



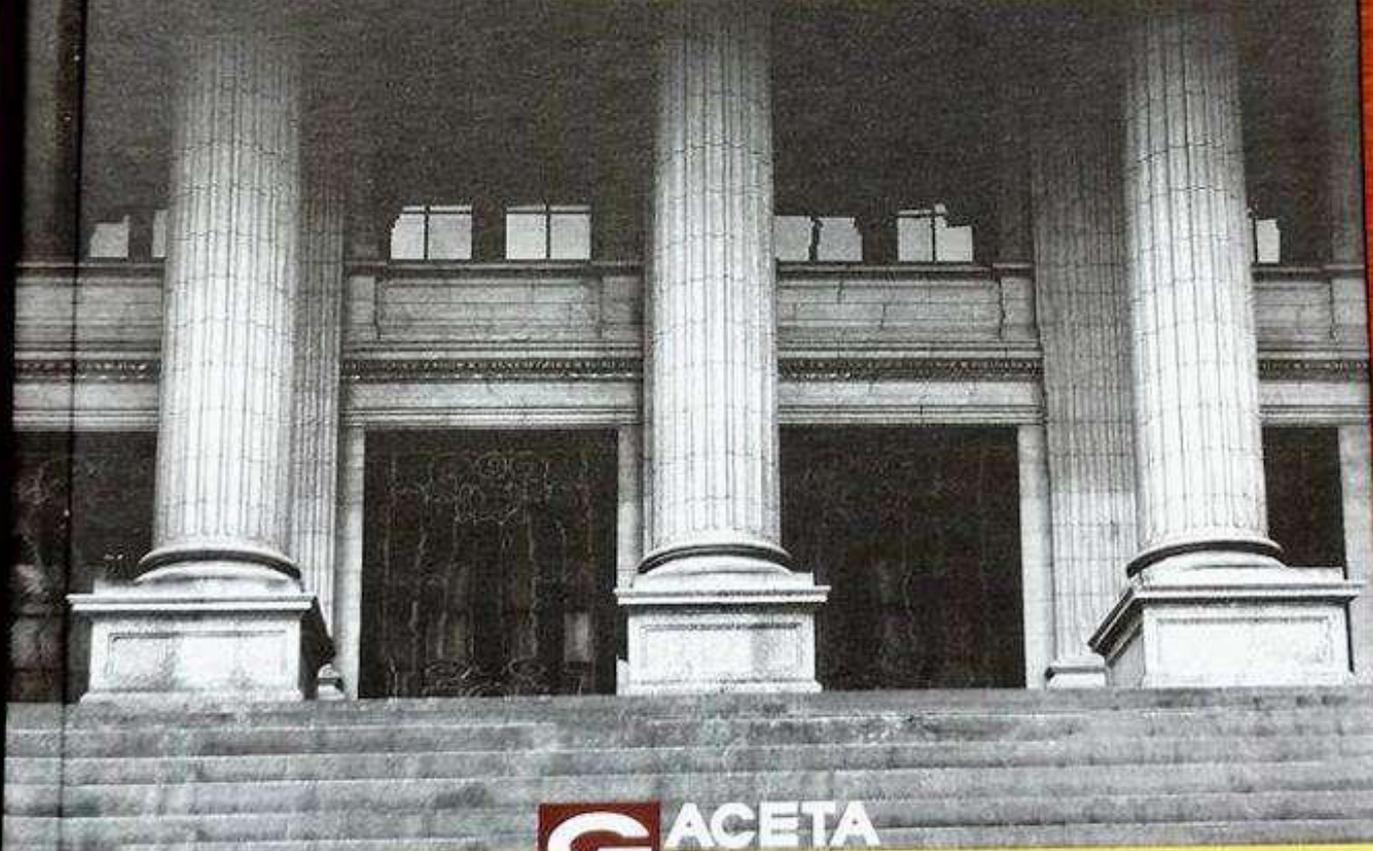
CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO I

Análisis y comentarios artículo por artículo
Concordancias / Jurisprudencia / Referencias bibliográficas

Coordinador:
RENZO CAVANI



GACETA
JURIDICA

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO
TOMO I

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO I

Análisis y comentarios artículo por artículo
Concordancias / Jurisprudencia / Referencias bibliográficas

Coordinador
RENZO CAVANI

Yuliana Arce / Eugenia Ariano / Marco Carbajal / Renzo Cavani / David Florián /
Roberto González / J. María Elena Guerra / Alonso Gurmendi / César Higa / Martín
Hurtado / Héctor Lama / Marianella Ledesma / Daniel Linares / Olger Luján / César
Moreno / Roberto Obando / Enrique Palacios / Rafael Prado / Giovanni Priori / Jim
Ramírez / Nelson Ramírez / A. Flavio Saavedra / Hebert Saldaña / Percy Sevilla /
Sara Taípe / José Tam / Reynaldo Tantaleán / Ary Terrones / José Toranzos / Rosa
Vásquez / Juan Vega / Erick Veramendi / Francisco Zegarra

**GACETA
JURIDICA**

Av. Angamos Oeste N° 526 Urb. Miraflores
Miraflores, Lima-Peru / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

345.7C5 Código procesal civil comentado por los mejores especialistas / Yuliana Arce, Eugenia Ariano, Marco Carbajal ... [et al.] ; coordinador, Renzo Cavani.-- 1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2016 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
C6 5 t. ; 18 cm

"Análisis y comentarios artículo por artículo. Concordancias. Jurisprudencia. Referencias bibliográficas".
Incluye bibliografías.

D.L. 2016-11492
ISBN 978-612-311-372-8

1. Perú. Código procesal civil (1993) - Interpretación y aplicación
2. Derecho procesal civil - Perú - Interpretación y aplicación
3. Derecho procesal civil - Legislación - Perú I. Arce, Yuliana II. Ariano Deho, Eugenia, 1962- III. Carbajal Carbajal, Marco IV. Cavani Brain, Renzo Ivo, 1986-, coordinador V. Título

BNP: 2016-371

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

Por los mejores especialistas

Tomo I

© Gaceta Jurídica S.A.

© Yuliana Arce / Eugenia Ariano / Marco Carbajal / Renzo Cavani / David Florián / Roberto González / J. María Elena Guerra / Alonso Gurmendi / César Higa / Martín Hurtado / Héctor Lama / Marianella Ledesma / Daniel Linares / Olger Luján / César Moreno / Roberto Obando / Enrique Palacios / Rafael Prado / Giovanni Priori / Jim Ramirez / Nelson Ramirez / A. Flavio Saavedra / Hebert Saldaña / Percy Sevilla / Sara Taipe / José Tam / Reynaldo Tantaleán / Ary Terrones / José Toranzos / Rosa Vásquez / Juan Vega / Erick Veramendi / Francisco Zegarra

Edición al cuidado de: Manuel Muro Rojo y Miriam Tomaylla Rojas

Primera edición: Setiembre 2016

3100 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

2016-11492

ISBN Obra completa: 978-612-311-372-8

ISBN Tomo I: 978-612-311-373-5

Registro de proyecto editorial

31501221600941

Prohibida su reproducción total o parcial

D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero

Diagramación de interiores: Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES

MIRAFLORES, LIMA - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Setiembre 2016

PRÓLOGO

Hace poco más de veinte años se vivió en el Perú una enorme experiencia procesal, pues se reformó el antiguo sistema procedimental que el Código abrogado de 1912 había cimentado en la práctica judicial. Con la vigencia del actual Código Procesal Civil, desde 1993, se buscó cambiar el paradigma de la actividad de jueces, abogados y fiscales. Temas tan sensibles como la buena fe procesal, la dirección del proceso por el juez, la actividad probatoria con reglas claras desde los actos postulatorios, la intermediación, entre otras muchas reformas, buscaron impulsar un cambio profundo.

Pese a que los referidos objetivos forman parte del procesalismo moderno, la actitud de los intervinientes en el proceso no ha cambiado mucho al día de hoy. Baste observar que no se sanciona la mala fe procesal en casos flagrantes; se sigue incurriendo en nulidades procesales de manera constante (verdadero cáncer del sistema); la autoridad del juez se ha confundido con autoritarismo; el despacho está congestionado por el exceso de la carga procesal; no se ha cumplido el objetivo de la casación, pues se siguen dictando sentencias contradictorias respecto de temas similares, entre muchos otros.

La situación de la justicia civil en nuestro país es muy complicada, y con tendencia a empeorar si no se hace algo urgente al respecto, pero de manera integral. En el transcurso de estos más de veinte años se ha hecho una serie de reformas parciales con el objetivo de mejorar la justicia civil. Por ejemplo:

- Se ha creado la subespecialidad contencioso-administrativa, con juzgados y cortes especializados y, dentro de ella, los juzgados especializados en materia tributaria, para evitar que la justicia civil tenga que ver temas tan disímiles derivados de la amplia actividad del Estado.
- Se ha creado la subespecialidad comercial sustrayendo de la justicia civil todo debate sobre procesos ejecutivos, societarios, nulidad de laudos arbitrales, transporte aéreo, marítimo, etc.
- Se han introducido diversas reformas en lo referente a la competencia, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, medidas cautelares, y se ha eliminado la conciliación como mecanismo intraprocesal, entre otros cambios. Se proyectan, además, otras reformas, como por ejemplo, la casación.

Todas estas modificaciones son objeto de análisis crítico en la presente obra colectiva, y su lectura nos permite advertir que el proceso civil no viene cumpliendo sus objetivos o, en todo caso, está lejos de acercarse al proceso célere y eficaz que la Constitución nos promete. Se debería prestar especial atención a los siguientes temas:

- (a) En aras de dar celeridad y eficacia a la actividad judicial se deben regular mecanismos que permitan la actuación inmediata de las resoluciones judiciales. En el Derecho comparado se reconocen diferentes variables, tales como la *tutela de urgencia*, que se materializa en la sumarización de los procesos, la que puede ser de carácter cognitiva o procedimental; la *tutela anticipatoria* que busca ser temporalmente oportuna, aunque no definitiva (por ejemplo, en Argentina existe la *tutela inhibitoria*, así como las denominadas “medidas autosatisfactivas”); el *proceso monitorio*, tal como lo hacen otros países, entre ellos Colombia en su reciente Código General del Proceso.
- (b) En aras de evitar la multiplicación de procesos en los que se discute la misma materia, se debe regular adecuadamente la estructura y alcances de los procesos colectivos. La actuación colectiva en defensa de los derechos supone, entre otros importantes aspectos, la necesidad de cambiar radicalmente varias instituciones procesales. Por ejemplo, la legitimidad para obrar, sea admitiéndola con carácter extraordinario o con la calidad de autónoma para la defensa del colectivo; la facultad amplia que se otorga al juez para admitir la variabilidad de la demanda y su interpretación flexible; la precisión de la extensión de la cosa juzgada, su efecto *erga omnes* en algunos casos y en otros no; así como otras instituciones que deben ser repensadas para mantener coherencia. Se trata de una situación muy compleja, y la regulación actual del Código Procesal Civil es insuficiente y no atiende los aspectos que hemos reseñado.
- (c) Se debe mejorar el sistema de protección cautelar, pues por lo general se producen manifiestos abusos, sea concediéndola o negándola indebidamente. Por ejemplo:
 - La apariencia de derecho y el peligro en la demora constituyen una zona gris que permite cualquier argumentación que sirva para conceder lo imposible o negar lo evidente. Hay que controlar la pura discrecionalidad judicial.
 - Regular especialmente la competencia del juez de la cautela para evitar el *fórum shopping*.
 - Con respecto a la contracautela se deben precisar los casos en que no procede conceder la medida sobre la base de una contracautela juratoria,

que suele ser el mecanismo más utilizado para dictar medidas ilegales. Por ejemplo, cuando la medida es solicitada por un no domiciliado, pues el afectado tendría que demandar fuera del país los daños y perjuicios que se le pudieran ocasionar; o cuando la medida concede la administración de un negocio en marcha o afecta un bien de enorme valor (como el caso de los aviones o embarcaciones pesqueras). En estos casos, el juramento de indemnizar resulta a todas luces una promesa sin contenido.

- Finalmente, en aras de la plena vigencia de la igualdad ante la ley, se debe reformar la casación. La unificación de la jurisprudencia nacional es una tarea que el artículo 384 del Código Procesal Civil asigna a la Corte Suprema. La predictibilidad judicial está de por medio, pues una misma causa no puede tener respuestas radicalmente opuestas. De hecho, las contradicciones jurisprudenciales no favorecen al prestigio de los tribunales, pero sobre todo, afectan el principio de igualdad y, a la vez, generan incertidumbre en los justiciables.

Por su parte, la teoría de la argumentación ha establecido nuevos enfoques en la forma en que deben pronunciarse los jueces al resolver las controversias. El discernimiento del juez ha pasado a ser su principal instrumento de acción, pues su tarea es interpretar la disposición legal y extraer de ella la(s) norma(s) que su inteligencia y entendimiento consideren las adecuadas para mejor resolver. Por otro lado, las lagunas del Derecho existen y no son la excepción (Kantorowicz diría que hay tantas lagunas como palabras).

Por lo dicho, pretender mantener la vieja idea que sostiene que la interpretación consiste en encontrar el “significado” de la ley o lo que el legislador quiso, es una ingenuidad, pues el instrumento utilizado por la ley es la palabra, y bien se sabe que ella no es siempre unívoca. En efecto, las palabras nunca pueden abarcar la realidad pues, si lo logran, las decisiones judiciales serían indiscutibles y, por tanto, no tendría sentido el sistema recursivo para la revisión de las mismas.

Por ello mismo, pretender que la letra de la ley es un mandato claro y preciso que no necesita de interpretaciones, es una obsolescencia conceptual. Ernest Fuchs expresa esa idea a través de un ejemplo clarificador: “El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería como el criado al que en invierno se le ordena que encienda diariamente la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado”.

Como se aprecia de estos y otros muchos temas, es claro que hay mucho por hacer en el campo del proceso civil. En ese contexto, considero que la publicación del *Código Procesal Civil comentado* organizado por el profesor Renzo Cavani y con el pulcro trabajo editorial de Gaceta Jurídica, es un paso en esa ruta. Un importante paso, para ser más preciso.

Por tal motivo, es un altísimo honor escribir este prólogo. Tiene especial significado el hecho que estemos ante una publicación bibliográfica nacida de la pluma de muchos autores, tanto reconocidos especialistas de nuestro medio como jóvenes profesores que vienen ganando prestigio en el ámbito académico en base a sus valiosas investigaciones; pero ante todo, porque le vienen imprimiendo a la ciencia procesal un brío pocas veces visto. Esto me permite afirmar, sin hesitación, que estamos en presencia de un movimiento generacional, y esto garantiza que esta obra marque un hito en el ámbito jurídico del Derecho Procesal Civil peruano.

Se trata, insisto, de una obra sin precedentes en nuestro país, cuya principal característica es el análisis, mediante el método exegético, de todas y cada una de las disposiciones de nuestro Código Procesal Civil con el propósito de determinar su sentido y alcances, así como sus problemas de aplicación práctica.

La calidad, méritos y experiencia de los autores nos permiten apreciar diferentes visiones de la actividad procesal, pues cada uno de ellos se desempeña en actividades vinculadas al proceso pero desde diferentes campos y, por tanto, los temas que han analizado cada uno de ellos en esta obra, al margen de constituir el fiel reflejo de esa experiencia, nos permiten apreciar las múltiples dimensiones que tiene el proceso para la solución de los conflictos y su desempeño en ese objetivo.

A manera de ejemplo, podrán leer los estudios de autores con experiencia diversa, a saber: *jurisdiccional*, como es el caso de Marianella Ledesma (quien actualmente forma parte del Tribunal Constitucional y que antes se desempeñó como magistrada en el Poder Judicial), Héctor Lama More (actual magistrado de la Corte Suprema), Jorge Carrión Lugo (ex magistrado provisional de la Corte Suprema), Martín Hurtado, Juan Wong Abad, Rolando Martel Chang, todos ellos magistrados en ejercicio de la Corte Superior de Lima; *Ministerio Público*, como es el caso de María Elena Guerra Cerrón, fiscal en el Callao; *profesores universitarios*, como es el caso de Giovanni Priori, Omar Sumaria, Eugenia Ariano, Renzo Cavani, Karla Vilela; *abogados en ejercicio*, como Gonzalo García Calderón, Enrique Palacios Pareja, Roger Zavaleta, Sara Taipe, Roxana Jiménez, Yuri Vega y Luis Alberto Liñan.

Ciertamente la lista de autores es mucho mayor y es imposible que agote su mención (por lo que pido disculpas), pero los nombres antes referidos constituyen un reflejo del gran esfuerzo editorial que ha permitido que tan valiosos especialistas y académicos compartan su conocimiento a propósito de un tema tan apasionante como es el proceso civil. En tal sentido, no cabe sino felicitar a Gaceta Jurídica por esta encomiable iniciativa.

Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ

Profesor universitario.
Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
Miembro de la comisión revisora del Código Procesal Civil
y del Código Procesal Constitucional.

PRESENTACIÓN

La ciencia del Derecho Procesal Civil en el Perú es aún una empresa inacabada. Es más, quizá haya comenzado hace muy poco. Es verdad que hoy se publican más monografías y artículos sobre dicha materia, existen más revistas especializadas y, además, aquella concita una mayor atención en los jóvenes que reciben sus primeras lecciones. No obstante, es necesario que la cantidad vaya a la par con la calidad, y para ello se hace indispensable que las facultades de Derecho inviertan más en investigación y en la selección de sus profesores y, sobre todo, en su capacitación. Los alumnos deben leer más, pero deben hacerlo en forma crítica.

Ya en el caso de la legislación –y aquí específicamente hablo del Código Procesal Civil– grandes han sido los desafíos para trabajar con él. No solo por el consabido cambio en la ideología, sino por el impacto que tuvo en la práctica judicial y en la cultura jurídica peruana (si acaso existe una). Yo, particularmente, en la gran mayoría de los artículos publicados en los últimos años, he sido bastante crítico con el CPC. Los temas de cuestionamiento han sido de lo más diversos: desde la adopción de una ideología que acaso ingenuamente confió en el juez como el máximo responsable para otorgar la tutela a los derechos en desmedro de la participación de las partes, hasta las soluciones técnicas más discutibles (por ejemplo: intervención de terceros, cautelar y ejecución). Estoy convencido de que nuestro CPC, en cuanto a origen y destino, como toda obra humana es perfectible.

Todo ello revela que las modificaciones a la legislación procesal civil patria son hoy más urgentes que nunca, sobre todo teniendo en cuenta las que se han dado hasta la fecha. En efecto, ellas han: (i) sido meros maquillajes (como las modificaciones al proceso de ejecución o la ley que modificó el régimen de la casación civil en 2009); (ii) razonables parches para situaciones muy específicas (como la imposibilidad de declarar la improcedencia de la demanda en casos de incompetencia o la suspensión del proceso en caso las pretensiones en diversos procesos no sean acumulables), y (iii) reformas que definitivamente contribuyeron poco o nada para el mejoramiento de la justicia civil (como la eliminación de la audiencia de saneamiento y puntos controvertidos).

Por ello, se hacía de impostergable necesidad una obra que congregue a los más destacados especialistas que se dispongan a enfrentar frontalmente los problemas

interpretativos y aplicativos que el CPC plantea tanto al académico como al práctico. Era requerida, por tanto, una obra de comentarios con la suficiente profundidad y exhaustividad para abordar tales problemas, constituyendo un seguro camino para aquel que quiera ir más allá de la fría lectura de los enunciados de nuestro Derecho positivo. Esta fue la génesis del libro colectivo *Código Procesal Civil comentado*, en cinco volúmenes, la cual tuve el honor de coordinar por gentil encargo de Gaceta Jurídica, una organización seria y comprometida con la producción y difusión de información profesional de calidad. Si bien el camino desde la gestación hasta la publicación de esta obra fue extremadamente duro, no tengo dudas en decir que el resultado fue realmente gratificante.

Es en mi calidad de coordinador que ahora presento esta obra, advirtiendo al lector que el objetivo era, precisamente, ser crítico con el CPC. De hecho, muchísimos problemas de nuestra legislación son lúcidamente evidenciados y no pocas veces diversos autores nos deleitan con posiciones muy interesantes. Destaco aquí —entre muchos otros, qué duda cabe— los comentarios de Eugenia Ariano sobre acumulación y tercería; el de Raffo Velásquez sobre prueba de oficio; el de Giovanni Priori sobre derechos difusos y los de Sergio Casassa sobre ejecución.

Sirva esta breve presentación para agradecer a cada uno de los autores de esta obra por su desinteresada colaboración y, sobre todo, por la paciencia que tuvieron para las coordinaciones propias de un proyecto editorial tan ambicioso como este. Tengo el honor de decir que con la enorme mayoría de ellos me une una gran amistad, por lo que ver mi nombre junto al suyo es sinónimo de una inconmensurable alegría. Para mi felicidad, esta perdurará, tal como espero que también lo haga este libro en las sucesivas ediciones que pueda tener, de ser bien recibido por la comunidad jurídica.

Ahora corresponde que el lector (juez, fiscal, procurador, abogado litigante, profesor, estudiante) tenga a bien juzgar las bondades de esta obra, preparada con mucho esmero como una contribución para tener un proceso civil más *seguro* y, de ser posible, más *justo*.

Prof. Mg. Renzo CAVANI

Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú,
en la Universidad San Ignacio de Loyola y en la Academia de la Magistratura.
Doctorando en la Universitat de Girona.
Magister en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

AUTORES DE ESTE TOMO

(por orden de aparición)

1. Marianella Ledesma Narváez

Abogada y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima (UL), Universidad de Piura (UDEP), Universidad de San Martín de Porres (USMP) y Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Ex juez supernumerario en lo Civil de Lima. Actualmente se desempeña como magistrada del Tribunal Constitucional.

2. Jim L. Ramírez Figueroa

Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (UNHEVAL). Candidato a Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesor de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Huánuco (UDH) y en la UNHEVAL. Juez especializado de Familia.

3. Renzo Cavani

Profesor en la Maestría con mención en Derecho Procesal y en el Programa de Segunda Especialidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL) y en la Academia de la Magistratura (AMAG). Doctorando en el Programa Doctorat en Dret, Economia i Empresa de la Universitat de Girona (UdG). Magister en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Abogado por la Universidad de Lima. Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) y de la Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Asociado en la Firma Javier Valle-Riestra Abogados.

4. Nelson Ramírez Jiménez

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca. Profesor universitario. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la comisión revisora del Código Procesal Civil y del Código Procesal Constitucional. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú).

5. Roberto Obando Blanco

Abogado, magister y doctorando por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de la UNMSM, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de San Martín de Porres (USMP) y Academia de la Magistratura (AMAG). Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia del Callao, jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Callao. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP).

6. Roberto González Álvarez

Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Andina del Cusco (UAC). Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), graduado con la máxima calificación –por unanimidad– que otorga esa casa de estudios. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP).

7. Sara Taipe Chávez

Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV), con posgrado en Administración de Justicia optado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y estudios realizados en la Maestría de Derecho Civil con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ingresó a trabajar al Poder Judicial en el año 1981, experiencia como juez de primer y segundo grado por más de trece años. Fue miembro del Estudio Monroy Abogados (2002-2012). Consejera del Estudio de Abogados Miranda & Amado (agosto de 2012 a la actualidad).

8. Martín Hurtado Reyes

Doctor en Derecho, magíster en Derecho Civil y Comercial y magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Juez superior titular del Poder Judicial desde el año 2003, actualmente integra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Docente en el posgrado de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor principal de la Academia de la Magistratura (AMAG). Profesor visitante de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG). Ex profesor de posgrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV).

