguntas contenidas en los pliegos interrogatorios (que acompañan la demanda

o la contestación en sobre cerrado, no contendrán más de veinte preguntas por pretensión).

Terminada la absolución de posiciones, las partes a través de sus abogados y con la dirección del Juez, pueden formular otras preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. El interrogatorio es realizado por el Juez, que podrá de oficio o a pedido de parte, rechazar preguntas oscuras, ambiguas o impertinentes.

La declaración de parte **es personal**, excepcionalmente el Juez permitirá la declaración del apoderado, siempre que el medio probatorio no pierda su finalidad.

Es irrevocable. La rectificación del absolvente será apreciada por el Juez.

Las respuestas deben ser categóricas, si el absolvente se niega a declarar o sus respuestas son evasivas, el Juez apreciará esta conducta al momento de resolver (ver presunciones, artículo 282° del Código Procesal Civil).

La declaración de parte se puede efectuar por exhorto, cuando la parte domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del juzgado.

¿En qué casos no se puede obligar a declarar?

- Si se trata de hechos que se conoció bajo secreto profesional o confesional.
- Si los hechos pudieran implicar culpabilidad penal para el declarante, su cónyuge, concubino o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

La declaración asimilada comprende las afirmaciones realizadas por las partes en escritos o actuaciones judiciales, que se consideran como declaraciones de las mismas.

5.2. Declaración de testigos

Toda **persona capaz** puede ser testigo, sin embargo están impedidas de actuar como tal:

- Los absolutamente incapaces.
- El condenado por un delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad. *V.gr.:* perjurio.
- El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria.
- El que tenga interés directo o indirecto, en el resultado del proceso.
- El Juez o auxiliar jurisdiccional, en el proceso que conocen.

Los requisitos para ofrecer testigos son:

- Se debe indicar nombre, domicilio y ocupación de los mismos.
- Se debe especificar el hecho controvertido sobre el que va declarar. Su interrogatorio sólo podrá versar sobre este hecho.
- Las partes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos, en ningún caso serán más de seis.
- Los gastos que ocasiona el testigo son de cargo de la parte que lo ofrece.

La declaración de los testigos **se efectúa individual y separadamente**. El Juez preguntará al testigo sus generales de ley (nombre, edad, ocupación y domicilio), además si tiene un grado de parentesco, amistad o enemistad con alguna de las partes, si tiene interés en el resultado del proceso, si tiene algún vínculo laboral, si es acreedor o deudor de alguna de las partes.

Repreguntas son las que realiza la parte que ofreció al testigo. **Contrapreguntas** las realizadas por la otra parte.

Serán declaradas improcedentes las preguntas que sean lesivas al honor y buena reputación del testigo.

Se sanciona con una multa al testigo que no comparece a la audiencia, sin perjuicio de ser conducido con el auxilio de la fuerza pública.

5.3. Los documentos

Llamado antes prueba instrumental, **es todo escrito y objeto que sirve para acreditar un hecho**: documentos públicos y privados, planos, cuadros, dibujos, radiografías, vídeos, telemática, etc.

- **Documento Público** es aquel documento otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones. La escritura pública y demás documentos otorgados antes o por notario público. La copia del documento público tiene el mismo valor del original, si está certificada por el auxiliar jurisdiccional, un fedatario o notario.
- **Documento Privado** es el documento otorgado por un particular. Su legalización o certificación no lo convierte en público.

Debemos diferenciar el documento del acto que contiene. Un acto jurídico como una compraventa, puede haber sido declarada nula por algún vicio de voluntad. Pero el documento, la escritura pública, subsiste y puede ser utilizado como medio probatorio.

5.3.1. Principio de prueba escrita

Un escrito que no produce en el Juez convicción por si mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita, si reúne los siguientes requisitos:

- Que haya sido otorgado por la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado.
- Que el hecho alegado sea verosímil.

Los informes emitidos por funcionarios públicos se presumen auténticos. Los informes de particulares tienen la calidad de declaración jurada.

No procede ofrecer como medios probatorios expedientes administrativos o judiciales en trámite, sólo se pueden presentar copias certificadas de éste. Si se ofrece un expediente archivado, debe acreditarse su existencia con documento.

Los documentos en otro idioma, deben ir acompañados con su traducción oficial o de perito. La traducción puede ser impugnada, en cuyo caso el Juez debe nombrar otro traductor cuyos honorarios corresponderán al impugnante.

5.3.2. Casos de ineficacia probatoria de un documento

- Falsedad del documento. (Se requiere haber probado la falsedad)
- Nulidad del documento. Se presenta cuando en el documento se omite una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad.
- Por inexistencia de la matriz. Tratándose de un documento público falso o inexistente.

5.3.3. Documento de fecha cierta

Es importante respecto a los documentos privados, por cuanto determina su eficacia jurídica. El Código establece desde que momento se considera fecha cierta:

- Con la muerte del otorgante.
- La presentación del documento ante funcionario público.
- La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas.
- La difusión a través de un medio público.

También se considerará como fecha cierta aquella que resulte de la pericia documentalógica practicada.

5.3.4. Modalidades de la actuación de documentos

a) El Reconocimiento

Es la diligencia realizada con el fin de determinar la autenticidad del documento privado. Consiste en que el otorgante del documento, reconozca que suscribió el mismo, y que éste no ha tenido alteraciones en su contenido. En caso de muerte o incapacidad del otorgante, el reconocimiento podrá realizarlo sus herederos o su representante legal, y sólo se referirán a la autenticidad de la firma.

b) El Cotejo

Permite establecer la autenticidad del documento privado o público mediante la comparación, del original con su copia, o con otros documentos escritos (ver letra y firma). *V.gr.*: con su documento de identidad, títulos valores no observados, documentos privados reconocidos judicialmente.

c) La Exhibición

Cuando los documentos que se relacionan con el proceso se encuentran en posesión de terceros (personas naturales, jurídicas o entidades públicas). El Juez solicitará se presenten ante el Juzgado. *V.gr.*: libros contables.

5.4. La pericia

La pericia **es la apreciación especializada** (científica, artística, u otra análoga) de los hechos controvertidos.

Los requisitos para ofrecer una pericia son:

- Indicar con claridad y precisión los puntos sobre los que versará el dictamen.
- Indicar la profesión u oficio de quién practicará la pericia.
- El hecho controvertido que esclarecerá el resultado de la pericia.

Tenemos peritos nombrados por el Juez (existe una relación de peritos registrados en el Poder Judicial), cuyos honorarios serán fijados por la autoridad judicial que lo designó, pero serán pagados por la parte que ofreció el medio probatorio o proporcionalmente por las partes cuando es ordenada de oficio. El perito tendrá tres días para aceptar el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de honor. En cambio el perito de parte, es designado por cualquiera de ellas, en el mismo plazo que los peritos nombrados por el Juez, y podrá participar en la audiencia de pruebas de acuerdo a lo que ordene el Juez, sus honorarios corresponden a la parte que los designó.

El dictamen pericial es el resultado motivado, del estudio realizado por los peritos. El mismo que se explicará en la audiencia de pruebas, o en una audiencia especial si el caso es complejo. Las partes pueden formular observaciones a los dictámenes. Cuando están de acuerdo emiten un solo dictamen, en caso contrario se emiten por separado. Son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas.

La subrogación del perito procede cuando sin justificación retarden la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia de pruebas. Además se les sancionará con una multa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a la que hubiere lugar.

5.5. La inspección judicial

Por esta diligencia **el Juez puede apreciar personalmente** los hechos relacionados con los puntos controvertidos.

Pueden asistir a la diligencia testigos y peritos, cuando así lo disponga el Juez.

Se levantará un acta de la diligencia, en ella se describirá los hechos, objetos, circunstancias que se observen directamente, también contendrá las observaciones de los peritos, testigos, las partes y sus abogados.

6. SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios. Sirven para corroborar, complementar o sustituir el valor o alcance de los mismos.

6.1. Indicios

Son hechos o circunstancias debidamente acreditados por los medios probatorios, que individualmente no tienen mayor importancia, pero que en conjunto conducen al Juez a la certeza respecto a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

ASENCIO MELLADO señala al respecto, lo que se hace probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa.

6.2. Presunción procesal

Son razonamientos lógico-críticos elaborados por el Juez, basándose en uno o más hechos, que lo llevan a la certeza sobre el hecho investigado.

Presunción Legal
Supuesto lógico-crítico contenido en la ley.

- **Presunción Legal Relativa** (*iuristamtum*), admite prueba en contrario. V.gr.: Art. 912º, 913º, 914º, 915º, 2014º del Código Civil.
- **Presunción Legal Absoluta** (*iuris et de iure*), no admite prueba en contrario. V.gr.: Art. 2012º del Código Civil.

Presunción Judicial

Razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en las reglas de la experiencia, en sus conocimientos y en hechos debidamente acreditados en el proceso.

Presunción de fraude procesal

Basado en la conducta de las partes.

6.3. Ficción legal

Son conclusiones que la ley da por ciertas, aunque son opuestas a la naturaleza o realidad de los hechos, no permiten prueba en contrario. V.gr.:

1. Artículo 885° inciso 4º, 7º, 8º del Código Civil.
2. La Persona Jurídica.
3. El desistimiento de la pretensión.

7. PRUEBA ANTICIPADA

7.1. Definición

Sustituye lo que se conocía como **diligencias preparatorias**, en el derogado Código de Procedimientos Civiles.

Es un procedimiento excepcional que **consiste en la actuación de medios probatorios antes del inicio del proceso.**

7.2. Competencia

Es competente el Juez que por razón de la cuantía y territorio va conocer el futuro proceso. *V.gr.:* Si la acción con respecto a la cual se anticipa la prueba se ha de iniciar ante el Juez de Paz Letrado, es ante éste Juez que se seguirá el trámite, lo mismo sucederá en otras instancias.

7.3. Procedimiento

La prueba anticipada sigue el trámite de un **proceso no contencioso**. La solicitud debe cumplir con los requisitos previstos en los artículos 424º y 425º del Código Procesal Civil.

El Juez aplicará las reglas del artículo 551º sobre improcedencia e inadmisibilidad, concediendo en éste último caso tres días para que se subsane la omisión o defecto. Admitida la solicitud, señalará fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial que debe realizarse dentro de los 15 días siguientes.

En los procesos no contenciosos, no es posible la contradicción, sólo se admite la oposición que debe tramitarse y resolverse con anterioridad a la realización de la audiencia, y de ser declarada fundada, se deja sin efecto la citación.

Actuada la prueba anticipada, se entregará el expediente al interesado, conservando el Juzgado las copias certificadas.

7.4. Requisitos

1. **Legitimación del accionante**, lo que significa que debe tener un interés para pedir la actuación de la prueba.
2. Debe existir una **razón que justifique la actuación anticipada de la prueba** (peligro de muerte próxima, temor de ausencia, etc.).
3. Un requisito formal que consiste en **la expresión de la pretensión genérica** que se va reclamar.

Si no se reúnen los dos primeros requisitos el Juez declarará improcedente la petición, si se omitió el último, será inadmisibile.

7.5. Posibilidad de actuación del medio probatorio sin citación de la persona con la cual se va litigar

La actuación de toda prueba debe realizarse con citación de la parte con la que se va a litigar, a efectos de garantizar el derecho de contradicción que es base del derecho de defensa y el Debido Proceso. Sin embargo el Código Procesal Civil en el artículo 287° consigna una excepción a la regla, cuando **a pedido de parte, sustentado en razones de garantía y seguridad, el Juez puede ordenar en resolución motivada, la actuación del medio probatorio sin citación**. Además como requisito formal, el solicitante deberá especificar el petitorio de la futura demanda.

Se considera que **esta excepción no debe aplicarse a la prueba testimonial**, en la cual la presencia de ambas partes resulta fundamental para el control de su actuación y el adecuado esclarecimiento de los hechos.

7.6. Oposición al trámite

Notificada la otra parte, puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos generales (artículo 284°), los especiales del medio probatorio solicitado o que la actuación fuera imposible.

Las oposiciones se interponen solamente en los casos expresamente previstos en el Código Procesal Civil, dentro del tercer día de notificado el agravio. La oposición debe estar debidamente fundamentada precisando el vicio o error que lo motiva.

7.7. Articulaciones improcedentes

Son improcedentes en este procedimiento:

- La recusación del Juez y del Secretario.
- Las excepciones y las defensas previas.
- La modificación o ampliación de la solicitud después de la notificación con la misma.

7.8. Disposiciones específicas de la prueba anticipada

El procedimiento de prueba anticipada se regula también por las disposiciones relativas a la actuación de medios probatorios.

- **Declaración de parte**

Llamada absolución de posiciones en la vía de diligencias preparatorias que regulaba el Código de Procedimientos Civiles.

De no asistir el emplazado, se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado.

- **Declaración de testigos**

Solamente se puede dar en los casos excepcionales previstos expresamente en el artículo 291º. Estos casos son ancianidad, enfermedad o ausencia inminente de la persona.

- **Pericias**

También se presenta en situaciones excepcionales, como el riesgo de que por el transcurso del tiempo u otra circunstancia se altere el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos.

- **Reconocimiento de Documentos privados**

Se aplicará en este caso el siguiente apercibimiento: de no asistir el emplazado se tendrá por verdadero el documento.

- **Exhibición de Documentos**

Los casos están expresamente establecidos en el Código:

1. El testamento del causante por parte de quien se considere su sucesor.
2. Los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso.

3. Los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante.
4. Otros bienes muebles materia de un futuro proceso.

De no asistir el emplazado se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento.

- **Inspección Judicial**

Cuando existe el riesgo de que por el tiempo o otra circunstancia se altere el estado o situación de personas, bienes, lugares o documentos.

NOTAS:

- 1 Carolina SANCHÍS CRESPO afirma sobre la ilicitud: "(...) se refiere al modo de obtención de la fuente que posteriormente se pretende incorporar al proceso. Se trata, en suma de regular la actividad conducente a la obtención de la fuente."
- 2 "(...) no existe solución de continuidad entre los medios de prueba, y la crítica de uno se enlaza conjuntamente con la de otro: la confesión con la documental, la indiciaria con aquella o la testimonial, etc. Lo cual demuestra la necesaria unidad de un método de conjunto, porque los diversos medios de prueba analizados no constituyen, de manera alguna, compartimentos estancos. Unos y otros aparecen como elementos de un todo y será su conjunto lo que dará la prueba y definitiva de los hechos". DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría general de la prueba judicial". Buenos Aires; Víctor P. de Zavalía. 1981. 5º edición.

Lección 10

FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

LECTURA MOTIVADORA

LA CONCILIACIÓN JUDICIAL

Marianella Ledesma Narváez

El conflicto de intereses, cuando se somete al proceso judicial, no siempre puede concluir por obra de la jurisdicción, a través de sentencia, sino que puede lograrse por disposición de la autonomía privada de partes, como es el caso de la conciliación. La conciliación judicial es el acto jurídico, procesal, bilateral y solemne orientado a poner fin al conflicto. Constituye una de las formas atípicas, anormales o especiales de concluir el proceso judicial. Se puede invocar la conciliación en cualquier estado del proceso, siempre que no haya concluido este. Para que tenga eficacia debe ser aprobada por el juez y celebrada hasta antes de emitir sentencia en segunda instancia, porque la decisión ha de recaer en el proceso todavía no goza de la inmutabilidad de la cosa juzgada.

En el supuesto que la conciliación sea celebrada con posterioridad a la emisión de la sentencia, nos ubicamos en la figura que regula el artículo 339 del Código, cuyos efectos son totalmente distintos para el proceso, que si ella se hubiera celebrado con anterioridad al fallo final; así pues no genera cosa juzgada ni es coercible la ejecución del nuevo acuerdo.

Nótese que la posibilidad de disposición del objeto de litigio, a través de la conciliación, es una constante durante todo el desarrollo del proceso porque solo las partes son las únicas legitimadas para poder disponer del derecho en litigio. Es una actividad de forzada práctica luego del saneamiento, permitiéndosele al juez proponer alguna fórmula de solución al conflicto, sin embargo, al margen de esa

posibilidad, las partes tienen la facultad de realizarla antes de que se haya expedido sentencia en segunda instancia; a diferencia de la transacción que se puede invocar incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia.

Este artículo reafirma el ejercicio de autonomía privada de las partes que pueden invocar en el conflicto jurídico en discusión, siempre y cuando este fuera disponible. Además se recurre a un modo de solución de conflictos, como es la autocomposición, ajeno al que se viene operando, como es el modo heterocompositivo, en el que aparece un tercero con poder de definición.

No necesariamente el conflicto judicializado permite como única alternativa la

solución al ejercicio de la función jurisdiccional, sino que esta solución también se puede alcanzar a través del poder de autorregulación que tienen las partes frente a sus relaciones jurídicas. A través de la conciliación en sede judicial, las partes tienen la posibilidad de poner fin a sus diferencias, creando, modificando, extinguiendo las relaciones jurídicas en conflicto ya judicializadas. Esta actividad va a permitir que se incorpore en el camino procesal, la posibilidad del ejercicio privado de voluntades, a través de actos provocados por el propio juez al invitar a las partes a conciliar o por que sea la voluntad de los propios contrincantes de querer intentar ello.

...

1. DEFINICIÓN

Existe la concepción unánime de que la forma normal de conclusión de un proceso es mediante la expedición de una sentencia. Sin embargo, ésta no es la única forma de poner fin a la relación jurídico procesal, existiendo en la Teoría General del Proceso y en el Código Procesal Civil peruano otros mecanismos eventuales o excepcionales denominados Formas Especiales de Conclusión del Proceso. La conciliación, el allanamiento, el reconocimiento, la transacción, el desistimiento y el abandono, son figuras que **surgen producto de una conducta activa o pasiva de los sujetos procesales**, y que como consecuencia traen la conclusión del proceso de manera anormal.

2. CONCILIACIÓN

2.1. Definición

Es una forma anticipada de concluir un proceso con declaración de fondo. Las partes pueden llegar a un acuerdo en cualquier etapa del proceso, antes de que se expida sentencia en segunda instancia.

La conciliación puede ocurrir en la Audiencia convocada por el Juez de oficio (etapa obligatoria en el proceso) o a pedido de las partes.

2.2. Importancia

Sobre este tema MONROY CABRA sostiene: “la consagración de la conciliación en sus diversas modalidades **constituye un método eficaz de lograr la descongestión de los Despachos Judiciales, procurar la paz y armonía social, asegurar un mejor acceso a la justicia, y garantizar la seguridad jurídica (...)**”.

A través de esta institución se logra la solución de una controversia partiendo de la voluntad de los propios justiciables, lo que determina la satisfacción del total o parte de sus intereses. Se trata de un acuerdo flexible donde no existe parte vencedora ni vencida.

2.3. Requisitos

Debe versar sobre **derechos disponibles**:

- Derechos patrimoniales (susceptibles de ser valorados económicamente).
- Derechos no patrimoniales (siempre que sean de libre disposición).

El acuerdo que adopten debe **adecuarse a la naturaleza jurídica** del derecho en litigio.

2.4. Naturaleza jurídica

HINOSTROZA MINGUEZ acota: “La conciliación es un acto jurídico procesal complejo, típico, nominado, bilateral, de libre discusión, conmutativo, oneroso y solemne (...)”.

Asimismo, la conciliación se considera como un acto jurídico procesal porque importa la manifestación de voluntad de las partes, esa manifestación de voluntad acontece en un proceso. Además se califica como complejo, pues puede contener una serie de instituciones como el desistimiento, la transacción, el allanamiento, entre otras. Va requerir este acto una serie de formalidades, debe realizarse ante el Juez quien propondrá y aprobará el acuerdo, y se levantará el acta correspondiente que se encuentra en el Libro de Conciliaciones del órgano jurisdiccional ante el cual se realizó.

2.5. Audiencia de conciliación

Convocada por el Juez de oficio o a petición de las partes.

- El Juez escucha en primer lugar, las razones de las partes, sus apoderados o representantes.
- **El Juez propone una fórmula conciliatoria¹**, y se pueden presentar dos situaciones:

a) La fórmula es aceptada por las partes.

Se levanta un acta y se registra en el Libro de Conciliaciones.

Acuerdo total: Concluye el proceso: Efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

Acuerdo parcial: Continúa el proceso respecto a las pretensiones y personas afectadas.

b) La fórmula no es aceptada por las partes.

En este caso en el acta se describe la propuesta y se indica la parte que no la aceptó. Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el propuesto en la conciliación se impone a quien lo rechazó una multa (2 a 10 URP).

2.5.1. Audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos

Dentro del proceso judicial el legislador ha utilizado la fórmula de las presunciones relativas para generar situaciones jurídicas que se pueden revertir con el desarrollo de actividad probatoria; aunque puede poner en desventaja o perfilar un resultado negativo a una de las partes.

Un contexto en el proceso civil dentro del cual ubicamos a la presunción relativa se refiere a la falta de levantamiento de la carga procesal de contestar la demanda por parte del demandado, lo que genera como correlato la declaración de rebeldía, esto significa según nuestro legislador que “la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda”, por tanto se tendrán por ciertos los hechos expresados por el demandante en tanto no se demuestre lo contrario.

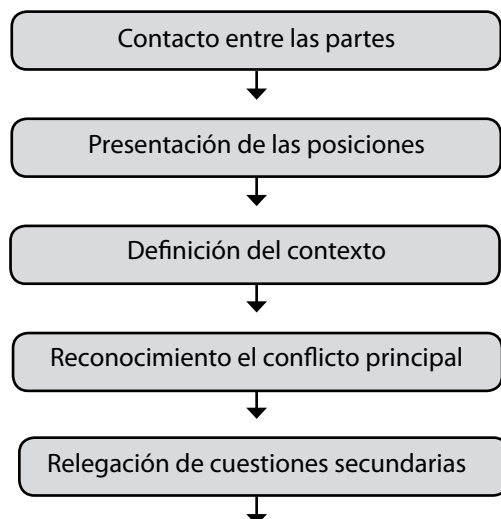
Ahora el actual código regula que una vez expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Una vez vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

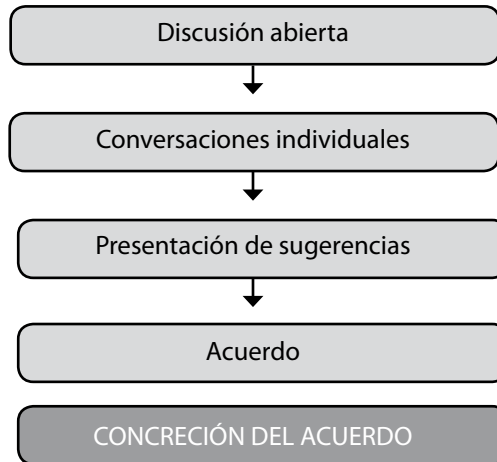
Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, **el Juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas**. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral (los arts. 469º - 472º fueron derogados)

2.6. Protocolo de conciliación

Es la copia del acta de conciliación certificada por el Juez, y que constituye un instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro correspondiente.

GOZAÍNI señala que si bien no existen modelos únicos para el éxito de la conciliación, pareciera recomendable no omitir etapas como las siguientes:





3. ALLANAMIENTO

3.1. Definición

Es un acto procesal del demandado por el que **acepta expresamente las pretensiones formuladas en la demanda**. Puede realizarla el demandante en relación con la reconvenición. Es, pues, el sometimiento a la pretensión planteada, renunciando a toda oposición o defensa posible, pero sin configurar la aceptación de los hechos ni los elementos jurídicos expresados por la contraparte en los fundamentos de su pretensión.

3.2. Requisitos

1. Debe ser expreso.

Es una manifestación de voluntad expresa e inequívoca, por la cual muestra su conformidad con el petitorio de la demanda.

2. Debe ser incondicional.

Es un acto puro y no sujeto a condición alguna.

3. Debe ser oportuno.

El demandado puede allanarse a la demanda en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia. Sin embargo, el momento idóneo es dentro del plazo de contestación de la demanda. Esto último producirá la exoneración de costas y costos del proceso.

4. Quien lo practica debe legalizar su firma ante el auxiliar jurisdiccional.

3.3. Naturaleza jurídica

El allanamiento **es un acto procesal de disposición unilateral** por el que el demandado abdica su oposición respecto al actor.

3.4. Alcances

El allanamiento **puede ser total o parcial**. Será total cuando la conformidad del demandado es con respecto a todas las pretensiones deducidas por el demandante; en este caso el Juez inmediatamente expedirá sentencia. En cambio, será parcial cuando deje subsistentes el conflicto de intereses respecto de una o más pretensiones.²

3.5. Improcedencia

No procederá el allanamiento en los siguientes casos:

- El demandado no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto.
- El apoderado o representante del demandado carece de facultades para allanarse.
- Los hechos admitidos requieren ser probados por otros medios, además de la declaración de parte.
- El conflicto de intereses afecta el orden público y las buenas costumbres.
- El conflicto de intereses comprende derechos indisponibles.
- Habiendo litisconsorcio necesario, el allanamiento no proviene de todos los demandados.
- El Juez presume la existencia de fraude o dolo procesal.
- El Juez advierte que la sentencia a dictarse va a surtir efecto frente a tercero no emplazado.
- El demandado es el Estado u otra persona de derecho público, salvo que su representante tenga autorización expresa.

3.6. Efectos

- Producido el allanamiento y si no está incurso en ninguna causal de improcedencia, afectará el proceso, pues la controversia desaparece y corresponde la inmediata expedición de la sentencia.
- **La pretensión no es afectada por el allanamiento**, al contrario se mantiene intacta; pero con mayor consistencia, únicamente desaparece la controversia.

- Esta institución carece de fuerza decisoria, por lo cual no exime al magistrado de expedir sentencia.
- No extingue la relación jurídica procesal.
- No implica renuncia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues se expedirá una sentencia que se pronuncie sobre el derecho subjetivo.
- Se produce la exoneración de costas y costos, sea por resolución expresa y motivada o por que el allanamiento se produce antes del plazo para contestar la demanda.

4. RECONOCIMIENTO

4.1. Definición

Es el instituto procesal mediante el cual el demandado no sólo acepta la pretensión del demandante, sino que además admite los hechos y los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda.

Sus requisitos, naturaleza jurídica, alcances e improcedencia, a tenor del último párrafo del artículo 330° del ordenamiento instrumental peruano, y son similares al del allanamiento.

Para BIDARD es un acto declarativo del demandado, reconociendo o manifestando su conformidad, indicando que entiende fundada la pretensión, al aceptar los hechos y el derecho (la realidad y el orden jurídico) que le es aplicable.

4.2. Oportunidad

Suele presentarse en la etapa postulatoria, al tiempo de contestar la demanda (o la reconvencción, tratándose del demandante). Pero se admite el reconocimiento producido hasta antes de la expedición del fallo.

4.3. Efectos

- Efectuado el reconocimiento, desaparece el estado de controversia, expidiéndose la sentencia inmediatamente.
- No extingue la pretensión, se mantiene intacta aunque adquiere mayor fundamento.
- No pone término a la relación jurídico procesal, extinguiéndose ésta con la sentencia correspondiente.
- Se exonera del pago de costas y costos, sea por declaración judicial expresa y motivada, o cuando quien reconoce lo hace dentro del plazo para contestar la demanda.

5. TRANSACCIÓN

5.1. Definición

En virtud a esta figura las partes solucionan el conflicto de intereses realizando **concesiones recíprocas**. ALZAMORA VALDEZ añade un ingrediente más a esta definición pues afirma que es un acto de disposición sobre la materia litigiosa.

El Código Procesal Civil no define la transacción, pero la considera como una forma especial de conclusión del proceso, otorgándole la denominación de “transacción judicial”; la misma que se realiza fuera del mismo (extrajudicial), y al ser introducida en él, va ser homologada por el Juez para adquirir la calidad de cosa juzgada.

5.2. Elementos

- **Relación jurídica dudosa o litigiosa.** El derecho de las partes no está definido en forma categórica, existen dudas sobre si las pretensiones están amparadas jurídicamente, por ello la necesidad de ejercer el derecho de acción y acudir ante los órganos jurisdiccionales.
- **Intención de las partes de eliminar el conflicto de intereses.** Las partes buscan acabar con el conflicto, por ello se considera un mecanismo de solución o composición de conflictos.
- **Concesiones recíprocas.** Se establecen sacrificios y concesiones mutuas, operando una especie de intercambio; pero sólo puede versar sobre los derechos pretendidos o controvertidos. La reciprocidad no tiene relación con equivalencia o proporción, pueden ser prestaciones distintas, lo que se exige es igualdad en los sacrificios.

5.3. Características

- **Es bilateral.** Las partes se obligan recíprocamente.
- **Es constitutivo.** Genera una nueva relación jurídica.
- **Está sujeto a una formalidad.** Debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.
- **Versa únicamente sobre derechos patrimoniales.**

5.4. Clasificación

JUDICIAL	Realizada por las partes o sus representantes facultados para ello, que presenta un escrito precisando su contenido y con firmas legalizadas ante el auxiliar jurisdiccional.
-----------------	---

EXTRAJUDICIAL

Las partes transigen fuera del proceso, presentando luego el documento que contiene la transacción: Escritura Pública, o documento con firmas legalizadas ante Notario Público. La transacción extrajudicial tiene como efecto evitar el proceso que podría promoverse, de tal manera que algunos autores hacen referencia a una transacción "prejudicial".

Se puede transigir en cualquier momento del proceso, incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando este al voto o en discordia.

5.5. Homologación de la transacción

Es la aprobación judicial de la transacción. FORNACIARI citado por HINOSTROZA MIGUEZ sostiene que el auto homologatorio tiene por **finalidad inmediata la creación de un título de ejecución y por finalidad mediata poner fin al litigio extinguiendo la relación procesal.**

5.6. Efectos

- **Si la transacción es total**, entonces se concluye el proceso, y la **calidad de sentencia con autoridad de cosa juzgada**. LINO PALACIOS sobre este tema refiere: "...la autoridad de cosa juzgada que la ley le atribuye (a la transacción) debe entenderse en el sentido de que el acto tiene por efecto provocar una nueva regulación de las relaciones de las partes, quienes no pueden reclamar en lo sucesivo el cumplimiento de los derechos y obligaciones renunciados".
- **Si la transacción es parcial, continúa el proceso.**
- Una vez que es homologado judicialmente, **se crea un título de ejecución**, en virtud del cual se podrá reclamar el cumplimiento de las prestaciones en la vía que corresponde a la ejecución de una sentencia.

Si hay una sentencia consentida o ejecutoriada, y las partes se ponen de acuerdo para cumplir lo dispuesto en ella, ya no estamos frente a una transacción sino frente a un acto jurídico. *V.gr.:* condonación, novación, establecimiento de plazos o condiciones.

6. DESISTIMIENTO

6.1. Definición

Es un instituto procesal por el cual **el demandante manifiesta su voluntad de apartarse del proceso o de renunciar a su derecho**. Constituye una forma especial de conclusión del proceso sin declaración de fondo.

6.2. Clasificación

Pueden configurarse dos variantes:

<p>DESISTIMIENTO DEL PROCESO</p>	<p>Se da por concluido el proceso sin afectar la pretensión. Se presenta por escrito con firmas legalizadas ante el Secretario del Juzgado.</p> <p>El desistimiento del proceso requiere la conformidad del demandado, si éste se opone, el desistimiento carece de eficacia y debe continuar el proceso.</p>
<p>DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN</p>	<p>Se presenta cuando el demandante renuncia a su pretensión, por razones como no tener derecho que la sustente, considerar que va a ser desestimada en la sentencia u otras razones subyacentes.</p> <p>La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión tiene los efectos de una demanda infundada con autoridad de cosa juzgada. No requiere conformidad del demandado.</p>

El Juez para aprobar el desistimiento debe observar la capacidad de quien lo realiza, si no se afecta el orden público o las buenas costumbres y que no comprenda derechos indisponibles. Si el desistimiento es parcial, continúa el proceso. Si es total concluye el proceso, salvo que exista reconvencción.

6.3. Revocación

La declaración de voluntad dirigida a apartarse del proceso es susceptible de revocación, pero debe darse antes que la resolución que la aprueba quede firme.

6.4. Desistimiento de los actos procesales

Supone la manifestación de voluntad dirigida a renunciar o dejar sin efecto un acto procesal, y no sólo está reservado al demandante, sino también al demandado y terceros legitimados.³

El desistimiento de actos procesales se presenta antes de que estos produzcan sus efectos. *V.gr.*: Recurso ordinario de apelación.

Deben observarse algunas condiciones para este tipo de desistimiento: debe ser expreso, constar por escrito, y solicitante debe legalizar su firma ante el auxiliar jurisdiccional.

7. ABANDONO

7.1. Definición

Es una forma especial de conclusión del proceso sin declaración de fondo, denominado también caducidad o perencimiento de la instancia, que **se presenta cuando el proceso permanece inactivo por cuatro meses en primera instancia sin haber sido impulsado por las partes.**

PODETTI sostiene: “la perención o caducidad de la instancia, viene a ser una forma particular de preclusión (...). El transcurso del tiempo, al llegar al término de un plazo y la inactividad de los sujetos, con el agregado o no, según el sistema, de un acto de la contraparte, produce la pérdida o extinción de todas las facultades procesales, que no pueden ya ejercitarse en adelante en ese proceso. En lugar de cerrarse una etapa del proceso, se cierra todo el proceso o una instancia de él”.

7.2. Presupuestos

FAIREN GUILLÉN cita los siguientes requisitos:

- El transcurso del tiempo fijada en cada norma procesal.
- La paralización del proceso durante el plazo preestablecido por omisión de actos procesales, omisión injustificada (en nuestro caso del demandante).
- La declaración judicial de la caducidad o abandono.

MONROY CABRA entiende que deben reunirse los siguientes presupuestos (que son las condiciones de eficacia de la perención): instancia, inactividad procesal, tiempo.

7.3. Improcedencia

No hay abandono en los siguientes casos:

- En los procesos que se encuentran en ejecución de sentencia.
- En los procesos no contenciosos.
- En los procesos en que se contiendan pretensiones imprescriptibles.
- En los procesos que se encuentran para sentencia, salvo que estuviera pendiente actuación para cuya realización dependiera de una parte. En este caso el plazo se cuenta desde notificada la resolución que lo dispuso.
- En los procesos que se encuentran pendientes de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al juez, o la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley impone a los auxiliares jurisdiccionales o al ministerio público o a otra autoridad o funcionario público que deba cumplir un acto procesal requerido por el Juez.

7.4. Efectos

- **Pone fin al proceso sin afectar la pretensión.**
- Su declaración **impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año**, contado a partir del auto que lo declare.
- Se restituyen las cosas al estado anterior a la demanda. *V.gr.*: Quedan sin efecto las medidas cautelares.
- Si por segunda vez se declara el abandono en el mismo proceso, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante.
- La condena de costas y costos corresponde al demandante.

NOTAS:

- 1 Marianella LEDESMA NARVÁEZ define a la fórmula conciliatoria como "(...) un modo de encontrar la solución al derecho en litigio, propuesto por el juez según le aconseje su libre arbitrio. Es la receta que el juez propone a las partes para poner fin al problema que se le está sometiendo para su solución. Esta propuesta que formula el juez a las partes tiene que ser el resultado del estudio preliminar y compulsivo de los argumentos que cada parte haya expresado a su derecho(...)".
- 2 El allanamiento parcial puede ser visto desde dos prismas distintos: Uno objetivo, cuando se produce la acumulación de pretensiones y la renuncia se dirige a una parte de ellas; otro subjetivo, cuando se configura el litisconsorcio facultativo activo y el demandado se allana a la pretensión de alguno de los actores, o existiendo un litisconsorcio facultativo pasivo, alguno de los sujetos que lo conforman se rinde a la pretensión del demandante.
- 3 El desistimiento de actos procesales no constituye una forma especial de conclusión del proceso.

Lección 11

MEDIOS IMPUGNATORIOS

LECTURA MOTIVADORA

FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LA IMPUGNACIÓN

Eugenia Ariano Deho

*P*odría cuestionarse, con relativo sustento, cuál es la razón por la que una decisión judicial obtenida en base a un proceso regular y con una actuación probatoria plena, deba ser nuevamente examinada, si la parte a quien la decisión no le favorece lo solicita. Sin embargo, tenemos para nosotros que el fundamento del nuevo examen no admite duda. Juzgar es una actividad humana, en realidad es algo más que eso, es la expresión más elevada del espíritu humano; de alguna manera es el acto realizado por el hombre que más se acerca al quehacer divino. Decidir sobre la vida, libertad, bienes y derechos es definitivamente, un acto trascendente.

A pesar de su importancia, su carácter relevante aparece contrastado por el hecho que sólo es un acto humano y por

lo tanto, pasible de error. Siendo así, se hace necesario e imprescindible que tal acto pueda ser revisado por otros seres humanos, teóricamente en mejor aptitud para apreciar la bondad de la decisión, sea para ratificarla (confirmarla) o desvirtuarla (revocarla). Por cierto, aquí surge otro dilema: ¿cuántas veces debe revisarse una decisión? Descartada la inhabilidad del acto humano, tal convicción no puede conducirnos a un reexamen permanente de la decisión, básicamente porque si así fuera, los fines del proceso (resolver conflictos de intereses y a través de ello, lograr la paz social en justicia) serían irrealizables, meras utopías.

Otro de los pilares de nuestro proceso civil "publicizado" fue la sustancial limitación de las impugnaciones. Ello es entendible: con las impugnaciones las partes cuestio-

nan los resultados de la actividad del juez. De allí que cuando se quiere “reforzar” su “autoridad” es por demás obvio que los derechos de las partes a impugnar o se eliminen o se atemperen. Ciertamente, gracias a la constitucionalización de la “instancia plural” operada con nuestra Constitución de 1979, la consagración de procesos a instancia única. De allí que el Código no pudo prescindir de regular la apelación, un recurso que procede tanto contra (todas las) sentencias como contra ciertos autos.