9. Eugenia Ariano Deho

Abogada. Magíster en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), PUCP y Universidad de Lima (UL).

10. Erick Veramendi Flores

Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (UNHEVAL). Egresado de la Maestría en Derecho Procesal por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Egresado del Doctorado por la USMP. Fiscal provincial de Familia del Callao.

11. Yuliana Guisela Arce Cárdenas

Abogada por la Universidad Nacional San Agustín (UNAS). Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente de pregrado en la Universidad Privada del Norte (UPN) y en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo (UPAGU). Docente de postgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC).

12. Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Magíster en Derecho Civil y Comercial, y doctor por la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC). Conciliador extrajudicial por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y árbitro por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC). Docente en la UNC, Universidad Privada del Norte (UPN) y Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo (Upagu). Presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional del Indecopi - Cajamarca.

13. Alonso Gurmendi Dunkelberg

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (UP), especializado en el área de Derecho Internacional Público y Privado. Magister en Estudios Internacionales con concentración en Derechos Humanos por la Universidad de Georgetown. Abogado por la Universidad de Lima (UL). Fundador de la Asociación de Estudios sobre las Naciones Unidas del Perú.

14. Rosa Vásquez Rodríguez

Abogada por la Universidad Científica del Perú (UCP). Juez Supernumerario Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Docente de la UCP. Catedrática de la Escuela Técnico Superior de la Policía Nacional del Perú (ETS - PNP).

15. Ary H. Terrones Mélendez

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Especialista legal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (enero 2001 - enero del 2007). Juez de paz letrado suplente del Distrito Judicial de La Libertad (febrero 2007 - diciembre 2011). Juez supernumerario del Juzgado Mixto del Distrito Judicial de La Libertad (enero 2012 - diciembre 2013). Juez supernumerario especializado en Civil del Distrito Judicial de La Libertad (enero 2014 - abril 2016). Juez titular del Juzgado Especializado en Civil de Chiclayo (junio 2016 a la fecha).

16. Olger Bladimir Luján Segura

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Asociado del Estudio de Abogados Pérez Capurro, Vásquez & Alvarado. Fue asistente judicial en el Cuarto Juzgado Civil y en la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

17. José Luis Toranzos Chavera

Magíster en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Segunda Especialización en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado por la Universidad de Lima (UL). Coordinador legal del Área de Administración de Propiedades en Torres Unidas del Perú S.R.L.

18. Juan Domingo Vega Fernández

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Egresado de la Maestría en Derecho Civil y Empresarial de la UPAO, y actualmente elabora la tesis de maestría. Profesor de Derecho Procesal Civil en la UPAO. Miembro del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez Taiman & Olaya Abogados, Sede Trujillo.

19. A. Flavio Saavedra Díoses

Abogado por la Universidad de Piura (UDEP). Exbecario del Programa Futuros Docentes de la misma casa de estudios. Ex defensor público adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Fiscal adjunto provincial titular de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Sullana. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la UDEP y profesor contratado en la misma casa de estudios en el área de Derecho Público.

20. Giovanni F. Priori Posada

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister por la Università degli Studi di Roma - Tor Vergata. Profesor principal del Departamento de Derecho de la PUCP. Director de la Maestría con mención en Derecho Procesal de la PUCP. Socio del Estudio Priori & Carrillo Abogados.

21. Rafael Prado Bringas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Actualmente cursa la Maestría en Tutela de los Derechos, Globalización de la Justicia y Estado Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima (UL) y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

22. Francisco Zegarra Valencia

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con título de segunda especialidad en Derecho Procesal otorgado por la misma casa de estudios. Asociado del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Miembro extraordinario de la Asociación Ius et Veritas.

23. Héctor Lama More

Profesor en la Academia Nacional de la Magistratura (AMAG). Profesor en pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Abogado por la UNMSM. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudio de Postgrado en Derecho en la Unidad de Postgrado de la UNMSM. Estudios concluidos de Postgrado en Materia Constitucional y Comercial en la PUCP. Juez supremo titular de la Corte Suprema de Justicia desde 2016.

24. Daniel Linares Avilez

Profesor de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Estudios de postgrado en la Universidad de Salamanca - España. Maestría y diferentes cursos de posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Socio fundador del Estudio Linares Abogados, especialista en litigio y solución de controversias en materia civil y comercial.

25. Percy Howell Sevilla Agurto

Abogado por la Universidad Tecnológica del Perú (UTP). Egresado del Postítulo de Derecho Procesal Civil organizado por el Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresado de la Maestría de Derecho Procesal en la PUCP. Egresado del III Curso de Especialización en Derecho Procesal Constitucional organizado por el Centro de Educación Continua de la PUCP y del Programa de Especialización de Arbitraje Comercial en la Cámara de Comercio de Lima. Socio Principal del Estudio Sevilla & Parrilla Abogados.

26. César E. Moreno More

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidato a la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM. Becario del Programa Visiting Research 2016 por la Università degli Studi di Sassari.

27. Enrique Palacios Pareja

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de Maestría concluidos en la misma Universidad. Profesor de los cursos Derecho Procesal Civil I y Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la PUCP. Miembro del Registro de Árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la PUCP y de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú). Socio fundador del Estudio Enrique A. Palacios Pareja Abogados Asociados S.C.R.L.

28. J. María Elena Guerra Cerrón

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, Doctora en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y del Instituto Peruano de Derecho Mercantil (IPDM). Docente en la UNMSM y en la Universidad de Lima (UL). Fiscal Superior Civil.

29. César Higa Silva

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de la Academia de la Magistratura (AMAG). Magíster en Derecho por la PUCP y Máster en Teoría de la Argumentación por la Universidad de Alicante.

30. Hebert A. Saldaña Saavedra

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Doctorando y Egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial de la UNMSM. Exbecario, virtual y presencial, en diversos cursos de la Fundación Garrigues y la Fundación CEDDET de España. Ex juez superior supernumerario de la Sala Civil y Afines, Sala Penal y Sala de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ucayali. Asociado del Área Procesal y Arbitraje del Estudio De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados.

31. José Tam Pérez

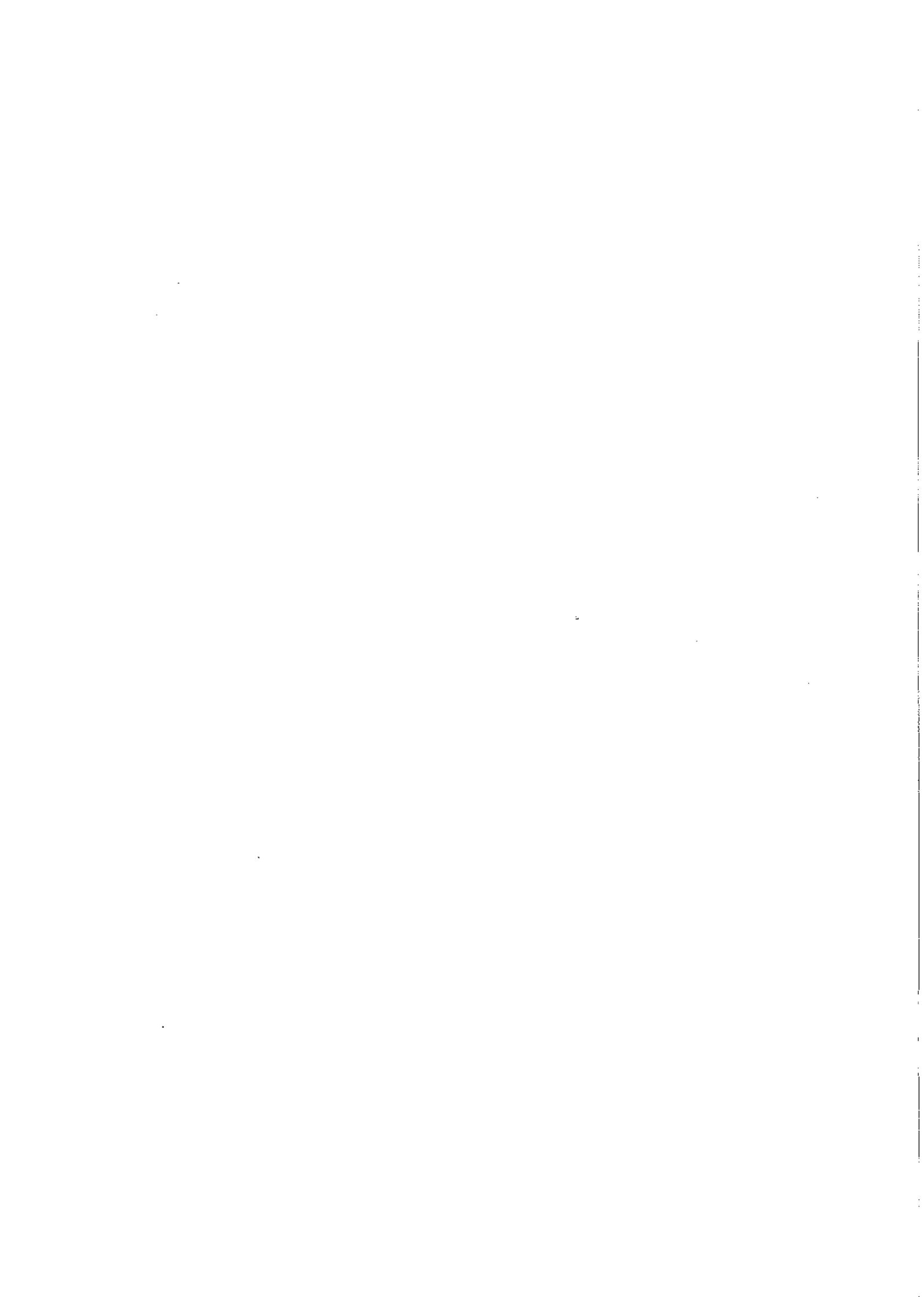
Abogado por la Universidad de Lima (UL). Estudios de Doctorado en Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid. Socio a cargo del área de litigios y arbitraje de Rodrigo, Elias y Medrano Abogados. Profesor en la facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (UP).

32. David Florián Vigo

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Doctor y magíster en Derecho con mención en Derecho Civil Empresarial por la UPAO. Estudios concluidos de Doctorado con mención en Derecho Constitucional por la UPAO. Profesor de Derecho Procesal Civil en pregrado y posgrado de la UPAO desde 1999. Profesor en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad desde 2009.

33. Marco J. Carbajal Carbajal

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Maestría y doctorando por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Curso de Postgrado en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual y título de Especialista en Justicia Constitucional, interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla La Mancha - España. Curso de Especialización en Argumentación por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente cursa el Máster Oficial en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha - España (2015 - 2016). Ex juez especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2007 - 2010). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Privada del Norte (UPN). Asociado del Estudio Hora, Robas-Cassinelli & Gonzales-Méndez Abogados.



TÍTULO PRELIMINAR

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I

Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 139 nms. 3 y 14; 143; C.P.C. arts. VI, 1, 2; C.P. Const. arts. II, 4; C.N.A. art. 136; L.P.T. art. III; L.O.P.J. arts. 7, 26; LEY 29277 art. 34 num. 1.

Marianella Ledesma Narváez

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela jurisdiccional permite que toda persona sea parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas. Este derecho se reconoce tanto a personas físicas o naturales como a personas jurídicas o colectivas.

No se agota en la garantía del acceso a la justicia, sino que faculta obtener un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas, el que solo podrá ser eludido cuando tales pretensiones resulten inadmisibles o improcedentes, de acuerdo con las normas legales.

La tutela judicial efectiva no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de observaciones subsanables. No implica un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino que requiere el cumplimiento de requisitos previos e indispensables a través de las vías procesales legalmente establecidas. Ello tampoco podría llevar a hablar de indefensión cuando el recurrente ha tenido abiertas todas las instancias y recursos para hacer valer sus derechos; sin embargo, este derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con este.

En este supuesto, es necesario la concurrencia de una causa legalmente establecida, conjuntamente con la imposibilidad de realizar una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acceso, para luego poder denegarlo, sin vulnerar por ello el derecho a la tutela judicial efectiva.

En síntesis, podemos decir que la tutela judicial efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia. Este derecho puede quedar satisfecho con la inadmisibilidad de la pretensión, siempre y cuando se produzca ese rechazo a través de una resolución razonada y fundada en derecho. Se conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el justiciable no obtiene una decisión sobre el fondo del asunto, siempre que se hayan empleado las vías procesales adecuadas.

2. DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene origen anglosajón. Se redactó por primera vez –por escrito– en el capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra en 1215, frente al Rey Juan Sin Tierra, al disponer que “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”.

A partir del siglo XVIII la tutela jurisdiccional efectiva es recogida por la Constitución norteamericana de 1787 en sus enmiendas V y XIV, las que han repercutido sobre los ordenamientos latinoamericanos.

Tradicionalmente la idea del debido proceso se limitaba a un simple respeto a los procedimientos legales establecidos, sin embargo, de una mera garantía procesal hoy se concibe como un verdadero ideal de justicia. COOK fue el juez que afirmó el derecho al debido proceso, mediante la revisión judicial, el control difuso de la ley.

El debido proceso formal, adjetivo o procesal está comprendido por aquellos elementos procesales mínimos que resultan imprescindibles para que un determinado procedimiento sea justo, como es, brindar la oportunidad de impugnar, contradecir, probar, ser escuchado, etc. El debido proceso procesal no solo se limita al escenario de la jurisdicción sino que es aplicable a cualquier tipo de procedimiento, sea administrativo, militar, arbitral o particular. Además, está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos se afecten ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento. Esto nos lleva a considerar el derecho al proceso y el derecho en el proceso.

El primer supuesto –derecho al proceso– permite que todo sujeto de derecho tenga la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con el fin de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva y diferenciada. BUSTAMANTE (2001: p. 208) explica la tutela efectiva como “el derecho que tiene todo sujeto a que el órgano competente dicte oportunamente las medidas necesarias para asegurar la eficacia o ejecución de las decisiones que se

emitan y lograr que estas se cumplan (por ejemplo dictando medidas cautelares, medidas conminatorias, etc.) y por tutela diferenciada nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho para que dicho órgano le brinde una tutela que resulte adecuada para solucionar o prevenir en forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos o incertidumbres jurídicas que se le sometan a su conocimiento (por citar, las medidas anticipadas)".

El derecho al proceso también implica que ningún sujeto de derecho puede ser sancionado o afectado sin que se someta a un procedimiento previo regular fijado por la ley; caso contrario, la decisión que se emita estará infestada de nulidad procesal.

El contenido del debido proceso está constituido por los siguientes derechos: derecho al juez ordinario; derecho a la asistencia de letrado; derecho a ser informado de la acusación formulada; derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables; derecho a la presunción de inocencia.

Para que exista un debido proceso, según COUTURE, se requiere que "el demandado haya tenido debida noticia del proceso que pueda afectar su derecho; se le haya dado una razonable oportunidad para comparecer y exponer sus derechos y actuar medios probatorios; y que el órgano jurisdiccional sea independiente y honesto y de la jurisdicción adecuada".

En el segundo supuesto, el derecho en el proceso, permite que todo sujeto que participa en él cuente con derechos esenciales durante su tramitación y conclusión. El proceso debe permitir la suficiente oportunidad al justiciable para participar en él, para lo cual debe ser notificado de su existencia y de cada uno de los actos que se susciten en él, a fin de permitir el ejercicio de la contradicción, de la impugnación, de la prueba. Asimismo, el proceso debe desarrollarse sin dilaciones indebidas, con publicidad, debe contener decisiones motivadas y emitidas en un plazo razonable. Si se viola estos derechos, el acto que lo permitió es nulo.

El debido proceso material o sustancial desarrolla la idea de un derecho a la justicia como expectativa de una sentencia razonablemente justa. Es un patrón para determinar lo axiológico y constitucionalmente válido del actuar del legislador, de la administración y del órgano judicial.

El debido proceso sustantivo exige que los actos tanto del legislador, del juez y la administración sean justos, es decir, razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada

con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez. En el proceso judicial esta labor se posibilita a través del control difuso que realiza el juez en sus decisiones. Tanto las normas procesales y materiales deben ser aplicadas con justicia, pues una sentencia injusta agravia tanto como un proceso formalmente irregular.

Ya no se trata de asegurar al ciudadano un conjunto de derechos dentro del proceso, sino de asegurar la razonabilidad de lo que se va a decidir dentro del proceso.

Coincidimos con la afirmación que asume que “en una sociedad determinada hay estándares jurídicos, hay concepciones en torno hacia cuales son los valores donde se orienta el derecho en un momento histórico determinado, esos valores tienen que ser perseguidos por el juez. Ya no se trata que todo lo que está en la ley está legitimado, que se presuma absolutamente justo y por lo tanto se falle como esta dicho en la ley, todo lo contrario, permite la posibilidad de discutir la arbitrariedad y el alto grado de injusticia que puede tener una ley. El proceso no está para aplicar de manera absoluta, las cosas que dice la ley sino permite discutir la eficacia frente al valor de la justicia. El juez puede declarar ineficaz la ley e inaplicarla a través del control difuso. Por otro lado, al interior del proceso una decisión tiene que tener un grado elemental de congruencia, una estructura lógica, caso contrario, estaríamos ante una sentencia irrazonable, arbitraria, no jurídica. Precisamente, el avance del derecho implica dejar la arbitrariedad”.

El debido proceso sustancial no solo permite que el juez pueda discutir una norma jurídica en su contenido axiológico donde se va a aplicar, sino que también alcanza a la estructura lógica interna de una decisión judicial, la que se va a apreciar en la motivación de los fallos. El control de la logicidad se orienta a velar por el debido proceso sustancial permitiendo que en caso de afectación pueda ser casada para romper sus efectos.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a percibir que hay dos expresiones íntimamente relacionadas al debido proceso, el sustancial y el adjetivo. El primero como principio de razonabilidad y el segundo como rito legal en la tramitación de los procedimientos. Frente a ellos, lo más común es referirnos al debido proceso adjetivo o procesal, pues, si no hay debido proceso procesal no hay proceso menos existirá debido proceso sustancial.

Puede existir debido proceso adjetivo pero bajo un no debido proceso sustancial, en este supuesto podemos hablar de un proceso válido pero irrazonable. No se puede admitir la existencia de proceso judicial donde no hay debido proceso. Por ello, coincidimos con BUSTAMANTE (2001: p. 210), cuando señala que “de nada sirve que se garantice el acceso a un proceso y que su tramitación no sea formalmente irregular, si no se garantiza también –hasta donde sea humana

y razonablemente posible— que las decisiones que se emitan no serán absurdas ni arbitrarias, ni contrarias a los valores superiores, los derechos fundamentales o los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; es decir, si no se garantiza también que las decisiones que se emitan serán objetiva y materialmente justas”.

En esta línea de pensamiento apreciamos la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Llamuja Hilares (STC Exp. N° 0728-2008-PHC/TC). El TC de acuerdo a su reiterada jurisprudencia señala que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. En ese sentido, señala el TC que la sentencia emitida por la Sala Suprema Penal incurre en dos supuestos de indebida motivación de las resoluciones judiciales que tienen sobrada relevancia constitucional. En primer lugar, presenta una deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia narrativa; y, en segundo lugar, presenta una deficiencia en la justificación externa.

El Colegiado señala además que al haberse sustentado la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios), esta no ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico ha motivado dicha conclusión. En consecuencia, al no haberse obrado de ese modo, la ejecutoria suprema resulta arbitraria, y por tanto inconstitucional.

3. TUTELA JURISDICCIONAL Y DEBIDO PROCESO

Hay posiciones en la doctrina, en especial la española, que consideran que la tutela jurisdiccional efectiva está contenida en el debido proceso. Para sus detractores, esa identificación no es adecuada porque son dos derechos distintos, con orígenes y ámbitos de aplicación también distintos; porque la tutela jurisdiccional opera con los procesos de la jurisdicción, en cambio el debido proceso es aplicable no solo al judicial sino a los procedimientos administrativos, arbitrales, militares y particulares.

Frente a ello la Constitución Política de 1993 (art. 139 inciso 3) considera tanto “al debido proceso y la tutela jurisdiccional” como derechos a contemplar en la función jurisdiccional; serán las interpretaciones judiciales las que deslinden y fijen sus alcances de ambos derechos.

4. DEBIDO PROCESO: GARANTÍA Y DERECHO FUNDAMENTAL

El debido proceso es apreciado como principio general del Derecho, como garantía constitucional y como derecho fundamental. Para quienes sostienen que es un principio general señalan que el proceso justo inspira todo el ordenamiento jurídico-político y no requiere de un reconocimiento positivo para que pueda producir sus efectos; sin embargo, para el sector que califica como derecho fundamental le atribuye no solo funciones propias de un principio general sino que trasciende, a valores superiores que provienen de la dignidad del ser humano y del logro de una sociedad justa y libre; además tampoco requiere de una norma positiva para existir.

Los que conciben como garantía le atribuyen una función instrumental o garantizadora de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico-político en su conjunto, sin embargo, integran el derecho fundamental de justicia a través del proceso que tradicionalmente es catalogado como derechos fundamentales de la persona. En esta línea Hoyos califica al debido proceso “no solo como un derecho fundamental sino que además cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento en su conjunto”, atribuyéndole la calificación de un derecho fundamental de carácter instrumental.

Actualmente, la mayor parte de instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen al debido proceso –sea en forma explícita como implícita– como un derecho humano o fundamental. Concebido así, como un derecho fundamental, este se encuentra previsto en el artículo 139.3 de la Constitución Política. Una interpretación literal de esta disposición constitucional podría llevar a afirmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de naturaleza jurisdiccional; sin embargo, ello no es correcto. El Tribunal Constitucional ha establecido de manera reiterada y uniforme que: “el derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza. Ello es así en la medida en que el *principio de interdicción de la arbitrariedad* es un principio inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora” (STC Exp. N° 4241-2004-AA/TC-Lima).

Esto nos lleva a afirmar que el concepto del debido proceso se aplica también a las relaciones *inter privato*; por decir, a los procedimientos que se puedan seguir ante las personas jurídicas de Derecho Privado. El hecho que tengan ese origen y naturaleza, no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, la misma que se intensifica aún más cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora dentro

de estas organizaciones. En este sentido el Tribunal Constitucional ha establecido que, si bien toda asociación, en principio, se encuentra sometida a su propio régimen estatutario, el cual regula su funcionamiento, y establece los derechos y obligaciones de sus asociados, su estatuto debe estar conforme no solo con las normas de Derecho Privado, sino, y principalmente, con la Constitución. De ahí que textualmente ha señalado que: “las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que hubiesen establecido, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen” (STC Exp. N° 1461-2004-AA/TC).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTAMANTE, Reynaldo (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2010). *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional* (2008), trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El debido proceso es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas (*Cas. N° 1698-2012-Lambayeque*).

El derecho al debido proceso es un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen, la tutela jurisdiccional efectiva, la observancia de la jurisdicción y de la competencia predeterminada por ley, la pluralidad de instancias, la motivación y la logicidad de las resoluciones, el respeto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción y de contradicción, entre otros); que bajo ese contexto, la causal denunciada se configura cuando en el desarrollo del proceso no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han omitido o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales (*Cas. N° 4683-2007-Santa*).

Artículo II

Principios de dirección e impulso del proceso

La dirección del proceso está a cargo del juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. V. 50 num. 1, 120, 121, 202, 303; C. de P.P. art. 49; C.P. Const. art. III; C.N.A. art. 136; L.P.A.G. arts. IV inc. 1.3, 103; L.O.P.J. arts. 5, 184 incs. 1 y 2, 200, 201 inc. 8, 202.