En cuanto a lo que atañe a las resoluciones interlocutorias del CPC de 1993, por un lado, ha establecido una treintena de ellas absolutamente inimpugnables, algunas en extremo trascendentes para

las partes – tal como la que resuelve una recusación, la que declara aplicable una vía procedimental, distinta a la “propuesta” por el demandante o la que dispone una prueba “de oficio”, etc. Y por el otro ha establecido la denominada “apelación diferida” en relación a aquellas interlocutorias apelables “sin efecto suspensivo”. La “apelación diferida” tendería a la unidad del procedimiento de impugnación, vale decir, que si el procedimiento en primera instancia es uno, el que se promueve por la apelación también debería serlo. Ergo, su fundamento se encontraría en los principios de concentración y la “economía” se hace a costa de los derechos de las partes de ver conocida y resuelta lo más rápidamente posible su impugnación.

•••

1. DEFINICIÓN

La palabra impugnar tiene origen latino, se identifica con la palabra atacar, coloquialmente contiene la idea de desacuerdo. Un sector importante de la doctrina lo relaciona con cuestionar.

Son mecanismos de control y fiscalización de las decisiones judiciales, a través de ellos, las partes o terceros pueden lograr la anulación, la revocación total o parcial y la modificación del acto procesal que los agravia o perjudica, por ello, se consideran también como los **medios idóneos para enmendar irregularidades y restablecer los derechos vulnerados**.

El fundamento de la impugnación se encuentra en la posibilidad de injusticia, por la existencia de un error, que puede ser corregido o anulado por el mismo órgano jurisdiccional o un superior, por ello se afirma que la instancia plural es una garantía para el justiciable.

MONROY GÁLVEZ señala que son los **instrumentos que la ley concede a las partes o a los terceros legitimados para que soliciten al juez que él mismo u otro juez de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que anule o revoque éste, total o parcialmente**.

Los medios impugnatorios sólo pueden ser propuestos por los elementos activos de la relación jurídica procesal: Las partes o terceros legitimados.

2. CAUSAS DE LA IMPUGNACIÓN

<p>Vicios o errores in procedendo</p>	<p>Son conocidos también como vicios de actividad o defectos en la construcción. Surgen por no ejecutar lo impuesto por la norma procesal o ejecutar algo que esta prohibido o de modo distinto al previsto en el código procesal. En conclusión, constituyen irregularidades o defectos del procedimiento, infringiendo cuestiones formales.</p>
<p>Vicios o errores in indicando</p>	<p>Conocidos también como vicios en el juicio, se refieren al contenido del proceso. Comúnmente se presentan con la violación del ordenamiento sustantivo, o se aplica indebidamente una norma, se inaplica o se interpreta erróneamente.</p>
<p>Vicios o errores in cogitando</p>	<p>Referido al vicio del razonamiento. Se produce por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ausencia o defecto de una de las premisas del juicio 2. Violación de las reglas de la lógica <p>Esto es, falta de motivación o defectuosa motivación.</p>

“El error *in procedendo* opera sobre un campo externo, formal, configurativo del proceso; y el error *in iudicando* lo hace sobre la sustancia tratada mediante el fallo”

Adolfo Rivas

3. CLASIFICACIÓN

3.1. Según el objeto de impugnación:

REMEDIOS	<p>Son aquellos por los cuales el recurrente pide se reexamine todo un proceso o un determinado acto procesal, salvo aquellos que estén contenidos en una resolución.</p> <p>En nuestro Código Procesal Civil están previstos: la oposición, la tacha y la nulidad.</p>
RECURSOS	<p>Son aquellos que se dirigen exclusivamente contra los actos procesales contenidos en resoluciones a fin de que estas sean reexaminadas por el superior.</p> <p>En nuestro Código Procesal Civil están previstos: la reposición, la apelación, la casación y la queja.</p> <p>COUTURE señala que recurso quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida, es recorrer de nuevo el camino avanzado. Jurídicamente la palabra recurso denota el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia.</p> <p>Son los medios probatorios por excelencia.</p>

Encontramos en la doctrina otra diferencia entre estas clases de medios impugnatorios, que va más allá de si el acto está contenido o no en resoluciones. Cuando el objeto del medio impugnatorio es revocar el acto procesal y sustituir la decisión o mandato contenido en éste, en razón de una injusticia, estamos frente a un recurso, de tal manera que el Juez simultáneamente a la ineficacia del acto procesal impugnado, resuelve de una manera distinta. En cambio, si el objeto no es conseguir la justicia a través de la sustitución del acto procesal, sino únicamente obtener su destrucción por medio de una declaración rescisoria (o nulidad), estamos ante un remedio.

3.2. Según el vicio que atacan:

ORDINARIOS	Cualquier vicio o error. <i>V.gr.:</i> apelación.
EXTRAORDINARIOS	Causales específicas. <i>V.gr.:</i> casación.

3.3. Según el órgano ante quien se interponen:

PROPIOS	Se interpone ante un órgano distinto al que expidió la resolución. <i>V.gr.:</i> apelación.
IMPROPIOS	Se interpone ante el mismo órgano que expidió la resolución. <i>V.gr.:</i> nulidad.

4. PRESUPUESTOS PARA LA IMPUGNACIÓN

Los requisitos o presupuestos para la impugnación se pueden considerar desde dos puntos de vista, aquellos que atañen a la forma, denominados requisitos de admisibilidad que son los que determinan la aptitud de éste para producir efectos al interior del proceso, y aquellos que tienen relación con el contenido, denominados requisitos de procedencia que son los elementos intrínsecos o de fondo, cuya presencia es indispensable.

El Código Procesal Civil regula ambos requisitos, y prevé como condiciones de admisibilidad las siguientes:

- Se interpone el medio impugnatorio ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error en el acto procesal o en la resolución.
- Observar el plazo previsto para cada medio impugnatorio.
- Observar la formalidad exigida por ley.

En los requisitos de procedencia prevé los siguientes:

- **El agravio o gravamen¹.** Es la insatisfacción del recurrente respecto a la pretensión procesal, sea por un vicio *in procedendo* (defecto en las formas procesales o irregularidades en la substanciación de la causa) o por un vicio *in iudicando* (defecto en el juzgamiento o injusticia en la decisión). Se va apreciar el resultado concreto del acto y las consecuencias que produzca en relación del derecho alegado y la situación jurídica del sujeto.

- **La legitimidad:** Es el interés e iniciativa que deben tener las partes procesales para ejercer este derecho.
- **La fundamentación:** Es indispensable justificar el pedido de ineficacia e invalidez, así como su trascendencia y el agravio causado al impugnante.

5. EFECTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El profesor argentino HITTERS señala las siguientes consecuencias de la impugnación:

1. Interrumpe la concreción de la **res iudicata**.
2. Prorroga los efectos de la litispendencia.
3. En ciertos casos determina la apertura de la competencia del superior (efecto devolutivo).
4. En ciertos casos imposibilita el cumplimiento del fallo (efecto suspensivo).

Limita el examen del **ad quem** en la medida de la fundamentación y del agravio.

Podemos anotar que sus principales efectos son:

<p>EFEECTO DEVOLUTIVO</p>	<p>No hay devolución alguna sino remisión de los actuados al órgano judicial superior. Existe una transferencia de la competencia del iudex a quo al Tribunal a quem, es decir, la revisión va estar a cargo de un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior.</p>
<p>EFEECTO SUSPENSIVO</p>	<p>Se impide – hasta que no se resuelva el medio impugnatorio- la ejecución del acto procesal cuestionado, esta situación no afecta a los demás actos del proceso, ni la continuación del procedimiento, salvo que ésta sea incompatible con la impugnación. Excepcionalmente se puede conceder la impugnación sin efecto suspensivo, es decir, que no se impida el cumplimiento del acto procesal cuestionado, generalmente se concede cuando no se trata de sentencias o autos que ponen fin la proceso o la instancia.</p>
<p>EFEECTO DIFERIDO</p>	<p>Sólo se presenta en los casos en que el medio impugnatorio haya sido concedido sin efecto suspensivo y a criterio del juzgador se reserve su tramitación para un momento posterior, se busca no entorpecer el desarrollo del proceso.</p>

EFECTO EXTENSIVO	<p>El pronunciamiento sobre el medio impugnatorio, alcanza no sólo a la parte recurrente sino a aquella que no ha ejercido su derecho.</p> <p>En este último caso, estamos ante una excepción al principio de la personalidad de los medios impugnatorios, en virtud del cual los alcances de la impugnación se circunscriben únicamente al recurrente y no se extienden a los otros sujetos del proceso, restringiéndose, además, la potestad de revisión del órgano jurisdiccional superior, cuyo conocimiento se limitará a los agravios invocados por la parte impugnante.</p> <p>Otra excepción a este principio se encuentra en la apelación automática o ex officio (por el cual sin existir impugnación de parte, se produce la revisión de lo resuelto por el inferior, en casos especiales).</p>
-----------------------------	---

6. REMEDIOS

6.1. Nulidad de los actos procesales

“Si la nulidad se funda en errores *in iudicando*, está será improcedente. Para que exista nulidad debe darse indefensión, lo cual excluye a los errores relacionados con el fondo del litigio”.

Roger Zavaleta Rodríguez

6.1.1. Definición

La nulidad se considera como una de las instituciones de mayor tradición en nuestro proceso; pero ante la insuficiencia de conocimientos sobre su naturaleza y finalidad, se terminó distorsionando, generando un uso malicioso e indiscriminado, que conlleva al dilación excesiva del proceso. En la actualidad tiene hasta una triple connotación:

- Para nuestra legislación **constituye un remedio**, frente a un acto procesal viciado, lo que determina su invalidez o ineficacia.

- Para algunos autores como ALSINA la consideran como **una sanción** que prevé el ordenamiento procesal cuando se ha cometido un vicio o “error *in procedendo*” (error en el procedimiento) contra cualquier acto procesal, contenido o no en una resolución.
- Una tercera posición que define a la nulidad como un medio impugnatorio *sui generis*, ya que puede configurarse como un remedio o como un recurso; ya que si ataca un acto procesal no contenido en una resolución será remedio, pero si ataca un acto procesal contenido en una resolución será un recurso. *V.gr.*: Si se pide la nulidad del acto de notificación por haber no haber adjuntado a la cédula la resolución motivo de notificación, tiene la naturaleza de un remedio, pero cuando solicita la nulidad de una resolución que declara impertinente un medio probatorio, cuando tiene relación con la materia controvertida, se considera como un recurso.

Para que los actos procesales tengan validez y eficacia jurídica deben estar desprovistos de vicios como el error, el dolo, la simulación, la colusión, el fraude y el incumplimiento de alguna formalidad esencial.

6.1.2. Grados de nulidad

NULIDAD ABSOLUTA	<p>En este supuesto estamos ante vicios trascendentes que no es posible la subsanación o convalidación: afectación de normas de orden público, lesión de la validez de la relación procesal o impedimento para un examen sobre la fundabilidad de la pretensión</p> <p><i>V.gr.:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La ausencia del Juez en una audiencia de pruebas. 2. Incompetencia del Juez por razón de la materia. 3. Falta de legitimidad para obrar
NULIDAD RELATIVA	<p>Se configura cuando existen irregularidades que no vulneran formalidades esenciales, por lo tanto, pueden ser objeto de subsanación. COUTURE sostiene que el acto viciado de nulidad relativa puede adquirir eficacia.</p> <p>Mediante la aquiescencia de la parte perjudicada, el acto irregular puede cumplir con su finalidad.</p> <p>Aquiescencia: Es la convalidación producida por la propia voluntad de la parte agraviada, quien a través de su comportamiento demuestra su conformidad con el acto irregular.</p>

6.1.3. Principios

Principio de Legalidad

Regulado en el artículo 171º del Código Procesal Civil es llamado también principio de **Especificidad**, señala que la nulidad de un acto procesal sólo se sanciona por causa establecida en la ley procesal. VÉSCOVI enuncia que **“no hay nulidad sin texto legal expreso”**. Encuentra su antecedente en el *Code Procedure* Civil de Francia de 1806.

Principio de Trascendencia

Podrá declararse la nulidad de un acto procesal aunque no este señalada la causal en la ley, cuando ésta (por vicio o error) sea de tal magnitud que impida la obtención de la finalidad del acto procesal.

También se manifiesta este principio, en el caso en que la ley establece una formalidad determinada sin sanción de nulidad, para la realización de un acto procesal. Éste acto es válido, si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido con su finalidad.

Principio de Finalidad

Es un tópico discutible y controvertido, pues pareciera que nuestro Código Procesal Civil limita la eficacia de los actos procesales que no son sancionados con nulidad expresa. Nosotros nos quedamos con lo expresado por ARRARTE ARISNABARRETA: **“No hay nulidad, aun con norma expresa, cuando el acto, aun irregular, ha cumplido con la finalidad para la que estaba destinado”**.

Principio de Convalidación

COUTURE señala que la convalidación es la **acción y efecto de subsanar los vicios, ya sea por el transcurso del tiempo, por la voluntad de las partes o por una decisión judicial**.

Se puede aplicar en caso de vicios de notificación, este acto se convalida si el litigante procede de manera que pone de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución, o no formula su pedido de nulidad en la primera oportunidad que tenía para hacerlo, o cuando, el acto procesal no obstante, de carecer de un requisito formal, logra la finalidad para la cual estaba destinado. Otra casuística sería si el Juez omite proponer fórmula conciliatoria y la parte que se cree perjudicada interpone nulidad con posterioridad a la audiencia.

Principio de Subsanación

Se presenta cuando **el vicio o error se pueden corregir**, porque no afectan el sentido de la resolución o las consecuencias del acto procesal. No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

Principio de Integración

Se aplica cuando el Juez ha omitido en sus resoluciones puntos principales o accesorios. El Juez puede integrar (completar) la resolución antes de su notificación; después de la notificación sólo podrá hacerlo en el plazo que tienen las partes para apelar.

El plazo para recurrir (impugnar) la resolución integrada se Computa desde la notificación de la resolución que la integra.

Principio de Conservación

La nulidad sólo alcanza al acto procesal viciado mas no a los de,ás actos del proceso independientes de aquel. Este principio recuerda que la nulidad es un remedio de uso limitado y excepcional pues el objetivo es conservar los actos procesales.

Principio de Protección

Está ligado al interés para formular la nulidad, esto es, el recurrente debe acreditar estar perjudicado por el acto procesal viciado, y precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia del acto procesal cuestionado. Además de tener un interés propio y específico con relación a su pedido, debe existir ausencia de culpa o dolo de quien lo alega.

6.1.4. Inadmisibilidad e improcedencia

El pedido de nulidad será declarado inadmisibile e improcedente, según corresponda, en los siguientes casos:

- Si es formulado por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio.
- Se sustente en causal no prevista en este Código.
- Se trate de cuestión anteriormente resuelta.
- La invalidez haya sido saneada, convalidada o subsanada.

6.1.5. Oportunidad y trámite de la nulidad

Debe plantearse **en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia de primera instancia**. El Juez, resolverá previo traslado a la otra parte, por tres días.

Después de la sentencia, en el escrito que sustenta el recurso de apelación. En este caso, la Sala Civil, resolverá oyendo a la otra parte.

Sí los vicios ocurrieron en segunda instancia, serán formuladas en la primera oportunidad que tuviera el interesado para hacerlo. La Sala Civil resolverá de plano u oyendo a la otra parte.

Las nulidades absolutas son susceptibles de ser declaradas de oficio, en ese caso, mediante resolución motivada se ordenara que se reponga el proceso al estado inmediatamente anterior a la producción del vicio procesal.

6.1.6. Efectos

La resolución que declara la nulidad puede disponer la renovación del acto o actos procesales, imponiendo el pago de costas y costos al responsable.

Una innovación del ordenamiento procesal, es que a pedido del agraviado en la sentencia correspondiente, se puede ordenar el rescarcimiento que corresponda de los daños causados por la nulidad.

6.2. La tacha

Es un remedio dirigido a cuestionar la eficacia de determinados medios probatorios, procede contra:

6.2.1. Declaración de testigos

Se presenta por algún impedimento o prohibición que les alcance (causas de recusación e impedimento de magistrados y auxiliares jurisdiccionales).

6.2.2. Reconocimiento y cotejo de documentos

Ante la posibilidad de falsedad, nulidad o inexistencia de la matriz.

6.2.3. Medios de prueba atípicos

Es difícil de concretar, pues, los medios de prueba atípicos pueden ser absorbidos por los documentos y las pericias.

El medio probatorio será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia.

6.3. La oposición

Es un remedio que cumple dos funciones: Impide que se actúe el medio de prueba y lo contradice a fin de afectar su mérito probatorio. Procede contra:

1. **Declaración de parte**
2. **Exhibición de documentos**
3. **Pericia.**
4. **Inspección Judicial**
5. **Medios Probatorios atípicos**

6.4. Requisitos para las cuestiones probatorias

1. **Se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental.** Si la causal de tacha u oposición se conoce con posterioridad al plazo de interponerlas, se informará al Juez por escrito, acompañando el documento que lo sustente. El Juez apreciará el hecho al momento de sentenciar.
2. **Debe precisarse con claridad los fundamentos,** acompañándose la prueba respectiva (su actuación se realizará en la audiencia de conciliación o fijación de puntos controvertidos).

La tacha, la oposición y sus absoluciones, que no cumplan con los requisitos indicados, serán declarados inadmisibles de plano por el Juez en decisión inimpugnable. No se exigen las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo.

7. RECURSOS

Estos instrumentos están destinados a cuestionar la arbitrariedad y el error judicial, y dirigidos a lograr la revisión de lo resuelto, a efecto de que sea revocado, invalidado o modificado total o parcialmente.

7.1. Recurso de reposición

Denominado también la doctrina como recurso de retractación, reforma, revocación o súplica. Es el medio impugnatorio que se interpone a fin de solicitar **el reexamen únicamente de decretos**, es decir, resoluciones de simple trámite o de impulso procesal. Se pretende que el mismo órgano jurisdiccional que lo expidió, efectúe su modificación o lo revoque.

ALSINA sostiene que mediante este recurso se evitan las dilaciones y gastos de segunda instancia, y tratándose de providencias dictadas en el curso del procedimiento para resolver cuestiones accesorias, y respecto de las cuales no se requieren mayores alegaciones.

El plazo para interponer este recurso es de tres días a partir de la notificación o en forma verbal en la audiencia donde se expidió la resolución (en este caso se resuelve de inmediato).

Se resuelve sin necesidad de traslado a la otra parte cuando el vicio o error es evidente y cuando el recurso sea notoriamente inadmisibles o improcedente V.gr.: recurso extemporáneo.

El recurso se interpone ante el Juez que conoce el proceso, éste corre traslado a la otra parte por el término de tres días, vencido el plazo, con contestación o sin ella, el Juez resuelve.

El auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnable.

7.2. Apelación

Es un recurso ordinario (no exige causales especiales para su formulación), vertical o de alzada (es resuelto por el superior en grado), concebido exclusivamente para solicitar el examen de autos o sentencias, es decir resoluciones que contengan una decisión del juez, importa la existencia de un razonamiento lógico-jurídico del hecho o de la norma aplicable a un hecho determinado.

HINOSTROZA MINGUEZ afirma que la apelación **no constituye una renovación del proceso o reiteración de su trámite o un *novum iudicium*, sino que representa su revisión.**

CALAMANDREI refiere que la apelación es el medio de gravamen típico que, correspondiendo al principio de doble grado da siempre lugar a una nueva instancia ante el juez superior (efecto devolutivo); la apelación es un medio de gravamen total, ya que produce en la segunda instancia la continuación no sólo de la fase decisoria, sino también de la fase instructora, de manera que se elimina, antes de que forme la cosa juzgada, no sólo los errores de juicio del juez *a quo*, sino también las deficiencias del material introductorio derivados de la falta o mala dirección de la defensa de la parte vencida.

El recurso de apelación se puede conceder de dos maneras:

CON EFECTO SUSPENSIVO	Se suspende la eficacia de la resolución impugnada, es decir, no debe cumplirse o ejecutarse hasta que se resuelva el recurso por el superior. Se concede en los casos que sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impidan su continuación. El <i>A quo</i> no puede modificar la situación existente, y el cumplimiento de su decisión se sujeta a lo que resuelva el superior.
----------------------------------	--

<p>SIN EFECTO SUSPENSIVO</p>	<p>La eficacia de la resolución impugnada se mantiene, es decir, debe cumplirse o ejecutarse a pesar del recurso interpuesto. Si se confirma lo decidido, la ejecución de la resolución dejará de ser provisional y se convertirá en una actuación procesal firme, si por el contrario, se revoca lo resuelto, se anulará todo lo actuado, retrotrayéndose el proceso al estado inmediatamente anterior a su expedición.</p>	<p>CON CALIDAD DIFERIDA:</p> <p>Significa que el apelante no deberá realizar el trámite que implica la formación del incidente solicitando copias certificadas al especialista o secretario; ya que el proceso continúa como si no hubiera apelación. El trámite se reserva hasta que sea resuelta por el superior conjuntamente con la sentencia o con otra resolución que el Juez señale. Procede en los casos expresamente indicados en la ley.</p>
	<p>La apelación concedida sin efecto suspensivo puede tener calidad diferida, en virtud de la cual, el Juez ordena se reserve el trámite de esta apelación, a fin de que sea resuelta por el superior conjuntamente con la sentencia o con otra resolución que él señale. Procede en los casos expresamente señalados en la ley.</p>	<p>SIN CALIDAD DIFERIDA:</p> <p>Significa que el apelante deberá solicitar copias certificadas de determinadas piezas procesales al especialista o secretario de la causa para formar el incidente o cuadernillo de apelación, a fin de que sea elevado al superior, para que éste resuelva la apelación sin afectar el trámite del expediente principal.</p>

Si el Código Procesal Civil, no señala el efecto o la calidad en que es apelable una resolución, se considera que es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

Además de los efectos indicados, cabe señalar que nuestro Código Procesal Civil recoge la adhesión a la apelación, conocida en doctrina como apelación adhesiva o derivada, en virtud de esta institución procesal cuando una resolución judicial produce agravio a ambas partes, planteado y corrido traslado del recurso de apelación de una de ellas, la otra puede adherirse al recurso, solicitando al igual que el recurrente que se modifique o revoque la resolución cuestionada en lo que le resulte perjudicial.

Concedido el recurso y elevado al superior, **el conocimiento de aquél se circunscribe a los alcances de a apelación, y está prohibido ir más allá de**

este marco, por lo tanto, no puede conceder al recurrente más de lo que hubiera solicitado, y está impedido de perjudicar al apelante, despojándole de aquello que la resolución impugnada le hubiese concedido. El impedimento de perjudicar al recurrente configura un **principio conocido como prohibición de la reformatio in peius**.

En segunda instancia excepcionalmente se permite el ofrecimiento de pruebas, especialmente las referidas a hechos nuevos y aquellas que no se hubieran podido procurar con anterioridad.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial encontramos una serie de dispositivos relaciones con la decisión que se adoptará en segunda instancia, así tenemos:

1. La votación de las causas puede producirse el mismo día de su vista o dentro del plazo de 15 días prorrogables por término igual por el Presidente de la Sala a solicitud de alguno de los Vocales.
2. La deliberación es secreta, debiendo mantenerse en reserva las opiniones vertidas durante el curso de la misma.
3. En las Salas Especializadas de la Corte Suprema y las Cortes Superiores, la resolución se vota y dicta previa ponencia escrita del vocal designado para el efecto.
4. La ponencia debe contener fecha de emisión, de entrega, firma y se archiva por el relator.
5. La resolución puede reproducir la ponencia, puede ser contraria a la misma o recoger mejores consideraciones. Debe dejarse constancia de los votos discordantes y singulares.
6. En las Salas de la Corte Suprema, cuatro votos conformes hacen resolución, en las Cortes Superiores, tres votos conformes hacen resolución.

La sentencia de segunda instancia adquiere la calidad de un título de ejecución, procediéndose conforme lo prevé el proceso de ejecución.

7.3. Casación

7.3.1. Antecedentes

Etimológicamente proviene de la locución latina "*cassare*" que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso del proceso.

Francia es la cuna indiscutible de la casación, esta institución nace para cumplir una función política y no jurisdiccional. Después de la Revolución Francesa se crea el Tribunal de Casación, como un órgano del Poder Legislativo, siendo su función ejercer un control sobre la labor de los jueces anulando las sentencias en último grado cuando contravenían el texto expreso de la ley. Luego el Tribunal de Casación fue ubicado en el ámbito jurisdiccional, como debía ser desde un principio.

7.3.2. Sistemas casatorios

La doctrina identifica tres sistemas casatorios:

<p>SISTEMA FRANCÉS</p>	<p>Reenvía el expediente al mismo Tribunal donde se dictó la sentencia o a otro de igual jerarquía o grado para que emita un nuevo fallo.</p>
<p>SISTEMA ALEMÁN</p>	<p>Permite que el mismo Tribunal de Casación decida, sin reenvío, salvo que considere que no puede hacerlo sin un nuevo procedimiento, en este caso remite lo actuado al Juez de origen.</p>
<p>SISTEMA ESPAÑOL</p>	<p>El Supremo Tribunal casa la sentencia, debe resolver lo que corresponda, se evita en lo posible el reenvío, salvo que se trate de un vicio <i>in procedendo</i> que hace inevitable la devolución al juzgador.</p> <p>El rompimiento con el esquema tradicional de reenvío, es decir, el establecimiento de un órgano de casación apto para resolver el fondo del asunto, motivó que a la casación española se le conociera con el nombre de “casación bastarda”, que se considera como la primera manifestación de un sistema casacional que se empieza a separar de su origen extrajurisdiccional. En este supuesto se hace referencia a un tercer fin, “la sentencia del caso concreto”, que busca evitar que el error cometido por el juez produzca en agravio definitivo sobre uno de los litigantes.</p>

7.3.3. Definición

Es un recurso extraordinario, que se interpone ante supuestos determinados por ley, teniendo exigencias formales adicionales a las que tradicionalmente se consideran para cualquier otro recurso (cuando se ha aplicado o inaplicado incorrectamente determinada norma jurídica, cuando existe un error en la interpretación de la misma, cuando se han vulnerado las normas del Debido Proceso o cuando se ha cometido la infracción de formas esenciales para la eficacia de los actos procesales), a través de él se pretende la revisión de los autos y sentencias expedidas en revisión por las Salas Civiles Superiores.

La casación es un medio impugnatorio, que **tiene un efecto revocatorio pero también rescisorio**, dependiendo de la causal que lo motiva. Se puede afirmar por ello, señala MONROY, **que tiene naturaleza mixta**.

7.3.4. Características

- Lo primero que suscita atención del texto actual es la eliminación de la referencia específica a la interpretación del derecho objetivo, dejando como fin de la institución **la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto**, lo que podría llevar a considerar que hoy la Casación no incluye la necesaria tarea de interpretación de la norma jurídica.
- Ampliación de los fines: lo que presumiblemente implicará la relativización de las formalidades y tecnicismos en el análisis de la procedencia y el fondo del recurso, **a fin de resolver en justicia el conflicto individualizado, para lo cual además será necesario analizar los hechos y quizá inclusive revisar el material probatorio**. Esto, en sustancia, no lo distinguiría de una tercera instancia.
- Finalmente, respecto a la supresión de la referencia a los laudos arbitrales, es evidente que la reforma de la Casación persigue unificar los fines de la Casación para todo tipo de procesos. Por ende, el párrafo que había agregado la nueva Ley de Arbitraje, que aparentemente establecía una diferenciación en cuanto a los fines o causales de la Casación en procesos de anulación de laudos arbitrales y de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, resultaba disonante con el propósito de la reforma.

7.3.5. Trámites de la Casación

TRÁMITE INICIADO ANTE LA CORTE SUPERIOR	<p>Se presenta el recurso de casación ante la Corte Superior que expidió el auto definitivo o la sentencia de vista que puso fin al proceso.</p> <p>El Plazo para la interposición del recurso es de 10 días.</p> <p>La Corte Superior, por el solo mérito de la presentación del recurso, lo remitirá a la Corte Suprema.</p> <p>Recibido el expediente la Corte Suprema declarará admisible, improcedente o procedente el recurso.</p> <p>De declararse procedente el pedido, se fijará fecha para la vista de la causa y en dicha fecha se realizará los informes orales que sean solicitados.</p> <p>Luego de la vista de la causa, la Corte Suprema procederá a resolver el recurso de casación sobre el fondo.</p>
--	--

TRÁMITE INICIADO ANTE LA CORTE SUPREMA	<p>Se presenta el recurso de casación ante la Corte Suprema acompañando copia de la resolución impugnada y la de primer grado que la motivó.</p> <p>El plazo para la interposición del recurso es de 10 días, más el término de la distancia.</p> <p>La parte recurrente debe “poner en conocimiento” a la Corte Superior respectiva sobre la interposición del recurso ante la Corte Suprema, en el plazo de 5 días.</p> <p>Recibido el recurso, la Corte Suprema declarará admisible, improcedente o procedente el recurso.</p> <p>De declararse procedente el pedido, se oficiará a la Corte Superior respectiva ordenando que se remita el expediente.</p> <p>Recibido el expediente de la Corte Superior, se fijará fecha para la vista de la causa.</p> <p>Luego de la vista de la causa, la Corte Suprema procederá a resolver el recurso de casación sobre el fondo.</p>
---	--

7.3.6. Fines

- La adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto.
- La uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

7.3.7. Resoluciones contra las que procede el Recurso de Casación

El artículo 385, que indicaba las resoluciones contra las que procedía el recurso de casación, ha sido derogado. **Con la modificación, los tipos de resolución contra los que se puede presentar el recurso, forman parte de los requisitos de admisibilidad del nuevo artículo 387.**

La norma derogada establecía que las resoluciones contra las que procedía este recurso eran las siguientes:

- Sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores.
- Autos que pongan fin al proceso expedidos en revisión por las Cortes Superiores.
- Las resoluciones que la ley señale.

De acuerdo al primer inciso del artículo 387 actual, **se interpone el Recurso de casación contra las sentencias y los autos expedidos por las Salas Superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso.**

Se aprecia que se ha modificado la nomenclatura de “en revisión” por la de “**órganos de segundo grado**”, para hacer hincapié en que deben haber habido dos instancias.

Asimismo, se ha eliminado la referencia a ley específica, lo cual podría considerarse, por un lado, que ello carece de incidencia, pues una norma especial de igual rango prima sobre la general (de considerarse que el Código Procesal Civil es norma general). **Pero también podría partirse de la premisa que, si bien el Código Procesal Civil es norma general, la regulación sobre casación es específica dentro del TUO del Código Procesal Civil.**

Ahora bien, es pertinente efectuar en este punto algunas reflexiones acerca del recurso de casación y el arbitraje.

Al respecto, se aprecia que, observa que, además de haber eliminado el 2do párrafo del artículo 384², ya comentado, la nueva ley ha eliminado la referencia relativa a la procedencia de la Casación contra “las resoluciones que la ley señale”, **dejando solo las decisiones que ponen fin al proceso (sentencia o autos) emitidas por las Salas Superiores en revisión.**

Considerando que contra los laudos arbitrales solo puede interponerse recurso de anulación (única vía de impugnación del laudo, y tiene por objeto la revisión de su validez por causales taxativamente enumeradas por la ley), el mismo que se interpone ante la Corte Superior, contra cuya resolución (si ésta hubiese fallado por la anulación total o parcial del laudo), de acuerdo a la Ley General de Arbitraje, solo procede Recurso de Casación –es decir, en la vía judicial, el recurso de anulación de laudo es de instancia única-, con la dación de la nueva ley surgen algunas dudas.

La principal consiste en si los artículos 64.5 (que concede la casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial) y 62 (que señala que la intervención de la Corte Superior es en revisión -de la validez- del laudo) de la Ley General de Arbitraje han sido derogados tácitamente y, si en consecuencia, ya no procede el Recurso de Casación contra las resoluciones de la Sala Superior.

Ahora bien, si se considerase a la anulación de laudo como un “recurso” (limitado a evaluar los aspectos formales del proceso elevado a su conocimiento), entonces puede decirse que la decisión de la Corte Superior es expedida en segundo grado y, por tanto, procedería el Recurso de Casación según la nueva disposición.

Pero de considerarse a la anulación de laudo como un “proceso impugnatorio”, la Corte Superior actuaría en instancia originaria y no como segundo grado,

por lo que no procedería el recurso de casación, pues la resolución que la Corte Superior estaría emitiendo no sería, en puridad, en “**revisión**”.

Por otro lado, debe recordarse que la Ley General de Arbitraje es una norma con rango de ley, por lo que, bajo el principio de legalidad, puede normar instituciones procesales como, por ejemplo, la creación de alguna causal especial de casación civil, o la ampliación del tipo de resoluciones contra las que puede interponerse. Asimismo, dado que la actual normatividad no indica que se trata de una lista cerrada, podría entenderse que **el Recurso de Casación procede también contra las resoluciones que, por norma con rango de ley, se pudieren considerar**. Ello, además, tomando en cuenta que no puede desampararse al justiciable con un recurso judicial de instancia única que no tenga la posibilidad de ser casado.

Por ello, se puede concluir que el inciso 5 del artículo 64 de la Ley General de Arbitraje debe mantener su vigencia, por lo que debe proceder el Recurso de Casación contra lo resuelto por la Sala Superior cuando el laudo sea anulado en forma total o parcial.

7.3.8. Causales

El artículo 386 ha sido objeto de una modificación que reviste la mayor importancia.

Es importante recordar que el Recurso de Casación fue concebido en el Perú como un medio destinado a corregir errores *in iudicando* (cuando la afectación se produce sobre la norma objeto de la decisión, sea ésta sustantiva o procesal) y errores *in procedendo* (cuando el error se produce respecto al procedimiento con el que se adoptó la decisión, afectando el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva).

El texto anterior, bajo esta concepción, establecía que las causales para interponer el Recurso de Casación eran las siguientes:

- Aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material, así como la doctrina jurisprudencial.
- Inaplicación de norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial.
- Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.
- Aplicación indebida del control difuso.

Con la reforma, las causales ahora se encuentran establecidas de esta manera:

- Infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada.
- Apartamiento inmotivado del precedente judicial.

Es pertinente mencionar que esta modificación inicialmente se basó en un proyecto³ que incluía ciertos “filtros”, como **el principio de doble conformidad (o “doble conforme”, que importa que las decisiones de primera y segunda instancia coincidan en su sentido), y que la interposición del recurso no suspenda la ejecución de la resolución impugnada (en aras del plazo razonable y a efecto de evitar el uso abusivo de este recurso con la finalidad de dilatar el proceso)**. Ambos controles se retiraron de la ley aprobada.

Tampoco se ha restringido el Recurso de Casación en función del tipo de proceso –sumarísimo, abreviado, de conocimiento, de ejecución–, con lo que persiste el problema cuantitativo, que pudo haberse reducido delineándolo cualitativamente, tanto más si se tiene la novedad del artículo 392-A, por el que la Sala Suprema podría elegir de modo excepcional el proceso que encaje en la finalidad de la Casación.

No es difícil percibir que con esta reforma se ha ampliado de modo significativo el número de resoluciones que podrán ser impugnadas mediante el Recurso de Casación (cuya naturaleza extraordinaria se relativiza más), **por cuanto para que el Recurso de Casación proceda, hoy será suficiente con invocar que la sentencia o resolución que ponga fin al proceso infringe una norma, aunque, claro está, deberá relacionarse tal infracción normativa con la decisión contenida en ella, señalando que incide directamente en el pronunciamiento.**

Así mismo, como se aprecia del nuevo texto del artículo 386, la infracción normativa puede estar referida tanto a normas de derecho material como de derecho procesal, de modo abierto y general.

Actualmente el Recurso de Casación procede ante cualquier infracción normativa, con lo cual, cabría el riesgo de que deje de constituir un recurso extraordinario, para convertirse en una instancia más, dado que la finalidad de la Casación se centra ahora en la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

Por otra parte, debe resaltarse que la citada modificatoria ha borrado la obtusa distinción anterior entre la aplicación indebida o inaplicación de una norma (que, siendo en el fondo lo mismo, ha dado cabida a negación de tutela legítima por formalismos excesivos), lo que ciertamente constituye un aspecto positivo a favor de los justiciables.

A su vez, es de señalar que el texto modificatorio del artículo 388 establece que el pedido casatorio sigue siendo anulatorio⁵ o revocatorio⁶.

Por último, no puede dejarse de lado la nueva causal consistente en el apartamiento inmotivado del precedente judicial. Esta redacción lleva a pensar que la vinculación de los órganos jurisdiccionales con el precedente judicial (establecido en el nuevo artículo 400) podrá ser descartada en la medida que su apartamiento se motive.

7.3.9. Una novedad: procedencia excepcional del Recurso de Casación – Requisitos de Procedencia

Para comprender esta inclusión en el texto de reforma deben concordarse los artículos 388, 392 y 392-A.

El nuevo artículo 388 establece los requisitos de procedencia del Recurso de Casación:

- Cuando el impugnante dejó consentir la resolución de primera instancia que le fue adversa y que es confirmada por el superior.
- Cuando no se describa adecuadamente la causal casatoria.
- Cuando no se demuestre que la infracción normativa tuvo incidencia directa en la decisión.
- Si no se indica si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, indicando si es parcial o total la nulidad o en qué debe consistir la actuación de la Sala si es revocatorio (si contiene ambos pedidos, se entiende que es anulatorio el principal y subordinado el revocatorio).

El artículo 392 prescribe que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos previstos en el artículo 388 da lugar a la improcedencia del recurso.

Empero, el artículo 392-A dispone que si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384. Indica que en caso de emplear esta facultad extraordinaria, la Corte debe motivar las razones de la procedencia.

Entonces hoy la Corte Suprema puede decidir conceder un Recurso de Casación que no reúna los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 388, imponiéndosele como única directriz que considere que con la tramitación del recurso se cumplirá con alguna de las finalidades de la casación. **De esta manera, se incorpora una suerte de *certiorari* atípico, por el cual la Corte de Casación puede establecer qué recursos merecen ser tramitados de acuerdo a su relevancia, sin importar su improcedencia.**

Ahora bien, consideramos que quizá es algo riesgoso incorporar una facultad como ésta, tan alejada de la tradición judicial en nuestro país, sin más restricción que la de motivar las razones, las mismas que se justifican ya sea

en una invocación relativa a la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto (lo que puede dar cabida a cualquier causa), o a la necesidad de uniformizar la jurisprudencia nacional. Podría prestarse a cierta suspicacia respecto de la intención de conocer ese caso en específico.

Por ello, **una conveniente manera de desterrar cualquier recelo y más bien proporcionar una imagen de imparcialidad, propiciando así una cultura de transparencia, consistiría en vincular esta facultad extraordinaria con la formación del precedente judicial, por medio de los Plenos Casatorios.** En otras palabras, cuando se encuentre la Sala ante un caso cuyo contenido considere tan relevante, de tan impostergable necesidad de ser analizado en Casación, dicha trascendencia se justificaría ante la comunidad si diese cabida a un Pleno Casatorio a efecto de establecer o modificar algún precedente judicial. Que solo en tales casos se traspase la barrera de la improcedencia.

Finalmente, se observa que se ha facultado a la Corte Suprema para admitir recursos improcedentes, **mas no se le ha otorgado dicha facultad para rechazar recursos procedentes pero irrelevantes, o sobre cuestiones ya cerradas y que no ameritan nuevos y reiterados pronunciamientos**, lo que sería conveniente sea considerado a futuro como inclusión en la norma, pero solo cuando ya se hayan establecido precedentes judiciales.

7.3.10. Precedentes judiciales

Otra modificación importante está referida al artículo 400, cuyo texto anterior regulaba la denominada “doctrina jurisprudencial”, hoy “precedente judicial”. Si bien su esencia se mantiene, se ha variado sustancialmente el mecanismo para establecerlo (el Pleno Casatorio) y su ámbito de aplicación.

El Pleno Casatorio hoy:

- Debe ser convocado por la Sala Suprema Civil.
- Participan los magistrados supremos civiles.
- Su objeto es constituir o variar un precedente judicial.

La reforma del Pleno Casatorio es positiva, pues **vuelve más operativo y sin duda eficiente su desarrollo**, dado que resulta más viable convocar y reunir a los Magistrados de una especialidad que a todos los que integran la Corte Suprema; asimismo, si se trata de un asunto de materia civil es preferible que se respete la especialidad a fin de no perder la perspectiva de lo trascendente del caso a debatir.

A su vez, esta reforma legitima los alcances del Pleno, por cuanto los Jueces Supremos ya no se convocan para resolver un caso concreto, sino para constituir o variar precedentes.

Se establece que el Precedente judicial será vinculante a todos los órganos jurisdiccionales en tanto no sea modificado por otro precedente judicial. Empero, como se ha señalado su fuerza vinculante se relativiza si se considera que es posible apartarse del precedente en la medida que se motive tal apartamiento (para la nueva ley, es causal de Casación el apartamiento inmotivado de un Precedente judicial).

7.3.11. Calificación del Recurso de Casación

Una modificación novedosa es la relativa a la calificación del recurso. El texto anterior establecía que quien verificaba los requisitos de admisibilidad era el Juez Superior.

Con la reforma (artículos 387.2 y 391), la Corte Suprema verifica el cumplimiento tanto de los requisitos de admisibilidad como de procedencia. Incluso se establece la posibilidad de presentar el recurso directamente ante la Corte Suprema. Por ello es que se ha eliminado el recurso de queja contra la resolución que declara inadmisibile o improcedente el Recurso de Casación.

7.3.12. Casación por Salto "*per saltum*"

La norma anterior (artículo 389) establecía que procedía contra las sentencias de primera instancia si las partes expresaban su acuerdo de prescindir del recurso de apelación (con firmas legalizadas por el secretario de juzgado). Solo procedía en casos civiles en los que no contengan derechos indisponibles o irrenunciables.

Hoy la Casación por salto se ha eliminado.

7.3.13. Consideraciones finales sobre la Casación

- Con las modificaciones a la Casación, tanto en lo relativo a su finalidad, como en cuanto a las causales, habiendo eliminado los controles básicos (el principio del doble conforme y la ejecución provisional de la sentencia de condena aún cuando se hubiera interpuesto el recurso), sumándosele la posibilidad de admitir de modo extraordinario el recurso en casos improcedentes, hay grandes probabilidades de que los recursos de casación aumenten de modo considerable y que los procesos sean más lentos y onerosos.
- Asimismo, con la inclusión de la función dilogica puede desnaturalizarse el Recurso de Casación, a fin de resolver en justicia el conflicto individualizado, lo que no lo distinguiría de una tercera instancia.
- Por otra parte, la Ley 29394 ha modificado también otros cuerpos normativos, como la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Es así que a partir de la publicación de la Ley, los juzgados especializados en lo contencioso administrativo serán competentes para conocer en primera instancia los procesos de su especialidad, en todos los casos. Esto incorpora a su competencia materias que hasta antes de la modificación eran analizadas en primera instancia por Salas Superiores, como las impugnaciones de resoluciones del Tribunal Fiscal, del Tribunal del INDECOPI, del Tribunal Administrativo de CONASEV, o de otros Tribunales de Organismos Reguladores. Independientemente de la consideración respecto a su falta de infraestructura y de capacitación para la conducción de la variedad y complejidad de las materias que hasta antes de la modificación eran analizadas en primera instancia por Salas Superiores, se aprecia que la segunda instancia ya no será la Corte Suprema, sino la Superior. Con esto se reduce el ámbito de conocimiento de la Corte Suprema como instancia, quedando solo el Recurso de Casación en estos casos.

- Se ha modificado el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la competencia de los procesos de responsabilidad civil de los jueces. Ahora, en todos los casos (de jueces de todas las instancias) la demanda se presenta ante los jueces especializados. Este artículo está concordado con el 511 de la nueva Ley, que establece que el Juez especializado en lo civil o el juez mixto es competente para conocer los procesos de responsabilidad civil de los jueces, inclusive si la responsabilidad fuera atribuida a los vocales de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema.
- También se ha modificado el Código Procesal Constitucional, en su artículo 51 (últimos 2 párrafos), relativo al proceso de amparo contra resoluciones judiciales, derogando la disposición que establecía la competencia de la Sala Civil Superior como primera instancia. Con ello se ha eliminado la posibilidad de que la Corte Suprema sea la máxima instancia jurisdiccional competente que establezca o determine aquellos criterios, directivas o principios que busquen pronunciamientos uniformes en materias de tanta relevancia como el de la revisión material de una resolución judicial por otra instancia dentro de un proceso de amparo, y las deja a las decisiones locales, no siempre uniformes, de los distintos distritos judiciales del país. Aquí sí, a diferencia de las modificaciones anteriormente descritas, no procede Recurso de Casación, siendo el recurso extraordinario el que conocerá el Tribunal Constitucional.
- Sin embargo, la Corte Suprema aún conserva competencia en relación a los procesos de amparo, en materia de consulta, en los casos de sentencias en las que se han aplicado el control difuso de las normas legales.
- La visión de estas modificaciones, en su conjunto, lleva a concluir que se ha querido reducir los supuestos en los cuales la Corte Suprema actúa como instancia, procurándola convertir en una verdadera Corte de Casación, por un lado, y por otro, se ha ampliado significativamente el espectro de la Casación, hasta llevarlo a la frontera de una tercera instancia.

7.4. Queja

7.4.1. Definición

Es denominado también recurso directo o de hecho, procede **contra las resoluciones que declaran inadmisibile o improcedente el recurso de casación o de apelación**, o cuando se concede el recurso de apelación en un efecto distinto al solicitado. Es, en buena cuenta, un **recurso subsidiario**.

7.4.2 . Requisitos de forma:

1. Se interpone ante el órgano que denegó el recurso de apelación o casación.
2. El plazo para interponer el recurso es de 3 días contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución.
3. Se debe acompañar la tasa judicial.

7.4.3. Requisitos de fondo

1. Fundamentar el recurso.
2. Acompañar al recurso copia simple con el sello y firma del abogado del recurrente de lo siguiente:
3. Escrito que motivó la resolución recurrida.
4. Resolución recurrida.
5. Escrito en que se recurre (apelación o casación).
6. Resolución denegatoria.

La interposición del recurso de queja no suspende la tramitación del principal, ni afecta la eficacia de la resolución denegatoria.

Si el recurso de queja es declarado fundado, el superior concede el recurso y precisa el efecto si se trata de apelación, comunicando al inferior su decisión para que envíe el expediente o ejecute lo que corresponda.

Si se declara infundado el recurso, se comunicará al Juez inferior y se notificará a las partes, en este caso el recurrente deberá pagar las costas y costos del recurso, y una multa entre 3 y 5 URP.

Si la causal de tacha u oposición se conoce con posterioridad al plazo de interponerlas, se informará al Juez por escrito, acompañando el documento que lo sustente. El Juez apreciará el hecho al momento de sentenciar.

7.5. Consulta

En otros sistemas es conocida como **apelación automática o ex officio**; pero consideramos que no es un medio impugnatorio, aunque implica la revisión de lo resuelto en primera instancia, por el superior jerárquico, para su aprobación o desaprobación. Al respecto afirma VESCOVI “Es decir que, aun sin impugnación de parte, se abre la instancia revisiva”.

Constituye un trámite obligatorio en los supuestos que determina el ordenamiento jurídico, y se establece que es una institución de orden público, pues opera en situaciones sumamente relevantes o en procesos en los que puede producirse indefensión o una situación grave para los intereses de alguna de las partes. El artículo 408º del Código Procesal Civil establece los supuestos en los que procede:

1. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador.
2. La decisión final recaída en el proceso donde la parte perdedora estuvo representada por curador procesal.
3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria. Cuando es una Sala Superior, y la resolución no ha sido recurrida en casación, se eleva el expediente en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.
4. Las demás que señala la ley.

NOTAS:

- 1 El gravamen también se define como la diferencia perjudicial entre lo pedido al Juez y lo que este nos concede.
- 2 Este párrafo señalaba que, en los casos previstos en la Ley General de Arbitraje, el Recurso de Casación tenía por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.
- 3 A cargo del profesor Juan Monroy Galvez.
- 4 Como dato histórico relativo al principio de la doble conformidad, resulta pertinente citar a la profesora Ariano: «El principio de la “doble conforme” es de origen canónico (y se mantiene hasta hoy en el ordenamiento de la Iglesia: v. inc. 1 del canon 1641 del Código de Derecho Canónico) e irradió su influencia sobre la “jurisdicción secular” como “método” para limitar el número de apelaciones posibles. En el derecho histórico español regía el principio de la “triple conforme”. En efecto, señala AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Reus, Madrid, 1982, p. 46 que “[s]e estableció que tres sentencias conformes —lo que suponía que la causa había pasado por dos instancias de apelación— tenían fuerza de cosa juzgada:

«porque tenemos que el pleito es juzgado e examinado por tres juicios acordados en uno, que es tanto y fecho derecho», como explicará el Espéculo. Las Partidas también establecían que la sentencia confirmada por dos apelaciones sucesivas era insuplicable, norma que se ratifica en una Ordenanzas de 1502 de los Reyes Católicos y pasa a la Recopilación de Castilla”»

(Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. **En la Búsqueda de nuestro “Modelo” de Apelación Civil.**

- 5 La cual procede ante una infracción al debido proceso y/o a la tutela jurisdiccional efectiva en el procedimiento, ante la cual se decreta la nulidad de todo lo actuado y se reenvía el proceso al órgano que cometió el vicio.
- 6 La cual procede ante una infracción a normas materiales o procesales que hayan sido objeto de la decisión, la cual es subsanada por la propia Corte Suprema (de acuerdo al texto actual del artículo 396).

Lección 12

● POSTULACIÓN DEL ● PROCESO

LECTURA MOTIVADORA

LA DEMANDA

Juan Montero Aroca

La demanda es toda petición formulada por las partes al juez. Es un acto de iniciación procesal, no implica necesariamente el planteamiento de un conflicto suscitado entre dos partes y el consiguiente reclamo de una sentencia de fondo que lo dirima, sino que se configura, con motivo de la petición formulada ante el órgano judicial, por una persona distinta a este, a fin de que se disponga la apertura y el ulterior trámite de un determinado proceso. Para ello, la demanda es el acto procesal de parte por el que se ejercita el derecho de acción y contiene la pretensión; por ello, se dice que la demanda como acto es un continente; por medio de ella se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión.

La demanda se orienta al logro de dos objetivos: el inmediato que persigue el

inicio del proceso, y el mediato, que busca el pronunciamiento definitivo de la jurisdicción. La demanda es importante porque es el vehículo a través del cual el actor plantea sus pretensiones. Contiene una limitación a los poderes del juez, pues solo se pronunciará dentro de los límites que se reclama. Los hechos descritos en ella van a limitar la admisión y actuación de los medios probatorios. La demanda produce varios efectos como la apertura de la instancia, la carga del actor de impulsar el proceso para evitar el abandono, determina los sujetos de la relación jurídica procesal; fija la competencia; fija el objeto del proceso respecto del actor; impide la caducidad del derecho y provoca la interrupción de la prescripción, entre otros.

No debemos olvidar que la presentación de la demanda en un juzgado concreto

determina qué órgano jurisdiccional estima el actor que es sujeto pasivo de su derecho de acción y también cuál cree competente para pronunciarse sobre la pretensión. Después, puede que se declare la incompetencia de ese órgano, pero la presentación por sí sola supone, por ejemplo, sumisión tácita para el demandante. Por otro lado, debe precisarse que la demanda no se dirige formalmente contra el representante del demandado, sino contra la propia parte y esta es la que debe ser reemplazada. Esto nos lleva a decir que no es necesario hacer constar el nombre del representante legal de la

persona natural o del órgano de una persona jurídica.

Por último, la necesidad que intervenga un abogado en el proceso se justifica porque las partes no poseen conocimientos de Derecho y la técnica del proceso para materializar su defensa; de ahí que la Ley Procesal, por exigencias de interés privado y público, exige que operen en el proceso personas particularmente expertas en conducir y exponer las razones de los litigantes con aquella competencia específica que les falta a las partes.

...

1. CONTENIDO Y OBJETIVOS

En la etapa postulatoria se desarrollan los siguientes actos procesales:

1. La interposición demanda
2. El emplazamiento del demandado
3. La contestación de la demanda
4. La reconvencción
5. Las excepciones y defensas previas
6. La rebeldía
7. El saneamiento del proceso la conciliación
8. La fijación de puntos controvertidos y el saneamiento probatorio.

Durante esta etapa del proceso civil se plantean los siguiente objetivos:

- Proponer pretensiones y defensas, esto es, que las partes (demandante – demandado) presenten sus posiciones, las que serán discutidas en el proceso y posteriormente reconocidas o rechazadas por el juzgador.
- El Juez debe revisar el cumplimiento por parte del demandante de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda.
- Sanear la relación procesal.
- Promover la conciliación.
- Precisar los puntos controvertidos.
- Juzgar anticipadamente el proceso.
- Crear las condiciones para el normal desarrollo del proceso.

2. LA DEMANDA

2.1. Definición

La ciencia procesal moderna entiende a la acción como el derecho de todo sujeto de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela. Con el derecho de acción se pone en movimiento la maquinaria judicial, y **el mecanismo a través del cual se materializa este derecho es la demanda**, que es el acto que determina la apertura de la instancia, en ella el Juez hallará las razones de hecho y de derecho que se van a ventilar en el proceso y, que una vez probadas, pueden ser el sustento de la sentencia.

DEVIS ECHANDÍA la define como: “**acto de declaración de voluntad**, introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la

formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado”.

El ciudadano pretende la satisfacción de un interés, y plantea su petición ante el órgano jurisdiccional, por ello autores, como ALSINA, ROSEMBERG, RAMOS MÉNDEZ definen la demanda como una petición o una solicitud, que va más allá de iniciar un proceso, pues **se trata de pedir la aplicación del derecho, es decir, alcanzar la tutela jurídica mediante una sentencia.**

MORALES GODO señala: “la demanda es el acto procesal, a través del cual, el justiciable haciendo uso de su derecho de acción, acude al órgano jurisdiccional planteando una o más pretensiones, sobre las cuales solicita se emita resolución definitiva”.

La interposición de la demanda tiene dos objetivos:

- **Inmediato:** iniciación del proceso.
- **Mediato:** lograr un pronunciamiento judicial definitivo concreto.

2.2. Importancia

La demanda es el acto constitutivo de la relación procesal. Constituye el vehículo a través del cual el actor plantea sus pretensiones.

Es una limitación al poder del juzgador:

- Deberá limitarse a resolver lo que está planteado en la demanda (principio de congruencia).
- Los hechos descritos en la demanda limitan la actuación de medios probatorios.

La demanda tiene una íntima vinculación con la sentencia, la demanda es la forma como se materializa el derecho de acción, que contiene una o más pretensiones que serán resueltas en la sentencia.

DEMANDA	SENTENCIA
1. Se inicia el proceso	1. Finaliza el proceso
2. Contiene una o más pretensiones	2. Resuelve una o más pretensiones contenidas en la demanda
3. Acto procesal fundamental de las partes	3. Acto procesal fundamental del juez

2.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la demanda **es compleja**, se busca distinguirla de la acción, pretensión, contradicción, oposición e instancia, y la doctrina ha desarrollado los distintos elementos que la integran:

a. La demanda como acto procesal.

Señala MORALES GODO que la demanda es un acto procesal porque produce efectos inmediatos en el proceso y es parte integrante de éste. Es el acto procesal que da inicio al proceso, que no proviene del Juez sino de la voluntad de la parte accionante, visualizándose el principio dispositivo, no habrá proceso sin actor.

b. La demanda como acto de postulación.

No estamos ante cualquier acto procesal, se trata del primero, que alienta o motiva la actividad del órgano jurisdiccional. RAMOS MÉNDEZ sostiene: "Es una de las expresiones genuinas de la acción de las partes. (...). Es la petición de juicio, con la cual se inicia el camino a recorrer hasta llegar a él, esto es, el proceso. (...)".

c. La demanda como acto que determina la apertura de la instancia.

De ella se deriva toda la actividad procesal, se da inicio a la instancia judicial, pues de inmediato interviene el Juez y se comienzan a desarrollar una serie de actividades de las partes y jurisdiccionales.

2.4. Clasificación

Entre algunos de los criterios de clasificación de la demanda tenemos:

a. Por la pretensión que se persigue (ROSEMBERG)

DEMANDAS DE PRESTACIÓN O DE CONDENA	Que persiguen la realización de una pretensión, pueden ser procesos de conocimiento o ejecución. <i>V.gr.:</i> obligación de dar suma de dinero.
DEMANDAS DE DECLARACIÓN	Se persigue el esclarecimiento de una situación incierta o dudosa, por lo general, lo que se pretende es que se declare la existencia o inexistencia de una situación incierta. <i>V.gr.</i> filiación.
DEMANDAS CONSTITUTIVAS O DE FORMACIÓN	Lo que buscan es crear, modificar o extinguir una relación jurídica a través de la decisión judicial. <i>V.gr.</i> divorcio.

b. Por el número de pretensiones.

DEMANDAS SIMPLES	Como señala CARLI son demandas en que la cuestión que se somete a juicio es una sola.
DEMANDAS COMPLEJAS	Son aquellas en las que se plantean varias pretensiones, esta a su vez se subclasifican en demandas acumulativas, alternativas, subordinadas y con pretensiones accesorias.

2.5. Efectos de la demanda

La presentación de la demanda va producir una serie de consecuencias de orden procesal y sustancial.

EFFECTOS DE ORDEN PROCESAL	Produce la apertura de la instancia	ARAZI sostiene que la demanda obliga al Juez a pronunciarse en dos momentos: uno inmediato sobre la admisibilidad de la demanda; y otro mediato, cuando dicta sentencia sobre su mérito.
	Se genera una carga para el actor que debe impulsar el proceso y evitar que caiga en abandono.	Conforme establece el Código Procesal Civil, el cómputo del plazo para el abandono se entiende de iniciado el proceso con la presentación de la demanda.
	Determinación de los sujetos de la relación jurídico procesal	La parte demandante precisa contra quien dirige su pretensión
	La determinación de la competencia	Es el demandante quien reconoce en forma expresa la competencia del Juez; pero también de manera tácita con la simple presentación de la demanda, por ello no puede cuestionar la competencia, a menos que sea en razón de la materia, grado o cuantía, pero no la competencia territorial.

<p>EFFECTOS DE ORDEN PROCESAL</p>	<p>Fija el objeto del proceso respecto al actor</p>	<p>TORAL MORENO sostiene que la sentencia no puede declarar admisibles peticiones que no se formularon; no puede condenar a más de lo pedido ni a cosa distinta a la solicitada, ni pronunciarse a cargo de personas que no fueron demandadas, ni a favor de sujetos que no asumieron el papel de actores, ni por último, basar sus puntos resolutive en causas no alegadas. La sentencia va estar limitada a los hechos y situaciones de derecho planteadas en la demanda, y en su caso, las planteadas por el demandado al contestar la demanda, por ello se afirma que la sentencias se pronuncian <i>hit et nunc</i>.</p>
--	--	---

<p>EFFECTOS DE ORDEN MATERIAL</p>	<p>Impide la caducidad de un derecho</p>	<p>La sola presentación de la demanda suspende los efectos de la caducidad. VIDAL RAMÍREZ sostiene que el plazo de caducidad es fatal y lo único que puede impedir que se produzca la caducidad de un derecho, es su ejercicio. MORALES GODÓ agrega que el ejercicio del derecho (pretensión) se plasma a través de la demanda.</p> <p>Convalida la pretensión intentada en la demanda, descartando otras que pudieran ser alternativas.</p>
	<p>Con la presentación de la demanda la pretensión material se torna en pretensión procesal</p>	

2.6 Requisitos (Artículo 424° del Código Procesal Civil)

<p>ELEMENTOS SUBJETIVOS</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. La designación del juez ante quien se interpone. 2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante. 3. El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo. 4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.
<p>ELEMENTO OBJETIVO</p>	<ol style="list-style-type: none"> 5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.
<p>ELEMENTO CAUSAL</p>	<ol style="list-style-type: none"> 6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.
<p>ELEMENTO JURÍDICO</p>	<ol style="list-style-type: none"> 7. La fundamentación jurídica del petitorio
<p>ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS</p>	<ol style="list-style-type: none"> 8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse. 9. La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda. 10. Los medios probatorios. 11. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto.

2.7. Anexos (Artículo 425° del Código Procesal Civil)

1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante.
2. El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado.
3. La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas.

4. La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o de título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso.
5. Todos los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto se acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso.
6. Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Sino se dispusiera de alguno de éstos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentra y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.

2.8. Forma del escrito (Artículo 130° del Código Procesal Civil)

1. Debe ser escrito en máquina de escribir u otro medio técnico.
2. Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho.
3. Es redactado de un solo lado y a doble espacio.
4. Cada interesado numerará correlativamente sus escritos.
5. Se sumillará el pedido en la parte superior derecha.
6. Si el escrito tiene anexos, éstos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra.
7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el Juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara.
8. La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al Juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite.
9. Si el escrito contiene otros íes o fórmulas similares, éstos deben contener pedidos independientes del principal.

2.9. Otros requisitos de forma

1. Firma de la parte recurrente, tercero legitimado o por el abogado que lo representa.
2. Defensa cautiva. La demanda debe ser autorizada por abogado.
3. Copia del escrito y sus anexos.

2.10. Calificación judicial de la demanda

Existen **tres filtros** para verificar la existencia, constitución y desarrollo válido de la relación procesal:

1. La calificación de la demanda.
2. La resolución de las excepciones.
3. El saneamiento procesal.

El Juez puede establecer juicios de admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad.

Los aspectos que el Juez debe examinar y constatar en estos filtros no son idénticos, en la calificación judicial de la demanda sólo se verifica la concurrencia de algunos presupuestos procesales y las condiciones de la acción. **Tiene la facultad de rechazar liminarmente la demanda por causa expresamente prevista en la ley**, sobre este tema PACHECHO GORDILLO afirma que esta facultad concedida a los jueces equivale a la denegación de la justicia y constituye un obstáculo para acceder a la tutela jurisdiccional.

La tendencia generalizada de la doctrina procesal moderna y del derecho comparado es **concebir al derecho de acción como un derecho relativo, quien quiera ejercitar la acción, no puede hacerlo de cualquier forma**. GONZALES PÉREZ al respecto señala que cuando un justiciable ejercita su derecho de acción, no tiene derecho necesariamente a una sentencia sobre el fondo, mucho menos que ésta le sea favorable, la relatividad radica en que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la demanda a través de una resolución que puede ser favorable o desfavorable, que puede ser inhibitoria o de mérito.

Nuestro Código Procesal Civil en su artículo 128° establece la diferencia entre la inadmisibilidad e improcedencia.

Una demanda se califica de inadmisibile cuando no cumple con los requisitos de forma (artículos 424° y 425°), **que son por regla general subsanables** por su carácter de extrínsecos. MONROY sostiene que el incumplimiento de un requisito de admisibilidad de la demanda, determina que el Juez ordene la devolución de la demanda, concediendo al demandante el derecho de subsanar el defecto en que ha incurrido.

El Código Procesal Civil recoge el criterio de declarar la inadmisibilidad de la demanda por defectos de forma y no cuestiones de fondo, se establecen los siguientes supuestos:

1. Cuando la demanda no reúna los requisitos legales.
2. Cuando no se acompaña a la demanda los anexos exigidos por Ley.
3. Cuando el petitorio contenido en la demanda sea incompleto o impreciso.
4. La vía procedimental propuesta en la demanda no comprende la naturaleza de la pretensión procesal o al valor de ésta, salvo que la ley permita su adaptación.

La situación es distinta **si se han incumplido con requisitos de procedencia, ello determina que el juez rechace la demanda, resolución que tendrá carácter definitivo, y no cabe subsanación por el demandante.** En este último supuesto nos referimos la juicio de procedibilidad, que debe ser previo al juicio de fundabilidad, en aquel se observa la ausencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, debiendo aplicarse el artículo 427º del Código Procesal Civil que establece expresamente las causales de improcedencia:

1. Si el demandante carece de legitimidad para obrar.
2. Cuando el demandante carece manifiestamente de interés para obrar.
3. El Juez advierte la caducidad de la pretensión procesal propuesta.
4. El Juez carezca de competencia.
5. Cuando no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio.
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.
7. Cuando la demanda contiene pretensiones indebidamente acumuladas.

Ante el supuesto contrario, es decir, que presentada la demanda, el Juez la califica, y ésta cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia, su calificación será positiva, por lo tanto, expide el **AUTO ADMISORIO**, que en los procesos ejecutivos se encuentra comprendido en el **MANDATO EJECUTIVO**, y confiere traslado al demandado para que comparezca al proceso y pueda ejercer su derecho de defensa, contradiga o cuestione la validez de la relación procesal (deduzca alguna excepción o defensa previa).

2.11. Modificación y ampliación de la demanda

1. La modificación de la demanda importa un cambio en la pretensión procesal, y **sólo será posible hasta antes de que ésta sea notificada al demandado.**
2. La ampliación de la demanda es una novedad que recoge el ordenamiento procesal, **comprende únicamente la cuantía**, y se puede realizar hasta antes de la emisión de la sentencia si se vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional; pero debe el demandante haberse reservado este derecho en la demanda.
3. Estas reglas se aplican a la reconvencción.

2.12. Emplazamiento

Es la notificación con la demanda y el auto admisorio al demandado.

Con el emplazamiento válido se establece la relación jurídica procesal, generando derechos y obligaciones tanto para el actor como para el demandado.

La norma procesal establece las siguientes reglas para el emplazamiento válido del demandado:

1. Si el demandado domicilia dentro de la competencia territorial del juzgado, se realiza el emplazamiento mediante cédula de notificación.
2. Si el demandado domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado, pueden darse dos situaciones:
 - El domicilio está ubicado dentro del territorio nacional se hará vía exhorto a la autoridad de la localidad donde se halle. En este caso, al plazo para contestar se aumentará el término de la distancia.
 - El domicilio está ubicado en el extranjero, entonces se hará por exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie el demandado.
3. Si los demandados fueran varios y sus domicilios se hallasen en lugares distintos, dentro y fuera de la competencia territorial del Juzgado, se utilizarán los medios señalados anteriormente; pero el plazo para contestar la demanda será para todo el que resulte mayor, sin atender el orden en que las notificaciones fueron practicadas.
4. Cuando la demanda está dirigida contra personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento se realizará mediante edictos, de igual manera cuando se ignora el domicilio del demandado. El plazo para apersonarse a la instancia o contestar la demanda, en ningún caso, será menor de 60 días si el demandado se halla dentro del país, ni mayor de 90 días si estuviese fuera de él.
5. El emplazamiento con la demanda puede hacerse al apoderado, siempre que tuviese la facultad especial para ser demandado en representación de su poderdante y el titular no domiciliara en el ámbito de competencia territorial del juzgado.

2.13. Efectos del emplazamiento válido

1. La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.
2. Las pretensiones planteadas en la demanda no podrán ser modificadas.
3. Notificada la demanda al emplazado, el demandante no puede iniciar otro proceso haciendo valer las mismas pretensiones procesales (excepción de litispendencia).
4. Con la notificación de la demanda se interrumpe el plazo la prescripción extintiva, queda sin efecto esta interrupción si el demandante se desiste del proceso o se produce el abandono.
5. El emplazamiento válido conduce a la formación de una relación jurídica procesal válida, siempre que se cumplan las condiciones de la acción y los presupuestos del proceso.

2.14. Posición del demandado frente a la notificación de la demanda

NO COMPARECE	REBELDÍA	
COMPARECE	CONTESTA	<ul style="list-style-type: none"> • Admite los hechos expuestos. • Desconoce los hecho expuestos. • Reconviene
	NO CONTESTA	<ul style="list-style-type: none"> • Rebeldía. • Allanamiento. • Deduce excepciones.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado, por el solo hecho de haber sido notificado, tiene una doble carga procesal: la de comparecer ante el órgano jurisdiccional y la de satisfacer el emplazamiento a través de la contestación de la demanda. **Constituye el medio de defensa de fondo que tiene el demandado.**

Con este acto procesal del demandado se **materializa el principio de bilateralidad**, éste hace uso de su derecho de defensa y contradicción, puede negar los hechos que sustentan la demanda o su sustento jurídico; siendo esencial la petición que plantea ante el órgano jurisdiccional, esto es, que no se ampare la pretensión demandada.

La contestación de la demanda **constituye una carga procesal**, de tal manera, que si bien no constituye una obligación del demandado, al no verificarse, puede dar lugar a que el silencio sea interpretado en contra de sus intereses.

Observamos que la norma instrumental, de igual manera que en el caso de la demanda, exige las siguientes condiciones:

- Debe cumplir los mismos requisitos de forma de la demanda (artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil).
- El emplazado al contestar la demanda debe pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda, en forma ordenada, clara y precisa.
- El demandado debe reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega que le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación.

- El demandado al contestar la demanda, debe exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara.
- El demandado debe ofrecer los medios probatorios que desea hacer valer en el proceso.
- El plazo para contestar la demanda está fijado para cada tipo de proceso.

4. RECONVENCIÓN

Este acto procesal corresponde al demandado, quien al contestar la demanda, opta por ejercer una nueva pretensión dirigida al demandante.

Aún cuando la demanda y la reconvencción tienen características comunes, **la reconvencción carece de autonomía**, pues mientras la demanda es interpuesta voluntariamente por el actor en ejercicio de su derecho de acción, el emplazado utiliza la circunstancia de tener la carga de contestar la demanda y la existencia de un proceso ya iniciado para hacer valer su pretensión.

Mientras la contrademanda se refiere al mismo conflicto de intereses, la reconvencción puede constituir una litis distinta. La contrademanda exige que la pretensión del demandado esté relacionada con la pretensión del demandante, de lo contrario no será procedente.

La reconvencción es el género y la contrademanda la especie.

El Código Procesal Civil ha regulado la contrademanda exclusivamente, pero dado que el concepto de reconvencción tiene profundo arraigo en el quehacer forense nacional, ha mantenido el nombre.

MONROY basándose en la posición de CARNELUTTI, considera que más que contrademanda debería denominarse contrapretensión, dado que están conectados los hechos y el derecho que configuran las pretensiones del demandante y el demandado, en tanto que la de éste último se opone directamente a la del primero. Y no debe ser contrademanda, puesto que la demanda está dirigida al Estado, entonces la contrademanda tendría como sujeto pasivo al Estado. MORALES GODO tiene una opinión contraria, sostiene que debe distinguirse la pretensión del acto procesal que la contiene (demanda), la llamada contrapretensión no debe confundirse con la contrademanda que sería el acto procesal que la contiene. La contrademanda se dirige al Estado, de la misma forma que la demanda, en tanto que, la pretensión y la contrapretensión se dirigen a la contraparte, demandado y demandante, respectivamente.

El Código Procesal Civil establece las siguientes condiciones:

- La reconvencción debe reunir los requisitos señalados para la demanda.
- Debe proponerse necesariamente con el escrito de contestación de la demanda.

- La reconvencción será inadmisiblesi afecta la competencia asumida por el Juez y la vía procedimental originalmente observada. También si no reúne los requisitos legales que establece el Código Procesal Civil para la demanda, o el petitorio es incompleto o impreciso. En este caso el demandado tiene un plazo de diez días para subsanar la omisión o defecto en que se haya incurrido.
- La reconvencción es procedente, si las pretensiones procesales propuestas tienen conexión con las pretensiones procesales de la demanda.
- La reconvencción será declarada improcedente en el caso que no reúna los requisitos de fondo previstos en el artículo 427° del Código Procesal Civil.
- Admitida la reconvencción se corre traslado de ella al demandante, a fin de que conteste la reconvencción o proponga las excepciones y defensas previas que correspondan.
- La demanda y la reconvencción se sustancian conjuntamente, y se resuelven de la misma manera en la sentencia.

5. REBELDÍA

5.1. Definición

El Código de Procedimientos Civiles trataba esta institución en forma desordenada y dispersa, siendo tratada recién en forma orgánica en el Código Procesal Civil, que contempla la rebeldía total o contumacia (cuando el demandado no comparece al proceso), como la rebeldía parcial o relativa (referente a un acto del proceso).

La rebeldía es una situación procesal que adquiere quien fue debidamente notificado (demandado o demandante), para comparecer a juicio o para realizar determinado acto procesal (contestar la demanda o la reconvencción), y no lo hace en el plazo correspondiente.

Se entiende también como una conducta omisiva, de completa inactividad, por ello algunos se refieren a ella como un acto procesal negativo. Se busca evitar con esta institución que el proceso quede en suspenso, que no se altere la secuela regular del proceso.

5.2. Presupuestos

1. Que se notifique válidamente la resolución con la que confiere el traslado de la demanda o la reconvencción.
2. Que se haya vencido el plazo para hacerlo para contestar la demanda o la reconvencción.
3. El litigante es notificado con la conclusión del patrocinio de su abogado o la renuncia de su apoderado y no comparece dentro del plazo de 30 días.

5.3. Trámite

1. **La declaración de rebeldía requiere de una resolución**, el simple vencimiento del plazo no cierra esa etapa del proceso, es necesario que el Juez de oficio o a petición de parte declare la rebeldía.
2. **La declaración de rebeldía se notificará por cédula si el rebelde tiene dirección domiciliaria**. En caso contrario, se hará mediante edictos. Durante el desarrollo del proceso, se notificará al rebelde las siguientes resoluciones: la que declara saneado el proceso, las que citen para audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la resolución con la que se requiere el cumplimiento de la sentencia. Estas resoluciones se considerarán notificadas el mismo día en que fueron notificadas a la otra parte.

5.4. Efectos

- a. Declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si declara saneado el proceso procederá a expedir sentencia, sobre la base de la presunción legal relativa de verdad.
- b. **La declaración de rebeldía causa la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda**, salvo en los siguientes casos:
 - Que habiendo varios emplazados o demandados, alguno contesta la demanda.
 - Que la pretensión procesal se sustenta en un derecho indisponible, como sería el caso de la demanda sobre filiación.
 - Que por disposición de la ley se requiera que la pretensión procesal sea probada mediante documento, que no se acompañó a la demanda o a la reconvencción.
 - Que el Juez declare, mediante resolución motivada, que la mencionada presunción legal relativa no produce convicción.
- c. **El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento**, sujetándose al estado en que éste se encuentre.

El Juez puede conceder medidas cautelares contra el rebelde y a favor de su contrario, para asegurar el resultado del proceso.

Son de cargo del rebelde las costas y costos causados por su rebeldía. *V.gr.*: las publicaciones de los edictos.

6. SANEAMIENTO PROCESAL

La institución del saneamiento procesal tiene su antecedente en el “despacho saneador” establecido por el Código de Procedimientos Civiles del Brasil, que a su vez recibe influencia de la legislación portuguesa.

Constituye después de la calificación de la demanda y la reconvencción, un filtro esencial para evitar que el proceso carezca de algún presupuesto procesal que lo invalide o esté privado de alguna condición de la acción, que impida al Juez resolver sobre el fondo de la controversia. Igualmente se pretende evitar un desborde de nulidades que desnaturalicen los derechos de los justiciables.