Jim L. Ramírez Figueroa

1. INTRODUCCIÓN

El paso del Estado legislativo al Estado constitucional ha acarreado una serie de alteraciones en lo concerniente a la comprensión del Derecho. Cambios que nos han inducido a dejar de ver al proceso como un mero instrumento para la resolución de casos concretos (MITIDIERO, 2014: pp. 51-52).

El modelo jurídico-político del Estado constitucional, como dice PEÑA, puede ser definido a partir de tres factores determinantes: a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos; y, c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos.

En fin, se podría afirmar, sin temor a equivocarnos, que uno de los rasgos más trascendentales del Estado constitucional, está representado por el afán de limitar y controlar el poder. Pues, se entiende que, “cuando no hay control, no ocurre solo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o ‘imposible’; ocurre, simplemente, que no hay Constitución” (ARAGÓN, 1987: p. 52).

El Perú es un Estado Social y Democrático de Derecho (arts. 3 y 43 de la Const.). Un modelo de Estado en el que, “los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado” (STC Exp. N° 0048-2004-PI).

No obstante, debemos hacer hincapié en que, la referencia al principio fundamental de la dignidad de la persona humana, trasluce los pilares que integran la concepción política de nuestro Estado: “como Estado libre no autoritario de Derecho, como Estado social en libertad y no paternalmente tutelado y como democracia en libertad y no democracia popular” (BENDA, 2001: p. 491).

Ciertamente, es dentro de este marco constitucional, en el que analizaremos los alcances de esta disposición normativa. Pues, el proceso no puede ser entendido al margen del régimen político diseñado en la Constitución.

2. PRINCIPIO DE DIRECCIÓN JUDICIAL DEL PROCESO

2.1. La ideología detrás de la figura del juez director

Un lugar común en el pensamiento de la doctrina, es la idea de una vinculación necesaria entre el modelo procesal preferido por el legislador y el tipo de régimen político vigente al momento de su adopción (BARBOSA, 2003: p. 59). Así, un régimen liberal daría mayor predominio al principio dispositivo, mientras que un régimen autoritario haría lo propio con el principio inquisitivo.

Como dice BARBOSA, pecaríamos de ingenuos si negáramos los reflejos que tiene el régimen político en el campo procesal. Puesto que, ninguna especialidad del derecho es políticamente neutral.

El derecho procesal es “un espejo en el que con extrema fidelidad se reflejan los movimientos del pensamiento, de la filosofía y de la economía en un determinado período histórico” (CAPPELLETTI, 2006: p. 29).

En este contexto, el CPC peruano, “asume una concepción publicística del proceso, en mérito de ella el juez –su representante natural dentro de él– tiene un papel fundamental que cumplir” (MONROY, 1999: p. 190). Pues, es el director del proceso, su máxima autoridad.

La publicización del proceso civil nos condujo a entender que, el Derecho Procesal es un derecho público, aunque sea un instrumento de tutela de derechos privados.

Así, “el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, también una función pública del Estado” (CAPPELLETTI, 2006: p. 54). Al ser una función pública del Estado, se afirma, que no solo las partes están interesadas en un ordenado, rápido, orgánico e imparcial ejercicio de dicha función, sino también, el Estado.

Pues el proceso “es un instrumento para el ejercicio del poder y que este debe ser ejercido, aun cuando esté bajo el estímulo de intereses individuales, siempre con miras a alcanzar elevados objetivos sociales y políticos que trascienden el ámbito finito de estos” (DINAMARCO, 2009: p. 82).

Por ello, aun cuando las partes, en la mayoría de los casos, disfrutan de cierta libertad para disponer del objeto del proceso, estos no pueden disponer a su gusto del proceso en sí mismo, ya que no son completamente libres para hacerlo.

Asumir el carácter publicístico del proceso no puede llevarnos a crear la figura de un *super juez*; aquel que todo lo puede, pues ello sería contrario al equilibrio que debe existir en todo proceso entre las exigencias de imparcialidad y el libre juego de intereses por un lado y, la exigencia de que la decisión sea el resultado de una participación activa de las partes y del juez, por el otro.

Después de todo, el proceso civil es un instrumento al servicio de los principios y valores constitucionales.

2.2. El juez como director del proceso

Uno de los rasgos más distintivos de nuestro CPC, es el reforzamiento de los poderes del juez. Como no podía ser de otra manera, al asumir los postulados de la concepción publicística del proceso, se ha otorgado al juez todos los poderes que se consideraron necesarios para que pueda conducir al proceso al cumplimiento de sus fines.

En este sentido, apunta MONROY, la presencia histórica del *principio de dirección judicial del proceso* o *principio de autoridad del juez* en el proceso civil “se explica como el medio a través del cual se empieza a limitar los excesos del sistema privatístico, aquel en el cual (...) el juez tiene durante el desarrollo de la actividad procesal un rol totalmente pasivo, previsto solo para legitimar la actividad de las partes”. Vale decir que *el principio de dirección judicial del proceso* es la expresión característica del sistema publicístico. Un sistema en el que “se privilegia el análisis e importancia del proceso desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio utilizado por el Estado para hacer efectivo el derecho objetivo y concretar finalmente la paz social en justicia” (2007: p. 197).

Por ello, hay quien sostiene, que el proceso civil peruano, es un proceso que “está construido desde el punto de vista del juez (o sea del Estado) y no desde aquel de las partes, que pasan a ser en el proceso un simple medio para que los órganos jurisdiccionales (o sea el Estado) cumplan sus funciones” (ARIANO, 2013: p. 15).

Ahora bien, desde sus inicios nuestro país ha adoptado la teoría de la división de los poderes del Estado. En este sentido, la Constitución Política de 1823 establecía en su artículo 27 que el Gobierno del Perú era popular y representativo; asimismo en el artículo 28 se señalaba que la administración del Estado peruano se ejercía por tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los mismos que conforme al artículo 29 no podían ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos poderes. A diferencia de la Constitución de 1826, todas las demás constituciones que sucedieron a nuestra primera carta magna recogieron dichos lineamientos; es decir, desde el inicio de nuestra vida republicana la función jurisdiccional ha sido ejercida por un “poder” del Estado: el Poder Judicial.

Este pequeño repaso de nuestra historia constitucional, nos permite apreciar que, desde siempre, la jurisdicción ha sido concebida –entre nosotros– como una función del Estado. Por ello, no es raro que, en el artículo 138 de la Constitución de 1993 el constituyente haya proclamado que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

Asumir que la jurisdicción es una función pública, como decía CALAMANDREI, trae consigo la necesidad de dotar al juez de todos los poderes necesarios para que pueda cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también está en juego en el proceso civil. Es decir, el Estado tiene un interés en el proceso civil, el mismo que trasciende al objeto de un conflicto en particular, ya que lo trascendente es que la justicia en todos los casos se realice oportunamente y de la mejor manera posible (CHIOVENDA, 1922: p. 36).

Como es natural, existe un interés social de que el proceso llegue a un resultado justo, de preferencia con el mínimo dispendio de tiempo y energías.

Conviene poner en evidencia que, como dice BARBOSA, “lo que normalmente quiere cada una de las partes es salir victoriosa, tenga o no la razón: poco le importa, por regla general, que el resultado se muestre justo, siempre que le sea favorable; y, cuando no tiene la razón, ordinariamente le importa retardar la solución del pleito”.

De allí que, emerge la necesidad de la existencia de alguien que actúe imparcialmente, haciendo que el proceso tenga una marcha regular y se incorporen a los autos todos los elementos necesarios para que la decisión corresponda, en la medida de lo posible, a la realidad. Ese alguien no puede ser otro más que el juez (BARBOSA, 2005: p. 197). Por ello, es imprescindible proveer al juez de todos los medios indispensables para que pueda cumplir cabalmente su función.

Justamente, el *principio de dirección judicial del proceso*, reconoce en el juez a un personaje principal –como también lo son las partes– de la obra llamada proceso. Un personaje que tendrá bajo sus hombros la responsabilidad de velar por el normal desarrollo del proceso, corrigiendo el comportamiento de las partes cuando estas contravengan los deberes procesales, comprimiendo el trámite del proceso al menor número de actos procesales, pudiendo inclusive –*excepcionalmente*– actuar medios probatorios de oficio. En fin, adoptando todas aquellas medidas que aseguren a las partes una participación activa en el proceso, y que la decisión sea resultado del debate procesal.

Con todo, el reconocimiento de la jurisdicción como una función del Estado, no implica únicamente el empoderamiento del juez para conducir al proceso hacia sus fines, sino que además trae consigo la imperiosa necesidad de limitar el ejercicio del poder conferido al juez. Puesto que dentro de un Estado constitucional, como el nuestro, no se puede justificar el ejercicio autoritario del poder.

2.3. Límites al rol del juez como director del proceso

Hace ya muchos años atrás, CALAMANDREI nos hizo una advertencia que no podemos pasar por alto, “si los poderes del órgano judicial no encontrasen un límite en la iniciativa de las partes, el proceso mismo vendría a disolverse en el ilimitado arbitrio del juez, y todo derecho de los ciudadanos desaparecería en una mera sujeción de la autoridad” (1996: p. 394).

Por ende, el rol del juez como director del proceso –*si ha de tener sentido jurídico*– definitivamente no tiene nada que ver con la idea de un juez omnipotente, esto es, un juez absolutamente desvinculado de toda iniciativa de las partes; sino más bien trasluce la fijación de un nuevo orden de límites y relaciones entre la iniciativa del juez y la de las partes. En otras palabras, reconocer al juez como director del proceso no significa desconocer la libertad de las partes al interior del mismo; por el contrario, lo que se busca es fijar los límites dentro de los cuales será ejercida.

Concebir al juez como director del proceso, desde luego, nos conduce a pro-veerle de todos los “poderes y facultades” indispensables para juzgar y ejecutar lo juzgado de un modo activo, rápido y seguro. Pero la atribución de dichos “poderes y facultades”, no puede ni debe, entenderse como una autorización para romper el equilibrio que debe existir en todo proceso entre las exigencias de imparcialidad y el libre juego de intereses por un lado y, la exigencia de que la decisión sea el resultado de una participación activa de las partes y del juez, por el otro.

El proceso no puede ser pensado al margen de la Constitución, por eso, es indispensable dialogar con el derecho constitucional, de modo tal que podamos contextualizar el *rol del juez como director del proceso* dentro del modelo de Estado en el que nos encontramos inmersos. Y es que, como dice DINAMARCO, “la Constitución opera sobre el proceso, garantizándole los principios básicos, para que el proceso pueda después actuar convenientemente los preceptos y garantías que aquella misma contiene y que proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico”.

A partir de ello, no es posible concebir al proceso al margen de la idea *—más que una idea, de la necesidad—* de una distribución de roles (*funciones*) que deben ser ejercidas por los sujetos procesales (*el juez y las partes*). Pues, cada uno de ellos, ejerce un papel, más o menos relevante, en la instauración, en el desenvolvimiento y la conclusión del proceso (DIDIER, 2011: p. 214).

La participación de las partes en el proceso no se circunscribe a la interposición de la demanda o la contestación de la misma. Toda vez que, el derecho de acción no se agota en la iniciativa procesal ni la defensa en la respuesta a la demanda. Estos derechos, como dice DINAMARCO, incluyen una gama de poderes y no un solo poder: “incluye un poder de iniciativa y muchos de impulso y participación, ejercidos a lo largo del procedimiento”.

Es por ello que el juez, como director del proceso, no puede olvidar que, “el valor del proceso reside en la capacidad que tenga de dar libre curso al ejercicio adecuado, efectivo y eficiente de la acción y de la defensa” (DINAMARCO, 2009: p. 134).

2.4. Hacia una lectura constitucional del rol del juez como director del proceso

En tiempos de constitucionalismo y Estado constitucional, el *principio de dirección del proceso* no puede ser concebido como una exaltación al autoritarismo, por el contrario, se espera que el juez en su rol de director del proceso fomente un escenario propicio para el ejercicio de los derechos de las partes. Es decir, que el proceso se convierta en un espacio de diálogo, y ello solo será posible, si el juez entiende que los poderes que le otorga el CPC, deben de ser ejercidos dentro de los límites fijados por la Constitución y la ley.

Con estas líneas, no se postula la figura de un juez inerte, sino la de un juez activo que ejerce su poder de dirección de manera racional, velando siempre por el respeto de las garantías procesales que nuestra Constitución reconoce a las partes de un proceso.

3. IMPULSO PROCESAL DE OFICIO

3.1. Tutela jurisdiccional oportuna de los derechos: el plazo razonable

El proceso civil en nuestro país se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. Este derecho se concretiza a través de la interposición de la demanda, acto procesal a partir del cual se empezará a construir la senda del proceso hacia la sentencia. Siendo que “el proceso no es una cosa hecha, un camino que deba recorrerse, sino una cosa que debe hacerse a lo largo del tiempo” (COUTURE, 2010: p. 143).

Esta necesidad del proceso de prolongarse en el tiempo, ha sido propicio para hacer de muchos procesos una historia sin fin.

Por eso es sumamente importante entender que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional no implica, únicamente, el simple acceso a la justicia o, que al final del proceso se emita una decisión fundada en derecho, además requiere que dicha tutela sea otorgada de manera oportuna.

Empero, como resalta MARINONI, “una de las principales cuestiones recurrentes en la historia del proceso es la relación entre la aspiración a la certeza, a exigir ponderación y meditación al juez, y la búsqueda de la rapidez en la definición del litigio” (2008: p. 188).

El tiempo es una necesidad del juez, quien precisa de él para formar su convicción, así como una necesidad que surge a partir del derecho de las partes a participar adecuadamente en el proceso (MARINONI, 2009: pp. 85-86).

La dimensión del tiempo en el proceso es inocultable, por tanto existe la necesidad de racionalizarlo, de tal manera que no afecte a quien acude ante la jurisdicción para pedir la tutela de sus derechos. Por eso, en nuestros días, se postula la idea de que en todos los procesos –*el proceso civil entre ellos*– debe de respetarse el derecho al plazo razonable.

El derecho al plazo razonable ha sido expresamente reconocido en diversos instrumentos internacionales. Así, conforme a la CADH, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El derecho al plazo razonable, a la luz de dicha disposición normativa internacional, *también* despliega sus efectos jurídicos en el proceso civil.

Internamente, el derecho al plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.

Ahora, como ha dicho el Tribunal Constitucional:

El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable solo si es que aquel comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes (STC Exp. N° 00295-2012-PHC).

Apréciese que el plazo razonable, nada tiene que ver con la duración del proceso limitada a un plazo cierto o determinado, puesto que, si equiparamos el plazo razonable al plazo fijado en la ley, deberíamos de hablar, en vez del plazo razonable, de un plazo legal, o como dice MARINONI, “del simple deber del juez de respetar el plazo fijado por el legislador para la duración del proceso” (2009: p. 89).

Una cosa, entonces, es el plazo fijado por el legislador para la duración del proceso, otra, el plazo razonable.

El derecho al plazo razonable hace surgir en el juez el deber de respetar los derechos de participación adecuada de las partes y dar la máxima celeridad al proceso. Debiéndose entender, que dar máxima celeridad al proceso implica no realizar actos dilatorios injustificados, sean estos comisivos u omisivos (MARINONI, 2009: p. 89).

En este contexto, el juez debe velar, más que por el cumplimiento milimétrico de los plazos previstos normativamente, porque el proceso no se prolongue más allá del plazo razonable.

Por otro lado, el cómputo del plazo razonable en el proceso civil debe iniciarse desde el momento en que se recepciona la demanda, y culminar con la decisión que de manera definitiva pone fin al proceso.

En definitiva, la razón de ser del impulso procesal de oficio es que los procesos culminen al cabo de un plazo razonable.

3.2. Sigue: efectividad del proceso

Cuando se está frente a la tutela jurisdiccional de los derechos la cuestión del tiempo tiene una gran importancia. Pues, “la tutela jurisdiccional de los derechos es ciertamente indisociable de la dimensión del tiempo, pues tutelar de forma

intempestiva equivale a no proteger o a proteger de forma indebida” (MARINONI, 2009: p. 88).

El derecho al plazo razonable, como acertadamente señala MARINONI, no es sinónimo de celeridad procesal, ya que incluye además del derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a un tiempo adecuado para la práctica de los actos procesales y el derecho a no tener la esfera jurídica restringida por tiempo indefinido.

De otro lado, como se ha venido diciendo, el derecho a la tutela jurisdiccional oportuna se encuentra estrechamente ligado a la duración del proceso, es decir, con un proceso en el cual se busca el uso racional del tiempo por parte del demandado y del juez. De modo que “si el actor precisa de tiempo para recibir el bien de la vida que persigue, es lógico que el proceso (...) será tanto más efectivo cuanto más rápido” (MARINONI, 2007: pp. 224-225).

Por ello es que, la demora en la tramitación de un proceso puede generar muchas distorsiones al contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues, como refieren CAPPELETTI y GARTH, “en muchos países, los quejosos que buscan remedio en un tribunal deben esperar más de dos o tres años para obtener un fallo judicial. Las consecuencias de este retraso, especialmente si se consideran las tasas de inflación existentes, pueden resultar devastadoras; incrementan el costo para las partes y ejercen gran presión sobre la parte económicamente débil para que abandone su reclamación o acepte una cantidad mucho menor a la que tiene derecho” (1996: p. 16). Por ello la justicia que no está disponible dentro de un tiempo razonable, es justicia inaccesible para muchas personas. Es decir, la existencia de un proceso interminable trae consigo la violación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en cuanto acceso a la justicia.

El proceso, dicen DIDIER y NOGUEIRA, “es una marcha hacia adelante, una sucesión de actos jurídicos ordenados y destinados a alcanzar un fin, cual es la prestación de la tutela jurisdiccional” (2013: p. 174).

Para arribar ha dicho fin, el juez como director del proceso deberá evitar la práctica de actos innecesarios y dilatorios y, lo más importante, impulsar el proceso sin que ello implique subrogar a las partes.

Después de todo, el juez tiene el deber de controlar la constitucionalidad de las reglas procesales a la luz del derecho fundamental al plazo razonable, “pudiendo dejar de aplicarlas en su literalidad mediante el empleo de la técnica de la interpretación conforme”.

Hasta aquí, procuramos mostrar que la efectividad del proceso dependerá de, al fin y al cabo, cuan oportuna es la decisión final para la realización del derecho tutelado.

3.3. El deber del juez de impulsar el proceso de oficio

Como dice COUTURE, “se denomina impulso procesal al fenómeno en virtud del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo”.

El impulso procesal se encuentra estrechamente relacionado con la distribución de roles entre el juez y las partes. Ya que cuando se habla de impulso se está haciendo referencia a quién, las partes o el juez, hace avanzar el proceso.

Es evidente que, como apunta MONTERO, “la alternativa entre el impulso de parte y el impulso oficial no se refiere a quién inicia el proceso, ni siquiera en manos de quién queda la iniciativa para continuarlo por medio de los recursos o de la ejecución” (2004: p. 346). Pues, el impulso presupone que el proceso ya se ha iniciado a iniciativa de parte.

Cuando son las partes las que promueven la culminación de una fase procesal y la apertura de la subsiguiente, nos encontramos frente al *impulso procesal de parte*, pues son las partes las que a través de sus actos hacen avanzar el proceso. Mientras que, habrá impulso procesal de oficio, cuando el juez practica actos que hacen avanzar el proceso sin que medie pedido alguno de las partes.

Comúnmente, las partes son movidas a impulsar el proceso en función a sus intereses, los que los incita a realizar los actos procesales que les concierne dentro de los plazos previstos en la ley. Sin embargo, el rol del juez como director del proceso, lo faculta a conducir y hacer avanzar el proceso, de modo tal que la tutela que está llamado a prestar llegue de manera oportuna y dentro de un plazo razonable.

En último lugar, “lo que el principio de impulso de oficio propende es que el juez no vuelva a ser un simple espectador de las motivaciones periódicas o repentinas de las partes; es decir que ya no vuelva a estar a merced del ánimo o disposición de ellas, sino que pueda, durante todo el recorrido del proceso, intervenir en su desarrollo, conduciéndolo a su fin” (MONROY, 2007: p. 196).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAGÓN, Manuel (1987): “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 19; BARBOSA MOREIRA, José Carlos (2003): “Reformas processuais e poderes do juiz”. En: *Revista da EMERJ*, vol. 6, Nº 22; BARBOSA MOREIRA, José Carlos (2005): “O neoprivatismo no processo civil”. En: *Revista de Processo*, vol. 30, Nº 122; BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (2001): *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. Madrid-Barcelona: Marcial PONS; CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I. Buenos Aires: El Foro; CAPPELLETTI, MAURO (2006): *El proceso civil en el Derecho comparado* (2006). Lima: ARA; CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, Bryant G. (1996):

El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica; COUTURE, Eduardo (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Montevideo: Editorial IBdeF; CHIOVENDA, Giuseppe (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus; DIDIER Jr., Fredie (2011): "Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo". En: *Revista de Processo*; DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro (2015): *Teoría de los hechos procesales*. Lima: ARA; DINAMARCO, Cândido Rangel (2009): *La instrumentalidad del proceso*. Lima: Communitas; MARINONI, Luiz Guilherme (2008): *Teoria geral do processo*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra; MARINONI, Luiz Guilherme (2009): "Direito fundamental à duração razoável do processo". En: *Estação Científica* (Ed. Especial Direito), vol. 1, Nº 4; MONTERO AROCA, Juan (2004). *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*, tomo III, 13ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch; MITIDIERO, Daniel (2014): "A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional". En: *Revista de Processo*, año 39, vol. 229; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): *Teoría general del processo*. Lima: Communitas; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel (1997): *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2013): *Hacia un proceso civil flexible: críticas a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano*. Lima: ARA; MASCOTRA, Mario (2015): *Historia y evolución de la actividad jurisdiccional*. Lima: Raguel.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Por el principio de dirección judicial previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Juez asume un papel protagónico en el proceso y no se limita a observar la actividad procesal de las partes sino que es aquél quien la encamina hacia el resultado del proceso e, inclusive, promueve (a través de los mandatos judiciales correspondientes) los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de los mismos y dar solución al conflicto de intereses que fuera puesto en su conocimiento (*Cas. Nº 1814-2004-Callao*).

Si bien es cierto que el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil referido al principio de dirección e impulso oficioso del proceso, privilegia su importancia desde la perspectiva de su función pública, sin embargo, no es menos cierto, que este principio no descarta la actividad procesal de las partes, dado que estas en ningún momento dejan de ser las principales interesadas en lo que se resuelva, constituyéndose de esta manera en las impulsadoras naturales del proceso, cuya iniciativa deviene en indispensable no solo para solicitar al juez la providencia que corresponda al estado del proceso sino también para exponerle los hechos en que sustentan su petición (*Exp. Nº 1645-2002*).

Artículo III**Fines del proceso e integración de la norma procesal**

El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

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

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 num. 8; C.C. art. VIII; C.P.C. arts. 2, 48, 50 num. 4; C.P. Const. arts. II, IX; L.P.A.G. art. VIII; LEY 29277 art. 34 num. 2.

Renzo Cavani

1. LA TUTELA DE LOS DERECHOS COMO FIN DEL PROCESO CIVIL

Si es verdad que el modelo de Estado Constitucional tiene por fundamento la *dignidad*, por fines la *libertad* e *igualdad*, y, como medios para conseguir estos últimos, la *verdad* y la *seguridad jurídica*, entonces el proceso civil debe ser pensado a partir de la persona humana y no del Estado (CAVANI, 2014a: p. 173). Ello lleva, directamente, a la conclusión de que la preocupación principal del Estado (como administrador, legislador y juez) es *proteger* o *tutelar* todas aquellas posiciones jurídicas que son discutidas en el contexto de un proceso (SARLET; MARI-
NONI; MITIDIERO, 2012: p. 617; CAVANI, 2015: p. 339 y ss.; MITIDIERO, 2016: p. 121 y ss.).