Contestada la demanda y la reconvencción, en su caso, con el propósito de sanear el proceso el Juez, de oficio, debe expedir una resolución declarando:

- a. **La existencia de una relación jurídica procesal válida**, cuando se reúnen:

CONDICIONES DE LA ACCIÓN
Legitimidad para obrar
Interés para obrar
Voluntad de la ley

PRESUPUESTOS PROCESALES
Capacidad procesal de las partes
Competencia del Juez
Requisitos de la demanda y reconvencción

Firme la resolución que declara la existencia de una relación procesal válida, precluye el proceso, por consiguiente, ella impide cualquier nulidad, que directa o indirectamente ataque la relación procesal.

- b. Puede conceder un plazo si el proceso presenta defectos subsanables, éste varía según la vía procedimental V.gr.: 10 días si es proceso de conocimiento o 5 días si es un proceso abreviado. Subsanaos los defectos, el Juez emitirá la resolución que declara saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, emitirá una resolución declarando nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, imponiendo al demandante el pago de las costas y costos.
- c. Declarar la nulidad y consiguiente conclusión del proceso, cuando existan defectos insubsanables en la relación procesal el Juez precisará los defectos, anulará todo lo actuado y declarará concluido el proceso.

7. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL INCORPORADAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1070 QUE MODIFICA LA LEY N° 26872, LEY DE CONCILIACIÓN (28/06/08)

7.1. Eliminación de la Conciliación Intraprocesal

Antes en un Proceso de Conocimiento existías tres audiencias, pero con la Ley N° 29057 del 29/06/07, entre otros cambios, se eliminó la audiencia de saneamiento y se dispuso que el mismo se haga por auto.

Por otra parte, el D.Leg 1070° del 28/06/08 **elimina la conciliación intraprocesal** y establece que sólo hay la conciliación en adelante solo será extrajudicial ante los Centros de Conciliación autorizados, con lo cual se elimina también la Conciliación extrajudicial ante Juzgados de Paz.

Como consecuencia de este cambio se **elimina la audiencia de conciliación** dentro del proceso, salvo que las partes lo pidan.

7.2. Sobre la necesidad de la Conciliación Extrajudicial

El Decreto Legislativo N° 1070 deroga el inciso 7 del artículo 425° del CPC, que establece la necesidad de anexar a la demanda, el acta de conciliación extrajudicial. No obstante el nuevo artículo 6° de la Ley de Conciliación, modificado por el D. Leg N° 107°, establece:

“Artículo 6°.- Falta de intento Conciliatorio.- Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”

7.3. Naturaleza de las modificaciones

Consideramos que queda claro que los cambios al CPC son para adecuar las normas procesales y eliminar toda referencia a la audiencia de conciliación:

7.3.1. Acumulación Objetiva Originaria (art. 87°), en donde se precisa que las pretensiones accesorias solo se pueden acumular hasta antes del saneamiento procesal, antes ese podía acumular hasta la audiencia de conciliación.

Además se encuentra adecuado poner como límite el saneamiento procesal pues es el momento en que se revisa la validez de la relación procesal y para ello es necesario que se conozcan todas las pretensiones, inclusive las accesorias.

7.3.2. Tramitación de la tacha u oposición (art 301), se establece que la actuación de los medios de prueba que sustentan las cuestiones probatorias se realizará en la audiencia de prueba, antes era en la audiencia conciliatoria.

Lo ideal era no confundir los medios de prueba de las cuestiones probatorias con los del tema de fondo, por ello se actuaban en momentos distintos, ahora como la única audiencia que queda es la de pruebas, no existe otro momento, se pueden presentar problemas.

7.3.3. Oportunidad de la recusación (art 308°), se establece que sólo se puede recusar hasta antes del saneamiento procesal, antes era hasta cinco días antes de la audiencia de conciliación.

7.3.4. Formalidad de la Conciliación (art 324°), se precisa que la conciliación se llevará a cabo ante un Centro de Conciliación y si ambas partes lo solicitan el Juez podrá convocarla en cualquier estado del proceso.

Pero esto es una ¿facultad u obligación? Consideramos que si ambas partes lo piden, el Juez debe convocar a la audiencia, salvo que considere que existe alguna razón para no convocarla, por ejemplo, *un supuesto de dilación del proceso* para perjudicar a un tercero. Pero si decide llevar a cabo la audiencia ¿qué mecanismo debe seguir?, pues el art. 326° que regulaba el trámite de la audiencia de conciliación esta derogado, debe proponer una fórmula conciliatoria? ¿Podrá imponer multa a quien no acepte la fórmula conciliatoria que resulte más beneficiosa que la sentencia? Será cuestión de análisis si es que no se quieren causar más controversias.

7.3.5. Proceso y Conciliación (art 327°), el Juez es quien debe aprobar la conciliación extrajudicial. Previa verificación de los requisitos del artículo 325°:

Que trate sobre derechos disponibles, y

Que el acuerdo se adecue a la naturaleza del derecho en litigio.

Pero será suficiente, con ¿sólo eso? Claro que no, pues además deberá verificar que la conciliación se haya realizado según las normas de la Ley de Conciliación y los requisitos del Acta de Conciliación, así como la legitimidad de las partes y que la representación sea correcta, entre otros temas.

7.4. Reconvencción (art. 445°), se exige realizar conciliación extrajudicial para la reconvencción.

En caso de reconvencción, si la pretensión es materia conciliable, el Juez deberá verificar la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación y que conste la descripción de la controversia en el acta de conciliación. Se resuelve un problema existente sobre si era necesario conciliar en caso de reconvencción.

La descripción de la controversia debe ser genérica ¿y si no deja constancia de la controversia que va ser materia de conciliación?, no puede reconvenir, tendrá que demandar y luego acumular, ¿no es esto lo que genera más carga procesal? Otro tema para seguir analizando.

7.5. La fijación de puntos controvertidos y el saneamiento probatorio. (art. 468º),

al eliminarse la audiencia de Conciliación, los puntos controvertidos ni el saneamiento probatorio, se fijan en audiencia. Ahora una vez notificadas las partes con el auto de saneamiento, estas tienes tres días para presentar por escrito los puntos controvertidos, vencido el plazo, el Juez dictará un **auto** fijando los puntos controvertidos y realizará el saneamiento probatorio. Sólo si los medios de prueba admitidos requieren actuación, en ese mismo auto el Juez señalará fecha para la **audiencia de pruebas**, en caso contrario procederá al **juzgamiento anticipado**.

Ahora bien, ¿es apelable el auto que fija los puntos controvertidos y efectúa el saneamiento probatorio? Si, sin efecto suspensivo ¿en que calidad? Eso lo determinará el Juez.

7.6. Medida Cautelar Fuera de Proceso (art. 636º)

Sólo para las medidas cautelares fuera del proceso, el trámite de conciliación debe iniciarse dentro de los cinco días de ejecutada la medida cautelar y la demanda presentada dentro de los 10 días siguientes a la conclusión del procedimiento conciliatorio. Antes el Reglamento de la Ley de Conciliación, sólo fijaba el plazo de 05 días para iniciar la conciliación y no había plazo para demandar.

7.7. Vigencia del Decreto Legislativo Nº 1070

En la Primera Disposición Final se señala que la norma entrará en vigencia progresivamente en los diferentes Distritos Conciliatorios según Calendario Oficial aprobado mediante Decreto Supremo, se exceptúa a los distritos conciliatorios de Lima, Trujillo y Arequipa, así como el Distrito Judicial del Cono Norte de Lima (salvo Canta), en los cuales será aplicado a los 60 días calendarios de su publicación (28 de agosto de 2008) ¿se aplica también a las disposiciones modificatorias? o ¿estas ya están vigentes? Entiendo que las modificaciones están vigentes, pues los 60 días de *vacatio legis* es para distritos conciliatorios no para distritos judiciales.

Lección 13

MEDIOS DE DEFENSA

LECTURA MOTIVADORA

SOBRE LOS MEDIOS DE DEFENSA: DEFENSA PREVIA

Víctor Ticona Postiga

El derecho de contradicción se ejerce en el proceso en forma concreta mediante el ejercicio del derecho de defensa bajo tres modalidades: los medios de defensa de fondo, de forma y las defensas previas. Incluso el derecho de contradicción no deja de ser tal si el demandado es declarado rebelde, pues solamente estaría omitiendo ejercerlo en forma efectiva, sometiéndose, en consecuencia, a los riesgos y efectos de la rebeldía que prevé el ordenamiento procesal.

Sin embargo, el derecho de defensa, que es expresión concreta del derecho de contradicción, no solamente se ejerce proponiendo medios de defensa de fondo, de forma y defensas previas, sino también se ejerce cuando simple y llanamente se limita el demandado a negar rotundamente los hechos sustentatorios de la pretensión del actor, sin agregar nuevos

hechos, subsistiendo en tal hipótesis la carga del actor de probar aquellos hechos. Los medios de defensa de fondo van dirigidos a cuestionar la pretensión procesal del actor formulada en la demanda, ya sea discutiendo el derecho sustantivo invocado o los hechos sustentatorios de la pretensión. Así cuando al contestar afirma que la obligación que se le exige judicialmente su cumplimiento, ya le pagó, está aduciendo un hecho extintivo del derecho alegado en la demanda. En el mismo sentido, cuando el demandado alega novación, condonación, mutuo disenso, entre otros, está proponiendo medios de defensa de fondo.

Los medios de defensa de forma están constituidos por las excepciones. Sin perjuicio de los medios de defensa de fondo, el demandado puede oponer las excepciones que considere razonables, ya

sea para denunciar la ausencia o la insuficiencia de uno de los tres presupuestos procesales o de una de las dos condiciones de la acción (la legitimidad, el interés para obrar).

La defensa previa es aquella que sin ser un cuestionamiento a la pretensión y tampoco a la relación jurídica procesal, consiste en el cuestionamiento que hace el demandado sobre la oportunidad en que se ha iniciado el proceso o para que se suspenda hasta que el actor realice o ejecute un acto previo. Así por ejemplo, si se demanda a los herederos de un deudor el cumplimiento de una obligación dineraria, aquellos pueden alegar que desconocen si la masa hereditaria, aquellos pueden alegar que desconocen si la masa hereditaria presenta un saldo positivo

para responder por la obligación demandada; en consecuencia, proponiendo la defensa previa, solicitarán que el proceso se suspenda hasta que se conozca fehacientemente ese hecho.

Por tanto, la defensa previa no cuestiona la pretensión ni el derecho alegado por el actor y menos aún denuncia la ausencia o la insuficiencia de un presupuesto procesal o de una condición de la acción. Debe considerarse, eso sí, a la defensa previa, como un impedimento procesal, de tal manera que únicamente es oponible por la parte demandada o en su caso, por el actor reconvenido; por tanto, el juez de oficio, no puede examinar la existencia de hechos que podrían sustentar una defensa previa.

...

1. FORMAS DE EJERCICIO

El derecho de defensa tiene en un proceso civil tres modalidades de ejercicio: los medios de defensa de fondo, de forma y los previos.

- **Medios de Defensa de Fondo:** Constituida por a **la contestación o contradicción**, entendida como un derecho específico que deriva de la tutela jurisdiccional efectiva, en virtud del cual una persona que ha sido demandada contraponen una acción que tiende a una declaración negativa. *V.gr.* el demandado en un proceso de obligación de dar suma de dinero sostiene haber pagado la deuda o la nulidad formal del título que contiene la obligación. **Los medios de defensa de fondo están dirigidos a cuestionar la pretensión contenida en la demanda, utilizando para ello argumentos del derecho objetivo e invocando hechos que ha demostrado mediante los medios probatorios ofrecidos.**
- **Medios de Defensa de Forma:** Conformado por **las excepciones** que advierten la ausencia o insuficiencia de presupuestos procesales y condiciones de la acción. Buscan que se declare que la relación jurídica procesal inválida.
- **Medios de Defensa Previos:** Cuestionan la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, buscando que se suspenda hasta que el actor realice o ejecute un acto previo.

En los dos últimos casos advertimos que no cuestiona la pretensión ni el derecho alegado.

En este capítulo abordaremos los medios de defensa de forma y previos pues el medio de defensa de fondo fue tratado en la Etapa Postulatoria.

2. EXCEPCIONES

2.1. Definición

Son medios de defensa que el demandado opone a la demanda del actor, cuestionando el aspecto formal del proceso en el que se hace valer las pretensiones, o cuestionando el fondo mismo de la pretensión procesal, es decir negando los hechos en que se apoya la pretensión o desconociendo el derecho que la sustenta. **Según esta definición en doctrina se ha clasificado a las excepciones en procesales y sustanciales.**

Las excepciones procesales son instrumentos mediante los cuales un demandado puede denunciar la existencia de una relación procesal inválida por la ausencia de un presupuesto procesal o condición de la acción o cuando estos se han presentado de manera deficiente.

2.2. Clasificación

En la doctrina, según los efectos de las excepciones encontramos la siguiente clasificación:

<p>EXCEPCIONES PERENTORIAS</p>	<p>Persiguen declarar la extinción del proceso. Entre ellas tenemos: la de incompetencia, la de representación defectuosa o insuficiente del demandado, la de falta de agotamiento de la vía administrativa, la de falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y de convenio arbitral.</p> <p>Estas excepciones permiten una subclasificación:</p> <p>Las excepciones perentorias simples, que tienen como efecto extinguir el proceso sin afectar la pretensión formulada por el demandante o el reconviniente. V.gr.: la excepción de incompetencia, representación defectuosa o insuficiente del demandado.</p> <p>Las excepciones perentorias complejas, que tienen como efecto de extinguir el proceso, así como cancelar en forma definitiva la pretensión procesal, de tal manera que el actor no podrá proponerla nuevamente. V.gr.: excepción de cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o por transacción.</p>
<p>EXCEPCIONES DILATORIAS</p>	<p>No destruyen la pretensión del actor, sino suspenden el proceso hasta que se subsane el defecto u omisión. Constituyen excepciones de este tipo: la de incapacidad del demandante o su representante, la representación insuficiente o defectuosa del demandante, la de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, la de falta de legitimidad para obrar pasiva.</p>

En el Código Procesal Civil se establecen taxativamente las excepciones que el demandado o demandante (en el caso de reconvencción) puede proponer, ellas se sustancian en **cuaderno separado sin suspender el trámite del principal**.

2.3. Las Excepciones en el código procesal civil

⊙ Excepción de Incompetencia

La competencia del Juez es uno de los presupuestos del proceso, si un proceso se sigue ante un Juez incompetente no tiene ninguna eficacia jurídica.

Esta excepción procede cuando se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional incompetente por razón de materia, cuantía o territorio, cuando es improrrogable. En este supuesto de incompetencia absoluta cabe que se declare de oficio, cuando el Juez califica la demanda o cuando realiza el saneamiento procesal, o cabe deducirse a través de la excepción materia de estudio, en tanto si se trata de la incompetencia relativa (territorial), únicamente es revisable a instancia de parte, de lo contrario, se considera que se ha producido la prórroga tácita de la competencia.

Si es declarada fundada la excepción de incompetencia se producirá como efecto la anulación de lo actuado y la conclusión del proceso; lo que no evita, sin embargo, que el demandante pueda interponer nuevamente su demanda ante el órgano jurisdiccional competente.

⊙ Excepción de Incapacidad del Demandante o su Representante

La capacidad de las partes también constituye uno de los presupuestos del proceso, el demandante o su representante **deben tener capacidad para actuar en el proceso física y procesalmente.** Si se declara fundada la excepción se suspende el proceso hasta que el actor incapaz comparezca legalmente asistido o representado dentro del plazo que fija el auto.

En esta excepción no se hace mención a la relación jurídica material sino que se denuncia la falta de capacidad del actor para llevar a cabo en forma directa actos procesales.

Está referida solamente a la persona del demandante y de su representante, de ninguna manera incluye al demandado, porque como señala MANRESA “quien no puede comparecer a juicio tampoco puede proponer excepción alguna.”

⊙ Excepción de Representación Defectuosa o Insuficiente del Demandante o del Demandado

El Código de Procedimientos Civiles regulaba ambas excepciones bajo el rótulo de **excepción de inficiosidad de la demanda,** la indebida redacción de la norma adjetiva derogada, generó problemas de interpretación, entendiéndose como una excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva o como irresponsabilidad.

Está relacionada con la llamada representación voluntaria, es decir, quien actúa en un proceso en representación del demandante o del demandado, **debe estar premunida del poder suficiente que la faculte para intervenir en el proceso, debe tener un poder perfecto y suficiente.**

También se relaciona con la representación legal. *V.gr.:* el tutor de un menor.

Si se declara fundada esta excepción se suspenderá el proceso hasta que se subsane el defecto o la insuficiencia de la representación del actor dentro del plazo fijado por el auto. Si venciera el plazo sin haberse procedido a la subsanación del defecto o insuficiencia de representación del demandante o demandado se declarará la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.

Esta excepción está dirigida a cuestionar el poder y no la persona del representante de alguna de las partes, **pues ella constituye el presupuesto de la excepción de incapacidad del demandante o su representante.**

Excepción de Oscuridad o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda

El Código de Procedimientos Civiles no la considero como excepción, sin embargo se concedía el recurso de reposición al demandado para que a través de él pudiera solicitar que se modifique el decreto que admitía a trámite la demanda.

Esta excepción no se refiere al fondo de la pretensión procesal, sino sólo a la forma. La atribución de oscuridad de la demanda, determina que ésta es incomprensible o ininteligible, y la ambigüedad, que el petitorio o los hechos que la sustentan se pueden interpretar de varias formas o son contradictorios. *V.gr.:* se proponen pretensiones que son incompatibles, o no existe conexión entre los hechos expuestos y las pretensiones propuestas, etc.

Únicamente cuestiona los aspectos relativos a una mejor comprensión por parte del Juez y del sujeto pasivo del proceso. No se dirige a la comprobación de los hechos afirmados en ella, sino a exigir que estos, su fundamentación y petitorio sean expuestos con claridad.

Si se declara fundada esta excepción se suspende el proceso hasta que el demandante subsane los defectos señalados.

Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa

En los casos de impugnación de alguna resolución administrativa (contencioso administrativo), **previamente deben agotarse los recursos previstos en esta vía para acudir al proceso civil.**

MONROY GALVEZ sostiene que se trata de conceder al demandado la facultad de impedir el curso de la relación procesal, debido a que el actor no ha agotado el

trámite administrativo que, siendo jerárquicamente inferior respecto al trámite judicial, requiere estar concluido antes de permitir el establecimiento válido de la relación procesal.

De declararse fundada esta excepción se anula todo lo actuado y se da por concluido el proceso.

⊗ **Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar Activa y Pasiva**

Con esta excepción lo que se procura es que **exista identificación entre los sujetos de la relación procesal y los de la relación sustantiva**. La relación sustantiva debe trasladarse a la relación jurídica procesal.

TICONA señala que “cuando el demandado deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o demandado, lo que está haciendo es afirmar que el demandante no es el titular de la pretensión que está intentando o que en todo caso no es el único que debería hacerlo, sino en compañía de otro u otros, o que él (el demandado) no debería ser el emplazado dado que la pretensión dada en su contra le es absolutamente ajena o, en todo caso, que no es el único que debería ser demandado.”

En la definición citada nos referimos a la **legitimidad para obrar ordinaria**, donde los sujetos de la relación sustantiva deben ser necesariamente los mismos sujetos de la relación jurídica procesal. La legitimidad para obrar ordinaria puede ser singular (demandante y demandado) o puede ser plural (litisconsortes). En cambio la **legitimidad para obrar extraordinaria** no determina la existencia de esa identidad, pues esta referida a la sustitución procesal o a la intervención de terceros.

Cuando se declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, se suspende el proceso hasta que el demandante establezca la relación jurídica procesal. Si se declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar activa, el efecto inmediato es anular todo lo actuado y dar por concluido el proceso.

⊗ **Excepción de Litispendencia**

Este medio de defensa ya estuvo regulado en el Código de Procedimientos Civiles, con la denominación de pleito pendiente.

La excepción de litispendencia es el instrumento procesal dirigido a **denunciar la existencia de dos procesos en trámite entre las mismas partes, con iguales pretensiones procesales y promovidas en virtud del mismo interés**, con la finalidad de extinguir el iniciado con posterioridad al primer proceso.

ALZAMORA VALDEZ señala que la excepción de litispendencia se sustenta en el principio de economía procesal, y en evitar el pronunciamiento de dos sentencias diferentes sobre la misma cuestión.

CHIOVENDA refiere al respecto: "En un sentido general indica que *pende* una relación procesal con la plenitud de sus efectos, y en un sentido más restringido, expresa uno de esos efectos, a saber: el derecho del demandado de plantear la litispendencia para impedir que existan al mismo tiempo dos o más relaciones procesales sobre el mismo objeto. Del mismo modo que una misma litis no puede ser fallada más de una vez (*exceptio rei iudicatae*), no puede pender simultáneamente varias relaciones procesales entre las mismas personas acerca del mismo objeto. El demandado, por lo tanto, podrá plantear la excepción que la misma litis se encuentra ya pendiente ante el mismo juez o ante un juez distinto, a fin de que la segunda se resuelva juntamente con la primera por el juez que está ya conociendo de ésta. (...)"

Si se declara fundada esta excepción, el primer efecto consistirá en que el Juez ya no pueda pronunciarse sobre las demás excepciones que se hubieran propuesto, luego se declarara nulo lo actuado (improcedente la demanda), y concluido el proceso. Por ello algunos autores afirman que esta excepción **tiene un carácter perentorio y complejo**, por cuanto además de dar por concluido el proceso, la pretensión no puede ser propuesta en otro proceso idéntico posterior.

Excepción de Cosa Juzgada

Se presenta cuando un proceso ha terminado con decisión firme, ya sea mediante sentencia o laudo arbitral, y existe otro proceso en trámite en el que las partes, las pretensiones y el interés para obrar son las mismas.

Mediante esta excepción se evita la duplicidad de actividad procesal y se asegura la inmutabilidad de la sentencia. Como requisitos para su procedencia se exige **la identidad de procesos**, y para ello **debe concurrir una triple identidad: de partes, de petitorio y de interés para obrar**. Asimismo, se requiere que el primer proceso sea contencioso y haya terminado en una sentencia de mérito y firme, con pronunciamiento sobre el fondo de la litis, y que la ley ya no conceda recurso alguno dentro de ese mismo proceso para cuestionar la sentencia emitida; y el segundo proceso implicado debe hallarse en pleno trámite, siendo ahí donde debe hacerse valer este medio de defensa.

Si se declara fundada la excepción de cosa juzgada se produce como efecto la anulación de todo lo actuado y la conclusión del proceso. Sobre esto último hay que señalar que la pretensión no se extingue en virtud de la excepción de la cosa juzgada, sino en mérito a la resolución judicial que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

Excepción de Desistimiento de la Pretensión

Este medio de defensa es conocido en la doctrina como excepción de desistimiento de la acción o también como excepción de desistimiento del derecho. El Código de Procedimientos Civiles no la contemplaba inicialmente, pero a partir de la vigencia del Decreto Ley N° 21773 se regula con el nombre de "excepción de pleito acabado".

Se plantea este medio de defensa cuando se da inicio a un proceso idéntico a otro concluido por el desistimiento de la pretensión del accionante. MONROY GÁLVEZ señala que esta excepción resulta procedente cuando se pide al órgano jurisdiccional amparo a una pretensión que ya fue peticionada en un anterior proceso en donde el accionante se desistió de la pretensión o derecho material que tal proceso contenía.

Para su procedencia se consideran los siguientes requisitos:

1. La concurrencia de una triple identidad entre los procesos: partes, petitorio e interés para obrar.
2. Que, el primer proceso haya terminado de modo especial: desistimiento de la pretensión.
3. Que, el segundo proceso, donde se va hacer valer este medio de defensa, esté en actual trámite, sin que se haya dictado sentencia firme.

Si esta excepción es declarada fundada, se declara la nulidad de lo actuado (improcedente la demanda) y la conclusión del proceso, lo que determina su naturaleza perentoria y compleja, puesto que además del archivo del proceso, la pretensión no podrá ser propuesta en un proceso ulterior.

Excepción de Conciliación y Transacción

Sabemos que la conciliación y la transacción son mecanismos procesales que pueden dar término al proceso, y tienen efectos de una sentencia con la calidad de cosa juzgada. COUTURE al respecto afirmaba: “el acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evitan el litigio eventual”.

Para la procedencia de estas excepciones deben concurrir los siguientes requisitos:

1. La concurrencia de la triple identidad en los dos procesos implicados: las partes, el petitorio y el interés para obrar.
2. Que, el primer proceso haya concluido por conciliación o transacción.

Ambas excepciones son de naturaleza perentoria y compleja porque aparte de extinguir la relación jurídica procesal, afectan definitivamente la pretensión.

Excepción de Caducidad

La caducidad es aquella institución en virtud de la cual, **derechos, relaciones o situaciones jurídicas se extinguen por el transcurso del plazo expresamente señalado en la ley.** GARCÍA AMIGO sostiene que la caducidad opera automáticamente en la vida del derecho, sancionándose al titular del derecho con la extinción del mismo, aún cuando no de manera absoluta.

Los plazos de caducidad están establecidos en la ley, no admite interrupción ni suspensión salvo cuando sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

Se sostiene que operada la caducidad, el demandante no tiene interés para obrar, pues carece de necesidad de tutela jurisdiccional.

De declararse fundada la excepción, se declara la nulidad de todo lo actuado (improcedente la demanda) y concluido el proceso.

Ⓞ Excepción de Prescripción Extintiva

ALSINA en su *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* sostiene que la prescripción extintiva es de carácter procesal, mientras que la prescripción adquisitiva es de naturaleza sustancial, en la primera se solicita la extinción de una pretensión procesal que se halla respaldada por un derecho sustantivo, en la segunda se pide la declaración y reconocimiento del derecho real de propiedad.

La **prescripción** y la **caducidad** se sustentan en el transcurso del tiempo, pero para que opere **la prescripción extintiva necesariamente debe ser deducida, y se afirma que sólo afecta la acción, pero no el derecho, en cambio la caducidad opera en forma automática, extingue el derecho y en consecuencia la acción.**

Esta excepción es procedente cuando el derecho de acción no puede ejercerse válidamente, al haber vencido el plazo para plantear la pretensión, y se concluye que el acto no tenía necesidad de la tutela jurisdiccional, y por lo tanto, carecía de interés para obrar.

Si el demandado no opuso oportunamente (dentro del plazo que establece la norma adjetiva para cada proceso) se debe entender que se ha renunciado tácitamente a la prescripción ganada, y en el supuesto que el demandado haya sido declarado rebelde, debe llegarse a la misma conclusión.

En caso de declararse fundada la excepción, se declara la nulidad de lo actuado (improcedente la demanda) y concluido el proceso.

Ⓞ Excepción de Convenio Arbitral

Uno de los medios alternativos para la solución de conflictos, es el arbitraje, a través del cual **se resuelve extrajudicialmente** las diferencias que subsistan entre dos o más partes, **acudiendo con este fin a un tercero.**

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter sus controversias a este mecanismo de solución, obliga a las partes y a sus sucesores. Si en un proceso se constata que la pretensión ya ha sido objeto de un convenio arbitral cabe plantear este medio de defensa que tiene carácter perentorio.

El único medio probatorio que se admite es el documento que acredita su existencia, debido a que se exige que el convenio sea celebrado por escrito bajo sanción de nulidad.

3. DEFENSAS PREVIAS

Son medios procesales a través de los cuales **el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el demandante cumpla con un requisito o condición previa**, que establece el derecho sustantivo para el ejercicio de la acción.

TARAMONA señala que se considera defensa previa a “aquella que sin ser un cuestionamiento a la parte o a la relación procesal, solicita que el proceso se suspenda mientras el demandado cumpla con realizar un acto previo”.

Entre las defensas previas que establece el Código Civil tenemos:

BENEFICIO DE INVENTARIO	Surge en el Derecho de Sucesiones, cuando un heredero tiene que asumir la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia, su obligación sólo alcanza los bienes de ésta, para lo cual debe realizarse el inventario judicial; pierde este derecho si oculta dolosamente los bienes de la masa hereditaria.
BENEFICIO DE DIVISIÓN	Se encuentra regulado en el artículo 1887° del Código Civil. Aquí se observa la existencia de una pluralidad de fiadores por una misma deuda y la responsabilidad solidaria de todos ellos a no ser que se haya convenido el beneficio de excusión, que permite la posibilidad de exigir que el deudor reduzca la acción a la parte que le corresponde.
BENEFICIO DE EXCUSIÓN	Surge en el Derecho de Obligaciones, es un beneficio otorgado al fiador, quien al ser compelido al pago de la obligación que garantizó, puede utilizar este beneficio que consiste en que el acreedor previamente se dirija contra los bienes del deudor principal. Para ello deberá acreditar la existencia de bienes del deudor realizables en el país.

4. TRÁMITE DE LOS MEDIOS DE DEFENSA

4.1. De las Defensas Previas

- Se proponen y tramitan como las excepciones. Es decir, se plantean dentro del plazo previsto para cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.

- Si el Juez declara fundada una defensa previa, debe ordenar la suspensión del proceso hasta que se cumpla el tiempo o acto previo.
- Las costas y costos de las defensas previas, son de cargo de la parte vencida, adicionalmente el Juez puede condenar al recurrente al pago de una multa entre tres y cinco unidades de referencia procesal.

4.2. De las Excepciones

- **Las excepciones se proponen conjuntamente** y dentro del plazo que para cada tipo de procedimiento se establece.
- **Su tramitación es autónoma**, se sustancian en cuaderno separado y sus efectos tienen influencia en el cuaderno principal.
- **Deducida la excepción se corre traslado a la parte contraria**, por el plazo que se señala en cada tipo de proceso. Absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, sin que se haya absuelto, el Juez tiene dos alternativas:
 - a) Mediante decisión debidamente motivada e inimpugnable, puede prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación, declarando infundada la excepción y saneado el proceso, lo que significa que la relación procesal es válida y no es posible recurrir a la nulidad de lo actuado con posterioridad.
 - b) De lo contrario, fija día y hora para la audiencia de saneamiento, la que será inaplazable. En esta audiencia se actuarán los medios probatorios ofrecidos y necesarios, a criterio del Juez, para resolver la excepción. El Juez puede resolver la excepción al final de la audiencia, luego de escuchar los informes orales de los abogados, o puede reservar la decisión por un plazo que no exceda los cinco días contados desde la conclusión de la audiencia.
- **Si se declara infundada la excepción deducida, declara además saneado el proceso.** De lo contrario, si su decisión es de **declarar fundada la excepción, puede suspender el proceso o anular el mismo, dependiendo del tipo de excepción.**
- El auto que declara fundada **una excepción es apelable con efecto suspensivo**, la resolución que declara infundada la excepción es inimpugnable.
- Los hechos que configuran excepciones no pueden ser alegados como causal de nulidad por el demandado cuando tuvo oportunidad para proponerlos como excepciones.
- Las costas y costos del trámite de las excepciones son de cargo de la parte vencida, adicionalmente el Juez puede condenar al perdedor al pago de una multa de tres a cinco unidades de referencia procesal.



Lección 14



LA CAUTELA PROCESAL

LECTURA MOTIVADORA

LO URGENTE Y LO CAUTELAR

Jorge W. Peyrano

El título se refiere al “estado de cosas” que constituye el núcleo de este trabajo y que pretende dar forma a una situación de inquietud, disconformidad y deseo de que – de una vez por todas – se haga presente el futuro que soñamos todos. Ahora bien: ¿cuál es el futuro presente y añorado que nos ocupa? Pues el que parte de la premisa de que los procesos cautelares, en ciertas ocasiones, no satisfacen adecuadamente las necesidades de “respuesta inmediata” requerida por los justiciables.

Así es que ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a “inventar” procesos principales para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos pedidos “cautelares” cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza. Casi cabe aclarar que dichos procesos “inventados” o son dere-

chamente abandonados o se impulsan al solo efecto de evitar perenciones.

Parece entonces, llegada la hora de diseñar una suerte de tutela judicial urgente sustantiva “no cautelar”, vale decir con autonomía propia y con la finalidad de preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas. MORELLO también acuerda en el señalado distingo entre la citada “tutela urgente” y la típica estructura cautelar, diciendo “por falta de reglamentación y sólo por la comodidad que brindan las figuras análogas, para actuar esa tutela provisorio, nos valemos del régimen de las providencias cautelares, pero sin formar parte de él. Es típicamente una tutela autónoma, genuina, eficaz y de resultados efectivos”.

El mismo autor en tren de confirmar lo expresado, aporta el ejemplo de los “ali-

mentos provisorios” que en su caso, deben ser concedidos “ya” y sin dilaciones, y que sin embargo sólo un forzamiento palmario de la realidad puede justificar su adscripción al cuadro de las diligencias cautelares. Y no se crea que los autores clásicos hayan dejado de columbrar que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar.

Así CALAMANDREI nos habla de las “declaraciones de certeza con predominante

función ejecutiva”, que son medidas distintas a las cautelares y que al juez le está permitido dictar con urgencia en vista de lo particular certeza del derecho o de su naturaleza especial. Más aún: no resulta extraño al léxico del maestro de Florencia el calificativo de “providencia urgente” (que sería aquella que si quiere que cumpla prácticamente su objetivo, debe ser dictada sin retardo), como algo distinto de lo ortodoxamente cautelar.

...

PROEMIO

“El proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido”

Eduardo Couture¹

1. FUNDAMENTO

La existencia de esta institución procesal, que no constituye un apéndice o incidente, sino un verdadero proceso, que difiere de los procesos de declaración y de ejecución, **se sustenta en el derecho a la cautela o aseguramiento de la plena efectividad de la futura sentencia durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento**. Su fundamento señala CORTEZ DOMÍNGUEZ es puramente procesal, en todo caso, constitucional, se encuentra relacionado directamente con el derecho a la tutela jurisdiccional efectivo (artículo 139.4 de la Constitución).

CHAMORRO BERNAL al respecto sostiene; “ es una exigencia constitucional de la plenitud de su jurisdicción, pues sin posibilidad de asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar, no existe verdadera tutela..”

2. DEFINICIÓN

Es un instrumento procesal que tiene por objeto el aseguramiento de la eficacia de la sentencia, buscando proteger el derecho de la demandante, que por diversas razones considera que su pretensión o derecho se encuentra en peligro ante el demandado. Dicho peligro afecta la efectividad de la resolución judicial, que no podrá llevarse a efecto de modo inmediato, convirtiéndose en un daño real.

Sin embargo, la naturaleza excepcional de la medida cautelar implica una especie de juzgamiento anticipado o prejuzgamiento de quien aparenta tener mejor derecho que el demandado, por lo cual el primero deberá probar fehacientemente que el fallo final probablemente le favorecerá por asistirle el legítimo derecho.

3. PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA

En forma generalizada se otorgaban medidas cautelares con criterios restrictivos o excepcionales, hoy en día, por el contrario, se conceden con cierta amplitud, siempre que se den todos los presupuestos que exige la norma adjetiva, aunque el Código Procesal Civil contempla situaciones específicas de improcedencia. V.gr.: No proceden medidas de futura ejecución forzada contra los poderes del Estado,

los órganos constitucionales autónomos, gobiernos regionales y locales, o la falta de necesidad de la medida cautelar cuando existe garantía suficiente.

Un supuesto de improcedencia se encuentra en los denominados bienes inembargables señalados en el artículo 648° del Código Procesal Civil: los constituidos en patrimonio familiar, los bienes del Estado, prendas de uso personal, libros, alimentos básicos, vehículos, maquinarias o herramientas indispensables para el ejercicio de una profesión u oficio, las insignias condecorativas de los funcionarios o servidores del Estado, las remuneraciones o pensiones que no excedan las 5 URP, y el exceso sólo será embargable en una tercera parte, los bienes muebles de templos religiosos y los sepulcros.

4. PRESUPUESTOS

<p><i>Fumus Boni Iuris</i></p>	<p>Expresión que equivale a apariencia del derecho, se refiere a que la medida cautelar se concede al solicitante porque su petición o su derecho parece amparable, lo que debe acreditarse con una prueba documental.</p> <p>MONROY sostiene que lo verosímil es lo que tiene “apariencia o forma exterior de verdadero”, el derecho es verosímil si es probable que exista, y los hechos en los que se funda pueden ser probados.</p>
<p><i>Periculum in mora</i></p>	<p>CALAMANDREI sostiene que la medida cautelar tiende a evitar la producción no de un daño jurídico genérico que puede producirse con la sentencia, sino un daño marginal derivado de la demora que provoca la duración del proceso.</p> <p>El peligro en la demora debe ser apreciada con relación a la urgencia en obtener una protección especial, dados los hechos indicativos de la irreparabilidad o el grave daño que puede significar esperar el dictado de la sentencia.</p> <p>El daño irreparable importa un quebranto real e irremplazable en el status jurídico, es distinto al daño irrisarcible, es decir, a aquel que no puede compensarse económicamente.</p>
<p><i>Fianza o Contracautela</i></p>	<p>La medida cautelar supone una ventaja para el solicitante quien obtiene un adelanto de la ejecución, y como contraparte el ejecutado puede obtener una garantía que lo ponga a salvo de posibles abusos y que le asegure una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada.</p>

5. CONDICIONES PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

- a. **Iniciativa de parte.** Sólo se pueden otorgar medidas cautelares a pedido del litigante (artículo 608° del Código Procesal Civil). Pero este principio tiene sus excepciones: En materia de cuidado de la persona y bienes del menor, mientras no designe al tutor; las medidas de seguridad que puede dictar el juez para proteger los intereses del cónyuge que demanda por la sustitución del régimen habitual de bienes en el matrimonio, las medidas de seguridad que se pueden adoptar para evitar la caída de un bien en situación de ruina o inestabilidad sobre todo si afecta a terceros.
- b. **Generalmente solicitada por el demandante o actor.** Eventualmente podrían ser solicitadas por el demandado, un supuesto posible es el referente al pago de costas y costos.
- c. **Oportunidad.** Puede solicitarse antes o después de la promoción de la demanda. Ante un supuesto de rebeldía cabe solicitar la medida cautelar en el desarrollo del proceso, también quien obtuvo una sentencia favorable puede solicitar la medida cautelar aun cuando ésta haya sido impugnada, se trata de una solución adoptada en virtud de la verosimilitud del derecho.

6. CARACTERÍSTICAS

JURISDICCIONALIDAD	Las medidas cautelares son de naturaleza procesal y por ende jurisdiccional. No pueden ser consideradas resultantes de la actividad administrativa de los tribunales. Nacen y se generan en el proceso, sin perjuicio de poderse trabar con anterioridad a él, pero en ese caso condicionada a la iniciación del mismo.
INSTRUMENTALIDAD	<p>Ser efímera que la medida cautelar se instrumentaliza en función a la pretensión principal que se haga valer o que se discuta en el proceso, ya que si ésta medida fuera concedida y ejecutada, tendrá carácter definitivo sólo si el fallo final declara que el demandante tiene realmente el derecho a su favor, de lo contrario la medida cautelar podrá caducar e inmediatamente queda sin efecto.</p> <p>Las medidas cautelares existen para hacer efectivos los derechos sustanciales que se reconozcan en el proceso, por ello CALAMANDREI señala que son: “instrumento del instrumento”.</p>

<p>TEMPORALIDAD</p>	<p>Se refiere a que esta institución dura eventualmente en el proceso, no puede durar más que la tramitación o solución del principal, ya que tiene una duración limitada, no nace con vocación de perpetuidad.</p> <p>Las medidas cautelares tienen su razón de ser en poner fin al peligro en la demora, por lo tanto pueden desaparecer por diferentes motivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cambio de las circunstancias que justificaron su dictado. • Por la finalización del proceso. • Por estar sujeta legalmente a un plazo determinado. • Por agotamiento del tiempo fijado para la vigencia de la medida. • Por incumplimiento de cargas procesales.
<p>ANTICIPACIÓN DE LA EJECUCIÓN</p>	<p>Se refiere a la esencia de la medida cautelar ya que ésta opera anticipando los futuros efectos de la sentencia definitiva, de lo que posteriormente en la conclusión del proceso se ejecutará.</p> <p>Esta institución se basa en el presupuesto jurídico denominado <i>periculum in mora</i>, es decir peligro en la demora.</p>
<p>VARIABLE</p>	<p>Conforme avanza el proceso la apariencia de certeza sobre el derecho invocado va sufriendo modificaciones, por lo cual la medida cautelar sustentada en dicha apariencia debe irse adecuando al nuevo estado del derecho, de esta manera surge esta característica que determina que mucho antes de que se expida sentencia, la medida cautelar puede sufrir modificaciones en cantidad o calidad.</p>

7. MODIFICACIONES SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

El ordenamiento jurídico normativo se vio en la necesidad de perfeccionar los artículos que establece nuestro código procesal, en cuanto al tema del proceso cautelar. Razón por la cual el 28 de junio de 2008 el Poder Ejecutivo, por expresa delegación de facultades del Congreso de la República, expidió el D. Legislativo N° 1069, que modificó 30 artículos del Código Procesal Civil (CPC), entre ellos, 9 referidos, específicamente, al Título IV, Capítulo I, del Proceso Cautelar.

En lo que respecta al **Proceso Cautelar**, se considera que son precisiones que **buscan darle mayor eficacia a las medidas cautelares** dentro del objetivo general, el cual es mejorar la administración de justicia, en términos de eficacia y celeridad. Además fortalecer la seguridad jurídica. Como esfuerzo para ello es importante, pero aún insuficiente. Pues mediante dichas modificaciones y precisiones del D. Leg. en mención, **no se ha abordado aquello que constituye el punto más problemático de las medidas cautelares, esto es, la determinación rigurosa y precisa de la jurisdicción y competencia de los jueces para admitir y conceder las providencias cautelares, dentro o fuera del proceso**, y el tema de la **caución juratoria** pues en la práctica **no respalda nada, puesto que supone únicamente una simple promesa o declaración solemne sin trascendencia.**

También es notorio que **el instituto cautelar en los últimos tiempos se ha desprestigiado por el uso y abuso de las medidas cautelares**, precisamente por la ausencia de precisión y regulación - en la norma procesal - de la competencia jurisdiccional, para la concesión y diligenciamiento de este importante instrumento procesal.

Son numerosos y diversos **los casos de litigantes que han obtenido medidas cautelares** (por lo general no ajustadas con la ley y al derecho) **en distritos judiciales alejados y distantes de la capital de la República, y luego aplicadas a escala nacional**, como "santa verdad" en cualquier parte del país, por lo general nuestra capital. El **caso de los casinos, máquinas tragamonedas y el de Panamericana Televisión son especialmente ilustrativos y emblemáticos.**

7.1. Decreto Legislativo N° 1069

Los artículos del CPC que han sido modificados por este decreto son los siguientes:

El **art. 611°** que se refiere al contenido de la **Decisión Cautelar**, y en que se ha efectuado la siguiente precisión que amplía incluso la potestad cautelar del juzgador:

"El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquiera otra razón justificable.

El art. 613° **sobre la contracautela y discrecionalidad del juez**, hace el siguiente añadido con el objeto de asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento real de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución

de la medida: *“La contracautela de naturaleza real, se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recaerá sobre los bienes de propiedad de quien la ofrece; el Juez remitirá el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente”*. Agregando el siguiente párrafo que precisa los términos y objeto de la contracautela. En caso de ejecución de la contracautela, ésta se llevará adelante, *a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar, el que resolverá lo conveniente previo traslado a la otra parte”*.

El art. 630º, con respecto a la **Cancelación de la Medida**, incorpora una importante innovación, en caso de que ésta quede cancelada por haberse declarado infundada la demanda por el Juez de primera instancia. Anteriormente la impugnación de la sentencia no evitaba la cancelación de la medida. El añadido es el siguiente: *“Sin embargo, a pedido del solicitante, el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión, por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria”*.

El art. 637º **sobre el trámite de la Medida**, precisa lo siguiente en caso de que se concedan varias medidas: *“Cuando la decisión cautelar comprende varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior”*.

El resto del art. 637º permanece inalterable, fundamentalmente cuando señala que la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido, y el extremo que precisa que procede formular recurso de apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. Caso en el cual el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna.

El art. 638º **norma la Ejecución por terceros y el Auxilio Policial** en caso de embargo, incorporando la notificación vía correo electrónico del mandato que ordena la medida de embargo con los actuados que considere pertinentes o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de la decisión judicial. De acuerdo a la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria, este artículo conjuntamente con el 657 y 733 entraron en vigencia a los ciento ochenta (180) días de la publicación de dicho Decreto (28 de junio de 2008), cuando se implementó los mecanismos de seguridad para las notificaciones electrónicas. Añadiendo el siguiente párrafo al mencionado artículo: *“Cuando por las circunstancias sea necesario el auxilio de la fuerza pública, se cursará un oficio conteniendo el mandato a la autoridad policial correspondiente”*.

Lo que prevé el art. 643º. es el sentido que cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez, el texto modificado añade lo siguiente: *“Cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial pueda recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio”*. Precisando, finalmente, que “se

aplican al secuestro, en cuanto sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo”.

El art. 650° trata **sobre el Embargo de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona**. En este artículo se efectúa una interesante precisión para evitar que los malos deudores, que no tienen por lo general los bienes inscritos a su nombre, o lo tienen a nombre de terceros, eludan su responsabilidad de pago. A la primera parte del artículo se hace el siguiente añadido, para mejorar precisamente la administración de justicia en materia cautelar: *“En este supuesto el Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, sólo para los fines de la anotación de la medida cautelar”.*

Precisando también que *“en caso que se acredite de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral”.*

Sin embargo, consideramos que el legislador incurre en un error cuando en este artículo se prevé que *“deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro”.* Según la propia naturaleza de la medida cautelar ésta no puede notificarse sin que previamente haya sido ejecutada. Si se notifica la medida, sin antes ejecutarla, el deudor o el tercero podrían impedir la ejecución, burlando con ello la obligación.

El art. 667°, **sobre el Embargo en forma de retención** y en el que se efectúa asimismo un importante añadido, a través del cual se pone la tecnología, esto es, el correo electrónico al servicio de la celeridad en la administración de justicia, cuando se dispone que *“si el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera, el Juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión”.* Para cuyo efecto se dispone además que *“todas las Entidades Financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención”.*

El art. 674° **al texto de la Medida Temporal** sobre el fondo, que consiste en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia se agrega la siguiente pertinente salvedad: *“siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.*

El art. 687° **a la prohibición de innovar**, que se refiere a la medida destinada a conservar la situación de hecho o de derecho, se añade: *“cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y se encuentra en relación a las personas o bienes comprendidos en el proceso”.* Quedando la parte final del texto, en los siguientes términos:

“Esta medida es excepcional, por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la Ley”.

7.2. Ley N° 29384

Al concluir el análisis de las modificaciones y/o precisiones contenidas en el D. Leg. acotado, se expidió la Ley N° 29384, de 16 de junio último, que modifica, a su vez, cuatro artículos del CPC, relativos, igualmente, al Proceso Cautelar, y a lo que precisamente reclamábamos, como imperiosa necesidad, para perfeccionar y mejorar el instituto cautelar, esto es, la determinación de la competencia de los jueces, la oportunidad y finalidad de las medidas cautelares y sobre la caución juratoria.

La citada ley precisa que en caso de medidas cautelares fuera del proceso, el juez deberá apreciar de oficio su incompetencia territorial. Estableciendo la Disposición Transitoria Complementaria y Final, que el juez provisional o suplente sólo podrá conocer de los pedidos cautelares dentro del proceso, salvo que en el distrito judicial correspondiente o en el ámbito de su competencia, el juez titular no se encuentre habilitado. Ello constituye una saludable precisión.

Y en cuanto a la caución juratoria, que no respaldaba ni garantizaba nada, se hace la siguiente importante precisión: *“la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz”*. Con ello, se restringe la caución juratoria a lo estrictamente necesario, preservando al ejecutado de un daño irreparable, por una medida cautelar innecesaria.

Las modificaciones que aludimos alcanzan a los artículos 608°, 611°, 613° y 637° del CPC, que ya fueron a su vez modificados (arts. 611°, 613° y 637°) por el propio decreto que ya analizamos.

El art. 608°, pues recordemos que el artículo anterior señalaba que *“todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste”*. El nuevo artículo establece con mayor precisión, la competencia del juez, la oportunidad y finalidad de la medida, estableciendo que el Juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda.

Añadiendo que las medidas cautelares fuera del proceso destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deberán solicitarse ante el mismo Juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas; y que el solicitante deberá expresar claramente la pretensión a demandar.

El art. 611°, **con respecto** al contenido de la decisión cautelar. Este artículo que fue materia de modificación por el D. Leg. N° 1069, como hemos señalado en la parte pertinente; también en la Ley N° 29384, se añade a la verosimilitud del derecho invocado y a la necesidad de la emisión de una decisión preventiva; por constituir peligro la demora del proceso; *“la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión”*; como fundamentos de la decisión cautelar.

El art. 613° **sobre la contracautela y la discrecionalidad del juez**, igualmente ha sido objeto de algunas precisiones, a través de la Ley N° 29384. En el caso de la admisión de la contracautela por parte del juez, quien podrá graduarla, modificarla

o incluso cambiarla, se hace el siguiente añadido, *“por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar”*. Precisando sobre la caución juratoria lo siguiente: *“la que puede ser admitida debidamente fundamentada siempre que sea proporcional y eficaz”*. Sobre la ejecución de la contracautela se señala que dicha ejecución se efectúa a pedido del interesado, ante el Juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar.

Por último, el art. 637º sobre el trámite de la medida, que fue también objeto de modificación por el Decreto Legislativo N° 1069; a través de la citada Ley queda con la siguiente redacción, que consideramos más precisa y adecuada: *“La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso el Juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial”*.

“Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida”.

“De ampararse la oposición, el Juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo”.

8. CLASIFICACIÓN

8.1. Medidas cautelares de futura ejecución forzada

Tienen por finalidad facilitar el resultado de la futura ejecución forzada, impiden que los bienes que van a ser sujetos de ejecución de dispersen o desaparezcan. Dentro de esta medida cautelar encontramos el embargo, el secuestro, la inhibición (medida que estuvo regulada en el Código de Procedimientos Civiles) y la anotación de la demanda.

El embargo

Consiste en **la afectación jurídica del bien o derecho** del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de un tercero. MONROY sostiene que por esta medida se inmoviliza jurídicamente el bien el deudor, a fin de que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito una vez que ha sido reconocido en una sentencia firme.

El embargo que recae sobre el bien puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos. Si se trata de un bien que se encuentra bajo el régimen de copropiedad la afectación sólo alcanza la cuota del obligado.

Se considera que las formas más usuales de ejecutar un embargo son:

EN FORMA DE INSCRIPCIÓN	Se solicita sobre bienes registrados (generalmente inmuebles), utilizando el principio de publicidad del derecho registral, se presume que todos tienen conocimiento de que el bien asegura una obligación resultado de un proceso.
EN FORMA DE RETENCIÓN	Esta modalidad tiene como presupuesto que los derechos o bienes que se encuentran en posesión de terceros se mantengan en su posesión, pasando a tener este tercero la calidad de retenedor por mandato judicial.
EN FORMA DE RECAUDACIÓN	Se solicita cuando la medida cautelar se dirige contra una persona natural o jurídica y está destinada a afectar los ingresos propios de ésta.
EN FORMA DE INTERVENCIÓN	Es aquella medida cautelar que se adecua a aquellos bienes que en conjunto conforman una actividad productiva (industrial o comercial), va permitir la ingerencia de una persona en dicha actividad sea para obtener información sobre su movimiento económico o sea para administrar dicha actividad.
EN FORMA DE DEPÓSITO	Se solicita a fin de afectar también los bienes muebles del ejecutado con la diferencia sustancial del anterior, que se nombra al ejecutado como depositario, es decir, el se hace responsable de velar por la conservación de los bienes que probablemente pasen a favor del ejecutante

El secuestro

Es la medida cautelar que recae sobre los bienes muebles del afectado mediante la **desposesión de su tenedor y entrega a un custodio** designado por el Juez. Sólo es posible esta medida cuando los bienes sobre los que recaiga son objeto de una litis, aunque existe el secuestro conservativo que no recae necesariamente sobre un bien que se discute en un proceso, sino sobre cualquier bien del deudor a fin de garantizar la ejecución.

El secuestro puede recaer:

- Sobre bienes que son objeto de la pretensión discutida o están directamente vinculados con ésta.

- Sobre cualquier otro bien si mediare una especial razón que hiciera necesaria la medida para el aseguramiento de la cosa.
- Sobre los bienes que estando en poder de terceros al producirse el embargo quien los detenta no quiere asumir la condición de custodio.

El custodio forma parte del auxilio judicial y se encuentra sometido a las obligaciones previstas en los artículos 649º y 652º del Código Procesal Civil.

El cateo es la potestad que tiene el auxiliar jurisdiccional de descubrir los bienes “ocultos”, para ello podrá disponer el ingreso a distintos ambientes del domicilio o local donde se efectúa la diligencia de embargo en forma de depósito o en el secuestro.

La anotación preventiva de la demanda

Esta medida cautelar que permite la inscripción de la demanda en el registro respectivo, importan esencialmente para terceros que se les presuma conocedores del proceso instaurado, de tal manera que no puedan alegar buena fe, y cualquier derecho que afecte el bien estará supeditado a la decisión judicial cuya demanda se inscribió.

Esta medida no pretende que el bien soporte una carga patrimonial sino simplemente que el adquirente de un derecho sepa que hay un proceso promovido, que, eventualmente, puede afectarlo.

8.2. Medidas temporales sobre el fondo

Son aquellas que se anticipan a lo que presumiblemente va ser el pronunciamiento final en un proceso. Se dictan **cuando existe una necesidad impostergable**. V.gr.: la asignación anticipada de alimentos, la patria potestad, régimen de visitas, entrega del menor de manera anticipada, nombramiento de administradores, desalojo, etc.

CALAMANDREI al referirse a estas medidas señala: “La función instrumental se explica, pues, en este grupo dando a la controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que ésta, operando *re adhuc integra* y sin solución de continuidad, pueda tener sobre la relación sustancial la misma eficacia práctica que habría tenido si hubiese sido dictada sin retardo.”

8.3. Medidas innovativas

Es una diligencia precautoria excepcional que **tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición**. El Código recoge un requisito propio y característico de esta medida: **el peligro de que se concrete un perjuicio irreparable**.

PEYRANO la define como una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria al derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor.

La medida innovativa solamente será procedente cuando se refiera a los bienes o la relación jurídica por la que se demanda y siempre que tenga viabilidad real.

Se diferencia de todas las demás medidas cautelares porque no es posible de sustitución, justamente por el carácter excepcional y su función de evitar un daño irreparable.

8.4. Medidas de no innovar

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable el Juez puede dictar una medida **destinada a conservar la situación de hecho o derecho existente** antes de la petición.

ALSINA la define como la medida precautoria por la cual se tiene al mantenimiento de la situación de hecho o de derecho al momento de ser decretada.

Esta medida es excepcional, por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

NOTA:

1. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo, Buenos Aires. Fairs, 202. p.120.

Lección 15

● PROCESO CIVIL ● TELEMÁTICO

LECTURA MOTIVADORA

UNA APROXIMACIÓN AL PROCESO TELEMÁTICO EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

David Efraín Misari Torpoco¹

A medida que va transcurriendo el tiempo, el derecho no deja de evolucionar, al igual que sus instituciones, como también los procesos. Actualmente el derecho sigue nutriéndose de nuevas perspectivas y entre ellas nos encontramos con el **Proceso Telemático**, el cual combina elementos propios de la escritura y de la oralidad, empleando las vías de comunicación y transmisión de información, muy distintos a los que ya conocemos. Es aquí donde la administración pública debe colaborar con la responsabilidad jurídica para lograr una efectiva complementación con el uso de herramientas que proporciona la tecnología.

Pero no podemos avanzar en nuestro estudio sin saber porqué se le atribuye el adjetivo "telemático" al proceso. Según el

Diccionario de la Real Academia (RAE), el adjetivo "telemático" significa "pertene-ciente o relativo a la telemática", mientras que el sustantivo "telemática" hace refe-rencia a la "aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de informa-ción computarizada". Ahora que sabemos que el término telemático o telemática está referida a las vías de comunicación, en nuestra legislación aplicaremos este proceso a todo aquello que sea pruebas, específicamente a los documentos.

Revisando nuestra legislación nos ubica-mos en el art. 234° del Código Procesal Civil, el cual establece lo siguiente: "Son documentos los escritos públicos o priva-dos, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, mi-

croformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos y otras reproducciones de audio o video, **la telemática en general** y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado". Bien, pues el art. 233º del Código Procesal Civil, nos da a entender que por documento, es todo objeto susceptible de representar una manifestación de la actividad humana con prescindencia de la forma en que se exterioriza. Por tanto se incluye dentro del género de documentos, no sólo a los públicos y escritos privados, sino que se aprehenden a otros objetos representativos no escritos, ni firmados, como dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, etc. Pero el artículo a su vez

nos indica que: "la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho o una actividad humana o su resultado". **El Código hace mención a la telemática en general, lo cual quiere decir que permite el acceso de estos medios informáticos o electrónicos como prueba.**

Por último, vemos que si el objetivo es lograr el óptimo funcionamiento de nuestra justicia, una adecuada implantación y uso generalizado de las nuevas tecnologías de la información podrá permitir agilizar las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales y los distintos operadores jurídicos, dinamizar la tramitación de los procesos y aproximar la administración de justicia al ciudadano.

...

1. INTRODUCCIÓN

Si pensáramos que algún día el proceso civil telematizado será obligatorio en nuestro país, la visión de un lejano futuro se apoderaría de nuestra imaginación; pero, si contrastamos esa adormecida idealización con el hecho que en el proceso civil italiano será obligatoria la notificación telemática a partir del 30 de junio de 2009 y el proceso civil telemático a partir del 30 de de 2010², y que Brasil cuenta con una legislación muy avanzada sobre el proceso electrónico³; pasaremos de contemplar la entumecida presencia del papel en el proceso civil a interesarnos en realmente informatizar y telematizar el proceso para hacerlo más rápido y menos costoso y tedioso.

Aún no quedan muy atrás los años en que informarse, informar, comerciar, comunicar y litigar nos remontaban exclusivamente a los anaqueles de nuestras bibliotecas, a una máquina de escribir y al uso del papel en ella para dar forma a nuestros pensamientos y mensajes o perpetuar nuestros actos; la tecnología empleada era la forjada por Johann Gutenberg y Giuseppe Ravizza, con sus maravillosas invenciones de la imprenta y la máquina de escribir, respectivamente; pero el desarrollo de la ciencia ha generado la aparición de nuevas tecnologías automatizantes de la información y comunicación, que inmisericordes desplazan no sólo a la imprenta y máquina de escribir, sino, a su principal insumo: el papel.

El papel pasa, entonces, de ser una alta preocupación para la sostenibilidad medioambiental por la tala indiscriminada de árboles que propicia, a un cálido compañero y viejo amigo que amenaza perder y, tal vez, desaparecer. Entonces, ¿será, acaso, esa muda nostalgia de verlo en nuestros libros, escritos, escritorios y, claro está, en nuestro proceso civil, la única aliada para atenuar ese amenazador y al parecer próximo e inevitable adiós?

Las nuevas tecnologías en la información y comunicación, al tiempo de parecer estar congelando el romanticismo del libro escrito en papel y estar desvaneciendo cada vez más sus hojas por los impetuosos aires informáticos, vienen adueñándose del quehacer del hombre de derecho, con una presencia irreversiblemente subyugante. De ahí que no es extraño que desde hace dos décadas hablemos de informática o telemática con familiaridad, y que en la actualidad enseñar en nuestras universidades informática jurídica sea tan importante como enseñar acto jurídico, derechos reales o derecho procesal civil. Frente a esto, y como era de esperar, la doctrina jurídica atendió el problema informático con mucha expectativa y devoción, alcanzando niveles productivos que algunas no tan nuevas clasificaciones jurídicas envidiarían.

Es vasto el número de libros sobre informática jurídica y telemática, tanto que es digno de un profuso banco de datos que desafiaría la rapidez de cualquier microprocesador; pero, cosa curiosa, nada adormece el feroz progreso de las tecnologías, cada vez más nuevas y desafiantes del propio transcurso del tiempo, que abandona la impactante mole de esos libros jurídico-informáticos a la intemperie de un crudo y prematuro anacronismo; así, es experiencia común

encontrar libros de data no muy lejana, diría poco menos que recientes, que resultan de uso limitado a lo histórico-evolutivo porque en ellos el tratamiento de las nociones, utilidades y prospecciones de los mecanismos informáticos, *software*, *hardware*, redes, etcétera, al tiempo de su corrección y puesta en prensa ya no es el mismo, ha cambiado y de manera tal que hablar y conceptualizar de sus rubros son cada vez más cosa del pasado.

Hoy nos sentimos atosigados, y no sin esa química entre placer y asombro, por los fulminantes cambios de esas, que los profanos ya no sabemos cuáles llamar, nuevas tecnologías, pero que no escapan de lo informático y telemático y que no hacen sino exponernos a experiencias nuevas, emocionantes, gratificantes, preocupantes y hasta tan irónicamente contradictorias como que algunos, tal vez los más, de quienes leen estas líneas, y su humilde autor, hasta hoy, no hemos usado ni gestionado nuestra firma digital. Pero que sin duda, en un mañana más próximo de lo que pensamos, lo haremos a tal punto que no sabremos si más nos conectamos a internet para comunicarnos usando nuestra firma digital o para encontrarnos (virtualmente) con uno o varios amigos para dialogar sin que, literalmente, nos perdamos de vista.

La informática y la telemática son ingredientes que se suman a una nueva receta para hacer proceso civil, en la que lo eficiente es textura fresca y especia dominante de justicia que asegura un nuevo sentir del proceso, que satisface la apetencia de la lectura del juego siempre remisivo⁴ entre justicia y la nueva sociedad denominada informática.

Viviendo en tierras del proceso civil, transitar por las superficies informáticas siempre significó caminar por sus exteriores y más conocidos caminos y avistar sus meandros interiores como lejanos e indómitos; pero, los días actuales no permiten que el derecho deslinde sus espacios de las nuevas parcelas de la ciencia y tecnología, porque es a su través que le prometen forjar un camino más corto y eficiente a la justicia. Sólo resta entonces ordenar el equipaje procesal para emprender la empresa de instituir la servidumbre de paso del dominante predio jurídico-procesal sobre las sirvientes llanuras informáticas, que mañana serán frecuentes y conocidas rutas de acceso a la justicia.

2. NUEVAS TECNOLOGÍAS, DERECHO Y JUSTICIA

2.1. Información y sociedad

La información es el proceso mediante el cual el emisor comunica a través de un canal o medio un mensaje, identificado en código común, al receptor. Implica por tanto una relación subjetiva —emisor y receptor—, un contenido —mensaje—, una vía —canal o medio— y un lenguaje —código común—. En una acepción usual información es la «comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada»⁵.

La información, sea identificada como combinación de señales⁶; acumulación, elaboración y distribución de experiencia humana⁷; documentación estructurada o integrada en función de determinados fines⁸, etcétera; siempre se caracteriza por ser consecuencia del intelecto humano y radicar sólo en él, es decir, vive únicamente en la arquitectura mental humana recorriendo sus más secretos recodos; además, porque es ilimitada, expansible y universal, es decir que no tiene restricciones, es de propagación permanente y puede ser compartible difusamente.

Las etapas de desarrollo de la información son: a) *de la comunicación oral pura*, propia de los grupos primitivos que dio lugar a la civilización humana, manteniéndose en la actualidad y mientras el hombre se sirva de la voz para hablar; b) *simbólica-escrita*, con la característica que mantiene lo expresado en el tiempo y espacio (v. gr., jeroglíficos, escritura alfabética, etcétera); c) *de difusión por reproducción*, gracias a la imprenta y otros mecanismos que permiten comunicación impresa; y d) *de medios masivos*, información escrita, hablada y visual por medios masivos: radial, televisivo, internet.

Si quisiéramos ver ese mismo desarrollo evolutivo de la información a través de los inventos que propiciaron sus etapas, tendríamos en orden sucesivo la comunicación oral, la escritura, la imprenta y la computadora. Estas invenciones mejoraron, cada vez más, la comunicación humana, no sólo en su contenido sino sobre todo en su preservación y comunicación; así, con la escritura se pudo preservar aquello que se pensaba y decía oralmente con la ventaja de comunicarlo a quien lo leyera en tanto se conserve el elemento material —soporte físico— en que fue escrito; el uso del papel y la aparición de la imprenta masificaron la comunicación de lo escrito pero en la periferia del tiraje impreso, y se padeció la indagación bibliográfica a golpe de catálogos e índices bibliotecarios también impresos; hasta que irrumpió, en lo ya cotidiano, la computadora, transformando los elementos de difusión y ubicación de la información⁹.

Si se anota, a diferencia de la doctrina dominante, como cuarto icono evolutivo de la información la computadora y no la informática, no faltará, seguro, quien observe esto bajo la lógica de que la informática alumbró a la computadora y no al revés, porque aún cuando la primera computadora no se fabricaba el conocimiento que conducía a ello ya era informática, sin importar que esa nominación aún no existía. Y en efecto hay razón en esto último; pero posicionar los puntos evolutivos de la información también exige coherencia en la línea conceptual con que se estudia, y ella muestra las invenciones (lenguaje oral, escritura, imprenta) y no las dilucidaciones mentales que las inventan; muestra el producto y no el lugar de los secretos de su producción, porque éste es tierra conocida por algunos y aquel es sitio de todos y todos hacen una revolución: la revolución de la información.

Lo aclarado resalta que se trata de la visión evolutiva de la información y no propiamente de la sociedad, aunque claro está que existe vinculación estrecha entre ambas, pero las etapas evolutivas sociales, en las que innegablemente tiene pertinencia el posicionamiento último de la informática, o según otros de la tecnología para ser más amplios, amerita una visión diferente y mucho más

amplia por la concurrencia determinante de la economía, y también de la política, el derecho, la sociología, y otros campos que estructuran la vida social humana.

Cuando la información se hizo automática —informática— acentuó su importancia y patrimonialidad al hacerse un bien de producción y consumo masivos de evidente nivel industrial en que ésta —la información— literalmente queda envasa¹⁰. Es decir, la información (automatizada) reinventó su significado patrimonial esta vez no sólo por su contenido —intelectual, dinámico y expansivo—, sino, también por la forma de su continente —impulsos magnéticos—, o sea, por el soporte que la conserva y transmite —lo que la hace compartible a nivel globalizado—; al punto tal que es justificado el pensar de quienes identifican la sociedad contemporánea como sociedad de la información o sociedad informatizada¹¹, y por tanto como consecuencia de una auténtica revolución cultural, de nuevos paradigmas económicos, jurídicos, políticos y sociales posicionados sobre el complejo entramado informático, que marcó un nuevo sector del sistema social y económico de la sociedad civilizada que sigue a los tres primeros —la agricultura, la industria y los servicios— y que es la información¹².

2.2. Tecnología Informática

La era de nuestros días, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, ha sido calificada¹³ como postmoderna, tecnológica, de la tercera ola, de la información, etcétera; pero, sea como se denomine tiene como protagonista a la computadora, o esa máquina que encargada a los diferentes quehaceres del hombre forja una nueva cultura, una nueva visión humana, en fin, una nueva era.

2.2.1. La Cibernética

La cibernética se ocupa del estudio de los sistemas de control y comunicación de los animales y de las máquinas. Su expresión tecnológica implica el funcionamiento de servomecanismos —sistemas electromecánicos que se autorregulan buscando que su actuación real sea la deseada— y sistemas telecomunicativos, tangibilizados en información y neurofisiología.

«Cibernética», del griego κυβερνητική [*téchne*] que significa «*arte del piloto*», en su acepción en medicina, es la ciencia que estudia el funcionamiento de las conexiones nerviosas en los seres vivos; y en su acepción en electrónica es la ciencia que estudia comparativamente los sistemas de comunicación y regulación automática de los seres vivos con sistemas electrónicos y mecánicos semejantes a aquellos. Entre sus aplicaciones está el arte de construir y manejar aparatos y máquinas que, mediante procedimientos electrónicos, efectúan automáticamente cálculos complicados y otras operaciones similares.

La cibernética se dio a conocer con el trabajo de Norbert Wiener intitulado *Cybernetics* (1948), según su autor se refería a la ciencia del control y de la comunicación en los animales y en las máquinas; inicialmente sirvió para

denominar la nueva ciencia que más adelante se denominaría informática, sin que esto implique que el término cibernética deje de tener significado válido y propio.

2.2.2. La Informática

El término compuesto «informática», acuñado por Philippe Dreyfus (1962), proviene (de la conjunción) de las palabras *información* y *automática* —acrónimo de información automatizada—, tiene facturación francesa¹⁴ y designa las ciencias y técnicas de la comunicación que intervienen en la acumulación y administración de datos destinados a la construcción de decisiones; es pues, la disciplina técnica del tratamiento automatizado y lógico de la información.

El surgimiento de la computadora marcó la consolidación de la informática que es, a su vez, la tecnología de la información, es decir, la superposición a un tratamiento mecánico por uno inteligente y lógico de control, de desplazamiento combinatorio capaz de expresarse en nuevas fórmulas; de ahí que la computadora es el icono de una nueva edad: la tecnológica.

Ya como informática, la ciencia de las computadoras, fue definida por la Academia de Ciencias francesa, en 1966, como «la ciencia del tratamiento sistemático y eficaz, realizado especialmente mediante máquinas automatizadas, de la información, contemplada como vehículo del saber humano y de la comunicación de los ámbitos técnico, económico y social»¹⁵. Y en el campo doctrinal no se hicieron esperar definiciones que la expusieron como ciencia del tratamiento racional¹⁶, lógico y automático¹⁷ de la información, siendo su objetivo la racionalización, eficacia y eficiencia en la acción; a partir del control de proceso, producción y circulación de la información¹⁸.

2.3. La Computadora

La ordenación electrónica de datos es correlativa a la revolución¹⁹ de la escritura y de la imprenta, estas toman el soporte papel inicialmente manuscrito y luego impreso, y aquella el soporte informático. A decir verdad lo de revolución no va propiamente a la presencia o ausencia del papel (escrito o impreso) o de la computadora, sino, a la potencialidad del volumen de enviar y recibir información, que en cada etapa es volumétricamente diferente, y eso hace la diferencia. Revolución debe entenderse como sinónimo de mayor y mejor comunicación; así, con la imprenta se puso la información a disposición de grandes grupos (masificación de la información), pero con la computadora se puso la información a disposición de todos los grupos (globalización de la información), al punto que a nadie ya le extraña ser parte de una sociedad llamada de la información.

La revolución de la computadora no está únicamente en que cada sujeto que la usa puede hacer su trabajo mejor y más rápido, sino, en que ese su trabajo se puede comunicar mejor y más rápido.

Computadora es el aparato²⁰ que computa (cuenta) o calcula datos por números, y en esta definición elemental bien nos muestra sus expresiones primarias en el abaco (3000 a.C.) pasando luego por la sumadora mecánica de Da Vinci, la sumadora mecánica de Pascal (la Pascalina, 1642), las máquinas diferencial (1822) y analítica (1834) de Babbage, la máquina diferencial de Scheutz-Byron, hasta llegar al primer computador.

En España es predominante el término «ordenador» y no el de «computadora», de ahí que la definición gramatical de «informática²¹» apela al uso de la expresión ordenador, incurriendo en el error de no diferenciar «lo que calcula» (computadora) y «lo que ordena» (ordenador); sin embargo, el uso sinonímico de estos términos se ha asentado de modo tal que nuestra observación no va más allá de una apreciación filológica, sin efectividad en el habla común actual.

Conviene diferenciar los términos²² «máquina» y «aparato» a efecto de entender qué es la computadora. Una máquina es un «artificio para aprovechar, dirigir o regular la acción de una fuerza», o «un conjunto de aparatos combinados para recibir cierta forma de energía, transformarla y restituirla en otra más adecuada, o para producir un efecto determinado». Lo que, a no dudar, excluye de precisión identificar la computadora como máquina. Una exhaustiva sujeción lingüística para superar un arraigado error de ver la computadora como una máquina, nos remite al término «aparato» en su acepción de «conjunto de piezas construido para funcionar unitariamente con finalidad práctica determinada»; esta apreciación, aún a riesgo de contrariar la definición idiomática de «computador» que indica ser aparato o máquina, resulta válida, precisamente por razón idiomática de ver las acepciones de las voces «aparato» y «máquina» claramente diferenciables.

Los componentes de la computadora son el hardware y el software. El *hardware* (partes duras —del inglés *hard*, duro) o equipo físico, muestra la computadora como cosa (bien mueble), es decir, es la expresión material o física del aparato, tangibilizada en la unidad central de procesamiento, las memorias, las entradas y salidas y los periféricos (teclado, pantalla, impresora, etcétera). El *software* (partes blandas) o equipo lógico, es el conjunto de programas (instrucciones desarrollados en procesos lógicos) que habilitados en el *hardware* hace que la computadora funcione.

No debe hacerse a un lado las nociones de *firmware* y *shareware*; la primera está referida a aquel *software* que viene incorporado en el *hardware* (es el *software* en *hardware*), es decir, en el *firmware* el *hardware* y el *software* son bienes integrantes, lo que quiere decir que si se separan se destruyen, la naturaleza de estos bienes hace que no se puedan ubicar dentro de la clasificación tradicional de *hardware* o *software*, sino, que se conceptúen bajo una nueva categoría (el *firmware*); y, la segunda, está referida al *software* de uso libre, que tiene una apreciación doble, por un lado como un mecanismo de enganche comercial que permite descargar gratuitamente versiones iniciales de un *software* que para tenerlo en su versión vigente habrá que pagar o en todo caso para introducir al mercado un nuevo *software* que una vez asentado por su utilidad y uso aparece en una versión

mejorada que induce a su compra, y por otro lado como *software* que si bien es gratuito en cualquiera de sus versiones exige su compatibilidad de uso con otro *software* de adquisición a título oneroso.

3. JURIDIZACIÓN DE LA INFORMÁTICA E INFORMATIZACIÓN DEL DERECHO

La interrelación de la computadora con la ciencia del derecho abrió paso a dos ámbitos del conocimiento; el primero, se refiere a los problemas jurídicos que se originan en la sociedad por el uso de las computadoras, denominado «derecho de la informática»; y, el segundo, es el referido al uso de las computadoras en la solución de problemas legales, denominado «informática jurídica».

El ánimo de comprender estos dos ámbitos jurídicos bajo una misma clasificación jurídica hizo ver²³ inicialmente un derecho informático que comprendía la informática como instrumento (informática jurídica) y como objeto de estudio (derecho de la informática); sin embargo la visualización de un «derecho de la informática» como contenido de un «derecho informático» no pareció ser correcta particularmente por la proximidad terminológica que hacía que ambos conceptos se confundan o malentiendan, nació, entonces, el deseo de ver estas dos áreas jurídicas («derecho de la informática» e «informática jurídica»), junto a la cibernética jurídica, agrupadas como integrantes de un único campo jurídico que llevo a hablar ya no de «derecho informático» sino de «iurismática» o «deremática» como la clasificación jurídica que comprende (i) el derecho informático, (ii) la informática jurídica, y (iii) la iuscibernética.