Tales posiciones jurídicas se encuentran, principalmente, en el plano del Derecho material. Allí se identifican diversas normas que no solo atribuyen derechos (o, más ampliamente, *situaciones jurídicas subjetivas de ventaja*), sino, por el mismo hecho de consagrarlos, también reconocen las formas imprescindibles para su protección. En otras palabras, *la propia norma de Derecho material ya presupone las formas de tutela del derecho que ella misma reconoce* (DI MAJO, 1993: p. 1 y ss.). Se trata, por tanto, de entender que *derecho* y *tutela* son dos fenómenos inseparables. Cuando el ordenamiento jurídico nos reconoce un *derecho*, además del propio reconocimiento, también se nos es garantizada su *protección*. Ello equivale entender el derecho subjetivo desde una perspectiva dinámica y ya no más estática (BAPTISTA DA SILVA, 2006: p. 16).

Ello ocurre, por ejemplo, cuando la Constitución Política del Perú reconoce expresamente los derechos fundamentales al honor, buena reputación, intimidad personal, familiar y a la voz e imagen propias (art. 2, inciso 7). Aquí la Constitución no está apenas *proclamando* el derecho al honor, buena reputación, intimidad, etc., sino también está *consagrando* una tutela idónea para su protección, con la finalidad de evitar la violación de esos derechos, y así preservar su inviolabilidad, la cual es una característica típica de este tipo de derechos fundamentales (cfr., en el mismo sentido, MARINONI, 2006: p. 78 y ss.; MARINONI, 2011: p. 253 y ss.).

Pero el ámbito de la tutela del derecho no solo se restringe a los derechos fundamentales, sino también abarca otros, como por ejemplo los derechos de la personalidad regulados en la legislación civil. Al respecto, el artículo 17 del CC, dice: “la violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la *cesación de los actos lesivos*” (cursivas agregadas). Nótese que este artículo *no otorga la tutela inhibitoria* (o de remoción del ilícito), sino apenas reconoce la posibilidad de que ella sea efectivizada en un proceso judicial. Y aunque no lo dice con claridad, también debe entenderse que tales derechos pueden ser tutelados en hipótesis diversas a la violación que genere un daño.

Es evidente, por tanto, que en todas las situaciones jurídicas materiales de ventaja que fueron citadas no solo se consagra un derecho: también se otorga una *tutela material* para ese derecho. Dicha tutela material equivale a las *necesidades de protección* de ese derecho. Y en este punto es donde es posible realizar una teorización (siempre en el plano del derecho material; nada se ha dicho hasta el momento respecto del plano del Derecho Procesal) que pueda ayudar a comprender mejor la interacción entre el derecho y su tutela.

Partiendo de la consabida premisa que *ser titular de un derecho* implica también, por el solo hecho de existir esa titularidad, que ese derecho sea protegido, es posible advertir que existen dos formas diferentes de protección: *satisfaciéndolo* o *asegurándolo*. Es decir, el derecho puede ser *satisfecho* (realizado) o *asegurado* (cautelado).

El derecho de crédito es un buen ejemplo: puede ser *satisfecho* mediante el pago (cumplimiento espontáneo de la obligación) o, inclusive, cuando ya fue lesionado, por ejemplo, por resarcimiento (sea cual fuere el concepto: daño emergente, daño moral, etc.). Por su parte, el derecho de crédito también puede ser *asegurado*. Ello ocurre cuando recae sobre él una *garantía*, como sería el caso de una hipoteca, una garantía mobiliaria, un derecho de retención, o, inclusive, un embargo. Por cierto, al margen que esta última medida se obtenga apenas en el contexto de un proceso, es necesario observar que la función es exactamente la misma:

asegurar (y no *realizar*) el derecho de crédito. Esto tiene un impacto directo en el plano del derecho material.

Estamos, por tanto, ante dos *tutelas absolutamente diversas entre sí*: la *tutela satisfactiva* y la *tutela cautelar o de seguridad*. Se trata de dos *resultados diferentes* que se verifican en el plano del derecho material y que deben ser colocados en la misma dimensión de análisis (MITIDIERO, 2013: p. 40 y ss.; DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011: p. 331 y ss.; DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015: p. 561 y ss.), aunque, a mi juicio, la existencia de uno (seguridad) solo se justifique respecto del otro (realización) (CAVANI, 2013: pp. 264-265).

La tutela satisfactiva puede ser contra el *ilícito* o contra el *daño*. La tutela contra el acto ilícito puede darse de dos formas: *preventiva* o *represivamente*, es decir, mirando al *futuro* o al *pasado*. Existe *prevención* cuando se busca *impedir la práctica, reiteración o continuidad del acto ilícito*. Existe *represión* cuando se busca *eliminar los efectos ya producidos por un acto ilícito*. La prevención del ilícito se da a través de la *tutela inhibitoria*, mientras que la represión de este se consigue a través de la *tutela de remoción del ilícito* (MARINONI, 2006: p. 152 y ss.; MARINONI, 2004: p. 249 y ss.; MARINONI, 2011: p. 246 y ss.; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012: pp. 637-638).

Por ello, la *tutela inhibitoria* es aquella *protección del derecho material destinada a impedir la práctica, reiteración o continuidad de un acto ilícito, por lo que, al buscar su prevención, mira hacia el futuro*. Por su parte, la *tutela de remoción del ilícito* es aquella *protección del derecho material destinada a remover los efectos causados por el acto ilícito, por lo que, al buscar su eliminación, mira hacia el pasado*. De ahí se constata que al hablar de *tutela preventiva* o *tutela represiva*, a partir de esta visión, se hace referencia única y exclusivamente al derecho material (en contra: MONROY PALACIOS, 2004: p. 301 y ss.), por reflejar el momento cronológico en que incide la protección.

Por su parte, la tutela contra el *daño*, entendido este como perjuicio jurídicamente relevante, puede darse de forma *represiva* de dos maneras diversas: protegiendo el derecho de forma específica, esto es, según lo pedido por el demandante (por ejemplo: que el deudor cumpla con la obligación *intuitu personae*) o por equivalente en dinero. La primera podemos llamar de la *tutela reintegratoria* o *reparatoria*; la segunda, se conoce como *resarcitoria* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012: p. 638; CAVANI, 2014: p. 183, nota 31).

Jamás debe perderse de vista que las tutelas inhibitoria, remoción del ilícito, reintegratoria y resarcitoria *no son tutelas jurisdiccionales, sino tutelas de derecho material*; es decir, como se ha señalado, son protecciones que surgen de la propia situación jurídica subjetiva que es objeto de la tutela. De ahí que se hable,

correctamente, de “*tutela del derecho*” para hacer referencia al *resultado* al que debe aspirar el ordenamiento jurídico, *sea o no a través del proceso*. Ya la tutela jurisdiccional hace alusión a un resultado, pero en el plano del *Derecho Procesal*, esto es: declarar, constituir, condenar, ejecutar en sentido lato y mandar (ALVARO DE OLIVEIRA, 2008: p. 107 y ss.).

Asimismo, según apunta la doctrina, la *tutela de los derechos* puede ser otorgada en una *dimensión particular* y en una *dimensión general* (MITIDIERO, 2013a: p. 17 y ss.). La primera se da mediante la exigencia de una *decisión justa*, la cual implica: i) una adecuada interpretación y aplicación del derecho al caso concreto, ii) una adecuada verificación de los hechos de la causa inspirada en la búsqueda de la verdad y iii) el respeto a los derechos fundamentales procesales y la legalidad procedimental (TARUFFO, 1997: p. 319 y ss.; CAVANI, 2015: p. 339 y ss.). La segunda se da mediante la emisión de una decisión a partir de la cual pueda extraerse un *precedente* que sirva para resolver casos futuros de forma vinculante.

La tutela del derecho, por tanto, es el *fin del proceso civil*. Por ello es que se habla de un proceso civil *de resultados*. Esto quiere decir que el proceso debe ser capaz de *otorgar una tutela lo más próximo posible a las exigencias del derecho material*. Existe, así, un *derecho* que toda parte tiene a que el proceso satisfaga su necesidad de justicia trayendo un resultado en el plano de los hechos. Se trata del *derecho fundamental a la tutela efectiva* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012: pp. 637-639).

Nótese que ese derecho material al que se hace referencia no es únicamente un derecho fundamental, sino *toda clase de derechos que requieren del proceso para ser tutelados*. En efecto, cuando la Constitución asegura el derecho a la tutela (sea o no en ámbito jurisdiccional) como derecho fundamental, busca que *todos* los derechos sean protegidos idóneamente (MARINONI, 2004: pp. 187-188).

Pero la consecución de este *resultado* requiere que el proceso, visto desde una perspectiva interna, posea una amplia gama de mecanismos conocidos como *técnicas procesales*, las cuales constituyen “la predisposición ordenada de medios destinados a la realización de los objetivos procesales” (DINAMARCO, 2005: p. 275). Como cualquier *técnica*, la técnica procesal “es eminentemente instrumental, en el sentido de que solo se justifica en razón de la existencia de alguna finalidad a cumplir y de que debe ser instituida y practicada con miras a la plena consecución de la finalidad” (*Ibidem*: p. 386). En otras palabras, a través de las técnicas procesales, el proceso busca estructurarse de una manera determinada para cumplir con sus propósitos; por tanto, estas técnicas deben ser *idóneas* para conseguirlos. Se trata del *derecho fundamental a la tutela adecuada* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012: p. 630 y ss.).

No obstante, no puede existir una verdadera tutela del derecho si el conflicto no es resuelto en un *plazo proporcional*. Es sabido que uno de los dilemas del proceso civil contemporáneo (y principalmente aquel que se desarrolla ante la jurisdicción) es su *duración*. Por ello, es absolutamente indispensable que esta sea *proporcional al derecho material discutido* para que la tutela del derecho material sea efectiva. Déjese constancia que prefiero hablar de *duración proporcional* en vez de *duración razonable* porque la primera acepción hace alusión a la relación entre el *medio* (duración del proceso) y el *fin* (tutela del derecho) (en la misma línea: SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012: p. 678). Así, esa *proporcionalidad* frente al derecho material permite comprender mejor que el proceso debe estructurarse de acuerdo al *tiempo de vida* de la situación jurídica sustancial llevada al proceso. La razón de ello es que no todas las situaciones de derecho material pueden soportar el mismo lapso de tiempo que el proceso necesariamente va a durar (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012: pp. 678-679). Este es el *derecho fundamental a la tutela tempestiva*.

Es evidente que el *derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva* (que forma parte del *derecho fundamental al proceso justo*) tiene incidencia a lo largo de todo el proceso. Debe desterrarse, por tanto, aquella concepción de la *acción* —presente aún en nuestra doctrina— que la entiende como un derecho (fundamental o no, poco importa) público, abstracto, subjetivo, que apenas permite ingresar a la jurisdicción y que se agota en ese momento (como lo entiende MONROY GÁLVEZ, 2009: p. 496).

Así, resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, en realidad, se traduce, ulteriormente, en una *norma* que ordena al Estado *tutelar los derechos de forma efectiva, adecuada y tempestiva*. Tutelar idóneamente un derecho, mediante decisión justa, presupone resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre, pero no de cualquier manera, sino de una forma *cualificada* o, también, *justa*.

¿Y qué hay de la paz social en justicia? El texto del CPC dice que es la “finalidad abstracta”. Al respecto, es muy común apreciar en la doctrina colocar la paz social (o pacificación) como fin primordial del proceso. Sería, como dice DINAMARCO (2005: p. 159 y ss.), el *fin social* (aunque él se refiera a la jurisdicción). No obstante, si bien es altamente deseable obtener paz social, ella no podrá ser conseguida sin tutelar los derechos en el caso concreto. Se trataría, por tanto, de un *fin indirecto* que, definitivamente, queda en un segundo plano frente a la necesidad principal e insustituible de otorgar protección a la persona, haciendo valer la *juridicidad*.

Sin perjuicio de lo último, la norma que se extrae de este fragmento normativo tiene plena conexión con las normas constitucionales y derechos fundamentales

que exigen la observancia de un proceso justo. Aquella debe ser vista, por tanto, como la densificación normativa, en la legislación infraconstitucional procesal civil, de la Constitución.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL PERUANO

El discurso aquí cambia drásticamente respecto a lo expuesto hasta ahora.

En efecto, el § 2 del artículo III del CPC, remite a complejas consideraciones teóricas sobre la teoría de las fuentes del Derecho, la teoría de la interpretación jurídica y la teoría de las normas. Nada de ello, a mi juicio, ha sido adecuadamente resaltado por la doctrina procesal patria. Por su complejidad y el reducido espacio del presente comentario, aquellas consideraciones ciertamente no podrán ser agotadas aquí; no obstante, es necesario realizar algún esfuerzo de síntesis que sirva, al menos, para sentar las bases de una discusión.

Es debatible lo que significa “*f fuente del derecho*”; muchas teorías se han construido alrededor de este complejo término. Ello es particularmente curioso porque si el derecho es esencialmente un discurso prescriptivo, compuesto, por tanto, por prescripciones (*normas*) que guían la conducta humana de forma obligatoria mediante coerción institucionalizada, entonces hablar de *f fuente* implica aquello que “da origen” a dichas prescripciones. Así, “fuente del derecho” sería aquel *acto o hecho* autorizado a *producir normas jurídicas* (GUASTINI, 2016: p. 99).

Pero aquí es necesario hacer un paréntesis.

Desde la perspectiva de la *pragmática* (subcampo de la lingüística), un *enunciado* puede *expresar* una *proposición* o una *norma* (teoría *prescriptivista*). Tanto *proposición* como *norma* son *significados*, cuya diferencia reside en el *efecto preponderante*: si es *informar* o, por el contrario, si es *guiar* una conducta. Las *normas* –siempre desde una perspectiva lingüística, destáquese– tienen como *efecto directo* *guiar* conductas (por cierto, el juicio de valor puede diferenciarse de la *norma* porque tiene como efecto directo *justificar normas*, pero esto no será tratado aquí (BARBERIS, 2015: pp. 63-65).

En el campo jurídico, los enunciados suelen estar plasmados en *textos*. Un *texto* es una secuencia de dos o más *oraciones*. Una *oración* es una *secuencia sintáctica posible de poseer sentido completo*. Se habla de “*texto normativo*” (o, también, de “*disposición normativa*”) porque un determinado texto fue dado por una autoridad legitimada por el Derecho. Un *texto* o *disposición*, por tanto, es susceptible de *expresar*, mediante una actividad mental denominada *interpretación*, una *norma*. Destaco el verbo “*expresar*”, puesto que para concluir que un *texto expresa “algo”*, es necesario realizar complejas operaciones que van desde

describir sentidos ya contenidos en los enunciados (sea por convenciones sociales, uso del lenguaje común o significados atribuidos por el legislador o el propio Poder Judicial), *escoger uno de los sentidos identificados* e inclusive –pero no necesariamente– *atribuir nuevos sentidos*. Esto es de lo que se trata la interpretación jurídica (ÁVILA, 2013: p. 192 y ss.).

Diferenciar texto y norma es esencial para la comprensión de “fuente del derecho”. Cuando se habla de *fuentes como acto normativo*, se hace alusión a un comportamiento humano consciente y voluntario de crear normas (o, más precisamente, crear *documentos normativos* que puedan expresar *normas jurídicas*) (GUASTINI, 2016: p. 132). Cuando se habla de *fuentes como hecho normativo*, se hace alusión a un comportamiento humano de creación normativa que no es consciente ni voluntario y que, por dicha razón, no se plasma en *documentos normativos* (GUASTINI, 2016: p. 135). Diferenciar “acto normativo” y “hecho normativo” en la teoría de las fuentes del Derecho es esencial para individualizar el así llamado Derecho consuetudinario (costumbre).

Es muy importante diferenciar, además, entre *fuentes formales* y *fuentes materiales*. La primera le atribuye calidad de fuente del Derecho a todo acto autorizado por una norma de producción jurídica que regule el *nomen iuris* del acto (en el Perú: ley, decreto legislativo, reglamento, resolución suprema, etc.), el órgano, el procedimiento, sin interesar el *contenido* del acto; de allí que los criterios de identificación de la fuente del derecho sean *formales* (GUASTINI, 2016: p. 103). La segunda le atribuye la calidad de fuente del Derecho a todo acto *genuinamente normativo*; esto es, que genere cambios en el ordenamiento jurídico por contener comandos generales y abstractos sin que interesen criterios formales; de ahí que los criterios sean, más bien, *materiales*, o que apunten al *contenido* del acto normativo (GUASTINI, 2016: p. 100 y ss.).

Considero que ambas concepciones aportan para la construcción del concepto de *fuentes del Derecho*, al menos teniendo en cuenta las particularidades del Derecho peruano, tal como se analizará más adelante. En primer lugar, *las fuentes del Derecho son las que el propio ordenamiento dice que son*, para lo cual debe respetarse las normas de producción jurídica que indican cómo esos actos normativos (fuentes) deben producirse (GUASTINI, 2016: p. 110). En segundo lugar, el acto normativo identificado como fuente del Derecho debe ser capaz de *expresar normas* que tengan *normalmente* vocación *generalizante* y *abstracta*. Las así llamadas “normas concretas”, propias de las sentencias judiciales y de los actos administrativos, parten, en realidad, de la interpretación de textos normativos que expresan normas “generales”; y estas son los productos de las *auténticas* fuentes del Derecho (en contra, defendiendo que de la jurisprudencia pueden extraerse auténticas normas generales: AGUILÓ, 2015: p. 1050). Ello por cierto, no se aplica

para las “normas concretas” provenientes de la autonomía de la voluntad, como veremos más adelante.

Fuentes del Derecho, por tanto, son “los “hechos y actos jurídicos” creadores/ generadores de normas jurídicas generales” (AGUILÓ, 2015: p. 1025), entendiéndose que “jurídico”, aquí, equivale a “normativo” o propio del Derecho.

Esclarecidos los conceptos de *fuentes*, *texto* (disposición) y *norma*, podemos pasar a examinar nuestra legislación. Comenzaremos por la Constitución para luego llegar al CPC.

El artículo 146, § 3, inciso 1, señala:

El Estado reconoce a los magistrados judiciales:

1. Su independencia. *Solo* están sujetos a la Constitución y la ley (énfasis agregado).

El artículo 139, § 1, inciso 8 de la Constitución, dice lo siguiente:

Son principios y garantías de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, *deben* aplicarse los principios generales del derecho y el Derecho consuetudinario (énfasis agregado).

A mi juicio, estas dos disposiciones consagran el sistema de fuentes del Derecho peruano, especialmente para el caso de los procesos ante la jurisdicción. Dado que son *disposiciones* deben *interpretarse* para determinar cuáles son las *normas* que ellas expresan.

En el caso del artículo 146, § 3, inciso 1, no es de despreciarse el adverbio “solo”. Este restringe cualquier tipo de *interpretación sobreinclusiva*, esto es, la posibilidad de incluir otros elementos que no están expresamente considerados en el texto. Al respecto, es importante destacar que estar sujetos a la Constitución (y a los tratados internacionales con rango constitucional) y la ley no elimina ni puede eliminar la posibilidad de que los jueces estén vinculados por *precedentes* que el ordenamiento expresamente consagre como obligatorios.

La razón es muy sencilla: la Constitución y la ley contienen *disposiciones normativas*; esto es, *textos*, que como ya vimos no pueden ser confundidos con *normas*. Si *texto* y *norma* son categorías diferentes (el primero, un *objeto* de la interpretación; la segunda, su *resultado*), entonces cuando se dice que los jueces “*solo* están sujetos a la Constitución y a la ley”, también quiere decir que los jueces

están sujetos a la *interpretación (vinculante) que se haga respecto de la Constitución o la ley*. Así, los jueces *no* están sujetos, por ejemplo, a las interpretaciones que realicen órganos jurisdiccionales cuyas decisiones *no* sean susceptibles de expresar una *norma* (precedente) que sea vinculante o de observancia obligatoria.

La Constitución Política del Perú de 1993 (y, por extensión, los tratados por ella incorporados a nuestro ordenamiento) y la ley, por tanto, son fuentes del Derecho peruano. Pero, ¿a qué se refiere el texto normativo cuando habla de “ley”? ¿Será acaso a aquel cuerpo normativo emitido por el Congreso, según lo dispuesto en su Reglamento? ¿O querrá significar la así llamada “norma con rango de ley” (lo cual incluye decretos legislativos, decretos-ley, decretos de urgencia, etc.)? Lo cierto es que la propia polisemia que afecta al signo lingüístico “ley” (GUASTINI, 2016: p. 161 y ss.) puede llevar a no pocas confusiones. Sin perjuicio de ello, a partir de lo dicho al tocar el tema de las fuentes del Derecho, pienso que cuando el texto constitucional habla aquí de “ley” se está refiriendo a todos aquellos textos normativos emitidos por una autoridad premunida de una *norma de producción jurídica, con carácter general y abstracto*, independientemente de su jerarquía normativa. Ello abarca, por tanto, normas de rango legal e infralegal.

Aquí es donde entra el artículo 139, § 1, inciso 8: dice que cuando hay “vacío” o “defecto” de la *ley* (entendida en la acepción arriba mencionada), el juez *debe* aplicar los “principios generales del derecho” y el Derecho consuetudinario. La norma que esta disposición expresa sería, por tanto, la siguiente: *Si hay vacío o defecto de ley, entonces se aplican los principios (generales del derecho) y/o el Derecho consuetudinario*. Se trataría, por tanto, de una prescripción dirigida al juez a fin de que *aplique normas interpretadas de actos* que no sean *actos normativos* (Const., ley y precedentes).

No obstante, ¿el “solo” del texto del artículo 146, § 3 *impide* que el juez pueda recurrir a otras *fuentes* que no sea la ley? Pienso que no. Una interpretación armónica entre ambas disposiciones lleva a que el juez, una vez justificando que existe un “vacío” o “defecto” en la ley, pueda recurrir a las otras dos fuentes (principios generales del Derecho y costumbre).

Pero, ¿*solamente* esas dos fuentes? Aquí es donde tenemos la particularidad de la autonomía de la voluntad como una *f fuente extra ordinem*, dado que si bien es un *acto normativo* (porque interesa al Derecho), no es necesariamente un *documento normativo* (el acto puede ser verbal y hasta omisivo), y si bien es productor de normas jurídicas, ellas no son propiamente generales ni abstractas sino, más bien, particulares y concretas, porque alcanzan solo a aquel o aquellos que participan del acto. De hecho, la autonomía de la voluntad como fuente del derecho está reconocida en el artículo 62, § 1, de la Constitución:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

De hecho, las normas jurídicas contractuales vinculan a las partes (*autovinculación*) y también a aquellos que deben resolver conflictos con base en aquellas (*heterovinculación*), como el juez o el árbitro. Basta pensar en un proceso declarativo de interpretación de cláusulas contractuales o el cumplimiento de un contrato de fideicomiso. Este reconocimiento expreso de la Constitución se ve plasmado claramente en diversos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, como el Derecho Privado (Civil, Comercial), el Derecho Procesal (reglas del arbitraje, convenciones probatorias del proceso penal, negocios procesales del proceso civil) e, inclusive, el Derecho Público (contratación con el Estado).

No obstante, ¿puede una norma infraconstitucional reconocer *otras* fuentes del Derecho a las que el juez pueda remitirse en caso de que constate un “vacío” o “defecto” (como lo hace el CPC)? Mi respuesta es negativa. Los artículos 146, § 3, 139, § 1, inciso 8, y 62 § 1 cierran el listado de fuentes, pues el constituyente —aunque no con buena técnica— optó por consagrar preponderantemente un *criterio formal* y, por tanto, limitar los actos y hechos que pueden legalmente ser productores de *normas*.

Pero los problemas continúan: pienso que la fórmula “vacío o defecto de ley” y su consecuente remisión a los “principios generales del derecho” tiene su fundamento en concepciones propias del así llamado *positivismo ideológico* del siglo XIX (CHIASSONI, 2013: p. 16 y ss.), concretamente en tres tesis: i) el formalismo interpretativo; ii) la completitud del ordenamiento jurídico; iii) la ley como expresión de la voluntad general y fuente suprema del ordenamiento jurídico. Las tres tesis, a mi juicio, tienen diversos problemas:

- i) La tesis del formalismo interpretativo defiende que la interpretación presupone *descubrir* la existencia de un significado unívoco y correcto para todo texto normativo, entendido como intrínseco a la propia norma (TARELLO, 1974: p. 37 y ss.; MORESO; VILAJOSANA, 2004: p. 159; VILLA, 2012: p. 79 y ss.; BARBERIS, 2015: pp. 200-202). No obstante, al menos partiendo de una explicación del derecho como fenómeno lingüístico a partir de la pragmática, la interpretación puede llevar a que una misma disposición pueda expresar diversas normas a partir de diferentes criterios de corrección (en donde hay *elección* de argumentos e influye decisivamente un grado de subjetividad del intérprete).

- ii) La tesis de la completitud del ordenamiento jurídico defiende la *inexistencia* de lagunas, sea por la irrelevancia de aquello no-regulado, sea por la norma general exclusiva consistente en “aquello que no está prohibido está permitido” (CHIASSONI, 2013: p. 24; ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1988: cap. VI y ss.). No obstante, se recurría a la figura del “vacío o defecto de la ley” y, consecuentemente, a los principios generales del derecho como “axiomas de justicia” a fin de reforzar el sistema codificado. En realidad, “el sistema sería siempre completo, una vez que los principios generales del derecho serían postulados racionales que estarían presupuestos por el sistema codificado. Su aplicación a casos particulares, además de excepcionalísima, obedecería inclusive a las reglas del método deductivo-axiomático. El apelo a la razón es significativo aquí porque denota, de forma expresiva, como tales ‘principios generales’ representaban una especie de reminiscencia jusnaturalista dentro del sistema positivo de Derecho Privado, plasmado en las codificaciones” (OLIVEIRA, 2015). Los principios generales del derecho, por tanto, son entendidos como *fundamentos de normas*, directrices generalísimas del sistema (expresas o no expresas) que aparecen cuando las *reglas* (las verdaderas *normas*) “fallaban”. La teoría del Derecho contemporánea, sin embargo, además de ver con naturalidad la existencia de lagunas y la necesidad de emplear técnicas de integración para solucionarlas (GUASTINI, 2016: p. 509; BOBBIO, 1999: p. 208 y ss.), coloca a los principios como *auténticas normas*, al lado de las reglas desde un punto de vista metodológico (por todos: ÁVILA, 2015: p. 55 y ss., p. 122 y ss.).
- iii) La tesis de que la ley es la fuente suprema del ordenamiento jurídico responde a un concepto del derecho propio del así llamado “Estado legislativo”, en donde se tenía que la ley era manifestación plena de la voluntad general y producto de la razón. Como es claro, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones pasaron a ocupar la jerarquía normativa más importante, con el propósito de controlar al poder público (Parlamento incluido y, por tanto, sus productos normativos) respecto de posiciones de ventaja allí consagradas, denominadas de “derechos fundamentales”. Además, el papel del Poder Judicial o Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes fue decisiva para esa drástica alteración en el sistema de fuentes, reconociéndose progresivamente su papel en la *construcción del derecho mediante interpretación* (por todos, ZAGREBELSKY, 2011: p. 21 y ss.).

El tema de las lagunas es profundamente complejo (como ejemplo, véase la exposición de CHIASSONI, 2007: pp. 183-249 y BULYGIN *et alii*, 2005), pero aquí vale la pena profundizar, aunque sea brevemente, el análisis respecto del punto ii),

puesto que parecería que nuestra Constitución estaría consagrando la tesis de la completitud del ordenamiento jurídico, específicamente en uno de los fundamentos en que sus defensores la suelen sustentar: la *prohibición de denegar justicia* (críticamente: BOBBIO, 1999: p. 210; GUASTINI, 2016: p. 521). El razonamiento sería el siguiente: dado que la ley es creada para regular situaciones humanas y resolver conflictos, y dado que el juez no puede ser más que un mero *aplicador*, si el ordenamiento no fuese completo, entonces el juez estaría autorizado a *crear derecho*, recurriendo, por ejemplo, a la equidad.

Esta idea, no obstante, está sustentada en un *fetichismo legislativo* y en una concepción profundamente estatalista, criticada ya a fines del siglo XIX por corrientes como la Escuela del Derecho Libre (BOBBIO, 1999: pp. 213-214; CHIASSONI, 2007: p. 176 y ss.). Lo cierto es que la necesidad de impartir justicia no implica defender la tesis de la completitud. Ante la existencia de una laguna (cuya determinación, por cierto, no es poco compleja), hay autores que defienden, *desde un punto de vista lógico*, la existencia de un deber genérico de *pronunciar* una decisión (GUASTINI, 2016: p. 521) y, más específicamente, que dicho pronunciamiento puede ser *discrecional* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, p. 227 y ss.); mientras que hay otros que defienden, por su parte, que el deber sería no apenas pronunciar una decisión, sino *rechazar la demanda* (ATRIA, 2001: p. 76 y ss.), todo con base en la función judicial y en la interpretación del clásico texto “Todo lo que no está prohibido, está permitido” (recogido con dicción diferente en el art. 2, inc. 24, lit. a) de nuestra Constitución). Estos temas se revisten de una complejidad que no podrá ser abordada aquí.

Lo que puedo decir por ahora es que nuestra Constitución resalta la prohibición de “*dejar de administrar justicia*”, que desde una perspectiva histórica entiendo ser consecuencia de la idea de completitud (porque si el ordenamiento fuese completo, entonces el juez no puede dejar de decidir apelando a la falta de *norma*) y de la inveterada prohibición del *non liquet*; pero desde una lectura con ojos contemporáneos se debería entender como la *prohibición de no prestar tutela jurisdiccional* (o sea, no exactamente una decisión estimatoria o desestimatoria, sino una *decisión fundada en derecho*) y, por consecuencia, *tutelar el derecho del demandante o bien el contraderecho del demandado* (DIDIER, 2013: p. 90 y ss.).

Entonces, teniendo en cuenta que el juez, al identificar los sentidos mínimos del texto normativo, podría eventualmente *construir* nuevos sentidos a partir de una confrontación con la finalidad de la norma, las diversas técnicas de integración para prevenir o completar lagunas (argumento a contrario, analogía, argumento *a fortiori*, etc.) sirven para asignar *consecuencias jurídicas* a un supuesto de hecho determinado que no las posea (con mayor complejidad: GUASTINI, 2016: pp. 525-533; CHIASSONI, 2007: p. 186 y ss.); aunque, por cierto, también existe una

no poco atendible posición que, partiendo de la diferencia entre *lagunas fuertes* y *débiles*, defiende que las primeras (como sería el caso de una ley no reglamentada) no podrían ser llenadas mediante criterios convencionales de interpretación o integración, sino únicamente por acto legislativo (FERRAJOLI, 2007: p. 684 y ss.).

Ahora bien, sin perjuicio de entender que los principios son *auténticas normas*, existe autorizada doctrina que les reconoce una “eficacia interna directa”, esto es, una *función integradora* que permita “agregar elementos no previstos en subprincipios o reglas” (ÁVILA, 2015: p. 123). Más allá que esta aplicación del principio requiera una concretización y la consecuente creación de una regla implícita (GUASTINI, 2011: p. 192 y ss.), es bastante claro que un principio trasciende a esta función. Así lo demuestra el hecho de que constituyen *normas* capaces de contribuir decisivamente en un modelo decisorio-justificativo, pues ayudan a comprender mejor el sentido de las reglas (por tanto, tienen injerencia en la propia *interpretación de los textos que expresan reglas*) y, también, por constituir *normas* que puedan, en cierto casos, *bloquear* la aplicación de las reglas (sobre todo si se trata de principios constitucionales) (todo según ÁVILA, 2015: p. 123 y ss.).

Luego de todo lo dicho, pienso que la fórmula del artículo 139, § 1, inciso 8 de la Constitución, padece de un desfase de muchísimas décadas de evolución de la teoría del Derecho. Tenía pleno sentido en el pensamiento jurídico que prevaleció en el siglo XIX, pero en los tiempos actuales constituye un paradigma ampliamente superado.

Ello no obsta, sin embargo, para que la doctrina, consciente de estos inconvenientes, le dé un *sentido* a dicha disposición. Considero que “vacío o defecto de la ley”, hoy, debe entenderse por lo menos desde tres ópticas diversas, que reflejan posibilidades de lo que el juez peruano está autorizado a hacer: i) ante la existencia de lagunas por no haber *norma* para resolver el caso (normalmente, falta de *regla*) o para promover la eficacia de otra norma, el juez *debe* completarlas a partir de *técnicas de integración* (ya no más a partir de la vaga fórmula “principios generales del derecho”), tales como los argumentos *a contrario sensu*, *a fortiori*, la analogía, etc.; ii) ante la imposibilidad de obtener una “norma expresa” por no existir texto, o la excepcional necesidad de alejarse de los sentidos mínimos lingüísticos del texto, el juez *debe* atribuirle *sentidos nuevos* (en una palabra: *crear derecho* justificando una *interpretación creativa* - ÁVILA, 2013: p. 184); iii) ante la imposibilidad de obtener una “norma expresa” o la inconveniencia de aplicarla debido a particularidades del caso concreto, el juez *debe* emplear la costumbre, entendida como “práctica social (vale decir, un comportamiento habitual socialmente compartido) constante, repetida uniformemente por largo tiempo, acompañada de la creencia de que dicha praxis es conforme a una norma vinculante” (GUASTINI, 2016: pp. 137-138), consistiendo las normas consuetudinarias, por

tanto, en normas no formuladas lingüísticamente (de forma expresa), creadas descentralizadamente, esto es, no por órganos especiales sino por los mismos sujetos que están sometidos a aquellas (GUASTINI, 2016: p. 139).

Con todas las consideraciones ya realizadas, es momento de pasar al artículo III, § 2 del CPC.

Primero vemos que el legislador impone al juez el *deber* de recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia en caso de “vacío o defecto de la ley”. Estaría, por tanto, colocando a estas dos figuras como *fuentes del Derecho Procesal Civil peruano*. Vistas así las cosas, sin embargo, me parece que esta norma es *inconstitucional* debido a la limitación de las fuentes del Derecho peruano realizada por la Constitución. Además de ello, la doctrina *no es* fuente del Derecho peruano (TORRES VÁSQUEZ, 2011: pp. 489-491; en contra: RUBIO CORREA, 2009: p. 195 y ss.) porque ni de los textos doctrinarios ni de las propias teorías científicas pueden extraerse normas jurídicas. La doctrina, primordialmente, con base en su labor científica, viene a ser un elemento decisivo en la justificación del procedimiento interpretativo y aplicativo del Derecho (ÁVILA, 2013: p. 197; CAVANI, 2015a).

En efecto, como indica ÁVILA (2013: pp. 197-198):

En primer lugar, existen actividades *preparatorias* a la interpretación, como la calificación de determinado objeto como un documento normativo y la identificación de determinados artículos como pertenecientes al asunto que se pretende resolver. Dichas actividades *presuponen* teorías y *demandan* elecciones: para calificar determinado objeto como un documento normativo es preciso disponer de una *teoría de las fuentes normativas* y, con base en sus criterios, decidir cuáles dispositivos son normativos y cuáles no lo son; y para identificar los artículos como pertinentes es necesario tener una noción previa de la *teoría de los sistemas normativos* y, de acuerdo con sus parámetros, decidir cuáles artículos son pertinentes y cuáles no y cómo se relacionan en el conjunto normativo.

En segundo lugar, hay factores que *condicionan* la interpretación, como la calificación de las normas como reglas o principios, como normas generales o excepcionales, imperativas o dispositivas, formales o materiales, y así sucesivamente. Tales actividades también *presuponen* teorías y *demandan* elecciones: para calificar determinada norma como una regla o un principio, por ejemplo, es imprescindible disponer de una *teoría de las normas* y, con base en sus criterios, decidir por el encuadramiento de determinada norma en una u otra categoría.

En tercer lugar, existen elementos que *influyen* en la interpretación, como la estructura, el contexto lingüístico específico y el intertexto de las disposiciones. Tales elementos también *presuponen* teorías y *demandan* elecciones: para calificar determinado elemento como teleológico, por ejemplo, es necesario poseer

una *teoría de las finalidades* y, base en sus requisitos, optar por el encuadramiento de determinado elemento como perteneciente a la finalidad normativa.

En cuarto lugar, hay argumentos que *participan* de la justificación de la interpretación, como es el caso de los argumentos lingüísticos, sistemáticos, finalísticos, genéticos, históricos y consecuencialistas. La justificación de la interpretación con base en argumentos también *presupone* teorías y *demandas* elecciones: para justificar la elección de un argumento en detrimento de otro, por ejemplo, es necesario disponer de una *teoría de la argumentación* y, con base en sus presupuestos, clasificar y valorar los argumentos utilizados en la interpretación.

Si la labor de la doctrina se entendiese de esta manera, entonces sería necesario emplear la técnica de interpretación conforme a la Constitución y concluir que el juez *no tiene el deber* de acudir a la doctrina (entendida esta como “fuente del Derecho” como pretendería el legislador) para buscar normas jurídicas; sino, más bien, dado que tiene el *deber de motivar adecuadamente sus decisiones*, necesita acudir a la doctrina a fin de justificar la elección de *teorías* que vaya a usar en su decisión. Como se ve, son concepciones totalmente diversas.

Pasemos ahora a hablar de “jurisprudencia”, el otro elemento problemático al que hace alusión el artículo III, § 2 del CPC.

El término “jurisprudencia” tiene varias acepciones, lo cual hace que sea polisémico y vago. Entre ellas destacan: i) como sinónimo de precedente o decisión judicial (“Tengo esta *jurisprudencia* que defiende mi posición”); ii) como el conjunto de decisiones de uno o más tribunales en un contexto histórico dado (“la jurisprudencia (peruana) tiene mucho por mejorar”); iii) como el conjunto de decisiones de un tribunal en un sentido determinado (“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es contraria al caso de mi cliente”; “la jurisprudencia dominante de la Corte Suprema apunta hacia tal sentido”); iv) como sinónimo de *ciencia del Derecho* (aunque esto es más común en otras latitudes: *jurisprudenz*, *jurisprudence*, *giurisprudenza*).

Pienso que el legislador del CPC está aludiendo a “jurisprudencia” tal como se entiende en el punto iii); o sea, ante “vacío o defecto de ley” el juez *debe* recurrir a la jurisprudencia a fin de obtener normas jurídicas que le permitan resolver el caso, “ya que no hay ley”. No obstante, tomada en este sentido, la jurisprudencia *no es* una fuente del derecho peruano ni tampoco del Derecho Procesal. Nótese bien: no es que no se puedan extraer normas jurídicas del conjunto de decisiones que componen la jurisprudencia, sino que para nuestra Constitución ellas *formalmente* no califican como genuinas *fuentes del Derecho*. Ello, por cierto, tiene mucho sentido puesto que los jueces peruanos no se suelen sentir *vinculados* por la jurisprudencia, por más que sea dominante, y ni siquiera la propia (un claro ejemplo son las

idas y venidas de nuestra Corte Suprema). Si la jurisprudencia fuese una fuente del Derecho peruano entonces el juez estaría obligado a emplearla para resolver casos, exactamente como está obligado a usar la ley (en sentido amplio); pero la Constitución descarta que lo sea.

No obstante, aquí caben algunas observaciones:

- i) Si bien la jurisprudencia no es fuente del Derecho peruano, ello no quiere decir que el juez, al interpretar y aplicar la Constitución y la ley, no pueda usarla para decidir. En muchos casos los sentidos de los textos normativos ya están definidos por la jurisprudencia (y también por los precedentes), lo cual condiciona la interpretación. Asimismo, la jurisprudencia bien puede ser un factor persuasivo o auxiliar; o sea, una fuente *extraordinem*. Es más, en los últimos años la jurisprudencia ha venido adquiriendo una importancia preponderante, no solo para saber cómo los jueces interpretan y aplican la ley, sino también para que los litigantes empleen esas decisiones a fin de proporcionar un mayor peso a la argumentación con miras a ganar el caso.
- ii) Al igual que lo que se dijo respecto de la doctrina, es plenamente inconstitucional interpretar el texto del artículo III, § 2, en el sentido de que la jurisprudencia sea una fuente del Derecho (Procesal Civil). No obstante, es posible emplear la técnica de la interpretación conforme a la Constitución (no sin desenvolver una *interpretación creativa*) a fin de que el *deber* al cual alude el texto sea no precisamente respecto de la “jurisprudencia”, sino *apenas* de aquellas decisiones que, por mandato del propio legislador, expresen *normas* vinculantes para los jueces en materia civil, o sea, los “precedentes” mencionados en los artículos 400 del CPC, y VI y VII del CPCConst. Así, el juez tiene el “deber de recurrir” solo a esa porción de decisiones; pero, como ya advertimos, ello no será en caso de “vacío o defecto de ley”, sino como condición de la *propia interpretación y aplicación de la ley*.

Finalmente, si bien el artículo III, § 2 del CPC, no hace mención a la autonomía de la voluntad como fuente del Derecho Procesal Civil peruano, lo cierto es que esta omisión no puede llevar a la conclusión de que ella no es. La razón es tan simple como esta: la Constitución lo autoriza. Ahora, el *cómo* esté regulada esta autonomía de la voluntad es otra historia. Al consagrar un férreo modelo publicista, los poderes de las partes en cuanto al ejercicio de su libertad para crear actos que expresen normas jurídicas vinculantes (para ellas y para el juez) fueron drásticamente mutilados. Prueba de ello son el artículo IX, § 3 del CPC, que consagra una cláusula atípica de adaptabilidad del procedimiento, pero sujeto a la aprobación del juez y el artículo 146, que imposibilita la prórroga de plazo por las partes

e impide que ellas fijen el plazo sino hay plazo legal. A pesar de ello, y aunque por mucho tiempo para doctrina procesal lo negara, el margen de libertad en el proceso civil es ineliminable. Basta advertir de la categoría “acto jurídico en sentido estricto” y “negocio jurídico” son propias de la teoría del Derecho y no del Derecho Civil, aplicables, por tanto a *todas* las ramas del Derecho (ver con provecho: MELLO, 2014; MELLO, 2015).

Sin perjuicio de ello, el CPC consagra diversos negocios jurídicos procesales (unilaterales o bilaterales), tales como la prórroga tácita de la competencia territorial prorrogable (art. 26) aunque técnicamente se trataría de un negocio híbrido); la posibilidad de designar apoderado común si es que varias personas que conforman una misma parte no actúan conjuntamente (art. 76); en caso de “pretensiones alternativas”, la elección del demandado sobre qué pretensión (declarada fundada) cumplirá (art. 87); la decisión sobre usar el quechua o aymara como idioma del proceso, si el juez lo autoriza (art. 130); la suspensión convencional del proceso hasta por dos meses, también con autorización judicial (art. 319); la renuncia a interponer recurso de apelación contra la resolución que termine el proceso en primera instancia (art. 361); el acuerdo sobre la tasación a ser usada en la ejecución forzada (art. 729), entre otros (sobre el tema de los negocios procesales, por todos: NOGUEIRA; CAVANI: 2015; NOGUEIRA, 2015; CABRAL; NOGUEIRA: 2016).

Por tanto, las fuentes del Derecho Procesal Civil peruano no pueden ser fuentes diferentes a las que *formal y taxativamente* coloca la Constitución. Ellas son: i) la propia Constitución; ii) la ley (en sentido amplio); iii) las decisiones susceptibles de generar precedentes vinculantes; iv) la costumbre; y v) la autonomía de la voluntad. Y nada más.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILÓ REGLA, Josep (2015): “Fuentes del derecho”. En: Jorge Luis Fabra Zamora (ed. general); Jorge Luis Fabra Zamora; Verónica Rodríguez Blanco (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, vol. 2, México DF: UNAM; ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1987): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2008): *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense; ATRIA, Fernando (2001): *On Law and Legal Reasoning*. Oxford (Portland, Oregon): Hart Publishing; ÁVILA, Humberto (2013): “Função da ciência do direito tributário: Do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo”. En: *Revista de Direito Tributário Atual*, N° 29. São Paulo: Dialética; ÁVILA, Humberto (2015): *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos* [2002], 16ª ed., São Paulo: Malheiros; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio (2006): “Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação” [1983]. En: Amaral, Guilherme Rizzo; Machado, Fábio Cardoso (orgs.). *Polêmica sobre a ação - A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; BARBERIS, Mauro (2015): *Introducción*

al estudio del derecho. Lima: Palestra; BOBBIO, Norberto (1999): *Teoría general del Derecho* [1958-1960]. Bogotá: Temis; BULYGIN, Eugenio *et alii* (2005): *Las lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (2016): *Negócios processuais*, 2ª ed., Salvador: JusPodivm; CAVANI, Renzo (2013): “¿Veinte años no es nada? - Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 3. Lima: Gaceta Jurídica; CAVANI, Renzo (2014): “¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 8. Lima: Gaceta Jurídica; CAVANI, Renzo (2014a): *Processo justo: princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado constitucional*. Disertación de maestría presentada en la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS). Orientador: Daniel Mitidiero, Porto Alegre; CAVANI, Renzo (2015): “Decisión justa”: ¿mero slogan? –por una teorización de la decisión judicial para el proceso civil contemporáneo”. En: *Justicia*, N° 1. Barcelona: Bosch; CAVANI, Renzo (2015a): “El juez y la doctrina: dos breves notas”. Disponible: <<https://afojascero.com/2015/12/27/el-juez-y-la-doctrina-dos-breves-notas/>> (acceso en: 17/04/16); DI MAJO, Adolfo (1993): *La tutela civile dei Diritti*, 2ª ed., Milán: Giuffrè; CHIASSONI, Pierluigi (2007): *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonia: Il Mulino; CHIASSONI, Pierluigi (2013): *Positivismo giuridico - Una investigazione analitica*. Roma: Mucchi; DIDIER Jr., Fredie (2013): “Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência”. En: *Revista de Processo*, N° 223. São Paulo: Revista dos Tribunais; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael (2011): “Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar”, trad. Renzo Cavani; Christian Delgado Suárez. En: Cavani, Renzo (coord.). *Estudios sobre las medidas cautelares - Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael (2015): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, 10ª ed., Salvador: JusPodivm; DINAMARCO, Cândido Rangel (2005): *A instrumentalidade do processo* [1987], 12ª ed., São Paulo: Malheiros; FERRAJOLI, Luigi (2007): *Principia iuris*, tomo 1. *Teoria del Diritto*. Roma-Bari: Laterza; GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè; GUASTINI, Riccardo (2016): *Las fuentes del Derecho - Fundamentos teóricos*, trad. César Moreno; Luis Cárdenas. Lima: Raguél; MAJO, Adolfo di (1993): *La tutela civile dei Diritti* [1987], 2ª ed., Milán: Giuffrè; MARINONI, Luiz Guilherme (2004): *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais; MARINONI, Luiz Guilherme (2006): *Tutela inibitória (individual e coletiva)* [1998], 4ª ed., revisada, actualizada y ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais; MARINONI, Luiz Guilherme (2011): *Curso de processo civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo* [2006], 5ª ed. revisada y actualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais; MELLO, Marcos Bernardes de (2014): *Teoria do fato jurídico - Plano da existência*, 20ª ed., 2ª tir. [1985]. São Paulo: Saraiva; MELLO, Marcos Bernardes de (2015): *Teoria do fato jurídico - Plano da eficácia*, 1ª parte, 10ª ed., São Paulo: Saraiva; MITIDIERO, Daniel (2013): *Anticipación de tutela - De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Renzo Cavani. Madrid: Marcial Pons; MITIDIERO, Daniel (2013a): *Cortes Superiores e Cortes Supremas - Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais; MITIDIERO, Daniel (2016): “Derecho fundamental al proceso justo”. En: *La justicia civil en el Estado constitucional: diálogos para un diagnóstico*. Lima: Palestra; MONROY GÁLVEZ, Juan (2009): *Teoría general del proceso* [1996], 2ª ed., Lima: Comunitas; MONROY PALACIOS, Juan José (2004): “Identificación de las formas de tutela procesal civil”. En: *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra; MORESO,

José Juan; VILAJOSANA, Josep María (2004): *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (2012): *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; NOGUEIRA, Pedro Henrique; CAVANI, Renzo (2015): *Convenciones procesales - Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguél; NOGUEIRA, Pedro Henrique (2015): *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Jus Podivm; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de (2015): "Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito". En: *Conjur*. Disponible: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classic-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito#_ftnref1> (acceso en: 16/04/16); RUBIO CORREA, Marcial (2012): *El sistema jurídico - Introducción al Derecho* [1984]. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; TARELLO, Giovanni (1974): *Diritto, enunciati, usi*. Boloña: Il Mulino; TARUFFO, Michele (1997): "Idee per una teoría della decisione giusta". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 2. Padua: Cedam; TORRES VÁSQUEZ, Anibal (2011): *Introducción al Derecho - Teoría general del Derecho* [1999]. Lima: Idemsa; VILLA, Vittorio (2012): *Una teoría pragmáticamente orientada dell'interpretazione giuridica*. Turín: Giappichelli; ZAGREBELSKY, Gustavo (2011): *El Derecho dúctil - Ley, derechos, justicia* [1992], trad. Marina Gascón Abellán. Madrid: Trotta.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de (2015): *A contratualização do processo - Das convenções processuais no processo civil de acordo com o novo CPC*. São Paulo: Ltr; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de (2015): "Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia. Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais". En: *Revista de Processo*, N° 244. São Paulo: Revista dos Tribunais; CABRAL, Antonio do Passo (2016): *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm; CRISAFULLI, Vezio (1959): "Atto normativo". En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV. Milán: Giuffrè; DICIOTTI, Enrico (1999): *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Turín: Giappichelli; KELSEN, Hans (1982): *La teoría pura del Derecho* [1960], trad. Roberto Vernengo. México DF: UNAM; RATTI, Giovanni Battista (2007): "La interpretación como solución del problema de las lagunas". En: J. M. Pérez Bermejo; Miguel Angel Rodilla (eds.). *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca; SORRENTINO, Federico (1997): *Le fonti del Diritto*. Génova: ECIIG; TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las normas procesales no pueden ser aplicadas ni interpretadas rígidamente porque se estaría omitiendo la finalidad del proceso que es la de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses o la eliminación de una incertidumbre jurídica; esto implica un necesario pronunciamiento sobre lo que es medular en la litis (*Cas. N° 454-2001-Tacna*).