Aún cuando estos términos, y otros similares (*v. gr.*, juribernética, jurimática, etcétera) tienen presencia en la doctrina, no asimilan un consenso común para su empleo y consecuente estudio, y ello hasta cierto punto los hace irrelevantes, más aún cuando la utilidad práctica de unificar, bajo una noción amplia el «derecho de la informática» y «la informática jurídica», no muestra utilidad más allá del parecer doctrinal. «Derecho de la informática» y «derecho informático» bien pueden significar distintas nociones de lo mismo a razón del contenido. Derecho de la informática será estrictamente la solución jurídica de los problemas informáticos; en cambio, derecho informático implica un mayor contenido, tal vez impropio y dentro del cual se puede confundir la asistencia de recursos informáticos para el quehacer jurídico (informática jurídica); por lo que algunos estudiosos, advirtiendo esta situación acudieron a pensar en una noción que esclarezca que derecho informático e informática jurídica no son lo mismo, aún cuando su vinculación sea muy estrecha, y dentro de la cual existan en paralela convivencia los dos ámbitos que la conjunción de la informática y el derecho generó, lo que intentaron denominar de tantas maneras (deremática, iusmática, cibernética, jurismática, etcétera) que acabó por vaporizarse en lo disperso del intento. Nuestro criterio opta por la precisión idiomática que guarda nuestra clasificación jurídica como «derecho de la informática», y sin mayores acrobacias mentales soluciona cualquier desequilibrio del *nomen iuris* con que se presenta, y que por cierto ha recibido mayor seguimiento por la doctrina.

3.1. El Derecho de la Informática

Se trata de la clasificación jurídica que se ocupa de la regulación de la informática²⁴, básicamente de los problemas de las relaciones jurídicas vinculadas a su actividad²⁵. Cumpliendo con el criterio de evaluación de autonomía de una clasificación jurídica (perfilada en tres áreas: legislativa, científica y académica) se tiene que existe un palpable y creciente volumen de disposiciones legales —emanadas con dispersión—, tanto de derecho nacional como comparado, que regula la presencia de los desarrollos informáticos en la vida social humana hipotetizando conductas a ser observadas en situaciones específicas (problemas informático-jurídicos); a esto se suma que la producción doctrinal sobre los temas de derecho informático —que da paso a estructuraciones teóricas sustentadas en principios, instituciones y fundamentos propios—, es abundante y constante; lo que unido a las infaltables asignaturas de derecho informático en las currículas universitarias serias, permite acreditar con suficiencia la autonomía —nunca absoluta— de la clasificación jurídica que referimos.

El contenido de esta novel clasificación jurídica debe diferenciarse nítidamente del de la informática jurídica, sobre todo en la interacción que tiene con el derecho procesal, donde es muy frecuente apreciar elucubrados análisis jurídicos de doctrinas sobre problemas informáticos, particularmente de derecho probatorio (*v. gr.* validez y funcionalidad probatoria del documento electrónico, etcétera) como si se tratara de un tema de informática jurídica.

Si afirmamos que la informática ha penetrado en todos los campos del quehacer humano, tal cual lo hace el derecho, será obvio ver que derecho e informática conjuncionan en la función estatal, la economía, el trabajo, la agricultura, la minería, etcétera, consecuentemente nada extraño será estudiar la informática y sus efectos, bajo el tratamiento de instituciones jurídicas como la responsabilidad (en todas sus expresiones), la tutela jurídica, el delito, los contratos informáticos y los contratos celebrados utilizando medios informáticos²⁶, los derechos personalísimos, etcétera. Todo esto hace que la transversalidad del derecho de la informática sea evidente.

3.2. La Informática Jurídica

Toma como punto de partida la presencia de la computadora en el quehacer jurídico. En 1937-1942 John V. Atanasoff construyó la primera computadora digital electrónica denominada ABC (Atanasoff-Berry Computer) que sirvió para ser desarrollada durante la Segunda Guerra Mundial para el ejército estadounidense; por su parte el ejército alemán encargó al profesor Konrad Zuse la construcción de una máquina para el cálculo probabilístico aeronáutico, llegando a construir la Z4 en 1943, que sin haber funcionado fue destruida por un bombardero ese mismo año. En 1944 Howard Aiken, patrocinado por la *International Business Machine* (IBM), construyó la primera computadora electromecánica (Mark 1) en la Universidad de Harvard. A los pocos años, en 1949 —año considerado del nacimiento de la disciplina²⁷—, se dieron lugar dos célebres acontecimientos: a) la publicación del libro «Cibernética y sociedad» de Norbert Wiener; y, b) la publicación del estudio

«Jurimetría: el próximo paso hacia delante» (*Jurimetrics: The next step forward*) del profesor y juez norteamericano Lee Loevinger, en que por primera vez se vinculó la cibernética —aún no existía el término informática que surgiría con Philippe Dreyfus en 1962— para el tratamiento del conocimiento jurídico. Norbert Wiener, denominado padre fundador de la cibernética, en su libro *Cybernetics or control and communication in the animal and the machine* (New York, 1984) destinó un capítulo al estudio de la ley y la comunicación y en el expuso los problemas jurídicos como problemas de comunicación y cibernética, reducibles al gobierno ordenado y repetible de ciertas situaciones críticas. Esta fue la antesala de su siguiente y más importante trabajo «Cibernética y sociedad».

Todo ello se afianzó con los acontecimientos siguientes: la máquina electrónica LEX (de memorización, control y procesamiento de datos numéricos fiscales de uso jurídico); la Primera Conferencia de Derecho y Electrónica (*First Law and Electronics Conference*) llevada a cabo en Lake Arrowhead, California, en 1960; y los libros «La aplicabilidad de la cibernética al derecho» (1963), «Cibernética, derecho y sociedad» (Milán, 1968), «Juscibernética» (*Giuscibernética*, Turín, 1969) de Victor Knapp, Vittorio Frosini y Mario G. Losano, respectivamente. El resto (también) es historia conocida.

La regulación de la conducta social del hombre ha vinculado al derecho con los diversos campos del conocimiento humano, al punto que no hay uno solo que no sea observado por el razonamiento jurídico, y esto hace inevitable que la interacción de la informática con el derecho, lo que en puridad es informática jurídica, perciba la asistencia de conocimientos extrajurídicos de imposible exclusión, fecundando así varias «informáticas jurídicas» delimitables a razón del influjo de esos diversos y estrictamente no jurídicos conocimientos, por ejemplo, la documentalística y lingüística (informática jurídica documental); la sociología, la pedagogía, la estadística, la administración (informática jurídica de gestión u operacional); la lógica (informática jurídica decisional). Es conocido el criterio²⁸ que prefiere ver la presencia de la sociología y estadística, en la relación de la informática con el derecho, bajo una denominada «sociología judicial computarizada», y la de la pedagogía, en una «enseñanza del derecho por ordenador», criterio que extrae de la nominación general de «informática jurídica» a la presencia de esos campos extrajurídicos, que bien cobijados se hallan bajo lo que se entiende por informática jurídica operacional, como más adelante veremos, por lo que deviene en innecesario intentar partir el pelo teórico de la informática y el derecho, más aún por que esto asegura que la informática jurídica permita el paso, a su través, del conocimiento extrajurídico.

La denominación «informática jurídica», que hace prevalecer el término «informática» acuñado por Philippe Dreyfus (1962), se impuso a las propuestas por Losano (*Giuscibernética*), Loevinger (*Jurimetría*) y Frosini (*Juritécnica*), porque identifica con mayor precisión la coincidencia de la informática con el mundo jurídico (elaboración, conservación, recuperación, tratamiento y análisis de información jurídica²⁹), contemplando en ella la interacción de otras disciplinas³⁰ (documentación, matemáticas, lógica, lingüística, etcétera).

La informática jurídica, puede ser: a) documental, para el manejo de bancos de datos, hipertextos, etcétera, busca advertir las incoherencias entre diversas leyes que regulan una misma materia; b) operacional o también denominada «de control y gestión», en ella se comprende la administración del despacho judicial y del estudio jurídico, así como el archivo de registros (de condenas, de propiedad, etcétera), busca eliminar los problemas de la papelización de los expedientes judiciales; y, c) decisional, para la solución mecanizada de problemas simples bajo un mismo patrón; busca, en su proyección más elevada, la inteligencia artificial.

3.2.1. La Informática jurídica documental

Está referida al almacenamiento y recuperación de textos jurídicos, que hasta no hace muchos años se enfrentaba al problema de la «inflación» de textos que retrazaba la búsqueda de la información y creaba problemas de capacidad de memoria; pero con el desarrollo de los nuevos avances en *hardware* (*gigabit*, *gigahertz*, escáner, discos y tarjetas con gran capacidad de almacenamiento, etcétera) y *software* (compresores de información), no hay más volumen de texto, imagen o sonido que no pueda almacenarse.

Los grandes volúmenes de información (texto, sonidos, imágenes) tienen su tratamiento dentro de la informática jurídica documental en bancos³¹ de datos que deben guardar estructuras de accesibilidad, con precisión, a la información, y para ello se sirve de criterios de selección de palabras claves, tesauros, descriptores, etcétera.

Los bancos de datos y las bases de datos se diferencian en que los primeros almacenan información clasificada y ordenada, concurrida de diferentes campos del conocimiento humano, así, para nuestro interés serán los bancos de datos jurídicos y propiamente el flujo de información jurídica especializada que proporcione a través de áreas específicas (legal, jurisprudencial, doctrinal, documentación judicial, registral especializado, etcétera); y, las segundas, almacenan información o datos estrictamente referidos a lo informático, es decir, a las estructuras de archivamiento, a los datos internos de los programas.

El área documental de la informática jurídica es el más antiguo pues obedece a la primera idea de utilidad práctica de un aparato que por definición calcula operaciones, por lo que, en el caso de ser aplicado al derecho, permite tratar la información almacenándola, analizándola, modelizándola, arquitecturizándola, sistematizándola, documentalizándola, y finalmente recuperándola, para lo que se crea un banco de datos jurídicos (*corpus* jurídico documentario) con las principales fuentes del derecho (ley, jurisprudencia y doctrina) manipulable a través de programas específicos, como procesadores de texto, compresores de información, tesauros, macrotesauros, etcétera. Y todo esto toma cuerpo global con las vías del ciberespacio (de sus motores de búsqueda y zonas especializadas —portales, páginas o sitios web), facilitando su funcionalidad cada vez más eficiente con los sistemas *on line*³², que potencializan las búsquedas por interrogación. Un claro ejemplo de consolidación de informática jurídica

documental es la **Red Iberoamericana de Información y Documentación Judicial, Iberius**³³, que es la red iberoamericana de centros de sistematización, gestión y procesamiento de información jurídica.

Se ha advertido³⁴ cuatro etapas en la progresiva implantación de los sistemas informatizados de documentación jurídica: a) la de los sistemas *batch* (sistema de documentación por fases que exige introducir la pregunta en el ordenador, luego esperar a que transcurra el tiempo de elaboración, y finalmente, analizar los resultados obtenidos); b) sistemas *on line* (establece un diálogo entre ordenador y usuario que permite seleccionar por descarte el texto deseado); c) sistemas *on line* evolutivos (sistemas interactivos de comunicación flexible, con funciones de búsqueda en la significación de los textos memorizados); y, d) sistemas expertos (son asistentes de procedimientos decisionales complejos, formulan decisiones intermedias, emiten argumentaciones y conclusiones). Sobre el particular corresponde señalar que (i) la última etapa atiende a la informática jurídica decisional y no propiamente a la documental; y, que (ii) las áreas de la informática jurídica, en su estrecha relación, no sólo pueden reflejar una alineación horizontal, ordenada y común, en sus desarrollos evolutivos; sino, también una interacción en cada uno de sus puntos evolutivos.

La trascendencia jurídica de la informática jurídica documental cobra presencia con su directa vinculación a la efectivización del «derecho a la información»³⁵ (artículo 2, inciso 5, de la Constitución del Estado), que a sus raíces fundamentales al ejercicio de la libertad de buscar (indagar, investigar) información, y del derecho de recibir (hallar) información y, finalmente, al cumplimiento del deber de conocer la norma jurídica —nadie puede ampararse en la ignorancia de la ley. Se trata, entonces, de que todos los peruanos manejen la información de las oficinas públicas para su estudio, investigación u otro fin lícito; esto significa, abrir la mano de la burocracia para que devuelva un bien de gran valor (información pública) al pueblo, que secularmente le había expropiado o retenido en detrimento de su desarrollo.

3.2.2. La Informática jurídica operacional (de control y gestión)

Comprende los ámbitos judicial, administrativo, registral y abogadil, teniendo como principal área de desenvolvimiento la administración pública en la voluntad de hacerla más funcional y eficiente. Son expresión de éste ámbito de aplicación informática el control de expedientes y registros (*v. gr.*, estudio de expedientes, confrontación de registros de propiedades inmuebles, de condenas, de partes litigantes, de peritos, etcétera), así como en la informatización del estudio jurídico y de los despachos judicial y notarial (*v. gr.*, en la organización, control y seguimiento de la información y de las actividades).

La informática jurídica de gestión tiene aplicación en la administración pública, no sólo en los registros públicos o de estadísticas, sino particularmente en el aparato judicial y por tanto también desempeña un rol importante en la labor profesional del abogado, en ambos casos se materializa desde la redacción

automática de textos hasta el uso de plataformas telemáticas de litigación. En consecuencia, fácil es advertir que la trascendencia jurídica de la informática jurídica operacional enraíza su funcionalidad principalmente en la efectivización del «derecho de acceso a la justicia».

3.2.3. Informatización del Despacho judicial y del Estudio Jurídico

Está referida a la presencia de la informática tanto en el despacho judicial como en el estudio jurídico bajo un mismo rubro —bajo una mirada conjunta—, porque la función de uno tiene como contrapartida la del otro, en la misma medida que no puede haber defensa sin tribunal ni tribunal sin defensores. Incorporar la computadora al despacho judicial o al estudio jurídico es ofimatizar el entorno de trabajo del juez o del abogado y automatizar algunas de sus funciones.

La ofimatización no proyectada al proceso no va más allá de mejorar las condiciones de productividad laboral de los trabajadores judiciales y abogados canalizando a ello el beneficio de los justiciables sin dar espacio al derecho de estos a hacer uso de los medios tecnológicos en directa recepción del servicio de justicia. En relación a esto debe observarse que en la Declaración Final del IV Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura y VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia se señala la incorporación de nuevas tecnologías en la administración de justicia tanto en la parte jurisdiccional como administrativa, estableciéndose entre las acciones respectivas (i) la introducción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, para lograr la mayor eficacia y celeridad de las operaciones relacionadas con la administración de justicia, e (ii) impulsar las transformaciones legislativas necesarias que viabilicen el uso de las nuevas tecnologías en la administración de justicia, especialmente en lo relacionado con el auxilio judicial internacional.

La ofimática³⁶, sea judicial o de asesoría jurídica profesional, no puede ser apreciada únicamente en un ambiente laboral dotado de equipos de cómputo, redes, mobiliario adecuado, etcétera, sino, en la realización de funciones automatizadas valiéndose de tales bienes; es el uso (y no la mera posesión) de las computadoras el factor determinante de la ofimática. De ahí que informatizar el despacho judicial o el estudio jurídico implica algo más trascendente que adquirir aparatos informáticos, algo que traen los nuevos vientos generacionales y que exige cambio de mentalidad en quienes³⁷, por sus años y/o desinterés, aún no lo divisan: conciencia y formación informáticas.

Informatizar el despacho judicial y el estudio jurídico, según las exigencias actuales inclinadas a sostener informática y telemáticamente el proceso civil, demanda tres condiciones medulares: disponibilidad, decisión y ejecución.

a. Disponibilidad

No se puede decidir sobre algo que no esté disponible tecnológica y económicamente, lo contrario sería inútil. La disponibilidad, en este caso se

proyecta a dos aspectos: a) la existencia de equipos de cómputo (*hardware* y *software*) que siendo de vanguardia tecnológica sean accesibles a través del mercado común, cuando se habla de elección y adquisición de computadoras y programas no se puede pensar sino en los de última aparición (no decimos generación pues es un término muy relativo) ajustados a las funciones que se piensan deben desarrollar; y, b) el respaldo de un fondo económico que no sólo permita la adquisición de los equipos de cómputo, sino, sobretodo, el mantenimiento de su funcionamiento, reparación y renovación permanentemente. Evidentemente para el caso del despacho judicial la fuente económica provendrá de los fondos públicos e implicará todo un proyecto de informatización del Poder Judicial y las gestiones en las diferentes instancias competentes; en cambio, el estudio jurídico toma como fuente económica los fondos particulares del abogado o de la sociedad. Los Colegios de Abogados deben promover no sólo la implementación de servicios informáticos (bancos de datos legales, jurisprudenciales y doctrinales) puestos al servicio de sus colegiados, sino que estos puedan acceder a la ofimatización de sus estudios a través de convenios y programas de apoyo económico y de capacitación para tal fin.

b. Decisión

La decisión de informatizar el despacho o estudio comprende a más de la aprobación de adquisición de equipos de cómputo, la concientización informática, la racionalización de trámites y la capacitación de quienes realizarán trabajos informatizados. La decisión de informatizar el despacho judicial obedece a una política integral-organizativa del servicio judicial; en cambio, la decisión de informatizar el estudio jurídico es mas personal, y en el mayor de los casos, societaria.

La reforma del Poder Judicial prevé la atención de una de sus aristas medulares, tan importante como la optimización del factor humano en quienes integran la máquina judicial, en la informatización del servicio de justicia, y esto tiene que ir a la par de la informatización del proceso jurisdiccional, porque lo contrario será únicamente ofimatizar el despacho judicial que en buena cuenta es un beneficio reducido frente a lo que realmente pueden proporcionar las nuevas tecnologías no sólo a los trabajadores judiciales, sino a los litigantes y abogados desde la óptica de la informatización y telematización del proceso. Hoy día cualquier reforma judicial que tenga en mente las nuevas tecnologías, si quiere ser válida, tiene que atender también a las nuevas tecnologías en el proceso (procesal).

En el Perú, los esfuerzos por una reforma judicial (por lo menos desde la decisión) provienen de dos flancos: el primero es la creación (por ley 28083) de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia; y, el segundo, está referido a los trabajos de la Comisión de Sistemas y Servicios de Información encargada de formular y

consolidar el Plan de implantación de sistemas de plataforma tecnológica y de organización informática, constituida por Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 068-2004-P-PJ de 24 de mayo de 2004. En ambos casos las Comisiones han cumplido con alcanzar el informe final y el plan nacional, respectivamente, correspondiendo en todo caso dar curso al paso siguiente que es la ejecución.

c. Ejecución

Esta es la parte más difícil de conseguir pues se trata de materializar toda la parte estratégica, analítica y teórica de la disponibilidad y decisión. Aquí todo gravita en razón al orden económico, en consecuencia si hablamos de informatizar y telematizar el despacho judicial y el estudio jurídico se tendrá que pensar primero en los costos que esto implica; en el caso del despacho judicial será la canalización de los fondos públicos en razón a los estudios que solventan una cantidad de dinero establecida, o en países como el nuestro, será iniciar una lucha perdida contra el poder político que nunca ha demostrado interés en la justicia, tal vez por los altos índices de corrupción que lo infecta y de ahí que vean innecesario progresar el instrumento con el que mañana pueden ser juzgados; y en el caso del estudio jurídico demanda un esfuerzo económico para cubrir los costos de la adquisición de *hardware* y *software*, o en todo caso de renovarlo y mantenerlo, para las situaciones menos favorecidas habrá que pensar en una solución gremial, porque en una transformación de esta naturaleza las órdenes profesionales deben soportar una carga responsablemente.

Superado el obstáculo económico no puede haber un cambio brusco o radical con la presencia de las nuevas tecnologías en el quehacer judicial y jurisdiccional, tiene que ser paulatina, comprometida y juiciosamente desarrollada la introducción de una transformación que implica una reforma. Es necesario, entonces, establecer proyectos pilotos, con algunos juzgados y en ciertas áreas de la función judicial y jurisdiccional (procesos seleccionados para probar las nuevas organizaciones y en ellas los nuevos sistemas). El éxito sostenido en la ejecución de cada proyecto será el indicador de expandir más las transformaciones hasta abarcar, si se pudiera, la totalidad del servicio de justicia.

A diferencia del despacho judicial, el estudio jurídico, gracias a su ofimización (informatización y telematización) apertura la posibilidad de ofrecer sus servicios a justiciables que se hallan distantes (de otras localidades), y a la inversa, posibilita a los justiciables tomar los servicios de un estudio de abogados que se halla físicamente en un lugar muy distante, inclusive en el exterior del país, siempre que cumpla con las exigencias legales que le permitan un ejercicio profesional lícito. Porque la cultura de la comunicación en audio e imagen por la computadora también se empleará con mayor incidencia entre los abogados y sus clientes y no únicamente para asesorar en procesos jurisdiccionales, sino también para dar solución a los casos concretos desde mecanismos alternos extrajudiciales³⁸.

3.2.4. La Informática jurídica decisional

También denominada metadocumentaria. Funciona como ayuda en diferentes actividades del usuario, como son: redacción, investigación, previsión, educación y decisión.

En la redacción, ayuda a guardar una misma estructura lógica (interna) en la redacción de un texto, situación que evita el disloque sistémico de un dispositivo legal o del tratamiento de una institución jurídica, limpiándola, además, de vacíos, redundancias, ambigüedades, contradicciones u otras equivocaciones.

En la investigación, configura la informática jurídica de investigación, o también denominada informática jurídica analítica, si bien su propósito es demasiado ambicioso, pues busca repensar el derecho o reestructurar las teorías jurídicas pero esta vez con la aplicación de fórmulas algorítmicas (instrumentos matemáticos), hay que contemplarla con expectativa pues sólo muestra sus iniciales pasos, y quien sabe si en un futuro logre descifrar los patrones del pensamiento jurídico que alimentan por lo menos un específico ámbito del derecho, entonces su utilidad estará lograda.

En la previsión, la computadora desarrolla el análisis factorial en el campo del derecho, es decir, permite el análisis de un orden de prioridad de factores explicativos de datos provistos de bancos de datos multidimensionales referidos a una serie de objetos, individuos o decisiones (jurisdiccionales). El registro de experiencias permite establecer un conjunto de factores que analizados pueden predecir el desenlace de una situación o una decisión (predicción del fallo de una sentencia).

En la educación, da lugar a la educación asistida por computadora, es decir, a aquel proceso enseñanza-aprendizaje efectuada con apoyo de soportes informatizados que mejoran definitivamente el nivel de aprendizaje facilitando la labor docente.

Finalmente, en la decisión, que se refiere a la denominada «inteligencia artificial» tomando como centro de atención los «sistemas expertos» que sirven para resolver problemas específicos simulando razonamientos a partir de informaciones (variables) alimentadas al programa que pueden ser pasibles de algoritmización.

3.2.5. La Inteligencia Artificial

La expresión *inteligencia artificial* —acuñada en Darmouth, en 1956— significa el estudio de cómo piensan los seres humanos, analizando sus mecanismos mentales de percepción, comprensión y decisión, y su correspondiente posibilidad de reproducirlos tanto en *hardware* como en *software* para premunir a las computadoras de similares facultades operacionales; con otras palabras es la conjunción de una base de conocimientos con un sistema experto.

Cada clasificación jurídica es propensa a contar con un sistema experto legal que proporcione conocimientos producidos desde los textos normativos y patrones (variables) interpretativos digeridos por un motor inferencial —construye razonamientos, mediante ejecución de inferencias (deducciones) sea por modificación o por adjunción de los elementos del banco de datos— y una lógica de control de lenguaje de programación.

Evidentemente el número de variables que se puedan proveer al programa serán suficientes o no en atención al nivel de dificultad que presente el problema a resolver, de ahí que cuando se trata de problemas poco más que elementales o rústicos, cualquier sistema experto será visto con incertidumbre en cuanto a la validez de la decisión que proporcione, imaginemos entonces cuanto más dudosa sería una decisión final proveniente de inteligencia artificial para un caso concreto sometido a lo jurisdiccional, que demanda criterios subjetivos³⁹ (no algoritmizables) de apreciación de hechos, valoración de pruebas e interpretación de normas, que nunca vivirán en el frío y artificial razonamiento de la computadora, como que el hombre nunca le dará a su creación ese soplo que Dios le dio a la suya.

Banco de datos es el conjunto de datos organizado por *software* específico para su utilización en aplicaciones diversas, a efecto de facilitar la evolución independiente de datos y programas.

Las bancos de conocimiento guardan información de un área determinada del conocimiento humano, con la capacidad de obtener conclusiones gracias a redes semánticas y reglas de producción (base de reglas) en las que descansan los conocimientos (datos) para luego de una operacionalización lógica de esas reglas en las redes semánticas, que verifican proposiciones fácticas (base de hechos), se emitan expresiones nuevas a partir de aquellas que alimentan un banco de datos que implica el banco de conocimiento.

Sistema experto legal⁴⁰ es el *software* premunido de una banco de datos, elementos lingüísticos de utilidad lógica, reglas de conocimiento (bloques lingüísticos), reglas de control de elección de reglas de conocimiento y un motor inferencial⁴¹ que permitirá conseguir información que previamente no existía alimentada en el banco de datos ni en el banco de conocimiento, y esto gracias a su capacidad de receptor información nueva (aprehender) y realizar una operación de inferencia, justificando e indicando cada pauta lógico-racional⁴² asumida. A pesar de estar ya definida la naturaleza de un sistema experto aún es un reto alcanzar que éste pueda ir más allá de la información con que están alimentados sus bancos de datos y de conocimiento, que en todo caso es el conocimiento de uno o muchos humanos expertos⁴³. Esto nos hace pensar en una doctrina exegética resucitada por motores inferenciales y lógicas de control de lenguaje de programación, que por estar limitada a lo algoritmizable mantendrá sus parámetros en la perfectibilidad de la sistematización legal, jurisprudencial y doctrinal, pero no alcanzará aquello que por esencia el derecho busca y consigue con las funciones no algoritmizables de la mente humana: reinventarse con el hombre al unísono de los cambios de sus necesidades.

Los procesadores de lenguaje natural permiten la interacción del hombre con la computadora simplificando su función con la recepción de preguntas entendidas por la computadora desde su sentido gramatical y la emisión de respuestas lógicas correspondientes también de vertiente gramatical. Esta expresión de inteligencia artificial tampoco cuenta con un desarrollo notable al punto tal que le permita a la máquina sostener una conversación en la que no tenga que acudir a la alimentación preestablecida con que cuenta en sus bancos; pero sí se espera en un futuro cercano que pueda sostener una conversación lógico-inferenciada desde un criterio selectivo de variables según el análisis de su interlocutor, gracias a la biometría, que permitirá a la máquina, previa evaluación física (lugar, ambiente, en general el entorno del diálogo) y biológica (voz, retina ocular, temperatura corporal, pulso cardiovascular, posicionamiento corporal, etcétera) determinar si quien conversa con ella lo hace con seriedad, bromea, miente, o busca información erudita, a efecto de emitir una respuesta apropiada al sentido del diálogo.

A continuación veremos dos preguntas y sus respuestas que aclaran de mejor manera el panorama práctico de la inteligencia artificial desde la visión de los sistemas expertos.

¿Cómo se construye un sistema experto?⁴⁴ Siguiendo las siguientes etapas: a) delimitación del problema objeto del sistema; b) localización del especialista o especialistas cuyos conocimientos y modo de razonar serán reproducidos por la computadora; c) iniciación de relaciones entre especialista e ingeniero con la finalidad de establecer el lenguaje común que hará posible su comprensión mutua durante el proyecto; d) formalización del conocimiento incluyendo los «trucos» aprendidos por el experto a lo largo de su ejercicio profesional; e) diseño de un prototipo que permita valorar los posibles alcances del sistema, sometiéndolo, si es posible, a la opinión de otros especialistas; y, f) etapas sucesivas de perfeccionamiento y ampliación.

¿Cuál es el uso práctico del sistema experto para la ayuda a la decisión jurídica en el ámbito del derecho procesal civil? Es la absolución a preguntas sobre casos concretos, *v. gr.*, la pretensión configurada para la interposición de la demanda, las probabilidades de éxito en un proceso determinado, si la situación actual del desarrollo del procedimiento comprende alguna nulidad deducible o por evitar, los medios probatorios que se deben ofrecer, la estructuración de las fundamentaciones de hecho y la concurrencia precisa de los fundamentos de derecho (legales, jurisprudenciales y doctrinales), etcétera. Todo esto a través de un diálogo pregunta-respuesta entre el usuario y la computadora, que se proyecta para un futuro ir más allá de la intervención monosilábica del usuario a un diálogo abierto como si se tratara entre dos personas.

Como se puede ver este sistema experto bien puede ser utilizado por el justiciable, el abogado, el auxiliar de justicia, el juez, en fin, por toda persona que tenga interés en una opinión experta sobre un caso concreto.

¿Qué se espera de un sistema experto en su funcionamiento? La respuesta nos remite a los objetivos de un sistema experto en un nivel de desarrollo ideal o satisfactorio para su uso en el quehacer jurídico, y esto se traduce en:

- a) exponer la solución jurídica a problemas complejos al nivel del mejor experto humano;
- b) absoluta naturalidad en el diálogo de consulta con el usuario;
- c) expresar respuestas bajo razonamientos heurísticos de alta calificación por expertos humanos;
- d) capacidad de prever datos erróneos e imprecisiones de las reglas aplicadas a efecto de manipularlos corregirlos y de ser el caso desecharlos justificadamente;
- e) proporcionar varias soluciones especificando sus ventajas y desventajas y ordenándolas bajo un criterio prioritario; y,
- f) motivar sus preguntas y conclusiones.

Finalmente haremos referencia a *la robótica*, bajo el rubro de inteligencia artificial pues es una de sus expresiones, que si bien tiene un lado en el que se limita a la aplicación de la informática al diseño y empleo de maquinas que reemplazan al ser humano en trabajos manuales o físicos de los que no se puede ver inteligencia artificial, se proyecta al desarrollo de robots (del inglés *robot*, y este del checo *robota* que significa trabajo o prestación personal) que siendo androides (de forma humana) o no, logren realizar operaciones propias de seres inteligentes y no solamente de estructuras autómatas. Otras áreas que componen la inteligencia artificial son la capacidad para aprender de la experiencia, es decir de sucesos pasados aplicables al presente, la traducción de idiomas, la capacidad de completar razonamientos incompletos y la biometría.

3.2.6. Rompiendo el mito de la “inteligencia artificial” en la decisión jurisdiccional

En sus inicios la inteligencia artificial fue vista con una proyección muy elevada, tanto que su dimensión real no se avistaba tal cual prometía ser⁴⁵, se pensaba entonces en una comprensión absoluta del lenguaje natural hablado y escrito, en la visión aprehensiva de la computadora, en robots inteligentes confundiendo entre las personas, y llegando a un extremo, en algo tan escalofriante como la «sustitución» de las decisiones humanas —entiéndase de la voluntad y pensamiento humanos— por las de las máquinas, expresado, particularmente en el quehacer jurídico, en el juzgamiento de la conducta humana, lo que claro está, comprendía la desaparición de jueces humanos y la implantación del dominio de la máquina sobre el hombre. Afortunadamente el tiempo se ocupó de hacer visibles esas proyecciones, pero condenadas a las páginas de un *best seller* o al celuloide en un proyector cinematográfico, donde sí se puede contemplar hasta la posibilidad de una evolución de la inteligencia artificial al punto tal que usurpe sensaciones y sentimientos humanos, y de estos

últimos inclusive los malos, con desenlaces que más allá de nuevas guerras, con nuevos enemigos, y de alucinantes automatizados y robotizados años futuros, muestren que la libertad de querer y de decidir del hombre no se enfrenta a la amenaza de ser sometida a decisiones de máquinas, sino, al ego humano de pretender crearlas con tal nivel de discernimiento. Y si alguien augurara para el futuro una máquina hecha por el hombre a su semejanza (que sólo así podría sustituirlo en sus decisiones⁴⁶ más aún para juzgar sus actos⁴⁷) afirmaría que el hombre será un dios, y esto delataría no sólo lo lejano del sometimiento del hombre por la máquina, sino, que esa afirmación sería propia de un alelado.

Lo cierto es que cuando se dice que la computadora sustituye las decisiones del hombre, no debe referirse a todas las decisiones, sobre todo en el campo de lo jurídico, entender lo contrario a más de comprometer las decisiones jurisdiccionales en el servicio de impartición de justicia, incurre en el cándido error⁴⁸ de los inicios de la inteligencia artificial, inducido, en parte, por la propia denominación empleada de «inteligencia» que mal vista la muestra como patrimonio exclusivo del ser humano, cuando no como capacidad de entender o comprender —en base a un lenguaje— de la que pueden participar una computadora o un perro u otro animal de evolución cerebral similar, salvando los elementos distintivos entre máquina y ser vivo, a partir de su lógica asociativa; entonces, es conveniente hablar de niveles de inteligencia y bien podría apuntarse una humana y otra artificial, en el marco de nuestro interés para este trabajo.

No obstante, una idea muy respetable es aquella que ve que nunca, en forma alguna, la máquina podrá decidir por el hombre, porque siempre que se le presente la posibilidad de optar por una alternativa (decidir) lo hará cumpliendo instrucciones del usuario (el hombre) predisuestas al interior de su abstracta programación (*software*). Pero esto pierde sustento cuando la máquina tiene que decidir en una situación completamente desconocida para ella y para el propio usuario porque éste no sabe qué alternativa elegir y aquella no tuvo la instrucción específica de qué hacer, entonces el usuario encomienda a la máquina tal decisión, confiado en su capacidad para analizar un problema y operacionalizar variables al punto tal que sea ella la que determine que hay que hacer; esto ocurre por ejemplo con los desarrollos tecnológicos, sobre todo en nanotecnología aplicada a la medicina, y sinceramente espero que lo inimaginable en estos campos, se presente ya, aún cuando esto comprometa la toma de decisiones de la maquina por el hombre.

Y es que la inteligencia artificial nunca fue vista como la construcción de una mente extrahumana amenazante de la libertad y por tanto de la vida humana —salvo por fértiles imaginadores profanos de su manejo evolutivo— como consecuencia de una sustitución de los jueces por computadoras. El imitar o simular —de ahí lo de artificial— en una computadora el potencial de un experto —o varios expertos— para resolver problemas específicos, a fin de cuentas reposa no en una asesoría especializada —inclusive eso es mucho—, sino, en una ayuda para la asesoría especializada.

4. DERECHO PROCESAL, PROCESO E INFORMÁTICA

Conviene recordar que cuando tenemos en frente dos clasificaciones jurídicas como el derecho procesal y el derecho de la informática, tenemos entre manos un área del derecho de naturaleza material y otra de naturaleza formal; y pese a tener tales medulares distinciones se vinculan muy estrechamente a razón del enfoque de sus instituciones bajo la luz de sus respectivos ámbitos de aplicación; así, por ejemplo, el estudio del “valor probatorio” de la firma digital o de un contrato electrónico corresponde al derecho procesal, pero el estudio de la “firma digital” como mecanismo informático de consecuencias jurídicas materiales o la contratación electrónica entre particulares corresponde al derecho informático, esto nos muestra que tanto la informática jurídica como el derecho de la informática se ubican en tierras del derecho privado, y también transitan los terrenos del derecho público (v. gr., con la presencia del derecho procesal, o con la regulación de un código de administración (pública) digital, como el que tiene Italia).

Para Frosini⁴⁹, “en el campo judicial, lo que se requiere es ante todo un proceso de racionalización externa, instrumental, operativa, como puede resultar de la experiencia y la aplicación de los medios de la informática: registro electrónico, obtención automatizada de los datos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales, catálogos anagráficos computarizados, coordinación mediante terminales de los ministerios judiciales en un centro electrónico. Para esta innovación de las actuales formas de gestión del procedimiento judicial, que puede ser ejemplar en cuanto al procedimiento cibernético hacia el cual se orienta la sociedad tecnológica en la variedad de sus formas, implica también un cambio de modelos culturales, que reclama el planteamiento de un problema de racionalización interna, finalista, metodológica, de la actividad judicial... Podría decirse, pues, que de ese modo el juez mismo viene a participar de un procedimiento informático, ya que, no sólo se sirve de un instrumento automatizado, sino que se vale asimismo del procedimiento mental-mecánico que lo hace funcionar”.

4.1. La telemática

El término «telemática», propuesto por S. Nora y A. Minc en 1978, expresa la combinación de la informática y las telecomunicaciones que ha transformado la vida del hombre actual envolviéndolo acentuadamente en los recios vientos del fenómeno globalizante. Hoy día se habla de teletrabajo, de *chat*, de pagos y transferencias de dinero *on line*, de videoconferencias, de compras virtuales, de *e-books*, de multimedia interactiva, etcétera, y en esto juega un papel decisivo esa inmensa máquina colectiva que envuelve, cual malla electrónica, el planeta entero: internet.

Telemática⁵⁰ —acrónimo de telecomunicaciones e informática— significa informática aplicada a las telecomunicaciones, siendo su expresión actual las conexiones por (inter, intra o extra) red, que no necesariamente pone la información en libertad⁵¹, sino, particularmente, la comunica, bien a quien la halle bien a quien le es remitida con particularidad y excluyentemente.

La comunicación a distancia permite, con relación a las computadoras, establecer un enlace sea local, regional, nacional o internacional mediante un *modem*; lo que significa automatizar la comunicación-información entre quienes participan de su servicio (jueces y auxiliares) y uso (partes y terceros); de ahí que es lógico ver la tangibilización o ejecución de esa informatización a distancia en la interconexión comunicativa de tales sujetos.

No existiría la telemática en el derecho, y creo que en cualquier otro sector del conocimiento humano, si no tendría el impacto del que goza contemporáneamente la presencia del internet, que es una base de datos, tan grande y compleja como una gran red de computadoras interconectadas que cubre el planeta completo permitiendo la comunicación y acceso a información a través de ellas. Esta red mundial *web* —*World Wide Web* (*www*)— es la interconexión abierta de computadoras de uso masivo que permite el acceso a páginas de hipertexto (alojadas en servidores) y a comunicaciones interactivas digitalizadas escritas o audiovisuales simultáneas o diferidas.