El proceso no constituye un fin en sí mismo y es un medio para llegar a la verdad en justicia, y sus formas están lejos de constituir un ritual (*Cas. N° 4252-2001-Arequipa*).

Artículo IV

Principios de iniciativa de parte y conducta procesal

El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.

CONCORDANCIAS:

C. art. 159; C.C. art. VI; C.P.C. arts. 50 inc. 5, 52 inc. 3, 60, 82, 101, 107, 109, 241, 242, 246, 247, 254, 270, 583; C. de. P.P. arts. 2, 74; C.P. Const. arts. III, 39 y ss; L.G.S. arts. 15, 35, 140, 323, 429; L.P.A.G. arts. 107, 108; L.O.P.J. arts. 8, 9, 184 mms. 12, 13 y 14, 201 incs. 4 y 9, 284.

Nelson Ramírez Jiménez

1. BREVE EXPLICACIÓN

No existe la posibilidad de que una sociedad sea plenamente pacífica, sin conflictos. La naturaleza humana, la escasez de bienes, la idea equivocada de tener la razón, el mal asesoramiento jurídico, la muerte, la incapacidad, la ancianidad, la enfermedad mental, el daño por accidentes vehiculares, entre muchos otros factores, generan problemas que alguien debe solucionar, si es que las propias partes no lo logran hacer. El sistema de justicia, representado por el juez, es el llamado a lograr la solución del conflicto; pero, para ello, es necesario que se active su intervención mediante la presentación de una demanda. Al inicio de esa actividad privada se refiere el presente artículo del Título Preliminar. Por tanto, si no hay un demandante, no habrá proceso judicial.

2. INICIATIVA DE PARTE

El proceso civil ha sido pensado y estructurado para la defensa de derechos subjetivos privados. Por tanto, quien sienta que sus derechos han sido conculcados, debe poner en marcha el proceso, sin que quepa que terceros ajenos a su propio interés y sin su consentimiento, puedan solicitar la solución de sus problemas. Cada quien decide libremente solicitar tutela judicial cuando crea que deba hacerlo, o, incluso, renunciar a intentarlo. Ni los propios jueces pueden actuar de oficio si llegara a su conocimiento la existencia de esos conflictos.

La autonomía de la “voluntad” (“potencia del alma”, como poéticamente ha sido definida) es lo que explica esta exigencia. No todo conflicto debe generar un proceso judicial, pues nada impide que el afectado decida, soberanamente, no presentar demanda alguna, bajo el entendido que es su derecho renunciar a ello, postergarlo, o negociar una solución del problema fuera de los tribunales. Hoy en día es claro para todos que el Poder Judicial no es el único dispensador de justicia, pues nada impide que esta se consiga mediante métodos alternativos, sea vía conciliación, transacción, mediación o arbitraje. La voluntad del ciudadano, cuando tiene esa capacidad, o del representante legal cuando el representado carece de ella, está protegida por la ley, razón por la cual, solo el titular del derecho (y excepcionalmente otros titulares a quienes la ley reconozca esa legitimidad) pueden dar inicio a un proceso.

Esta iniciativa de parte debe ejercerse dentro del marco del proceso judicial, pues nadie puede hacerse justicia por mano propia. En efecto, salvo muy contadas excepciones –tales como la defensa posesoria inmediata frente al despojo o vía el derecho de retención– la autotutela no está autorizada en un Estado de Derecho. Por ende, ejerciendo el derecho de acción se da inicio al proceso judicial. La presentación de la demanda es el acto procesal que constituye el ejercicio de su iniciativa privada para solicitar tutela jurisdiccional. La demanda es el acto procesal que da inicio a uno de los actos más importantes vinculados a la defensa de los derechos y que tiene protección constitucional. La idea del juez natural, de la instancia plural, de la libertad de probar, de la cosa juzgada, del debido proceso, entre otras garantías, se hacen presentes a partir de ese momento.

Dicho esto, resulta de fácil entendimiento que la ley exija que el inicio del proceso judicial responda a un acto de voluntad de la parte afectada.

3. APTITUD PARA EJERCER LA INICIATIVA

En la sociedad se presentan todo tipo de problemas, mas no todos ellos ameritan ser llevados ante los tribunales de justicia, ni toda persona está en capacidad legal de proponer pretensiones al juez. El proceso debe culminar con decisiones que resuelvan el conflicto, evitando incurrir en nulidad derivadas de pretensiones que carecen de las condiciones procesales necesarias para llegar a buen puerto. Es por ello que la ley exige que el actor acredite interés para obrar y legitimidad para obrar, conceptos sobre los cuales se hará el respectivo desarrollo en el comentario respectivo. Sin perjuicio de ello, cabe hacer, por ahora, las siguientes precisiones:

- a) El interés para obrar hace referencia al hecho de que el conflicto tenga relevancia jurídica y que sea posible de ser presentado ante el juez para recibir protección jurisdiccional. Por ejemplo, un conflicto de vecinos derivado de

supuestos actos de “brujería” cometido por uno de ellos no confiere derecho a un proceso judicial. Tampoco lo tienen las pretensiones que ya han merecido atención de la justicia y han sido resueltas en un determinado sentido, o que aún no tienen posibilidad de ser planteados como conflictos actuales porque falta el vencimiento de un plazo o no se ha configurado una condición estipulada por las partes. No hay interés actual cuando debe agotarse una vía administrativa previa que está en pleno tránsito. Tampoco habrá interés para actuar ante la jurisdicción ordinaria si las partes han acordado discutir sus problemas ante un tribunal arbitral, o el derecho reclamado ha caducado manifiestamente. Es de resaltar que cuando existe esta falta de interés, que es un defecto procesal, no se encuentra regulada una excepción de “falta de interés para obrar” en el Código Procesal Civil para denunciar esa falencia, por lo que hay quienes sostienen que es una omisión del legislador que debe ser corregida. No obstante, en realidad, no hay tal omisión, pues la falta de interés puede ser denunciada vía las excepciones que corresponden al caso concreto. Por ejemplo, si el conflicto ya ha sido objeto de una decisión judicial previa, la excepción de cosa juzgada es la que denuncia esa falta de interés para obrar ante la jurisdicción. A su vez, será la excepción de convenio arbitral la que denuncie ese defecto, o lo será la excepción de caducidad, según sea el caso.

- b) La legitimidad para obrar tiene otra connotación. En la indagación sobre la legitimidad para obrar lo que se busca es apreciar si quien toca las puertas de la jurisdicción es aquel a quien la ley le reconoce ese derecho. Él puede actuar en su propio nombre o a través de un representante, pero debe ser el titular del derecho cuya protección se solicita. En buena cuenta, debe ir al proceso aquel a quien la ley le concede el reconocimiento de un derecho subjetivo y, por tanto, la calidad para pedir tutela judicial. Nadie puede sustituirse en el interés ajeno, salvo que la propia ley admita una legitimidad ampliada (como por ejemplo, en los casos de hábeas corpus en que se reconoce a cualquier ciudadano legitimidad para pedir tutela a favor de quien se ve privado ilegítimamente de su libertad). La solidaridad nos puede impeler a pretender auxilio procesal para alguien que se encuentra en una situación de conflicto, pero esa solidaridad debe ser debidamente canalizada. Imaginemos que, por razones de vecindad en un edificio, somos testigos de la violencia física del marido respecto a su esposa; en tal sentido, no podríamos presentar una demanda solicitando se declare el divorcio de esa pareja por mucho que nos afecte la situación de la mujer, pues la ley solo autoriza a actuar como demandante a ella, como “cónyuge” afectado. Nadie puede sustituirla en su interés personal. Podríamos, esto sí, hacer las denuncias policiales respectivas para impedir que las agresiones continúen. La legitimidad para iniciar un proceso de divorcio no la tenemos, pero sí podemos hacer las denuncias policiales respectivas, pues

se trata de un deber de protección contra la violencia de género. La legitimidad para obrar tiene por objeto que las partes que accedan al proceso sean solo aquellas que pueden disponer del derecho discutido; con ello, se evitan nulidades procesales que podrían prosperar vía la excepción de falta de legitimidad para obrar activa.

- c) El artículo comentado hace una excepción sobre la exigencia de estos requisitos, cuando precisa que no requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. Las razones son muy importantes. El interés individual debe ceder ante el interés de la sociedad, razón por la que el Ministerio Público, en defensa de la legalidad, puede actuar *motu proprio* en determinadas situaciones previstas en la ley, aun cuando el titular del derecho no quiera hacerlo, como por ejemplo, al incoar la nulidad del matrimonio prevista en el artículo 275 del CC. En el caso del procurador oficioso la excepción se explica por sí misma, ya que el artículo 81 de este Código precisa el contexto de esta intervención, referida a la imposibilidad del titular del derecho a comparecer por sí mismo, razón por la cual el tercero actúa en interés de él pero sin tener su representación. En lo que respecta a la defensa de los intereses difusos, es claro que el proceso bilateral o intersubjetivo, propio de la dogmática jurídica del siglo XIX, es insuficiente para atender adecuadamente los problemas que alcanzan a una masa de ciudadanos, sea como consumidores, usuarios, o por la afectación del medio ambiente, cuya preservación es de interés de todos. Ello supone reconocer a la colectividad de ciudadanos como sujeto de derecho propiamente dicho. Ese reconocimiento presupone pasar de una visión individualista del proceso a una visión de grupo, colectiva, lo que, a su vez, obliga a adoptar cambios estructurales en el proceso clásico, pues solo así se puede lograr la tutela del colectivo como tal. La actuación colectiva en defensa de los derechos supone, entre otros importantes aspectos, la necesidad de cambiar radicalmente varias instituciones procesales. Por ejemplo, la legitimidad para obrar, sea admitiéndola con carácter extraordinario o con la calidad de autónoma para la defensa del colectivo. Eso explica la excepción prevista en la norma comentada.

4. CONDUCTA PROCESAL IDÓNEA

La norma exige que el debate procesal se materialice en un marco ético y respetuoso. Para ese efecto, en el Código hay una serie de dispositivos que regulan sanciones para las infracciones que se cometan en su agravio. Es natural que se exija este control, pues si vamos al proceso es porque tenemos razones para ello, y las pruebas serán las que hablen por nosotros, pruebas que no siempre dependen de nuestro actuar, como el caso de pericias y de testimonios, por lo que la ley

exige una serie de requisitos para su actuación. Igualmente, los auxiliares de justicia deben ser un real apoyo del juez y no entorpecer su labor. Por ende, la exigencia de veracidad, lealtad, probidad y buena fe no son meras invocaciones a la buena conducta. Son exigencias legales.

Pese a ello, pareciera que los jueces han renunciado al ejercicio de su autoridad y, como bien se sabe, "autoridad que no se ejerce, se pierde". En efecto, es valor sobreentendido que el proceso judicial se debe sostener en esas reglas éticas a fin de evitar que se desborden las pasiones y que la mentira, la corrupción y la connivencia impidan que triunfe quien tiene la razón.

Apreciar estadísticas jurisdiccionales nos demuestra, sin embargo, que, al interior de los procesos, los órganos de justicia pocas veces imponen sanciones pese a la manifiesta actividad maliciosa de los participantes, sean estos abogados, auxiliares de justicia, fiscales, testigos, peritos, o los propios jueces. Por el contrario, lo que apreciamos son sentencias que guardan ominoso silencio y ni siquiera intentan imponer una multa. Un ejemplo basta: en la ejecutoria publicada en *El Peruano*, Separata "Sentencias en Casación", página 17.085, la Sala Transitoria Civil de la Corte Suprema, pese a declarar expresamente que la Sala Mixta de Tarapoto incurrió en grave error y abierto desacato a lo ordenado por la propia Sala Suprema, se limita a declarar nula la sentencia sin imponer sanción alguna a los miembros del colegiado infractor.

Resulta increíble que existiendo tales normas legales –por ende de obligatorio cumplimiento– las autoridades que intervienen en los procesos no sancionen a quienes agravan la justicia. No se conocen sanciones específicas contra testigos que han declarado falsamente, peritos que emitieron dictámenes parcializados, abogados que hicieron del tinterillaje la razón de su estrategia, jueces que dictaron medidas cautelares en base a apreciaciones absurdas y claramente corruptas, fiscales que abren investigaciones o acusan sin mayor fundamento. Es decir, en teoría, todo viene funcionando muy bien, pues no hay conductas que ameriten ser sancionadas. Bien sabemos que ello no es así.

"*Shopping Forum*" es una expresión que se usa para expresar una práctica judicial vinculada a la corrupción. Define la "búsqueda" que hacen mafiosos intereses y/o abogados a su servicio, del juez o fiscal "ideal" a sus fines, es decir, el funcionario propicio para presentarle un petitorio manifiestamente ilegal o irregular, el que sin mayor trámite es admitido. Tales jueces se escudan en el "criterio jurisdiccional" para cometer cualquier arbitrariedad. Nuestro anecdotario profesional da fe de casos increíbles que en cualquier país en que el Derecho es respetado, habría merecido la destitución del infractor.

No se sanciona, no se apercibe, no se amonesta, no se multa. Cuando se controla jurídicamente el entuerto (se revoca la decisión absurda) el órgano revisor suele guardar silencio sobre la gravedad de la inconducta detectada, generando

con ello un resultado perverso. Reafirma sin decirlo, que se trata de una mera discrepancia de “criterio jurisdiccional”, pues si no impone sanción alguna, es claro que debemos suponer que no ha encontrado nada extraño en el actuar. Círculo vicioso perfecto en el que ganan los litigantes de mala fe. Esta situación solo se explica o porque hay desgano institucional, connivencia, espíritu de cuerpo, o porque no hay convicción del rol social que supone ser juez de la República. Los jueces deben aplicar la ley, pero también deben evitar las indisciplinas en el proceso, tarea que no le corresponde solo a la OCMA. Los propios magistrados saben bien cuándo hay mala fe, pues, como bien se dice de ella, es como la electricidad: no se ve, pero se siente. Entonces: ¿por qué no ejercen su autoridad?

Es hora de poner el dedo en la llaga. El cambio de actitud es una “reforma mental”, quizá la más importante de todas y que no necesita de presupuestos, cambios legislativos o comisiones ejecutivas. Sin perjuicio de ello, es saludable la reforma del Código Procesal Civil mediante la Ley N° 30293, en donde se establece, por primera vez, un proceso coactivo para el cobro de las multas que se imponen en el proceso. Es hora de adecentar nuestras discusiones ante la jurisdicción tal como lo manda el artículo comentado.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2002): “En defensa del derecho de impugnar en el proceso civil. Vicisitudes de una garantía incomprendida”. En: *Derecho Procesal. Ponencias del II Congreso Internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima; CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; DÍEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial - Introducción teórica del contrato*, tomo I, 5ª ed. Madrid: Civitas; GOZAÍNI, Oswaldo (2002): *Temeridad y malicia en el proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2014): *Código Procesal Civil. Explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo I, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1992): “Conceptos elementales de Derecho Procesal Civil III”. En: *El Peruano*, 12/08/92; MONTERO AROCA, Juan (2000): *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch; QUIROGA LEÓN, Aníbal (2008): *Estudios de Derecho Procesal*. Lima: Editorial Moreno; SATTI, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El interés para obrar puede ser definido como el interés sustancial que deben tener las partes que actúan en el proceso, es decir, el motivo o razón de carácter jurídica material, serio y particular que lleva a una persona (en el caso del demandante) a procurar la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado a fin de que se acceda a las pretensiones formuladas en la demanda; y en el caso del demandado, la razón por la cual se opone o contradice tales pretensiones (*Cas. N° 884-2003-Lambayeque*).

Artículo V

Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales

Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. II, 2, 48, 50, 91, 126, 151, 257, 286; C.P. Const. art. III; L.P.T. art. I; L.C. art. 2; L.P.A.G. art. IV; L.O.P.J. art. 6.

Roberto Obando Blanco

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad del proceso consiste en la realización del derecho, lo cual no es un interés privado de las partes, sino un interés público del Estado. La importancia del estudio de los principios procesales radica en que constituye la herramienta de interpretación del CPC. Para el caso peruano, el CPC se alinea a una concepción publicística del proceso, que considera que lo trascendente en él es la función pública que cumple el Estado a través de su órgano jurisdiccional.

El proceso, como también el procedimiento, se rige, en general, por diferentes principios. Los principios de orden constitucional se encuentran previstos por el artículo 139 de la Constitución. Los principios procesales propios del proceso civil se encuentran previstos por el Título Preliminar del CPC.

El segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del CPC constituye la norma más importante de todo el cuerpo legislativo, al haber optado por conceder al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, con base en ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de estos, consistente en recurrir inicialmente a los principios generales del

Derecho Procesal y, luego, a la doctrina y a la jurisprudencia, respectivamente. En estricto, lo que el juez interpreta no es la norma sino el Derecho Procesal.

Anota el profesor Juan MONROY GÁLVEZ que “es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso” (1996: p. 80).

Como cuestiones previas al tema, debe tenerse presente la diferencia que existe entre *enunciado normativo*, *norma* y *principio*. El enunciado normativo es la expresión en un lenguaje bien configurado, apta para interpretarse en sentido normativo. El enunciado normativo define la conducta y la consecuencia. La norma es el contenido de significado normativo que, según cierta interpretación, puede recabarse de un enunciado. Los principios son reglas interpretativas, orientación metodológica y base teleológica (fin). Los principios tienen como funciones inspirar al legislador, integrar las lagunas existentes e interpretar la norma.

Las palabras clave en la definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva son las de “técnicas procesales idóneas” para la efectiva tutela de los derechos materiales, siguiendo la doctrina italiana, española y brasileña. Este derecho fundamental es una *garantía constitucional*, ya que no admite violación, no admite colisión con otra garantía, dado que es el presupuesto de la existencia de un Estado constitucional de derecho, bajo la forma de *límites al ejercicio del poder estatal*, como ocurre también con la garantía de la cosa juzgada.

El Derecho es un modelo de reglas y principios. Los principios son normas generales que expresan valores superiores del ordenamiento jurídico, dirigidas a los órganos de aplicación del Derecho y que ilustra su función. Los profesores Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO señalan que los principios sirven como justificación de las reglas, de las pautas específicas (2006: p. 18). La función de los principios es dar lugar a reglas (legislativas o jurisprudenciales) y las reglas se justifican por su adecuación con los principios.

El maestro Luigi FERRAJOLI se ha referido al Derecho en general, propio de los ordenamientos constitucionales, como *sistema de garantías*, las que ha sistematizado del modo siguiente: garantías primarias (o epistemológicas) que se traducen en actividades de carácter cognoscitivo, y garantías secundarias que tienen como finalidad facilitar el juego de las primeras y evitar posibles desviaciones en la prestación de las mismas (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2011: pp. 172-173). Tratándose de la jurisdicción es una garantía secundaria que interviene cuando son violadas las garantías primarias (derecho a la vida, derechos de libertad, derechos sociales, derecho de defensa, etc.), las que requieren de actuación obligatoria. La jurisdicción es un poder, pero poder de decir el Derecho.

A diferencia de las garantías, los principios son una escala menor, debido a que tienen una matriz genérica; no vinculan, corresponde a la creación de los juristas. Existen especialidades en principios (principios del Derecho Constitucional, Derecho de Familia, etc.) y otros que son interdisciplinarios como ocurre con los principios del Derecho Procesal.

2. CONCEPTO DE PRINCIPIOS PROCESALES Y CLASIFICACIÓN

Los principios procesales vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso y, además, para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Los principios procesales acogidos en un Código son expresiones de una determinada tendencia. El maestro Juan MONROY GÁLVEZ, al respecto, propone una interpretación creativa de los principios, que los haga concordar con los valores vigentes de la sociedad y en su dinámica en un momento histórico determinado. El mismo autor distingue dos subespecies: a) Los principios del proceso son aquellos indispensables para la existencia de un proceso, sin ellos este carecería de elementos esenciales para ser admitidos como tal; y, b) los principios del procedimiento son los que caracterizan e identifican la presencia de un determinado sistema procesal (1996: pp. 80-81).

Por nuestra parte, diremos que los principios procesales se clasifican: a) Los principios procesales de orden constitucional, los que se encuentran previstos por el artículo 139 de la Constitución: principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, principio de independencia, principio de imparcialidad, contradictorio, obligatoriedad de los procesos por ley (principio de legalidad), principio de prohibición de avocamiento (corolario del principio de independencia del juez a la Constitución y a la ley), principio de motivación (garantía del justiciable), principio de cosa juzgada (relativo), principio de publicidad; y, b) los principios procesales propios del proceso civil, los que se encuentran previstos por el Título Preliminar del CPC. Además deberá destacarse los derechos constitucionales en el proceso judicial: derecho fundamental a la tutela jurisdiccional (efectiva), derecho de defensa, derecho al debido proceso, derecho al doble grado.

3. PRINCIPIO DE DIRECCIÓN O DE AUTORIDAD DEL JUEZ

El artículo II del Título Preliminar del CPC regula el *principio de dirección del proceso o principio de autoridad*, cuyo interés es ubicar al juez en su función de protagonista principal del proceso, con facultades decisorias sobre cualquier tema. Señala MONROY GÁLVEZ (1993: p. 38): "El principio de dirección del

proceso es la expresión del sistema procesal publicístico, aquel aparecido junto con el auge de los estudios científicos del proceso, caracterizado por privilegiar el análisis de este desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio a través del cual el Estado hace efectivo el derecho objetivo vigente, concretando de paso la paz social en justicia”.

En la doctrina procesal se destaca lo expuesto por el maestro Mauro CAPPELLETTI:

- a) La postergación del dogma sostenido en el principio dispositivo se debe a la priorización de la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado; una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes.
- b) Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de “pertenencia” del proceso; para los primeros, el litigio es una cosa privada, en tanto los segundos se definen como publicistas, desprivatizando el objeto del proceso.
- c) El mecanismo inicialmente expuesto acentúa un criterio liberal e individualístico, “en el cual todo se deja a iniciativa de las partes privadas, ya sea la determinación del objeto del proceso y del juicio, ya sea el impulso mismo procesal y probatorio”. En cambio, agrega CAPPELLETTI, “el segundo es el sistema de inspiración más publicística, en el cual el juez tiene poderes de intervenir, sin embargo, sobre el objeto deducido en juicio que queda sometido a la voluntad exclusiva y monopolística de las partes” (CAPPELLETTI, citado por GOZAÍNI, 1992: pp. 269-270).

El primer deber del juez es la calificación de la demanda pronunciándose sobre su admisibilidad y procedencia (arts. 426 y 427) y, en su oportunidad, respecto a la reconvenición –más propiamente: contrapretensión– objeto material del proceso que se dirige a la parte contraria (art. 445). Debemos destacar el desarrollo relativo a los orígenes o antecedentes en el Derecho comparado de los artículos 426 y 427 del CPC, como es el caso del CPC brasileño de 1939 (art. 160), a decir también de los autores del Proyecto de Código Modelo para Iberoamérica (inc. 1 del art. 33), a fin de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso en definitiva, en el inútil dispendio de actividades procesales.

El rechazo liminar de la demanda se encuentra condicionado a la “manifiesta” improcedencia, por cuanto tiene que aparecer con toda claridad, sin dejar dudas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la calificación de la demanda es facultad del juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas ofrecidas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda.

4. PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y DE CONCENTRACIÓN. LA TÉCNICA DE LA ORALIDAD

El principio de inmediación es tal vez el más importante dentro de un sistema publicístico. Tiene por finalidad que el juez tenga el mayor contacto posible con las partes del proceso y el elemento material del proceso, para que así tenga una configuración del contexto real del conflicto de intereses o incertidumbre subyacente en el proceso judicial. El CPC sanciona con nulidad la infracción de este principio al disponer que las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad.

Durante el Medioevo y hasta fines del siglo XVIII se consideró como pertinente y adecuado precisamente lo contrario de lo que ahora se postula con el principio de inmediación; esto es, se estimó mantener al juez alejado de los protagonistas del conflicto.

El CPC ha optado por regular el principio de inmediación. Al hacerlo, ha privilegiado también la técnica de la oralidad, es decir, el medio o instrumento a través del cual se produce el contacto entre el juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso, así como con los hechos materiales que interesan al conflicto real que subyace en el proceso judicial. La inmediación en su acepción más útil para la obtención de los fines del proceso se define como el contacto directo del juez con las partes y, en consecuencia, con los aspectos más importantes del conflicto de intereses que debe resolver.

La oralidad no significa la erradicación absoluta de la forma escrita que da más precisión y seriedad tanto a la demanda como a sus elementos esenciales, y también a las argumentaciones jurídicas. Apreciada en la práctica, es una técnica al servicio de la inmediación que se manifiesta a través de las audiencias previstas en el sistema del CPC, que ha ido perdiendo estructura por las modificaciones efectuadas mediante la Ley N° 29057 de fecha 29 de junio de 2007 y el Decreto Legislativo N° 1070 de fecha 28 de junio de 2008.

El principio de concentración es una consecuencia lógica del principio de inmediación y también está a su servicio. Aquel principio tiende a que el proceso se desarrolle en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de actos

procesales. La acumulación de actos procesales bajo la forma de audiencias otorgará al juez, en presencia personal y directa con las partes, una visión de conjunto del conflicto que va a resolver. Resulta imprescindible regular y limitar la realización de actos procesales, promoviendo la ejecución de estos en momentos estelares del proceso. Este principio encuentra su máxima expresión en el proceso sumarisimo, donde en una audiencia única se lleva a cabo el saneamiento procesal, la conciliación, la fijación de puntos controvertidos, la admisión de los medios probatorios, la actuación de los medios probatorios y la sentencia.

5. PRINCIPIO DE MORALIDAD, DE ECONOMÍA Y CELERIDAD PROCESAL

El principio de moralidad solo puede ser controlado por quien dirige el proceso. El sistema publicístico ha reivindicado para el Derecho la necesidad de que el comportamiento ético de los partícipes en un proceso se adecue a su rol social, quienes deben orientarse a los valores éticos como la lealtad, la veracidad y la buena fe. Es común en la actualidad referirse a la moralización del proceso.

En lo que respecta al principio de economía, son muchas las instituciones del proceso que tienen como objeto hacer efectivo este principio. Es el caso del abandono o de la preclusión.

La parte final del artículo V del Título Preliminar del CPC está referida al principio de celeridad, el cual es la expresión concreta de la economía por razón de tiempo, que a su vez comprende la urgencia de tutela judicial en plazo razonable. Implica una economía de *tiempo, gasto y esfuerzo*.

Observa el maestro Juan MONROY GÁLVEZ (2009: p. 28): "(...) La lucha contra la duración exagerada de los procesos no consiste en concebir que 'todo vale' para obtener el objetivo. Su éxito, entre otras razones, se entenderá conseguido en la medida en que las partes no soporten una afectación a la gama de derechos que configuran el llamado debido proceso. Si algún conflicto de intereses, por ejemplo, tiene una complejidad natural, imponer su trámite dentro de una vía procedimental sumarisima, implicará una afectación del legislador a la tutela procesal efectiva. La idea es, entonces, llegar al fin lo antes posible pero llegar bien, sin violaciones a derechos esenciales en el camino. Así debe entenderse el principio de celeridad procesal".

Recientemente, mediante resoluciones administrativas del CEPJ se motiva el principio de celeridad procesal, regulado en el último párrafo del artículo V del Título Preliminar del CPC: "(...) La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución

del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica” (ver parte considerativa de la Resolución Administrativa N° 371-2014-CE-PJ, f. j. 5 y Resolución Administrativa N° 373-2014-CE-PJ, f. j. 3).

En aplicación del referido principio, se impone a los jueces el deber de realizar las actividades procesales en forma diligente y dentro de los plazos establecidos, investido de poderes de dirección del proceso e impulso procesal de oficio, que se fundamenta en la rápida definición de los procesos, asignándole incluso responsabilidad funcional, en caso de cualquier demora ocasionada por su negligencia, salvo los casos de excepción señalados expresamente en el Código Procesal Civil.

Así, mediante Resolución Administrativa N° 371-2014-CE-PJ, del 19 de noviembre de 2014, se recomienda a los jueces de los Juzgados Civiles, Juzgados de Familia, Juzgados Laborales, Juzgados Contenciosos Administrativos, Juzgados Comerciales, Juzgados Constitucionales, Juzgados Mixtos y Juzgados de Paz Letrados, cuando corresponda, que dicten de oficio los autos que declaren rebelde al demandado, que no conteste la demanda en el plazo legal establecido por la ley procesal.

Asimismo, mediante Resolución Administrativa N° 373-2014-CE-PJ, de fecha 19 de noviembre de 2014, se recomienda a los jueces de todas las especialidades e instancias, con excepción de la Corte Suprema de Justicia de la República, dictar de oficio el auto que declara el abandono del proceso conforme a los presupuestos del artículo 346 del CPC, salvo prohibición legal expresa. Se dispone en ambas resoluciones que la OCMA lleve a cabo el control del cumplimiento de las disposiciones contenidas en las citadas resoluciones (ambas publicadas en el diario oficial *El Peruano*, los días 24 y 30 de diciembre de 2014, respectivamente).

6. PROCEDIMIENTO. CLASIFICACIÓN. INCIDENTES. TEORÍA DE LAS CUESTIONES PROCESALES

Podemos definir al procedimiento como una sucesión de actos procesales, que a partir de la demanda se desenvuelve metódica y sistemáticamente para culminar con la sentencia. Dicho en otros términos, el procedimiento es la sucesión de actos procesales de partes más actos judiciales o resoluciones del juez, y que tiene por objeto llegar a la cosa juzgada.

Al respecto, dice ALSINA (1942: pp. 44-45):

El procedimiento no es otra cosa que el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y las partes en la tramitación del proceso. Etimológicamente, indica la idea de una marcha a seguir (proceder, avanzar), y, en efecto, supone una serie de actos cuyo conjunto forma la instancia o proceso, en el que el actor

formula sus pretensiones, el demandado opone sus defensas, ambos ofrecen sus pruebas y el juez dicta la sentencia.

La palabra “proceso” es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba el término “juicio”, que tiene su origen en el Derecho Romano y viene de *iudicare*, declarar el derecho, lo cual supone una controversia. El término “proceso” es más amplio porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa de que los origine.

Al comenzar el desarrollo de los principios del proceso, el profesor argentino Osvaldo Alfredo GOZAÍN (1992: p. 272) señala: “Reafirmando el proceso como género, y el procedimiento como especie; o bien, el primero como concepto principista, y el otro como pura actividad, atendamos ahora los principios que los componen”. Para responder a este signado, el carácter fundamental del proceso remite a la noción de lo que, constitucionalmente, se entiende por debido proceso o proceso justo (*ibidem*); y respondiendo a sus fines, al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, hoy considerado pilar del Derecho Procesal (garantía constitucional).

Debe considerarse también que procedimiento no equivale a proceso, ya que se refiere al aspecto externo o meramente formal de la actividad procesal (ALZAMORA VALDEZ, 1968: p. 2).

Los distintos procedimientos se pueden clasificar en base al siguiente esquema:

- a) Los *procedimientos interlocutorios* están ubicados dentro de un proceso principal donde se expide una resolución interlocutoria que es aquella que está dentro de un procedimiento, básicamente a ciertos autos que se dictan dentro del curso de un proceso. No es una resolución definitiva como sí lo es la sentencia. Así, tenemos el procedimiento que rige el trámite de las excepciones y las defensas previas; el procedimiento que rige el trámite de las cuestiones probatorias (tachas y oposiciones); los *incidentes* que son una categoría sui generis de procedimientos interlocutorios planteados por una demanda interlocutoria, cuyo trámite implica la observancia del principio del contradictorio (*nullidad de actuados*, oposición a la medida cautelar, variación de la medida cautelar, ejecución de la contracautela, solicitud de desafectación, intervención del acreedor preferente no ejecutante, etc.); el procedimiento cautelar, que es la figura más dinámica del proceso, representa una serie de actos procesales, dirigidos a la obtención, ejecución, mantenimiento, regulación, modificación, cancelación y extinción de alguna medida cautelar. El proceso es un instrumento para conseguir tutela respecto del derecho material, la tutela cautelar es el instrumento que permite ser eficaz al instrumento que produce la tutela material.

Las *cuestiones procesales* son controversias suscitadas por las partes o el juez al inicio y a lo largo del proceso. El maestro Juan MONROY GÁLVEZ explica a este respecto: “Una clasificación satisfactoria de las cuestiones: a) cuestión principal, y b) cuestión incidental. En un proceso habrá una cuestión principal y tantas incidentales como las partes y el juez propongan y tramiten. Sin embargo, apreciada aisladamente, cualquier cuestión –concebida como un átomo y concretada en un procedimiento– tiene una estructura molecular típica: a. Requisitos para un pronunciamiento válido sobre el fondo; b. Fondo; y, c. Decisorio. Sea la excepción, una tacha, una nulidad o la pretensión principal. Toda cuestión es resuelta por un acto decisorio –parte también de la estructura molecular–, pero si este se refiere a sus requisitos de validez, será admisible o procedente (siendo la diferencia un criterio judicial: la subsanabilidad). Sin embargo, si se refiere a su aspecto fondal o de mérito, será fundada. Naturalmente, los *antónimos* cumplen la misma función decisoria” (MONROY GÁLVEZ, 2009a).

Toda cuestión es resuelta por un acto decisorio, si este se refiere a su aspecto fondal o de mérito será fundada o infundada. Por ello, es equivocado resolver una solicitud de medida cautelar señalando “Concédase la medida cautelar”, debiendo ser, declarar “fundada la medida cautelar”, dado que el examen de los presupuestos del pedido cautelar importan un pronunciamiento de fundabilidad. Algún requisito de validez del pedido da como resultado la *improcedencia*; ya algún presupuesto cautelar no acreditado da como resultado la *infundabilidad*.

- b) Los *procedimientos preparatorios* que tienen por objeto el aseguramiento de prueba o el pedido de una tutela de urgencia provisional. A su vez se subclasifica: a) La prueba anticipada, donde se deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada (art. 284 del CPC); b) La medida cautelar fuera de proceso o para el inicio de un proceso, donde el solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar (art. 608 del CPC, modificado por la Ley N° 29384).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1942): *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores; ALZAMORA VALDEZ, Mario (1968): *Derecho Procesal Civil - Teoría del proceso ordinario*, 2ª ed. Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2011): *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad EAFIT; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006): *Ilícitos atípicos*, 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. 1, *Teoría general del Derecho*

Procesal, Buenos Aires: Ediar; MONROY, Juan (1993): "Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992". En: *Thémis*, N° 25; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis - Estudio De Belaunde & Monroy Abogados; MONROY, Juan (2009): *Código Procesal Civil, Estudio preliminar: La reforma del proceso civil peruano - Quince años después*. Lima: Communitas; MONROY GÁLVEZ, Juan (2009a): *Las categorías procesales: una visión renovada*. Material de Enseñanza, diapositivas, abril 2009 (archivo personal).

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2008): "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales". En: *Derecho Procesal - XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial; CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva*. Bosch: Barcelona; MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra; MONROY PALACIOS, Juan (1996): "Un panorama de la justicia civil. Una mirada general desde el proceso". En: *Thémis*, N° 43; PRIORI POSADA, Giovanni (2003): "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: *Ius et Veritas*, N° 26; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El ejercicio de la función jurisdiccional y el de la defensa ante el Poder Judicial no son antagónicos. La abogacía es una función social al servicio de la justicia y el Derecho, tal como lo establece el artículo 284 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Habiéndose desechado la "tolerancia" para el inicio de las diligencias procesales, estas deben realizarse con sujeción a los principios contenidos en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, teniendo en cuenta, sobre todo, el derecho que igualmente reclaman las otras diligencias que el juzgado tiene programadas (*Exp. N° 256-2002*).

Si bien es necesario que se recaben pruebas tales como la declaración de la demandada, la entrevista a la menor y la evaluación psicológica de ambas, también debe atenderse a que, en aplicación del principio de inmediación, sea el mismo Colegiado Superior el que se encargue de actuar los medios probatorios mencionados, agotando los instrumentos jurídicos que le otorga la ley. Así, al haberse transgredido el principio de inmediación, se ha vulnerado el derecho al debido proceso del recurrente (*Cas. N° 684-2009-Lima*).

El principio de economía procesal, como principio del procedimiento está referido en cuanto a la esfera temporal a la prudencia con que los jueces deben llevar a cabo los actos procesales, tratando de encontrar el justo medio entre la celeridad y el respeto a las formalidades que resulten imprescindibles, a fin de poder solucionar adecuadamente la controversia que es de su conocimiento (*Cas. N° 1266-2001-Lima*).

El principio de celeridad procesal se expresa a través de diversas instituciones del proceso, por ejemplo, la perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos. Está manifestado a través de todo el proceso por medio de normas impeditivas y sancionadoras de la dilación innecesaria, así como por mecanismos que permiten el avance del proceso (*Exp. N° 1311-2005*).

Artículo VI

Principio de socialización del proceso

El juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2 num. 2, 139 inc. 3; C.P.C. arts. 1, 50 num. 2, 195; C.P. Const. arts. III, 37 inc. 1; C.N.A. art. V; D.L.E.G. 1071 art. 34 num. 2; D.S. 017-93-JUS art. 6; R.ADM. 1067-CME-PJ art. 1 y ss; LEY 26846 arts. 1, 6.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

La socialización del proceso se traduce en la igualdad de las partes procesales (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2013: p. 298). La *igualdad* es un valor organizador de los otros valores que, junto a ella, fundamentan los derechos fundamentales; se vincula directamente, y en primer orden, con el valor libertad, pues es a su través que se interpreta (VECA, 1991: p. 197), sea en su sentido formal (igualdad ante la ley) o material (igualdad entre los hombres) (PECES-BARBA, 1973: p. 284 y ss.).

La igualdad ante la ley es expresión del valor seguridad jurídica al que se vincula como: i) igualdad como generalización, la ley es igual para todos los hombres; ii) igualdad procesal, base de los derechos procesales fundamentales (v.g., derechos de acción y de defensa); e, iii) igualdad de trato formal, que es cuando se entiende paridad por igualdad.

La igualdad de trato material expone la libertad individual en una alta dosis moral que evita confundirla con el igualitarismo o el colectivismo; tiene una mayor expresión en relación con los derechos sobre las necesidades básicas que, en una realidad como la latinoamericana, da lugar a hablar de derechos imposibles (SAGÜÉS, 2005: p. 159 y ss.) en el Estado Social de Derecho.

Si en este grupo de valores se mencionó también la seguridad jurídica y la solidaridad, fue en el entendimiento de estas como fundamentos de los derechos fundamentales.

2. EXPRESIONES INICIALES DE LA SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

La socialización del proceso, principio del que el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 00023-2005-PI/TC: f. j. 10; STC Exp. N° 10340-2006-AA/TC: ff. jj. 8

y 11) y la Corte Suprema (Cas. N° 4664-2010-Puno, sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia), poco y en bajo voltaje, se han pronunciado, tiene su antecedente más remoto en la idea de lograr, a través del proceso, el triunfo o imposición de la causa más justa. Esto estuvo presente en los distintos momentos y lugares de la historia procesal, sea vista desde el ángulo de la igualdad de las partes en el proceso o de la democratización del proceso; este último, particularmente, en el *common law* norteamericano (CAPPELLETTI, 1973: p. 70).

En el ámbito procesal, frente al proceso entendido como cosa privada de las partes, el matiz de lo social o público, dominante en el siglo XIX, promovió la exigencia del tratamiento social del proceso, orientándose básicamente a recortar el tiempo y costo del proceso; en el primer caso, la duración de los procesos dada su excesiva dilación debía hacerse menor, y, en el segundo caso, había que abrir el proceso también para el sujeto de escasos o nulos recursos económicos, el menos habiente o no habiente (CAPPELLETTI, 1974: p. 132).

Siendo así, los cambios socializantes en el proceso civil se hicieron notar con la presencia de un juez con poderes de dirección e impulso procesal, como atenuación de la radical aplicación del principio dispositivo, configurador del proceso como cosa de las partes (*Sache der Parteien*), del cual su columna vertebral—articulada por el principio de iniciativa privada del proceso (*nemo iudex sine actore*) y la determinación, por las partes, del *thema decidendum*—no perdió vigencia como soporte lógico del proceso.

Sin duda, la concepción social del proceso tiene en la legislación austríaca (*Zivilprozessordnung*, 1895) no solo su expresión positiva inicial, sino la mayor exposición de la noción de proceso como “fenómeno social de masas” (SPRUNG, citado por CIPRIANI, 2003: p. 61) y, por tanto, como un instituto, al menos teóricamente, para el bienestar social (*Wohlfahrtseinrichtung*) (CAPPELLETTI, 1974: p. 18).

La influencia de este modelo procesal fue decisiva en algunos proyectos legislativos y en las codificaciones alemana e italiana, a partir de las cuales la proyección publicista del proceso fue recibida por los países del *civil law* de América, con mayor acentuación desde el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

El punto de partida normativo constitucional de la visión social del Derecho y, por tanto, del proceso civil, es la formulación de derechos sociales y principios constitucionales, en materia socioeconómica, en la Constitución mexicana de 1917 y más adelante en la Constitución de Weimar. De otro lado, el inicial instrumento fundamental de aquellos mecanismos y principios que atendían a lograr una justicia accesible, rápida y gratuita, se dio a partir del artículo 17 de la Constitución de Querétaro que, luego de prohibir la autotutela, señalaba la situación

expedita de los tribunales para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, así como la gratuidad de la justicia con la consecuente prohibición de los costos judiciales.

Por consiguiente, ya no se vio el proceso desde ángulos individualistas en un extremo y totalitarios en otro, sino desde las exigencias de una realidad por la cual el propio Derecho existe: la realidad social. Y en esto, cuando se advierte lo tangible del proceso desde la ley, no se puede negar que la pauta determinante de cómo se comprende el proceso es la ideología, traducida en decisiones y lineamientos políticos que inspiran al legislador, que en el caso de un ordenamiento socializante de la justicia, evidentemente debe obedecer a una ideología que descansa en los conceptos de democracia y libertad, a diferencia de los procesos individualistas, en los que el sistema es un instrumento del hombre, o totalitarios, en los que el hombre es un instrumento del sistema (COUTURE, 2003: p. 236 y ss.). Por eso, es exigencia de justicia abandonar tanto el individualismo como el totalitarismo, ambos son perjudiciales en un contexto social en que democracia e igualdad comulgan.

3. DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA

La democratización de la justicia no busca la pérdida de la cualidad de tercero del juez, sino añadir a la ecuación procesal la expresión democrática que defiende la condición humana (COUTURE, 2003: p. 237), subordinando los requerimientos individualistas al bien común. Solo así puede prevalecer la percepción ontológica y teleológica del hombre.

Esta orientación se incorpora al trabajo de Franz KLEIN en Austria, sin duda el punto de partida más connotado del estudio del proceso como realidad social, no únicamente con el objetivo de perfeccionar (entiéndase: ajustar a la realidad; cfr. ORTELLS, 1988: p. 94) el instrumento procesal, sino, sobre todo, de posibilitar que en tal condición los fines preestablecidos para el proceso hagan partícipes de su utilidad a todas las personas, sin diferenciación alguna.

Finalmente, la adecuación del proceso a un objeto no debe ser entendida en su totalidad como una proyección absoluta, pues siendo cierto que el proceso, cual instrumento, asiste obediente al objeto al que sirve, no pasa desapercibido que también el instrumento impone a su vez, en la técnica de su operar, algunas de sus propias reglas (CAPPELLETTI, 1974: p. 24 y ss.), las cuales, obedeciendo a una inteligencia específica, tienen validez y racionalidad propias, que en todo caso son relativas y dependientes de las funciones que debe cumplir el instrumento.