Hoy en día internet es una herramienta que va del uso doméstico al servicio público, sea para fines (privados o públicos) educativos (en todos sus niveles), económicos (empresarial, comercial, de publicidad, laboral y muchos otros, todos de costos reducidos), sociales, culturales, etcétera, gracias a la facilidad que ofrece para las comunicaciones, teniendo como principales manifestaciones el correo electrónico (*e-mail*), los foros, los *chats*, las videoconferencias, los archivos de texto, imagen y video, las plataformas especializadas, etcétera. En este contexto los procedimientos en línea mejor proyectados son los que solucionan, desde la orilla privada, controversias mediante conciliación y arbitraje; v. gr., el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁵², la American Arbitration Association⁵³, el Cibertribunal⁵⁴.

Conceptos tan usuales como internet, *e-mail* (correo electrónico), *chat room* (cuarto de charla) y otros deben gozar de definición en los sistemas jurídicos, sea en la ley, doctrina o jurisprudencia⁵⁵.

4.2. La reforma de la administración de justicia

En este panorama el proceso necesita ser visto en la problemática de su vinculación con la «crisis» (y «reforma») del servicio de justicia. Mucho se habla de la crisis del Poder Judicial y mucho también se cuestiona la coherencia de esa «crisis» que significaría una mutación o cambio de algo que antes funcionaba bien, sabiendo que en las memorias y actualidad de la administración de justicia nacional no aparece registrado un momento óptimo o de buen funcionamiento, tan así es que abogados y jueces desde cuando estudiantes vivimos acostumbrados a reformas y más reformas, tantas como cambian los turnos políticos; pero al margen de esta situación que compromete análisis y estudios judiciales, procesales y también sociológicos y hasta psicológicos, nos interesa ver los recientes esfuerzos por llevar adelante una reforma integral de la administración de justicia, porque estas,

tienen entre sus ejes principales las nuevas tecnologías aplicadas a lo judicial y a lo jurisdiccional.

Hemos afirmado antes que en el Perú, los esfuerzos por una reforma judicial provienen de dos flancos: el primero es la creación (por ley 28083) de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia; y, el segundo, referido a los trabajos de la Comisión de Sistemas y Servicios de Información encargada de formular y consolidar el Plan de Implantación de Sistemas de Plataforma Tecnológica y de Organización Informática, constituida por Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 068-2004-P-PJ de 24 de mayo de 2004.

El Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia^{56, 57} de la CERIAJUS, no apunta al uso de las nuevas tecnologías, no por lo menos con la seriedad que debería, para la agilización del servicio de justicia que si tiene rasgos críticos es porque precisamente es paquidérmica.

Se puede ver que el acceso a la justicia está aislado de las bondades que puede gozar con la introducción de la telemática; la modernización del despacho judicial se orienta en el mejor de los casos a ofimatar el despacho judicial pero sin insinuación alguna de telematizarlo, por lo menos para la consulta de expedientes; los recursos humanos son tratados como si no vivieran en una sociedad de la información; en el gobierno y presupuesto se atina a la instalación del intranet del sistema de justicia (integrado por todas las entidades, lo que potenciará la inversión y reducirá los costos), pero no se hace notar la potencialidad de la misma para mayores utilidades informáticas y telemáticas; en el punto referido a la predictibilidad y jurisprudencia se acierta con la creación del Sistema Informático Unificado de la Jurisprudencia que debe ser la red de información de jurisprudencia a la cual magistrados, abogados y demás usuarios pueden acudir para verificar los precedentes vinculantes; y, finalmente, en la adecuación normativa no se prevé la posibilidad de determinar los procesos en los cuales se puede iniciar la introducción de las nuevas tecnologías en su desarrollo, ni la adecuación del marco normativo para el manejo informático-telemático del proceso civil (en casos específicos y en juzgados y salas pilotos).

El Informe Final de la Comisión de Sistemas y Servicios de Información⁵⁸, designada por la Presidencia del Poder Judicial, se desarrolla en base a un plan de acción de diez objetivos, en los que deja mucho que desear el enfoque aplicativo de las nuevas tecnologías en el servicio de justicia, porque olvida principalmente su medular razón de constitución que es la implantación de sistemas de plataforma tecnológica y de organización informática, que articulada con su objetivo de «definir» los procesos jurisdiccionales claves que deben ser apoyados por las tecnologías de la información y de la comunicación⁵⁹, debió conducir a una estructuración tecnológica del proceso jurisdiccional, en una primera etapa, con la posibilidad de litigar telemáticamente. Ese es el avance que estos días exigen para la aplicación de las nuevas tecnologías en el proceso civil, lo otro, como la simple

implementación del despacho judicial con computadoras o los bancos de datos de jurisprudencia, e inclusive las consultas de expedientes por internet, son aspectos que ya no pueden aparecer como propuestas de reforma, sino como exigencias del servicio de justicia si quiere sobrevivir al caos y la apatía. No se debe pensar únicamente en «reformular» lo judicial, sino también lo jurisdiccional.

5. LITIGACIÓN TELEMÁTICA

Los avances tecnológicos en la informática y telemática han asumido un rol vital en la interacción social del hombre. La sociedad actual ha llevado a su principal actor a verse envuelto en tantos quehaceres y en tantas y distantes relaciones que pusieron en su habitual diálogo conceptos como estrés, dinero electrónico, mensajes seguros, consultas y pagos *on line*, etcétera, que confluyen en una batalla contra el escaso tiempo, agotamiento físico y mental, contaminación ambiental, delincuencia en las calles, etcétera. Esta realidad compromete el derecho fundamental al uso de tecnología en sus diversas expresiones vinculadas al quehacer jurídico privado y público, siendo la contratación telemática —mal denominada «computarizada»— y el derecho a formular telemáticamente petición ante el Poder Judicial claros ejemplos de ello, respectivamente. La conjunción del derecho al uso de tecnología con otros derechos tiene ingerencia en el ejercicio de estos, por lo que bien se puede entender, en el caso del último ejemplo, que se trata del derecho a ejercer telemáticamente el derecho de acción, lo que evidentemente comporta el acceso telemático a la justicia y el derecho a litigar tecnológicamente. El derecho al uso de la tecnología está expresamente positivado en la legislación italiana, el Código de Administración Digital lo consagra junto a otros derechos vinculados como «al acceso y al envío de documentos digitales», «a efectuar cualquier pago en forma digital», «a recibir cualquier comunicación pública por e-mail», «a la calidad del servicio y a la satisfacción del mismo», «a la participación», «a encontrar en línea (*on line*) todos los modelos y los formularios válidos y actualizados».

El acceso telemático a la justicia arriba con sentido pleno al «movimiento mundial pro acceso a la justicia»⁶⁰ incidiendo con fenomenal concisión en la tercera «oleada» que busca establecer procedimientos más simples, racionales, económicos y eficientes —las otras dos «oleadas» buscan superar las barreras de la «pobreza económica» y «pobreza organizativa», respectivamente—. El derecho a litigar tecnológicamente debe entenderse en el panorama que enfoca el principio de justicia ágil y tecnológicamente avanzada, que es precepto de observancia básica del Estado, reconocido en las conclusiones^{61, 62} de la VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia (México, Cancún, Quintana Roo, 27-29 de noviembre de 2002), en cuanto significa tramitación ágil y respeto de los plazos legales, e inspira los derechos «a que no se exija, salvo disposición legal expresa, la aportación de documentos que obren en poder de la Administración Pública» y «a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales».

Justicia ágil, es concepción actual de concreción de economía procesal⁶³ por el uso de tecnologías avanzadas apropiadas, es decir, tecnologías que siendo altamente eficientes permiten un servicio de justicia oportuno —con una verdadera observancia de los plazos procesales legales—, de bajo costo —el acceso a redes ofrece cada vez mejor servicio por menor precio— y menos sacrificado —ya no se requieren desplazamientos físicos o trabajos de documentalística o archivística agotadores—. Hay, pues, necesidad de ahorro de dinero, tiempo y trabajo físico de los sujetos que integran la relación jurídica procesal según las exigencias y bondades del tiempo actual.

6. ORALIDAD, ESCRITURA Y SOPORTE INFORMÁTICO

El problema del predominio de la oralidad o de la escritura en el proceso fue consecuencia de concebir a cada una en un extremo (oralidad pura y escritura pura); así, para la oralidad el fundamento de la sentencia solamente puede ser aquello percibido directamente por el juez —percepción inmediata de la materia procesal por el juzgador—; y, para la escritura —que fundamenta el principio absoluto de la documentación— el contenido del proceso y el de las actas son lo mismo. La solución al problema, sin necesidad de mayores contorsiones conceptuales —verbalidad⁶⁴— se vio en la forma mixta⁶⁵ que equilibra la conjunción oralidad-escritura según los intereses —o mejor, necesidades— del proceso.

La oralidad-escritura corporifica o asigna soporte al proceso a través del expediente escrito en papel. Ahora, las nuevas tecnologías introducidas al proceso asignan a éste un nuevo soporte que no demorará mucho en suplantar⁶⁶ al papelizado (expediente): el informático.

La oralidad y escritura se pueden expresar tanto en soporte físico (papel) como en soporte informático (despapelizado) para la realización del proceso, *v. gr.*, en la experiencia norteamericana existe el proceso sin papeles (*paperless*), su gestor fue Carl B. Rubin, Juez federal del distrito de Cincinnati, a partir del caso «*Ayers vs. Sutcliffe*» (1992), se desarrolla a través de imágenes documentales y presentaciones en multimedia, efectuadas por computación y apreciadas en monitores de televisión. Esto evidencia que sea como exista el expediente, es decir, como un conjunto ordenado de papeles continentales de actos procesales o como un archivo electrónico, siempre tendrá que valerse de la oralidad y de la escritura; de la primera porque no habrá proceso válido si los justiciables no toman contacto directo —presencial o virtual, pero en tiempo real— con el juez, que les permita expresarse directamente —inmediación—, lo que comprende la puesta en marcha paralela de toda una articulación de principios del proceso; y de la segunda porque es la forma como el ser humano ha podido perpetuar su pensamiento.

La videoconferencia⁶⁷ es la comunicación a distancia —telecomunicación— que permite interactuar dos o más sujetos situados en dos o más puntos geográficos con imagen y sonido en tiempo real. Su aplicación en el desarrollo del proceso, por ejemplo para una declaración testimonial o de parte, no afecta la oralidad porque

el diálogo del juez con la parte o testigo declarante será en tiempo real pudiendo apreciarse las reacciones y en general la conducta de quienes participan en la videoconferencia (juez y declarante), tampoco afecta la escritura porque el acta de la audiencia de pruebas, o cualquier otra, no dejará de emplear el sistema de signos utilizado para escribir significando o no esto «papel escrito».

El proceso civil portugués emplea la videoconferencia para la recepción de las pruebas de declaración de parte y testifical (artículos 556 y 623 del Código de Processo Civil, respectivamente) siempre que se tuviera que actuar por exhorto. Los dispositivos indicados, considerados innovadores⁶⁸, hacen referencia a la «teleconferencia», término que resulta menos apropiado técnicamente en relación al de «videoconferencia»; toda vez que éste es expresivo de la visualización —video, del latín *vidĕo*, «yo veo»— en la intertelecomunicación; y aquel, si bien es expresivo del servicio proporcionado por operadores públicos y privados de telecomunicaciones para que dos o más personas alejadas geográficamente interactúen mediante redes de telecomunicaciones⁶⁹, no significa visualización por lo que bajo su contexto también puede entenderse una comunicación telefónica.

7. HACIA LA TELEMATIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

La presencia de las nuevas tecnologías (de la información y de la comunicación) en el ámbito del proceso civil ha generado nuevas denominaciones del proceso civil mismo, se habla de proceso civil telemático o de proceso civil informático-telemático, como si se tratara de un nuevo proceso, es decir, de una nueva forma de tutela sea por la materia o por la vía procedimental. Lo cierto es que las tecnologías en el proceso no dan pie a nuevos procesos, estos son los mismos (los mismos plazos, la misma estructura) sólo que dotados del uso de la computadora para elaborar y conservar con seguridad los actos procesales (informática) y comunicarlos entre los sujetos de la relación jurídico-procesal (telemática). Entonces no es difícil conjeturar⁷⁰ cómo sería un proceso en el que litigar signifique el uso de la informática y la telemática, siempre que se tenga presente que ello implica básicamente abarcar (i) la comunicación procesal de (y en) los actos procesales (*v. gr.*, el intercambio electrónico de datos —EDI— en las experiencias⁷¹ judiciales piloto de UTA y Maryland, EE. UU., enviando y recibiendo los actos procesales de parte y del juez —documentos electrónicos) y (ii) la formación, conservación, validez y seguridad del expediente informático.

7.1. Comunicación telemática en el proceso civil

Si bien los ordenamientos latinoamericanos tienen una casi homogénea recepción, en sus textos, del uso del correo electrónico y del telefax para las comunicaciones procesales, específicamente para las notificaciones, no existe en el *civil law* mejor ejemplo que el proceso civil telemático italiano para aproximarnos a una reciente experiencia —o en todo caso proyección— legislativa que muestre de cerca los inicios, ventajas y desconsuelos de la nueva faz de la litigación civil.

La regulación legal italiana del denominado «proceso civil telemático»⁷², sobre el uso de instrumentos informáticos y telemáticos, entre otros, en el proceso civil, materializa los primeros pasos del proyecto⁷³ del Ministerio de Justicia para automatizar la mecánica comunicativa procedimental entre justiciables, órgano jurisdiccional y servidores de justicia.

El proceso civil telemático *ex lege* no establece ninguna vía procedimental, es decir, no establece plazos ni términos nuevos, ni concentra actos procesales, etcétera, por lo que su visión no debe apuntar a una nueva forma de tutela procesal (es más ni debería denominarse, como un gran sector de autores italianos lo hace, «proceso civil telemático» que sería la contraparte de un «proceso civil en papel» o «papelizado», y que en todo caso prioriza lo telemático obviando lo informático), sino a una nueva forma de manejar —entiéndase comunicar, notificar, conservar, archivar— el proceso, o propiamente los actos procesales —recolectados⁷⁴ en el expediente— y todo lo que ello significa, bajo los cauces informáticos y telemáticos, es decir, de esas nuevas tecnologías que se adueñan de la administración pública estatal y que encuentran en el servicio de impartición de justicia un punto de necesaria e inevitable confluencia.

Punto de partida de la regulación del uso de nuevas tecnologías en el proceso, entre ellos el civil, es el sano estilo —tomado del derecho anglosajón— de definir los términos técnicos empleados en su contenido —hoy frecuente en nuestra legislación⁷⁵—, resaltando entre ellos, los de «documento informático», «duplicado del documento informático», «firma digital» (remite a su definición en norma especial preexistente), «dominio justicia», «sistema informático civil» y «dirección electrónica».

La presencia tecnológica en el proceso civil (informático-telemático) italiano, tiene, entre sus principales lineamientos⁷⁶, los siguientes:

Se desarrolla en una plataforma informática denominada «dominio justicia» definida por la propia ley (artículo 1) como «conjunto de recursos *hardware* y *software*, mediante el cual la administración de justicia trata en vía informática y telemática cualquier tipo de actividad, dato, servicio, comunicación y procedimiento». Al interior de este dominio existe el subconjunto de recursos, también introducido por la ley, mediante el cual se desarrolla el proceso civil, denominado «sistema informático civil».

La firma digital es el elemento de seguridad de la telematización de los actos procesales. El uso de la firma digital, por algunos considerada una sorpresa tal vez por su falta de difusión⁷⁷, es el punto neurálgico de estos cambios, y por ello refleja la mayor resistencia a materializar plenamente la transición a la etapa tecnológica del proceso.

La comunicación procesal informática (notificación de actos procesales informáticos y anexos —medios probatorios documentales y prueba del poder para actuar en proceso—, si los hubiera) es por vía telemática (internet o intranet) utilizando la dirección electrónica (casilla de correo electrónico) de quienes intervienen en el

proceso. Esto posibilita la notificación a las partes o terceros legitimados desde la secretaría, y la introducción de actos procesales al proceso desde el estudio del abogado; lo que lógicamente implica la recepción de actos procesales por la secretaría (o por el juez mismo) en su oficina (o despacho), y la recepción de notificaciones por la parte o tercero legitimado en el estudio de su abogado.

El acto procesal o medio de prueba documental en soporte papel introducido al proceso integrará el expediente informático en copia informática obtenida y autenticada con firma digital por el secretario (se establece limitación por costos en el caso de documentos probatorios), y si se presentara por las partes en formato informático pero no por vía telemática también serán copiados informáticamente por el secretario para su inserción al expediente electrónico previo uso de su firma digital, devolviéndose el medio en que se presentó.

Cuando resulte muy oneroso obtener las copias informáticas se limita a un máximo de veinte fojas. Esta situación hace ver que el proceso informático-telemático no es absolutamente un proceso «despapelizado» o sin papeles, toda vez que, por ejemplo, los medios probatorios documentales excedentes, es decir, aquellos que por razones de costo o de no estar entre las veinte fojas permitidas, queden fuera del soporte informático, permanecerán incluidos en el expediente en soporte papel, que obligada y paralelamente (al expediente en soporte informático) debe llevarse en secretaría.

El haberse regulado que al presentarse actos procesales en soporte tradicional (en papel) se acompañen un medio de archivamiento de la copia informática de los mismos, para su incorporación al expediente informático, es completamente acertado, pero no el que esto sea facultativo, porque lo evidente será que al no acompañarse el medio de archivamiento exigido se incrementa en exceso el trabajo de la secretaría. Lo correcto hubiera sido, entonces, establecer la obligación (hacerla exigencia de admisión del acto procesal) de esa medida.

El expediente del proceso tiene soporte informático, por tanto todos los actos procesales (demanda, contestación a la demanda —actos de postulación⁷⁸ al proceso—, resoluciones, notificaciones, constancias de recepción de notificaciones, actas de audiencia, medios probatorios, sentencia, medios impugnatorios, etcétera) tienen soporte informático. La consulta del expediente puede ser desde internet o desde un terminal de video en secretaría.

Paralelo al expediente informático se llevará el mismo expediente con coincidencia absoluta de foliación y orden en soporte papel. Para ello se obtendrán impresiones de los documentos que se presenten en soporte informático con la respectiva autenticación y copia informática de los que se presenten en soporte físico (papel) indicando el proceso y la parte a la que pertenecen así como empleando el secretario su firma digital.

La motivación de esta medida es obviamente la seguridad en la transición de la clase de soporte del expediente del proceso, es decir, ese paralelismo de soportes del expediente es el punto de enlace o el nudo que se forma entre las nuevas

disposiciones (introdutorias de la informática y telemática para el proceso) y la disciplina tradicional de los actos procesales (en soporte físico).

El acta de audiencia es redactada en soporte informático con la firma digital del juez y la del secretario. Si fuera solicitado, las partes y los testigos emplearán sus firmas digitales en sus declaraciones o en el acta. De no poder emplearse la firma digital el acta se redacta en soporte papel con las firmas convencionales y se agregará al expediente en soporte papel, debiendo el secretario obtener copia informática de dicha acta usando su firma digital y agregarlo al expediente en soporte informático.

Si no se emplea la vía telemática para comunicar, notificar o introducir un acto procesal al proceso, se empleará el soporte papel con cumplimiento regular de sus exigencias tradicionales y será agregado al expediente en soporte papel, debiendo el secretario obtener copia informática del mismo y luego autenticarla con su firma digital e incorporarla al expediente informático. La facultad de notificar los actos procesales sea por vía telemática o al estilo tradicional, ensombrece mucho el esfuerzo de telematizar el proceso. La notificación de los actos procesales por vía telemática (obviamente a cargo de secretaría) debe ser obligatoria y no facultativa.

En todo esto la firma digital, no se puede negar, es el eje gravitatorio de la tecnologización que, vista en el proceso civil, asigna seguridad a los actos procesales, equipara el documento informático al documento original escrito en papel y da validez a la transmisión telemática de los actos procesales para todos los efectos legales, es más, entre otras de sus virtudes, convalida la copia digital al original, sea del acto procesal o del medio probatorio documental, para todos los efectos legales.

Con las nuevas reformas⁷⁹ del proceso civil italiano las comunicaciones (a los abogados) relativas a las sentencias y autos expedidos fuera de audiencia se pueden realizar por el secretario mediante el telefax o correo electrónico con observancia de la normativa y reglamentación de la suscripción, transmisión y recepción de los documentos informáticos y telemáticos. Evidentemente mientras el sistema certificado de correo electrónico no esté operativo la comunicación por telefax será predominante; por lo que, conviene anotar que mal se hace en denominar proceso civil telemático cuando la comunicación a distancia (telecomunicación) es utilizando un sistema telefónico de reproducción a distancia de escritos, gráficos o impresos denominado telefax, es decir, se trata en todo caso de una litigación por telefax o telecomunicada pero no telemática, porque lo último significa la suma de la telecomunicación y la informática (telemática), y el telefax no es expresión informática, precisamente por la ausencia de la computadora, y por tanto no automatiza (informatiza) la información ni la comunicación, es decir no telematiza; sin embargo cuando la computadora está dotada de un *modem* y *software* pertinente que permitan enviar y recibir escritos, gráficos o impresos, la comunicación si es telemática; pero este punto, que puede parecer baladí, no es tan simple, porque habría que pensar cómo considerar por ejemplo la emisión por telefax y la recepción por computadora o a la inversa. ¿Será simple

telecomunicación o telematización? La respuesta apuesta por la telematización, basta que el envío o la recepción, pero siempre de alguna manera participe la computadora en esa telecomunicación para que sea telematización. Quien piense que esta distinción es trivial olvida que de no existir las computadoras e internet nunca se hubiera siquiera imaginado denominar «telemática» a aquella litigación por telecomunicación o telefax.

Las disposiciones legales del proceso civil telemático italiano están cada vez más asentadas, aunque los instrumentos y condiciones que introducen todavía no están operativos (*v. gr.*, gestor central, gestores locales, usuarios certificados, etc.); por eso será cuestión de esperar un real despegue de la puesta en práctica de esa nueva forma de litigar, para que cuando sea el tiempo de construirla para nuestro proceso civil el camino sea menos dificultoso sirviéndonos de la experiencia comparada que, como la tecnología misma, en este caso, se muestra globalizada.

Incuestionablemente existen muchas críticas sobre cada uno de los aspectos que implica informatizar y telematizar el proceso civil, más aún cuando los pasos iniciales aún se vienen dando, abriéndose a un sin fin de opiniones que van desde el uso del telefax como alternativa de uso de la dirección electrónica, hasta juiciosos cuestionamientos casuísticos como cuál debe ser la dirección electrónica a emplearse en caso de empresas que cuentan con varias direcciones electrónicas, o aquellos provenientes de las inexactitudes de las reglas técnicas sobre el funcionamiento y la gestión del sistema informático civil, los sujetos habilitados para el uso del acceso telemático, los archivos judiciales, etcétera. Estos problemas delatan ausencia legislativa sobre telematización de la administración (pública) de justicia civil que, en gran parte, en la legislación de otros ámbitos de administración pública telematizada están superados; dos claros ejemplo a tener muy en cuenta son (i) el Código de Administración Digital italiano (Decreto legislativo N° 62, de 7 de marzo de 2005, vigente a partir del 1° de enero de 2006), particularmente por los derechos, principios e instituciones que expresamente reconoce y la estructura, servicio y recursos tecnológicos que regula; y, (ii) el «Plan de Choque para el Impulso de la Administración Electrónica en España» (aprobado por los Ministerios de Ciencia y Tecnología y de Administraciones Públicas el 8 de mayo de 2003), que deja atrás la aparente⁸⁰ novedad de la regulación introducida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo (Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), porque ha desarrollado el sitio⁸¹ de la administración pública que permite actuaciones como la facilitación del DNI electrónico⁸² (regulado por Real Decreto 1553/2005), formularios en internet y registros telemáticos, notificaciones telemáticas seguras, sustitución de certificados en papel por certificados telemáticos y transmisiones de datos entre administraciones públicas, etcétera. En todo caso, con las diferencias sobreentendidas entre lo administrativo y lo jurisdiccional, las pautas principales y tecnológicas desarrolladas en las administraciones públicas más avanzadas en informática y telemática deben considerarse por el legislador del proceso civil para informatizar y telematizar el proceso civil sin descuidar su homogenización con las tecnologías de la administración pública en cuanto fuere pertinente. Así, veremos en el proceso civil telemático las características siguientes.

El centro neurálgico de la regulación telematizante del proceso civil es el «justiciable-usuario» dotado *ex lege* del reconocimiento de su derecho «al uso de la tecnología», y a partir de ahí de sus derechos «al acceso y al envío de documentos digitales», «a efectuar cualquier pago en forma digital», «a recibir toda notificación y respuesta a consulta o trámite por *e-mail*», «a la calidad del servicio y a la satisfacción del mismo» y «a encontrar en línea (*on line*) todos los formularios válidos y actualizados».

El derecho al uso de las modernas tecnologías informáticas para la litigación civil es la piedra angular del elenco de derechos procesales-informáticos, pues a partir de él se entiende el usar las bondades de la computadora para acceder al servicio estatal de justicia como un derecho, y claro está, con todo lo que ello implica. Se puede decir que los demás derechos son consecuencia de éste. Proporcionar estatalmente el plano tecnológico adecuado será un factor determinante de la efectivización de este derecho.

Enviar actos procesales y con ellos toda clase de documentos, así como recibirlos, por medio telemático es un derecho. Corresponde frente a este derecho la obligación estatal de proporcionar un servicio digital sumamente moderno, sencillo y seguro.

El derecho a efectuar cualquier pago, relacionado con el proceso civil (*v. gr.*, de tasa judicial, multa, reembolso de costas y costos, ejecución de determinadas sentencias, etcétera), en forma digital, implica el servicio virtual de pagos de la entidad bancaria pertinente (en nuestro caso el Banco de la Nación) desde la plataforma del servicio de justicia, con todos los mecanismos de seguridad y comprobación de las transacciones electrónicas aperturadas, además, a interactuar con la banca comercial.

Cualquier notificación, respuesta a consulta o trámite derivado del proceso debe ser por correo electrónico, lo que exigirá habilitar mecanismos informáticos que asignen plena seguridad a la transmisión del documento y al documento mismo (integridad y fecha), sobre todo teniéndose en cuenta que tendrán validez jurídica para todos los efectos. Aquí la firma digital desempeña rol trascendente en cuanto a la seguridad que le proporciona al acto procesal o documento (notificación o respuesta a consulta o trámite) telematizados.

El servicio público de administración de justicia estará obligado a prestar una atención con estándares de calidad ajustados a las exigencias de los usuarios. A ello debe corresponder un mecanismo de control de calidad que viabilice la efectividad del derecho a la calidad del servicio y a la satisfacción del mismo.

El derecho a encontrar en línea todos los formularios válidos y actualizados agilizará diversos trámites y particularmente aquellos procesos en los que los actos procesales obedezcan a formularios por orientación de la justicia de protección.

Los soportes de la estructura telemática del proceso civil serán la cooperación, la gestión informática del proceso, la notificación telemática, la disponibilidad del expediente *on line*, el acceso a bases de datos de interés nacional.

La cooperación está referida a la facilitación telemática de datos, informes, constancias o documentación, con validez o certificación oficiales, de los diferentes sectores de la administración pública al Poder Judicial. La cooperación será implícita, y por tanto su inobservancia no acarreará responsabilidad en la entidad cooperante, cuando la información requerida esté contenida en bases de datos de interés nacional. Esto significa que las exigencias de certificaciones serán cosa del pasado, porque, por ejemplo, bastará la revisión en la base de datos de los registros de propiedad para confirmar una inscripción de propiedad, etcétera.

El juez debe gestionar el desarrollo del proceso utilizando la informática y telemática en los casos y en los modos previstos por ley, por lo que debe velar por la formación de un expediente informático conteniendo los actos procesales, medios probatorios y datos del proceso. Esto implica facilitación del estudio del expediente con menores costos y mayor eficiencia y transparencia.

La comunicación procesal telemática tiene como punto más resaltante la validez del correo electrónico como medio de comunicación entre el despacho jurisdiccional y las partes o terceros siempre que cumpla con los requisitos establecidos por ley, particularmente sobre la firma digital.

El expediente digital completo estará puesto a disponibilidad de consulta telemática, esto supone la obligación del servicio de justicia estatal de establecer los mecanismos de seguridad necesarios para la inalterabilidad del contenido del expediente.

Regulación de los medios de realización de la informatización y telematización del proceso: correo electrónico, firma digital, documentos informáticos y sitio del servicio de justicia en internet.

El sitio del Poder Judicial en internet, para la litigación telemática, debe contar con regulación expresa de sus características (*v. gr.*, facilidad de su uso, claridad del lenguaje, simplicidad, homogeneidad), contenido (*v. gr.*, organigrama, direcciones de correo electrónico institucionales, elenco de servicios) y servicios (*v. gr.*, estudio de expedientes, recepción de notificaciones, presentación de actos procesales). Para este último punto materia de regulación, será necesaria la asignación de un código o clave de acceso o *PINs*, o en todo caso el uso del DNI electrónico, que constituirá la llave de acceso al servicio informático y telemático de justicia con identificación de usuario, tanto para el justiciable-usuario, sólo en los casos expresamente establecidos por ley, como para el Abogado, para todo cuanto comprenda el ejercicio de su patrocinio.

Notificaciones telemáticas

Los sistemas de administración pública, en los estados más modernos, se sirven cada vez más de la notificación telemática⁸³, así, la tributación, la seguridad social, aduanas, y otros sectores son devotos usuarios de la notificación electrónica.

El uso del correo electrónico certificado se ha expandido tanto en la actividad pública como en la privada y su utilidad y uso frecuente por los ciudadanos lo ha familiarizado al punto que las comunicaciones tradicionales (servicio postal) se han reducido dramáticamente y con seria amenaza de seguir haciéndolo.

La incorporación de las nuevas tecnologías en la comunicación se fue dando en el proceso aunque no con los resultados pensados en un inicio, así, el uso del fax para las notificaciones tiene un entorno austero, muy reducido en nuestro medio. Sin embargo, si bien en algunos sectores de la administración pública vienen implementando el uso del correo electrónico certificado, en el ámbito de la administración de justicia no se expresa ningún esfuerzo por seguir ese ejemplo.

Para abrir el texto de la ley al uso de la telemática en las notificaciones basta una simple remisión al «uso de cualquier otro medio técnico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado». En este sentido la actualidad muestra casi todos los ordenamientos procesal-civiles dotados de disposiciones que remiten al uso del correo electrónico (en algunos casos sin especificar su certificación) directa o indirectamente.

Nuestro ordenamiento procesal civil (artículo 163, modificado por ley 27419, Ley de notificación por correo electrónico) faculta el uso de correo electrónico previa solicitud y para los casos establecidos para la notificación por cédula (artículo 157), señalando además (artículo 164, también modificado por ley 27419) que se dejará constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente reporte técnico que acredite su envío. Lamentablemente el uso adecuado del correo electrónico y la seguridad que le proporciona la firma digital (que no existe en el interés del legislador) no son aún visibles en nuestro Código Procesal Civil, por lo que el ahorro de tiempo, esfuerzo y dinero que comprende la comunicación telemática no se dejará sentir en el proceso civil patrio si éste no se informatiza y telematiza.

Otro caso latinoamericano de reconocimiento expreso del uso de medios telemáticos es el del proceso civil costarricense⁸⁴. En Europa hacen lo suyo los procesos civiles italiano (Decreto del Presidente de la República N° 123 de 13 de febrero de 2001), portugués (artículos 176, inciso 5, y 808, inciso 5⁸⁵ del *Código de Processo Civil*) y español (artículos 135.5 y 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

7.2. Los problemas de la transición a la litigación telemática

Básicamente los problemas de enfrentar el cambio de la forma de litigar son de economía, organización y educación, veamos:

Economía. - Principalmente —toda vez que casi nada escapa al ámbito del dinero en el tema que nos ocupa— para cubrir los costos (i) de adquisición y mantenimiento de *hardware* y *software* (sobre todo de seguridad) para un sistema madre de la administración pública y uno específico para el servicio de justicia, así como para la gestión de la firma digital, y (ii) de capacitación de personal (técnicos informáticos,

expertos en redes, seguridad informática, gestión de bancos de datos), lo que hará pensar sin duda en nuevas áreas del servicio de justicia y en nuevos empleados. Aquí la acentuación del problema está en las prioridades⁸⁶ políticas establecidas para la asignación del gasto público que en nuestro país, valgan verdades, revela entre las últimas de la fila la modernización (informatización y telematización) del aparato de justicia.

Organización judicial y gremial.- La primera orientada a su descentralización operativa; y la segunda porque los abogados no estamos exentos de adquirir *hardware* y *software* adecuado, ni de capacitarnos en el uso de las nuevas tecnologías. Necesitamos conocer, y desde sus adentros, cómo funcionan las tecnologías aplicadas, sólo así se podrá confiar en la seguridad que garantiza el servicio de justicia.

Educación en informática.- Significa erradicar los diferentes niveles de analfabetismo informático que se esconde detrás de las secretarías, auxiliares técnicos o una timorata digitación del teclado (simple videoescritura). Hay que reconocer que entre los jueces, abogados y trabajadores judiciales, hay un grueso sector severamente afectado por la brecha digital, que aún teniendo oportunidad de participar en la «alfabetización digital funcional»⁸⁷ que busque solucionar este problema, son reacios a todo esfuerzo tanto que volcarlos a la informática es tarea tan difícil como retroceder el tiempo en ellos.

7.3. **Asignación de facultades fedatarias a los abogados como solución al problema de introducir válidamente al proceso medios probatorios tradicionalmente elaborados**

Establecido todo un mecanismo informático y telemático para el funcionamiento de la litigación tecnológica se encontrará como uno de los principales obstáculos en el orden probatorio la presentación, una vez ofrecidos, de los medios probatorios documentales; por ejemplo, al interponer una demanda en soporte informático en la que existen medios probatorios documentales ofrecidos como varios contratos redactados en papel con firmas certificadas por notario público, varias fotografías y videograbaciones; documentos que evidentemente no podrán acompañarse a la demanda físicamente, porque ésta bajo la seguridad de la firma digital será remitida telemáticamente al juez obviando el trámite presencial (presentación e ingreso de demanda) ante la mesa de partes (tradicional o física). Lo que desde ya inutilizaría la informatización y telematización del proceso, o en el menor de los casos, reduciría dramáticamente su campo de acción a procesos con ofrecimiento de medios probatorios de actuación oral (*v. gr.*, declaración de testigo, declaración de parte) o documentación electrónica en su forma original, o simplemente al no ofrecimiento de medios de prueba.

Consecuencia de ello es necesario regular el uso de tecnologías informáticas para la autenticación de copias digitalizadas de documentos originalmente elaborados en soporte tradicional (papel, cassette, video cassette, etcétera) para efectos exclusivos de su incorporación probatoria al proceso tecnológico. Entonces el abogado podrá

enviar telemáticamente la demanda conjuntamente que todos los medios de prueba documentales ofrecidos, digitalizados por fotografía, escaneado u otro medio informático que lo posibilite según las disposiciones legales pertinentes, e igual suerte ocurrirá con las pruebas a las que se refiere el artículo 425, incisos 4 y 5 del Código Procesal Civil. Pero, como el lector ya habrá advertido, esto no sólo apunta a la demanda sino a todo acto procesal (*v. gr.*, contestación a la demanda, medios probatorios extemporáneos, introducción de informes ordenados jurisdiccionalmente, etcétera) en el que se requiera acompañar documentación probatoria bajo las exigencias del proceso civil informático-telemático. Si se tratara de documento reducido a microforma, micrograbación o microarchivo u otro de similar naturaleza, será incorporado al conjunto de los medios probatorios documentales ofrecidos bajo las mismas exigencias de los documentos en soporte tradicional digitalizados para su incorporación al proceso.

El primer cuestionamiento a todo esto será la aparente amenaza que significa para la función notarial, porque su ajustado círculo membresial quedaría expuesto a los abogados litigantes en la autenticación de copias documentales⁸⁸, sin importar que esta autenticación sea una certificación digital sólo para efectos procesales, es decir, una función que los notarios no tienen. Superado esto, la regulación legal de la función del abogado fedatario particular⁸⁹, deberá observar algunas pautas elementales como:

- a) La determinación legal de los significados de los términos empleados con relación a los recursos tecnológicos involucrados.
- b) El ámbito de aplicación de la regulación normativa será los efectos legales y el mérito probatorio de copias documentales digitalizadas autenticadas por abogados fedatarios juramentados para efectos exclusivos de su incorporación probatoria al proceso tecnológico en el que patrocinen a una parte, tercero legitimado u otro que sea órgano de la prueba documental
- c) Establecer la competencia funcional de la fe pública de los abogados fedatarios juramentados con exclusividad al ámbito de aplicación de la norma.
- d) Los requisitos para ser fedatario juramentado deben ser: d.a) Ser abogado colegiado, en ejercicio libre o asesor de entidad pública o privada. d.b) Cumplir con los requisitos exigidos para postular a plaza de notario público. d.c) Haber obtenido el diploma de idoneidad técnica de acuerdo a las pautas que señale la reglamentación. d.e) Inscribirse, acreditando las exigencias anteriores, en el Colegio de Abogados de la jurisdicción en que ejerza la profesión. d.f) Prestar juramento ante el Presidente de la Corte Superior o ante el magistrado a quien éste delegue esta atribución.
- e) Los procesos técnicos deben permitir: e.a) Absoluta fidelidad e integridad del documento original en su forma y contenido. e.b) La inalterabilidad y permanencia de la copia digitalizada. e.c) La impresión en papel del documento digitalizado. e.d) El uso de sistemas de digitalización convencionales especificados (scanner, fotografía, etcétera).

- f) La seguridad de los procesos técnicos debe orientarse a: f.a) El cumplimiento del uso de tecnologías apropiadas y técnicamente aprobadas por institución especializada a la que la norma hará referencia. f.b) La digitalización de los documentos será de ejecución directa y personal y de responsabilidad del abogado fedatario juramentado.
- g) Las obligaciones del abogado fedatario deben atender a lo siguiente: g.a) Levantar un acta dejando constancia detallada de los documentos digitalizados, enumerándolos, describiéndolos concretamente con datos suficientes para su individualización mencionando cualquier observación sobre el mismo así como el acto procesal al cual se acompañarán con indicación del número de causa, juzgado al que se presenta, lugar y fecha (que se reputará como fecha cierta), de igual modo, declarando que la digitalización del documento fue realizada directamente por él y de la total integridad del documento o de no serlo justificar su parcialidad. g.b) El acta referido debe añadirse al final de la demanda debiendo obtenerse dos impresiones de la misma las cuales serán firmadas por el abogado y por su patrocinado quedando una con cada uno, así como también deberá remitirse el acta en mención al Colegio de Abogados correspondiente empleando la firma digital.
- h) Los efectos de los documentos a que se refiera la norma, son: h.a) Sustituyen a los documentos originales, para todos sus efectos legales, en el proceso al cual son incorporados, y no modifican la naturaleza de instrumentos públicos o privados que tuvieran los originales, ni su mérito intrínseco. h.b.) Las copias digitalizadas autenticadas por abogado fedatario juramentado no tendrán valor legal fuera del proceso, excepto por resolución jurisdiccional debidamente motivada; así como tampoco implicarán legalización o comprobación de las firmas con certificación de contenido. h.c) Los documentos digitalizados y autenticados según la norma son válidos para reconocimiento judicial en su contenido y firma con los mismos procedimientos y alcances de los documentos originales. La tacha de los mismos se tramitará conforme a lo dispuesto por el Código Procesal Civil aún cuando se fundamente en la falsificación en el proceso de digitalización situación en la que el Juez dispondrá la realización de una pericia nombrando los peritos e indicando los puntos sobre los cuales deberá versar el dictamen pericial debiendo tramitarse conforme al Código Procesal Civil. Declarada infundada la tacha se impondrá una multa de tres unidades de referencia procesal a la parte que la interpuso sin perjuicio de las costas y costos procesales a que hubiere lugar. h.d) La exhibición de documentos originales admitidos en audiencia de saneamiento probatorio se realizará en audiencia de pruebas. h.e) La falsificación o adulteración de los documentos en el proceso de digitalización a que se refiere la norma se reprime conforme a las normas del Código Penal.

7.4. Identificación biométrica

Este punto es derivado de la exigencia de la firma del actor o demandado, o de cualquier interviniente en el proceso, en sus correspondientes actos procesales,

pues no basta que el único firmante sea el abogado valiéndose de su firma digital. La parte también debe firmar, es más sin su firma nada en el proceso tendría valor.

Surge entonces el problema de validar la firma de la parte en el acto procesal en soporte informático. Una solución a ello sería que la parte cuente con firma digital, pero como es evidente no todos los justiciables tienen firma digital ni el ánimo de gestionarlo para su contienda judicial.

En esta situación deberá acudir a las facultades fedatarias de los abogados, cuya asignación hemos propuesto, y el problema está solucionado lo que quiere decir que el justiciable siempre firmará el documento, seguramente valiéndose de *hardware* específico que reconozca la firma manuscrita en formato digital.

Pero ¿qué ocurrirá cuando el justiciable sea analfabeto?, deberá insertarse en el acto procesal (en formato informático) su huella digital escaneada que permita su reconocimiento. Y optamos por la huella digital, y no por otra forma de identificación biométrica (ocular o por voz), porque es la más difundida y de fácil acceso.

7.5. Grabación en audio y video digitalizados de las audiencias

Cuántas veces la falta de preparación de un juez ha perjudicado la justicia cuando éste dicta el contenido de un acta de audiencia (de saneamiento, conciliación o pruebas) en forma indebida; cuántas veces un proceso pasa de las manos de un juez a otro cuando el primero ya conoció de las actuaciones probatorias y al último sólo le resta sentenciar; cuántas veces el proceso cambia de instancia y los jueces superiores (o supremos) sólo conocen el proceso por las constancias de las actas que muchas veces nada dicen, nada significan. Las respuestas a estas interrogantes, sin duda, serán indicadoras de casi todos, cuando no todos, los procesos. Y es que es un aspecto que una cultura aislada de las nuevas tecnologías nunca se cuestionó con ánimo de superarlo.

Ahora, que pasaría si el Juez y todos los intervinientes en el proceso tuvieran la posibilidad de revisar las declaraciones de los testigos, de las partes, de evaluar las conductas de los sujetos procesales, de revivir las inspecciones judiciales, etcétera, tantas veces como sean necesarias gracias a una videograbación. Evidentemente los problemas traducidos en las interrogantes iniciales ya no existirían porque las deficiencias del dictado del acta de un juez serán superadas con revisar —volver a ver— el desarrollo de la audiencia, el juez que asume conocimiento de una causa que está pendiente de sentenciar podrá conocer a las partes y conocer sus cuestionamientos, sus defensas y ataques, sus opiniones y conductas; y, finalmente, la causa elevada al superior jerárquico podrá mostrar toda su riqueza —o pobreza— humana tantas veces como sea necesario, y en esto la multimedia⁹⁰ —interactuación de imagen, sonido y texto en la computadora— tiene el rol protagónico, porque acelera la labor de revisión del video acudiendo directamente a los momentos deseados observándolos en una «ventana» graduable en el monitor o pantalla mientras el juez o el abogado redactan la sentencia o un informe, respectivamente, es más, las partes «claves» de las declaraciones, o de las constataciones presenciales del juez en inspección judicial, podrían ser parte inserta de esa sentencia o informe.

La videograbación de las audiencias debe realizarse en formato digital y de ser en videocinta deberá convertirse a formato digital. Resulta adecuado el uso de compresores de archivos de video a efecto de que la duración de las actuaciones procesales no sea obstáculo en cuanto al espacio de memoria que ocupe. Asimismo corresponde señalar que la obligación de la filmación de las actuaciones procesales debe ser del secretario con una ubicación estratégica de la cámara a efecto de visualizar a las partes, al juez y a todo otro interviniente en conjunto en el despacho judicial o donde se desarrollara. Por su parte el juez debe estar obligado a controlar que la filmación de la audiencia, sea en un solo acto (sin ediciones) y desde su inicio hasta su total conclusión, dejando las constancias necesarias (también videograbadas) si hubieran problemas técnicos y usando su firma digital para darle seguridad al archivo de video.

La necesidad de incorporar este mecanismo tecnológico en el proceso civil ha sido reparada y atendida por la legislación española; el artículo 147⁹¹ de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ley 1/2000) posibilita el registro de las actuaciones orales en vistas y comparecencias en videograbación, así como la posibilidad de que las partes puedan pedir, a su costo, copia de las grabaciones originales. Esto acentúa la oralidad y los principios de inmediación y concentración en el proceso.

Por su parte el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, contempla en su Proyecto de Código General de Proceso (Acta N° 26⁹², de 14 de abril de 2004), la grabación de la actuación adelantada en audiencia o diligencia en medios electrónicos, magnetofónicos u otro que ofrezca seguridad. Aunque este caso no es expresión de búsqueda del uso de recursos tecnológicos en el proceso, sino, ante todo de fidelidad y seguridad de una actuación anticipada, no deja de reflejar la necesidad de informatizar el proceso.

En el proceso civil portugués está establecida la grabación de la actuación anticipada de prueba (artículo 522-A) por sistema sonoro sin perjuicio del uso de medios audiovisuales (artículo 522-C) u otros procesos técnicos semejantes disponibles. De ser imposible la grabación o videograbación el juez dictará la redacción escrita en papel del desarrollo de la actuación probatoria.

En cualquier caso los principales obstáculos de la videograbación digital de las actuaciones procesales pueden sintetizarse en: a) la posibilidad facultativa de realizarse —las legislaciones acuden a establecer «cuando el tribunal disponga de medios técnicos», como es el caso del artículo 129 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española o el artículo 522-A del Código Procesal Civil portugués—, supeditada a la existencia de los medios técnicos que por ser costosos y delicados pueden presentar un escenario de ausencia irremediable; b) los perjuicios del desarrollo del proceso porque la falta de videograbadora para las actuaciones orales determinaría que estas no se realicen o de realizarse devengan en nulas, cuando su videograbación no sea facultativa sino obligatoria. Si el lector añade a estos problemas el del otorgamiento de copias de las videograbaciones, porque deben ser certificadas por el secretario y esto exige un trabajo de orden técnico con identificación de formatos, duración exacta y otras características técnicas que hagan indudable que

la copia obtenida sea idéntica al original, no debe preocuparse porque el uso de la firma digital del secretario soluciona ese problema en forma suficiente.

Si se logran superar estas dificultades (todas redundantes en lo económico), debe disponerse la inserción de la videograbación en formato digital al expediente electrónico por el secretario y con su firma digital; asimismo que el juez tenga la custodia de las copias certificadas en disco o en otro formato, lo que le asignará mayor seguridad a los archivos de video.

7.6. Pago de tasas judiciales *on line*

Uno de los cuestionamientos del uso de la telemática en la presentación o introducción de los actos procesales al proceso, es el pago de las tasas judiciales, porque siempre implicarán el desplazamiento a la agencia bancaria y la necesaria recaudación del comprobante o cupón de pago de la misma. Es por eso que debe premunirse, en la plataforma judicial desde la que se intervenga en el proceso, un mecanismo de pago con tarjetas (de crédito o débito), de uso tan expandido en el comercio electrónico actual, que genere el comprobante (cupón) respectivo según las exigencias de su uso en el proceso telemático. Y en el caso de que no existiera tarjeta de crédito del usuario deberá incluirse el comprobante o cupón del pago realizado en la agencia bancaria (Banco de la Nación) conjuntamente que los medios probatorios documentales escritos en formato papel, o en todo caso seguir su mismo tratamiento para introducirse válidamente en el proceso.

El sistema de recaudación de dinero del Poder Judicial por concepto de tasas judiciales debe aperturarse a la banca comercial, para solucionar el serio inconveniente que implica acudir a las dependencias del Banco de la Nación para depositar el monto del valor de una tasa judicial, debido a que el número de agencias de esta Entidad es reducido y tiene una carga de atención sumamente pesada, basta pensar que todo el sistema laboral estatal funciona con ella.

7.7. El expediente del proceso tecnológico: formación, conservación y seguridad

El artículo 136 del Código Procesal Civil debe incorporar a su texto la posibilidad de desarrollarse el proceso con la formación, conservación y seguridad de las nuevas tecnologías en la información y comunicación.

El expediente debe estar estructurado como banco de datos con descriptores establecidos de acuerdo a los diagramas de los anexos del Código Procesal Civil y también con una referencia tipo «árbol» siguiendo la foliación correspondiente y las ramificaciones en razón a los actos procesales trascendentales.

La formación de los actos procesales tanto del juez como de las partes o de los terceros legitimados será en soporte informático para viabilizar su transmisión (introducción, notificación o comunicación) debiendo permanecer en el cuerpo

del expediente digital. En cuanto a la seguridad, está garantizada con el uso de la firma digital para cada uno de los actos procesales, para la totalidad del expediente y para cada copia certificada digitalmente. Estas pautas no afecta en nada las disposiciones contenidas en el artículo 136 referido, salvo por la ampliación de su texto en cuanto corresponda.

La copia de los actuados que integran el cuerpo de expediente —copia informática— debe expedirse con el uso de la firma digital del secretario, quien tendrá además la obligación de incluir en la resolución que recaerá al pedido de copias certificadas la especificación de las copias solicitadas y remitidas indicándose el número de fojas y cualquier observación que pudiera haber.

8. CONCLUSIÓN

Las nuevas tecnologías en la información —informática— y comunicación —telemática—, si bien muestran un notable desarrollo en el ámbito de la administración pública, poco o casi nada han logrado protagonizar en el proceso civil iberoamericano; porque, al margen de los problemas económicos y políticos implicados, no sólo significan una transformación estructural de los medios materiales en el servicio de justicia, sino, sobre todo, un cambio cultural de quienes intervienen en ese servicio. El mayor problema a enfrentar es la diamantina resistencia al cambio al que el nuevo perfil social (de la información) ayer invitaba y hoy conmina.

Un avance consistente en esta materia le pertenece a Italia con la regulación del proceso —entre otros el civil— telemático, que aún no estando operativo, o en todo caso de aparente operatividad con el uso preponderante del telefax, es pieza clave de la evolución tecnológica en el proceso civil que sin duda el legislador peruano, a su debido turno, tendrá que observar en la experiencia que genere. Y aquí no caben las críticas que busquen echar a menos el guiarnos de la experiencia ajena, porque lo ajeno en el mundo de las nuevas tecnologías es para nosotros tan lejano como el aire que respiramos, y porque si las diversas globalizaciones muestran relativos grados de acentuación, sin duda el grado más elevado es el de la globalización tecnológica de la información y comunicación.

El proceso asume la identidad de la sociedad a la cual sirve, es decir, el proceso adquiere la identidad de los cauces culturales, económicos, políticos y sociales por los que discurre; por eso el proceso civil actual, propio de la sociedad de la información, se orienta a ajustar sus parámetros funcionales al uso de las nuevas tecnologías. El proceso informatizado y telematizado será posible en cuanto la ley establezca la validez jurídica del documento informático y de la firma digital como instrumentos de desarrollo de la litigación telemática.

Es necesaria la regulación positiva nacional de las nuevas tecnologías aplicadas al proceso civil, así como de todos aquellos mecanismos que aseguren su materialización. En todo caso, esta nueva forma de hacer proceso civil, propia de una nueva era procesal, debe establecerse inicialmente con carácter optativo para

el justiciable, máxime que con ella no se crea un nuevo instrumento procesal, o sea, nuevas reglas para regular las fases del proceso de manera diferente a las previstas por el Código Procesal Civil, sino solamente la posibilidad de proveer a las partes y al servicio de justicia la formación, comunicación y seguridad de los actos procesales en soporte informático.

El proceso telemático no es un proceso en el que el justiciable se muestre distante del juez, pues no afectará en modo alguno la oralidad o la escritura en los actos procesales, ni la intermediación ni ningún otro principio rector del proceso civil. Es más, telematizar el proceso civil no es inclinarse por el eficientismo ni por el garantismo, porque la carga ideológica que cada una de estas posiciones del pensamiento procesal civil actual concentra deja intacta la necesidad de telematizar el proceso civil. A fin de cuentas, informatizar y telematizar el proceso obedece, antes que a una feliz e iluminada política procesal, a una exigencia de orden cultural actual que el proceso debe seguir.

Reflexión final

Afirmado en que la imaginación es más importante y placentera que el conocimiento⁹³ y que circunda y traspasa el mundo en tiempo y en espacio, imagino que tal vez en el futuro, aquel para el que nuestros ojos estarán cerrados, la transmisión a distancia de los actos procesales sea un trabajo mental, los abogados informen ante los jueces telepáticamente, la presencia de las partes en audiencia sea también telepática, y los servidores de justicia sean todos teletrabajadores. Entonces todo eso de lo digital y «mático» se sustituirá por lo «pático», y esto que hoy se ve con gran expectativa para un futuro cercano será historia antigua de los métodos de solución de controversias, que aún en mis imaginaciones más cándidas y distantes, quizás por nostalgia y no por razón, hacen ver actos procesales, abogados, jueces, servidores de justicia, partes, audiencias, etcétera, interpretando de ello siempre, y de cualquier forma, un mecanismo instrumental preestablecido, ordenado, eficiente y, sobre todo, pro justicia, llamado proceso.

NOTAS:

- 1 Derecho por la UIGV – Especializado en Derechos Humanos, Filosofía y Teoría general del Derecho. Docente Exclusivo de **EGACAL** de Latín Jurídico, Lógica Jurídica y Argumentación Jurídica. Estudios especializados de Filosofía en la UARM.
- 2 MINISTERIO DELLA GIUSTIZIA, *Comunicato stampa*, 23 de mayo de 2007. Cfr. http://www.giustizia.it/ministro/com-stampa/xv_leg/23.05.07.html (en adelante las referencias a sitios web son a mayo de 2007).

- 3 CLEMENTINO, Edilberto Barbosa, *Processo judicial eletrônico. Em conformidade com a lei 11.419, de 19.12.2006*, Juruá, Curitiba, 2007, *passim*; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araujo, *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*, Forense, 2007, *passim*.
- 4 GORLA, citado por LICCARDO, Pasquale, «*Introduzione al processo civile telematico*», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milán, 2000, p. 1195.
- 5 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 2004, voz «información».
- 6 DÍAZ, Francisco Eugenio, «*Naturaleza jurídica de la información*», en *Encuentros sobre informática y derecho 1990-1991*, ICADE, Madrid, p. 40.
- 7 FROSINI, Vittorio, *Informática y derecho*, trad. de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Temis, Bogotá, 1988, p. 29.
- 8 PÉREZ LUÑO, Antonio, «*Introducción a los sistemas informatizados de documentación jurídica*» en *Informática jurídica (teoría)*, Maestría en derecho empresarial, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, p. 168.
- 9 LÓPEZ MUÑOZ GOÑI, Miguel, *Informática jurídica documental*, Díaz de Santos, Madrid, p. 23.
- 10 FROSINI, Vittorio, *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 45-46.
- 11 MASUDA, Y., *La sociedad informatizada como sociedad postindustrial*, trad. de J. Ollero y F. Ortiz Chaparro, Fundesco-Tecnos, Madrid, 1984, pp. 94-ss.
- 12 TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Plaza & James, Barcelona – España, 1980, *passim*.
- 13 ALTERINI, Anibal A., «*El consumidor en la sociedad postmoderna*», revista *Derecho y empresa*, 1996, p. 33.
- 14 FALCÓN, Enrique M., *¿Qué es la informática jurídica? Del abaco al derecho informático*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 11.
- 15 ALTMARK, Daniel Ricardo, «*La etapa precontractual en los contratos informáticos*», en *Informática y derecho, aportes de doctrina internacional*, Daniel Ricardo Altmak (director), vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 6.
- 16 ANAYA, *Diccionario de informática*, Madrid, 1986, p. 149, en igual forma SIMÕES ARAUJO, F. – DA COSTA PINTO, M.L. – DA SILVA, M.L., *Introdução às tecnologias de informação*, vol 1, Rio Tinto, 1996, p. 14.
- 17 DELPIAZZO, Carlos; EIRIN, Álvaro y MONTANO, Pedro, *Introducción a la informática jurídica y al derecho informático*, ed. A. Fernández, Montevideo, p. 15.
- 18 PRIETO CASTRO, M. G., *Informática jurídica: el derecho ante un gran reto*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984, p. 20.
- 19 LOSANO, Mario, *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, p. 41.
- 20 FALCÓN, Enrique M., *¿Qué es la informática jurídica? Del abaco al derecho informático*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 25.
- 21 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, Espasa-Calpe, Madrid, 2004, voz «informática».
- 22 Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, Espasa -Calpe S.A., Madrid, 2004, voces “aparato”, “computadora” y “máquina”.

- 23 TELLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, McGraw-Hill, México, 1996, pp. 22 y 58.
- 24 SUÑÉ LLINAS, Emilio, «Introducción a la informática jurídica y al derecho de la informática», en *Informática y derecho – Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, 1986, p. 66.
- 25 ALTMARK, Daniel Ricardo, «La etapa precontractual en los contratos informáticos», en *Informática y derecho, aportes de doctrina internacional*, Daniel Ricardo Altmark (director), vol. 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 18.
- 26 Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada*, Fondo Editorial PUCP, t. I, Lima, 1996, pp. 40-ss.
- 27 LOSANO, Mario, *Introducción a la informática jurídica*, Universidad Palma de Mallorca, Madrid, p. 25.
- 28 CÁRECES NIETO, Enrique, «Lógica jurídica e informática jurídica», en *Informática y derecho – Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, 1986, p. 16.
- 29 TELLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, McGraw-Hill, México, 1996, p. 26.
- 30 FALCÓN, Enrique M., *¿Qué es la informática jurídica? Del abaco al derecho informático*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 90.
- 31 LOZANO, Mario, *Curso de informática jurídica*, Tecnos, Madrid, p. 197.
- 32 CIAMPI, Constantino, citado por MARTINO, Antonio A., «Sistemas expertos legales», en *Informática y derecho – Aportes de doctrina internacional*, Altmark, Daniel R. (director), vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 138.
- 33 <http://www.iberius.org/>
- 34 CIAMPI, Constantino, citado por MARTINO, Antonio A., *ob. cit.*, p. 138.
- 35 TORRES Y TORRES LARA, Carlos, intervención en Sesión de la Comisión de Constitución de 25 de enero de 1993.
- 36 FALCÓN, Enrique M., *¿Qué es la informática jurídica?*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 100.
- 37 CARPI, Federico, «Processo civile e telematica: riflessioni di un profano», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milán, p. 467.
- 38 Cfr. www.alvarado-abogados.com
- 39 FROSINI, Vittorio, *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 52.
- 40 FERNÁNDEZ, Gregorio, *Inteligencia artificial: sistemas expertos*, José Cuenca Bartolomé (compilador), Alianza, Madrid, 1986, p. 24.
- 41 FALCÓN, Enrique M., *ob. cit.*, p. 121.
- 42 MARTINO, Antonio A., «Sistemas expertos legales», en *Informática y derecho – Aportes de doctrina internacional*, Altmark, Daniel R. (director), vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 142.
- 43 CUENA BARTOLOMÉ, José, y otros, *Inteligencia artificial, introducción y situación en España*, FUNDESCO, Madrid, 1984, p. 31.
- 44 CUENA BARTOLOMÉ, José, y otros, *Inteligencia artificial, introducción y situación en España*, FUNDESCO, Madrid, 1984, p. 32.
- 45 SARTOR, Giovanni, *Intelligenza artificiale e diritto – Un'introduzione*, Giuffrè, Milán, 1996, pp. 99-100.
- 46 BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 35.

- 47 CARPI, Federico, «Processo civile e telemática: riflessioni di un profano», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milán, junio de 2000, p. 468.
- 48 Cfr. LOEVINGER, Lee, citado por FROSINI, Vittorio, *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 36.
- 49 FROSINI, Vittorio, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milán, 1981.
- 50 ANAYA, *Diccionario de informática*, Madrid, 1986, p. 292.
- 51 FROSINI, Vittorio, *ob. cit.*, p. 32.
- 52 <http://www.wipo.int/amc/es/>
- 53 <http://www.adr.org/>
- 54 <http://www.cibertribunalperuano.org/>
- 55 Cfr. la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, en el caso *Janet Reno, Attorney General of the Unites States et al. appellants vs. American Civil Liberties Union, et al.*, (26 de junio de 1997).
- 56 <http://www.tc.gob.pe/audiencias/plannacional.pdf>
- 57 http://www.pj.gob.pe/comisiones/sistemas/docs/propuestas_ceriajus.pdf
- 58 http://www.pj.gob.pe/comisiones/sistemas/docs/final/informe_final.doc
- 59 Cfr. Resolución Administrativa N° 068-2004-P-PJ
- 60 CAPPELLETTI, Mauro, *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 20, y «La protección de los intereses colectivos o difusos», en *XIII jornadas iberoamericanas de derecho procesal*, Univesidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, p. 246; BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Platense, La Plata, 1987, p. 12.
- 61 Cfr. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, «La imparcialidad de los jueces y el debido proceso», en *Derecho procesal – III Congreso Internacional*, Universidad de Lima – Fondo de desarrollo editorial, Lima, 2005, p. 15.
- 62 *Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano*, en el marco de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.
Cfr. <http://www.cumbrejudicial.org/eversuite/Templates/Cumbres/swf/docsuno/CartaDerechos.pdf>
- 63 COMOGLIO, Luigi Paolo, *Il principio di economia processuale*, Cedam, Padua, 1980, t. I, p. 7; COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 189.
- 64 ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *Derecho procesal agrario*, ILANUD, San José, 1990, t. II, vol I, pp. 288-289.
- 65 Cfr. WACH, Adolfo, «Oralidad y escritura», en *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, EJE, Buenos Aires, 1958, pp. 2, 16, 56-57; PRIETO CASTRO, Leonardo, *Actas del I Congreso Nacional de derecho Procesal*, Madrid, 1950, p. 229; SENTIS MELENDO, Santiago *Estudios de derecho procesal*, EJE, Buenos Aires, 1967, t. I, pp. 86-87
- 66 LA CHINA, Sergio, *Manuale di diritto processuale civile – Le disposizioni generali*, Giuffrè, Milán, t. I, 2003, p. 285.
- 67 MORELLO, Augusto Mario, *La eficacia del proceso*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 35.
- 68 ANTUNES RIBEIRO, José, *Código de Processo Civil anotado*, Verbojuridico, p. 255.
- 69 Cfr. *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. 10 de actualización, p. 355

- 70 CARPI, Federico, «*Processo civile e telematica: riflessioni di un profano*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milán, junio de 2000, pp. 467-468.
- 71 MORELLO, Augusto Mario, *La eficacia del proceso*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 34.
- 72 Decreto del Presidente de la República N° 123 de 13 de febrero de 2001, publicado en la Gaceta Oficial N° 89 de 17 de abril de 2001, vigente desde el 1° de enero de 2002. Por Decreto del Ministerio de Justicia de 14 de octubre de 2004 se establecen las reglas técnico-operativas para el uso de instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil. Cfr. DEMARCHI, Paolo Giovanni, «*Appendice*» en *Il nuovo rito civile*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 171-365; BUCCI, Alberto y SOLDI, Anna Maria, «*Appendice normativa*», en *Le nuove riforme del processo civile*, Cedam, Padua, 2006, pp. 439-497.
- 73 Este proyecto tuvo los tribunales de Bari, Bergamo, Bolonia, Catania, Génova, Lamezia Terme, Padua como primera fase de experimentación a efecto de, principalmente, iniciar a los abogados en el uso de la firma digital, en el uso de la telemática (internet o intranet) para la introducción y recepción (en la casilla de correo electrónico) de actos procesales, así como para consultar el expediente.
- 74 BUONOMO, Giovanni, «*Il processo telemático*», en *Processo telemático e firma digitale*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 62.
- 75 En nuestro ordenamiento jurídico la ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM), ley N° 28493 de 18 de marzo de 2005, introduce en su artículo 2° las definiciones de «correo electrónico», «correo electrónico comercial», «proveedor del servicio de correo electrónico», «dirección de correo electrónico». El Decreto Supremo N° 019-2002-JUS, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269) de 17 de mayo de 2002, contiene en su artículo 4° un conjunto de treinta y siete definiciones de conceptos técnicos propios a la gestión y funcionamiento de las firmas y certificados digitales.
- 76 En lo posible se trata de familiarizar la visión y la terminología del proceso civil informático-telemático italiano con las del proceso civil peruano.
- 77 BUONOMO, Giovanni, *Processo telemático e firma digitale*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 65-66.
- 78 Cfr. MONTELEONE, Girolamo, «*Fase introduttiva del giudizio di primo grado*», en *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Cedam, Padua, 2002, pp. 357-374 (esta edición cuenta con una reimpresión actualizada de 2004); VERDE, Giovanni, «*L'atto introduttivo*», en *Profili del processo civile*, Jovene, Nápoles, 2000, t. 2, pp. 1-24.
- 79 Introducidas por leyes de 14 de mayo de 2005 N° 80, 28 de diciembre de 2005 N° 263, 24 de febrero de 2006 N° 52 y 8 de febrero de 2006 N° 54. De estas normas interesa la primera (ley 80/2005) que ha introducido, entre otras, modificaciones en las comunicaciones y notificaciones del proceso civil (artículos 133, 134, 176 y 183 del *Codice di procedura civile*).
- 80 GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1241.
- 81 <http://www.060.es/>
- 82 <http://www.dnielectronico.es/index.html>
- 83 GAMERO CASADO, Eduardo, *Notificaciones Telemáticas. Y otros medios de notificación administrativas en el procedimiento común*, Bosch, Barcelona, 2005, *passim*.
- 84 Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, «*Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano*», en *Derecho PUC*, Lima, N° 56, p. 230.

Esta clase de autenticación deberá ser la única facultada a los abogados, quedando impedidas todas aquellas otras previstas

- 85 El Decreto Ley N° 202/2003, establece el régimen de comunicaciones por medios telemáticos en el proceso ejecutivo.
- 86 ORTELLS RAMOS, Manuel, *ob. cit.*, p. 223.
- 87 *Estudio comparado Proyecto e-justicia: la justicia en la sociedad del conocimiento. Retos para los países iberoamericanos*, pp. 47-55. Cfr. <http://www.cumbrejudicial.org/eversuite/Templates/Cumbres/swf/docsuno/documentoejusticia.pdf>
- 88 Esta clase de autenticación deberá ser la única facultada a los abogados, quedando impedidas todas aquellas otras previstas por el artículo 95 de la Ley del Notariado (N° 26002).
- 89 Un antecedente de fedatario particular juramentado, que en parte inspira nuestra propuesta, es el establecido por Decreto Legislativo 681, que regula el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información tanto respecto a la elaborada en forma convencional cuanto la producida por procedimientos informáticos en computadoras.
- 90 MORELLO, Augusto Mario, «La revolución informática», en *La eficacia del proceso*, Hammurabi, 2001, p. 33.
- 91 GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cerdón-Armenta-Muerza-Tapia (Coordinadores), Aranzadi, vol I, Navarra, 2001, pp. 633-634.
- 92 <http://www.icdp.org.co/Mostrar.do?id=201>
- 93 EINSTEIN, Albert, «What life means to Einstein», en *The Saturday Evening Post*, entrevista de George Sylvester Viereck, de 26 de octubre de 1929.



BIBLIOGRAFÍA

1. Alzamora Valdez, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Lima, Octava Edición. Ediciones EDDILI.
2. Asociación Nacional de Abogados "Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada". Lecciones de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil. Lima, 1997, Cultural Cuzco S.A. Editores.
3. Barrios de Angelís Dante, Teoría del Proceso, Colección de los Maestros del Derecho Procesal. 2da Edición. Montevideo-Bs. As. Editorial BDF Editores, 2002.
4. Brice Angel Franciso, Medidas Preventivas o Cautelares, Revista de Derecho y Legislación. Caracas 1958. N° 566-567.
5. Bustamante, Reynaldo. Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba. En: Revista peruana de derecho procesal. Lima, 1998, Mehr Licht.
6. Calderón Cuadrado María Pía, Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Barcelona, Editorial Civitas, S.A.1992.
7. Carli, Carlo. La Demanda Civil. Buenos Aires, 1994, Editorial Aretua.
8. Carnelutti, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
9. Carrión Lugo, Jorge. Análisis del Código Procesal Civil. Lima, 1994, Cultural Cuzco S.A. Editores, Tomo I.
10. Chamorro Bernal, Francisco. La Tutela Jurisdiccional Efectiva. Barcelona, 1994, Editorial Bosch.
11. Claria Olmedo. Derecho Procesal. Estructura del proceso. 1991. Editorial Depalma, Tomo II.
12. Cortez Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor. Derecho Procesal Civil. Madrid, 1996.

13. Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma. Tercera Edición, póstuma.
14. Congreso Internacional. Derecho Procesal Civil. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. 2003.
15. 11. Devis Echandía Hernando, Teoría de la Prueba Judicial, 5ta Edición, Bogotá, Editorial Temis, S.A.2002 Tomo I.
16. Entelman Remo F. Teoría de Conflictos, Hacia un nuevo paradigma, 1era Edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.
17. Falcón M. Enrique, Tratado de la Prueba. Tomo I. Bs. As., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 2003.
18. Fons Rodríguez, Carolina. La Acumulación Objetiva de Acciones en el Proceso Civil. Barcelona, 1998, Editorial Bosch.
19. Hinostroza Minguez, Alberto. Formas Especiales de Conclusión del Proceso. Lima, 1998, Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición.
20. Gomez Colomer, Juan Luis, Principios y características esenciales el nuevo proceso civil, Extraído de Internet en www.rgid.com
21. Guasp Delgado, J. Los Límites temporales de la cosa juzgada, ADC. 1948.
22. Hinostroza Minguez, Alberto. Medios Impugnatorios en el Proceso Civil. Lima, 1999, Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición.
23. Hinostroza Minguez, Alberto. El Embargo y otras Medidas Cautelares. Lima, 1999, Editorial San Marcos. Segunda Edición.
24. Hinostroza Minguez, Alberto. Las Excepciones en el Proceso Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Lima, 1998, Editorial San Marcos. Segunda Edición.
25. Hurtado Reyes Martin, Tutela Jurisdiccional Diferenciada, Editorial Palestra, 1era Edición, Lima – Perú, 2006.
26. Martinez Botos, Raúl. Medidas Cautelares. Bs. As. Universidad, 1990.
27. Matheus López, Carlos. Teoría General del Proceso. El Litisconsorcio Necesario. Lima, 1999, Ara Editores, Primera Edición.
28. Montero Aroca, Juan. Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano. *** 1999. Primera Edición.
29. Monroy Gálvez, Juan. Temas de Proceso Civil. Lima, 1987, Librería Studium Ediciones.
30. Monroy Gálvez, Juan. Materiales de Enseñanza de Teoría del Proceso. Lima, 1997, Universidad San Martín de Porres.

31. Monroy Gálvez, Juan. Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil. En: *Ius et veritas*. Lima, Año IV, Nº 6, Pontificia Universidad Católica del Perú.
32. Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Santa Fe de Bogotá. Temis. 1996.
33. Monroy Palacios, Juan José (Director). *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Nº I, II, III, IV, V y VI. Lima
34. Montoya Ch., Segundo (compilador). *Fraude Procesal*. Lima, 1997, Palestra Editores. Primera Edición.
35. Morales Godo, Juan. *Acción, Pretensión y Demanda*. Lima, 2000, Palestra Editores.
36. Obando Blanco, Víctor Roberto. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima, 1997, Editorial San Marcos. Primera Edición.
37. Palacio Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Decimoséptima Edición Actualizada. Bs. As. Editorial Lexis Nexos – Abeledo Perrot, 2003.
38. Paredes Infanzón, Jelio. *Diccionario de Derecho Procesal Civil Peruano*. Lima, 1999, Editorial San Marcos. Primera Edición.
39. Perez Santiago, Jorge *Lógica, Sentencia y casación*. Córdova, Editorial Alberoni Ediciones 1989.
40. Peyrano, Jorge W. *Derecho Procesal Civil de acuerdo al Código Procesal Civil Peruano*. 1995, Ediciones Jurídicas.
41. Peyrano, Jorge. *El Proceso Civil: Principios y Fundamentos*. Buenos Aires, 1978, Editorial Astrea.
42. Redenti Enrico. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
43. Rivas, Adolfo A. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Peruano*. Lima, 2000, Editorial Rodhas.
44. Rivas, Adolfo A. *El Litisconsorcio*. En: *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, 1997, Mehr Licht.
45. Rodríguez Domínguez, Elvito. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
46. Sagástegui Urteaga, Pedro. *Instituciones y Normas de Derecho Procesal Civil*. Lima, 1993, Editorial San Marcos.
47. Sánchez – Palacios Paiva, Manuel. *El Recurso de Casación Civil*. Praxis. Lima, 1999, Cultural Cuzco S.A. Editores.
48. Sanchís Crespo, Carolina. *El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional*. En: *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, 1999, Mehr Licht.

49. Schönke Adolfo. Derecho Procesal Civil. Barcelona, Editorial Bosch. 1950.
50. Taramona H, José Rubén. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Lima, 1996, Editorial Huallaga EIRL.
51. Ticona Postigo, Víctor. El Debido Proceso y la Demanda Civil. Lima, 1999, Editorial Rodhas, Segunda Edición. Tomo I y II.
52. Velasco Gallo, Francisco. Derecho Procesal Civil. Lima, Editora Jurídica Grijley.
53. <http://www.marisolcollazos.es/procesal-penal/Montero-14.pdf>
54. http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/boletin2daedicion/articulos/ARTICULO%20%5B1%5D__.pdf
55. <http://pdf.rincondelvago.com/proceso-y-litigio.html>
56. http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4702&cat=derecho
57. http://books.google.com.pe/books?id=baXcnjY80s8C&pg=RA1-PA69&lpg=RA1-PA69&dq=Pol%C3%A9mica+Windscheid-Muther&source=bl&ots=RUG-9HF0MP&sig=KtdEkBNFXQeUkbi76_Zq8kT3Fq8&hl=es&ei=c-jSSrqnEIKxtgfO-c2BBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CBYQ6AEwBQ#v=onepage&q=Pol%C3%A9mica%20Windscheid-Muther&f=false
58. <http://www.monografias.com/trabajos12/accpret/accpret.shtml>
59. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>
60. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/30.pdf>
61. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/32.pdf>
62. <http://www.monografias.com/trabajos34/precedente-vinculante/precedente-vinculante.shtml>




ÍNDICE

	Página
ALGUNAS PALABRAS PARA EL LECTOR.....	5
Lección 1. LA CAUSA Y LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO.....	7
Lección 2. PRINCIPIOS PROCESALES.....	27
Lección 3. JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y COMPETENCIA.....	37
Lección 4. LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL.....	53
Lección 5. CAPACIDAD PROCESAL	59
Lección 6. ACUMULACIÓN	67
Lección 7. DESARROLLO DE LA SERIE PROCESAL	79
Lección 8. LA DECISIÓN JUDICIAL	93
Lección 9. MEDIOS PROBATORIOS	105
Lección 10. FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO.....	121
Lección 11. MEDIOS IMPUGNATORIOS	135
Lección 12. POSTULACIÓN DEL PROCESO	163
Lección 13. MEDIOS DE DEFENSA	183
Lección 14. LA CAUTELA PROCESAL.....	195
Lección 15. PROCESO CIVIL TELEMÁTICO	209
BIBLIOGRAFÍA	257