4. LA SOCIALIZACIÓN PROCESAL COMO EL IMPERIO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL PROCESO

Igualdad (del latín *aequal-tas-âtis*) significa conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad y cantidad, es la correspondencia y proporción de diversas partes que uniformemente componen un todo. En un contexto más importante, se la considera esencia de justicia.

La igualdad elevada a nivel de principio supone, en un orden primario, que todos los seres humanos somos iguales y merecemos igual trato, afirmación que, claro está, no va más allá de la asignación de derechos y deberes.

En cualquier caso, la noción de igualdad no traspasa la valla irrefutable de que los seres humanos entre unos y otros no somos iguales por nuestras particularidades biológicas, psíquicas y circunstanciales; por lo que la visión de la igualdad como “darle a cada uno lo mismo” se justifica debilitada ante aquella, con la que los griegos entendían la justicia, de “darle a cada uno lo suyo”, fórmula que aun habiendo sido acusada (KELSEN, 1998: p. 45 y ss.) de ser vacía e insuficiente rinde frutos si se asiente la justicia no como un sueño (justicia absoluta) sino como algo real (justicia relativa).

El observante de la igualdad fue, en la noción de ARISTÓTELES (2004: 1129a, p. 34 - 1129b, p. 1), el varón justo, justo en sentido estrecho, es decir, de esa justicia particular –*iustitia particularis*– opuesta a aquella universal –*iustitia universalis*– en la que la virtud total, o conducta que realiza todos los valores (ARISTÓTELES, 2004: 1129a, p. 34 - 1129b, p. 1), se manifiesta en el comportamiento del hombre en las relaciones interhumanas.

La justicia universal es aquella conforme a la ley –o a lo equitativo– e implica la conducta de quien cumple a cabalidad las leyes en sus relaciones con los demás; es decir, observa el *nomos* o conjunto de reglas y orden que dominan todo el vivir social.

La justicia particular se subclasifica en justicia distributiva y justicia rectificadora; la primera presupone la existencia de lo repartible –riquezas, honores, cargas y demás cosas repartibles entre los miembros de la comunidad–, el repartidor –instancia encargada de distribuir– y el criterio de rectitud distributiva, según ella si los sujetos no son iguales, no recibirán cosas iguales (ARISTÓTELES, 2004: 1131a, p. 22); y la segunda regula las relaciones interpersonales, voluntarias o no, corrigiendo o rectificando lo que en ellas debe ser. Entonces, las disputas (ARISTÓTELES, 2004: 1131a, pp. 22-24) y los procesos se dan cuando las distribuciones entre iguales se hacen con cosas desiguales o entre desiguales con cosas iguales.

En los estudios filosófico-jurídicos es fácil hallar, junto a la justicia aristotélica (distributiva y rectificadora), una justicia denominada retributiva, que busca la equivalencia económica de la prestación obtenida (de ahí que se orienta particularmente al ámbito contractual).

La justicia retributiva o igualadora completa el cuadro de aplicación (GARCÍA M., E., 1994: p. 444) del principio de justicia: distributiva, rectificadora y retributiva o igualadora. Una *pauta de valoración* determina el *respecto* (GARCÍA M., E., 1994: p. 445) del *criterio comparativo* que posibilite una *norma de tratamiento* (v.g., “los iguales deben recibir cosas iguales y los desiguales cosas desiguales, proporcionalmente a su desigualdad”) que haga efectiva una justicia *particularis*, que es la que se concibe como fin supremo del derecho.

5. EFICIENTISMO PROCESAL Y SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

Por el significado del término “eficiencia” se indica la “virtud y facultad para lograr un efecto determinado” o la “realización de algo que se orienta a un fin”; pero, sea cual fuese el significado asignado, siempre implica un desarrollo o despliegue orientado a “un efecto determinado”; en el contexto jurídico procesal, esto se entenderá como la realización de un proceso para una finalidad, la sentencia. Es fácil, entonces y desde ya, vincular el concepto en el ámbito procesal y propiamente en el desenvolvimiento del proceso.

¿Qué es el eficientismo procesal? Anticipo que la concepción del eficientismo procesal dista mucho de ser idealista (PEYRANO, 1980: p. 20 y ss.) y ajena al estudio del objeto y estructura del Derecho Procesal contemporáneo. Eficientismo procesal es simplemente el pensamiento procesal que asiste a la eficiencia del Derecho; es, entonces, la funcionalidad del Derecho Procesal, de la ley procesal y del proceso que permite el mayor beneficio al menor costo, beneficio y costo que al tiempo de ser procesales son funcionales jurídicos o, mejor, sociológico-jurídicos.

La formación eficientista del proceso civil es el desarrollo funcional del proceso en el que importa la valoración de justicia del reparto que promueve; por ello, se piensa que un proceso eficiente es aquel que proporciona el máximo de justicia con el medio apropiado, lo que significa que ese medio para ser apropiado debe ser el menos costoso.

La publicización o socialización del proceso fue la puerta abierta a la eficiencia procesal, de manera que en el proceso contemporáneo el Estado tiene interés en la valoración de justicia del reparto y en esto, atención, no se escapa al principio supremo de justicia: asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la que sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona.

Lo que significa que el desarrollo eficiente del proceso queda sujeto a la efectividad del ordenamiento normativo que significa fundamentalidad del mismo, es decir, pensamiento neoconstitucional y garantista como marco de desarrollo de eficiencia procesal. A final de cuentas, es estructuralmente evidente que el proceso civil es efectivo y eficiente a la vez, y en caso extremo puede ser efectivo y no eficiente pero nunca al revés.

Si la eficiencia del proceso tiene en la publicización o socialización procesal un puente, este también es el de su perversión cuando hace a un lado la observancia del principio supremo de justicia. Y en este contexto, en el proceso actual, se ha expandido el sentido de la eficiencia a niveles desbordantes en la doctrina, la jurisprudencia y la ley. Y en cada caso ese desbordamiento se traduce en vulneración de derechos procesales fundamentales.

En la doctrina son cada vez más frecuentes los trabajos que proclaman un proceso caracterizado por lo siguiente: i) el *realismo* que late en él —no más entelequias teóricas e historias engatusadas—; ii) la *flexibilidad* de las rígidas garantías menores cuando una mayor —que tutela un derecho mayor— prevalece; iii) la *duración adecuada* del proceso, regulada por la utilidad que exige la efectividad de la concreción del derecho material —racionales medidas de aceleración del proceso—; iv) el *eficientismo* como borde evolutivo procesal frente al “garantismo”; v) la *afluencia sajona* de eficiencia del proceso del *civil law*; vi) la *diversificación* de la tutela jurisdiccional; vii) la *defensa de derechos globales*; viii) la *tutela supranacional*; y ix) las *nuevas tecnologías* aplicadas al proceso para su eficiencia.

En la jurisprudencia procesal, que es el punto más débil del sistema de servicio de justicia, se ha pervertido la eficiencia del proceso al punto tal que hay una estoica pérdida de fundamentalidad procesal, pues es cosa de todos los días la vulneración de derechos procesales fundamentales al calor de la pesquisa irreflexiva de una verdad inmutable y de una discrecional concepción de la justicia que se quiere empacar en cada sentencia.

El interés que tiene el Estado en la valoración de justicia del reparto ha trocado, en la ley procesal, la eficiencia del proceso por la “eficiencia del órgano estatal” en el proceso, de manera que la ley procesal se ocupa de dotar a ese órgano facultades o, peor, poderes que satisfagan el interés estatal en la valoración de justicia del reparto, escenario que no es ajeno al clamor (PEYRANO, 1980: p. 20) de “nuevas herramientas” y “nuevas soluciones” bajo una equivocada concepción (PEYRANO, 1980: p. 58) de lo eficaz por lo eficiente, para suministrar el valor justicia o satisfacer su requerimiento, todo esto con un claro resultado: la ley procesal como germen de autoritarismo.

Como se puede advertir las desviaciones de la eficiencia procesal no pueden, en modo alguno, dar lugar al eficientismo procesal, pues no se identifican con la eficiencia procesal que se justifica en la proporcionalidad del mayor beneficio al menor costo; por eso, la equivocada invocación de eficiencia, que transgrede la fundamentalidad procesal, se identifica simplemente como "publicismo" o pensamiento procesal que, sin importar los derechos procesales fundamentales ni sus garantías, apuesta por satisfacer el interés del Estado en la verdad y justicia del caso concreto a través de un juez poderoso.

6. TENDENCIAS ACTUALES SOBRE LA SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

En estos últimos años, el proceso civil ha cambiado sus rasgos y expresiones, ofrece nuevas soluciones, se metamorfosea y se adapta a las nuevas exigencias sociales en la medida en que la sociedad, inevitablemente, se somete a aquel motor de cambio, de transformación, de otra cultura jurídica (MORELLO, 2002: p. 19) que sonrío a lo nuevo y fulmina lo viejo, que da y que quita y siempre en la ruta de su impío transitar: el tiempo.

Se ve una nueva identidad del proceso como la respuesta a nuevas exigencias, pero no del hombre sino del Derecho; las exigencias del hombre bien vistas no son nuevas, son las que desde sus adentros y desde siempre ha anhelado, son aquellas que una vez las vio como complacencia divina a su favor, o indignado como voluntad inmovible de la orden impuesta por el rey, son pues exigencias de libertad, igualdad, justicia y paz; en cambio, las exigencias del Derecho son aquellas sin las cuales este no satisfará las exigencias del hombre; y es que la justicia siempre se ha visto a través del Derecho, y lo que envejece y se renueva es este y no aquella.

El desarrollo del eficientismo procesal que se desprende de los últimos momentos del paleoprocesalismo implica un conjunto de avances gestados por el publicismo procesal. De manera que corresponde al neoprocesalismo ajustarlos a sus exigencias estructurales una vez se haga cargo de ellos.

6.1. La efectividad de los derechos (reducción de la brecha procesal)

Llegada la segunda mitad del siglo pasado y clausurado el cientificismo procesal se dio paso a la búsqueda del servicio eficiente de justicia, como respuesta a una denunciada inútil teoría sistemático-conceptual para la finalidad práctica de la justicia (cfr. MORELLO *et ál.*, 1983: p. 58).

La tutela jurídica a través del proceso partía de este hacia el derecho material, y en esa orientación el destino preestablecido no fue punto de arribo frecuente; había que cambiar ese orden de cosas y el proceso empezó a mirarse y a ajustarse desde el derecho tutelado, propiamente desde su efectividad; entonces, llegó a asentir que una sola es la razón de un proceso “adecuado” esculpido por el pulso de las particularidades del caso concreto en la línea fáctica: la efectividad del derecho material. El proceso se adecua a las exigencias fácticas de la tutela de tal derecho.

El conceder la razón a quien la tiene (o realizar el derecho de su titular) ha sido para el proceso de antaño una de sus consecuencias; en esos términos la actuación del derecho material, es decir, de ese conjunto de derechos ofrecidos por el texto de la ley material, se regía por lo que se desprendía o se podía obtener del proceso. Entonces, el panorama presentado se redujo a sentencias inútiles y derechos tardíamente “realizados”.

Eso ha cambiado, el proceso hoy atiende a la efectividad del derecho material tutelado, pero no en la simple actuación del derecho, sino en su actuación efectiva. ¿Y qué significa eso? Utilidad real, y vaya que eso no es poco.

La medida de la utilidad real de la efectividad forzosa del derecho material funciona según la proximidad que tenga con la utilidad real programada en una actuación espontánea del derecho material, es decir, cuanto más se parezca en tiempo, gastos y efectos la actuación forzosa a la espontánea será más oportuna y, por tanto, realmente útil. Se trata, entonces, de la reducción de la brecha procesal, que es la diferencia entre las actuaciones espontánea y forzosa de la norma de derecho material.

¿Cómo se determina la mayor estrechez de la brecha procesal en la actuación forzosa del derecho material?, a través de la *eficiencia* del proceso, es decir, a través de esa adecuación o adaptabilidad del proceso a las exigencias fácticas de cada caso concreto, procurando utilidad real y no quimérica en la materialización del derecho, que no es sino hacerlo efectivo. De ahí que la orientación del proceso apunta necesariamente a la efectividad del derecho que tutela, no sin dejar de significar máximo beneficio al menor costo o, mejor, sin que ese proceso deje de ser eficiente. El proceso ajusta su tiempo y medidas —despliega su *eficiencia*— a las necesidades de la efectividad del derecho que busca tutelar.

La eficiencia del proceso determina la efectividad del derecho material y esta define hasta dónde puede ir la eficiencia en esa ruta. La efectividad no podría darse sin la eficiencia, en la misma medida en que el proceso eficiente no puede marchar sin los ojos puestos en la efectividad del derecho a tutelar. La construcción teórica y sistemática del proceso, para la efectividad del derecho prometido por

la ley material, es la que prevé tuteladas diferenciadas y medidas de adecuación; es decir, es la que le da eficiencia al proceso.

6.2. El nuevo paradigma de los derechos procesales fundamentales

Los derechos al no ser respetados son menoscabados en su efectividad —no crean efectos—; los derechos que padecen esa vulneración tienen gradual protección en razón a su importancia, así unos tendrán los mecanismos de restablecimiento de su fractura *ex legem* infraconstitucional y otros gozarán de garantías del nivel más elevado de la jerarquía normativa.

Estos últimos son los derechos fundamentales, que dada su importancia en la vida del hombre bajo aspiraciones axio-normo-sociológicas, y el especial posicionamiento fundamental que los privilegia, no pueden sino estar asegurados de efectividad, es decir, garantizados en la esfera normativa más alta, que es la constitucional.

Así, el impactante y reivindicado tratamiento supranacional posguerra de los Derechos Humanos tuvo cabal recibimiento constitucional, con la consecuente presencia de diversos derechos procesales fundamentales en la letra de las Constituciones, v.g., en la Constitución italiana de 1947, los derechos a la defensa de los propios derechos y legítimos intereses, a la inviolabilidad de la defensa en el proceso, a los medios de actuación y defensa para los pobres (art. 24), a no ser sustraído de la jurisdicción del juez natural predeterminado por la ley (art. 25); en Alemania se constitucionalizaron los derechos de acceso a la jurisdicción (art. 19.4), al juez natural (art. 101.1) y a la defensa (art. 103.1); en Portugal, los artículos 20.1 y 32 de la Constitución de 1976 reconocen, entre otros, el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho de defensa, respectivamente; en España es pieza trascendente de constitucionalización de derechos procesales el artículo 24 de la Constitución de 1978, dando cabida a una de las más (en mi opinión dudosas) “revolucionarias” transformaciones del pensamiento procesal a través del “derecho” a la tutela jurisdiccional efectiva; en la Federación Rusa los artículos 47, 48, 49 y 51 de la Constitución de 1993 consagran derechos procesales constitucionales; finalmente, interesa destacar el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), que en todo caso expande la constitucionalización de los derechos procesales en los países que comprende.

En los países de América, vinculados por el *civil law*, con relación a derechos y garantías ante la impartición de justicia estatal, cobra presencia el debido proceso o lo que él comprende en los diferentes ordenamientos, v.g., las Constituciones de Ecuador (1979), artículos 23, incisos 27 y 24; El Salvador (1983), artículo 14; Nicaragua (1987), artículo 34, incisos 1 a 11; Colombia (1991), artículo 29;

Paraguay (1992), artículo 17, incisos 1 a 11; Perú (1993), artículo 139, inciso 3; y Venezuela (1999), artículo 49.

Todo ello fue consecuencia de la eficacia despertada por la voluntad del hombre de nunca más vivir con una raquítica realización de sus derechos, más aún cerrado el demencial episodio de la guerra. El Derecho, como ordenamiento regulador de la vida humana en sociedad, se vio motivado por el valor eficacia en una mejor proyección de alcanzar palpablemente una justicia más humanizada, y todo esto definitivamente contribuyó al surgimiento del constitucionalismo que hoy se conoce, al fortalecimiento del brazo social del Derecho y, sobre todo, al cambio evolutivo de muchas disciplinas, particularmente de la procesal madre y, a través de ella, al de cada tipo de proceso según la materia sustantiva que le corresponda tutelar.

El paradigma fundamental de los derechos procesales trae consigo las garantías procesales, que son esos desprendimientos del fundamento de la rematerialización de los derechos fundamentales que reaseguran su efectividad.

6.3. Acentuación de la socialización de la justicia

Son varias las características propias de la justicia contemporánea, los cambios de la vida actual que son vistos por el Derecho repercuten en las transformaciones de este. La justicia hoy presenta un panorama, que va del órgano jurisdiccional de menor "jerarquía" en el distrito más alejado a aquel de competencia transnacional, con similares nuevos retos que enfrentar, sobre todo por el crecimiento poblacional y el ánimo de universalizar la protección del hombre en sus derechos fundamentales, lo que, claro está, encuentra en los países que no son ricos la secular ausencia de presupuesto económico para la justicia estatal con el vasto entramado de nefastas consecuencias que ello genera.

Consecuencia de lo señalado es un vigente, desde hace ya buen tiempo, interés por canalizar, en alternas rutas privadas de solución de conflictos de intereses –privatización de la litigación (arbitraje)– y de esclarecimiento de incertidumbres jurídicas –privatización de la certeza jurídica (función notarial)–, el abultado número de causas destinadas al servicio de justicia estatal, en razón de resultar más viable que el incremento del número de jueces. Bajo este clima es que la justicia de estos días expone, por ejemplo, el replanteamiento de la comunicación en el proceso –mecanismos de notificación más ágil y confiable a través de medios tecnológicos apropiados (proceso electrónico)–, del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos a través de un criterio más restringido que evite su abuso, o de la admisión de medios impugnatorios bajo el control de admisibilidad y procedencia exhaustivo y abierto para todo justiciable; a esto se suma el acogimiento de

lo urgente y lo preventivo en el proceso para asentar no solo una justicia efectiva por oportuna sino también por económica.

Frente a la nueva faz de tal vez coyunturales impases que atraviesa la justicia actual, existe un criterio superior de protección inspirado por la misma fuente que posibilitó una cultura humana con derechos (y sus titulares) prioritarios en razón de un interés superior; me refiero, por ejemplo, a los derechos fundamentales de los niños y el interés superior de su protección en el marco de los derechos humanos. Y este es un claro ejemplo de que la justicia de estos días es proteccionista, en cuanto el débil merece una asistencia tutelar de sus derechos más fuerte; en esta lógica ningún juez podrá ceñir su visión normativa de protección al niño a los meandros legales nacionales, porque deberá siempre supeditar su obrar funcional a la regulación internacional y a las luces jurisprudenciales de la justicia transnacional.

La acentuación de la socialización de la justicia, expresada en la doctrina como “justicia de acompañamiento” o “justicia de protección” (MORELLO, 2001: p. 205), se dinamiza con base en la superioridad de un interés tutelado sobre otro, y a efecto de atender esa superposición que fortalece al débil en el proceso, concurren los mecanismos de eficiencia incorporados al proceso de manera explícita, particular y tuitiva; en este entender, por ejemplo, se amplían los alcances de la representación procesal, se generaliza el acceso gratuito a la justicia, se invierte la carga de la prueba, se hacen propicias las medidas cautelares temporales sobre el “fondo”, etc. Esto demuestra que la eficiencia del proceso no es transversal en el proceso, sino es consecuencia de la adaptabilidad del proceso a las exigencias de la tutela brindada en razón del interés que la motiva, que en el caso de los derechos fundamentales del niño es superior y justifica, sin argumento en contra, tamaña flexibilidad procesal soportada por la protección diferenciada, que implica desde ya el concepto de justicia de protección, la cual muestra la imagen más nítida del proceso como institución social, es decir, de humanización del proceso, de hacerlo solidario, de socializarlo desde la eficiencia procesal embanderando una nueva “cultura jurídica” sobre el proceso.

Se toma el Derecho de Menores como punto de referencia de la justicia de protección, lo que, claro está, no la limita a sus ámbitos, porque el interés superior que motiva una mayor y adecuada protección trasciende cuando logra ser identificado y jerarquizado, así el interés por proteger al más débil será superior al que protege al fuerte, o el interés por proteger a los muchos será superior al que protege a los pocos, este último caso se vincula al derecho de la seguridad social o a ciertos matices del Derecho Laboral.

En el Perú la extirpada jurisdicción especializada agraria establecía un interés superior en razón a la posesión de la tierra, y con esa orientación se adaptó un

proceso propio buscando su eficiencia al compás del interés que atendía. Este es el antecedente más distinguido de proceso eficientista, nacido con la reforma agraria de la dictadura velasquista con el Decreto Ley N° 17716 (1969), que establecía un proceso agrario que entre sus principales características tenía su desarrollo con base en audiencias (oralidad) y la presencia de un juez conductor y director del proceso, que abrió paso a una auténtica creación pretoriana de “desarrollos” procesales a partir de sus principios tuitivo e inquisitivo (sin negar que la línea madre de este proceso era el principio dispositivo); así, por ejemplo, a partir de la jurisprudencia y de un inexistente sistema cautelar, si en un proceso en el que se demandó la pretensión de interdicto de retener, durante su desarrollo se evidenciaba que el demandado logró despojar al demandante de su ejercicio posesorio, la pretensión de interdicto de retener debía entenderse (y por tanto resolverse) como interdicto de recobrar.

Conviene recordar que, en las conclusiones de la VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia (cfr. GOZAÍNI, 2005: p. 15), se consagró (punto “f”) el principio de una justicia que protege a los más débiles (víctimas de violencia física o psíquica en el ámbito familiar, indígenas, niños, adolescentes y personas que sufran discapacidad) reconociéndoles derechos a una protección inmediata y efectiva, a recibir información clara sobre su intervención en el proceso, a la reparación del daño sufrido en el curso del proceso y a una comparecencia digna preservando su intimidad y propia imagen.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARISTÓTELES (2004): *Ética nicomáquea*. Madrid: Alianza Editorial; CAPPELLETTI, MAURO (1973): *El proceso civil en el Derecho comparado*. Buenos Aires: EJE; CAPPELLETTI, MAURO (1974): *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJE; CIPRIANI, FRANCO (2003): *Batallas por la justicia civil - Ensayos*, trad. Eugenia Ariano Deho. Lima: Cultural Cuzco; COUTURE, EDUARDO J. (2003): *Estudios de Derecho Procesal Civil - La Constitución y el proceso civil*, tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis; GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO (1994): *Filosofía del Derecho*. México DF: Porrúa; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, ROBERTO (2013). *Neoprocesalismo - Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: ARA; GOZAÍNI, OSWALDO ALFREDO (2005): “La imparcialidad de los jueces y el debido proceso”. En: *Derecho procesal - III Congreso Internacional*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima; KELSEN, HANS (1998): *¿Qué es justicia?* México DF: Fontamara; MORELLO, AUGUSTO MARIO (1983): “Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)”. En: Morello, Augusto M.; Berizonce, Roberto O.; Hitters, Juan C. y Nogueira, Carlos A. (coords.). *La justicia entre dos épocas*. La Plata: Platense; MORELLO, AUGUSTO MARIO (2001): *El proceso justo*. Buenos Aires: Hammurabi; MORELLO, AUGUSTO MARIO (2002): *La justicia, de frente a la realidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; ORTELLS RAMOS, MANUEL (1988): “Código tipo y reforma del proceso entre Derecho común y Derecho uniforme en América Latina”. En: *Un “Codice tipo” di Procedura Civile per l’America Latina*. Padua: CEDAM;

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1973): *Derechos fundamentales*. Madrid: Guadiana de Publicaciones; PEYRANO, Jorge Walter (1980): "El valor "eficacia" en el proceso civil contemporáneo". En: *Cuestiones de Derecho Procesal - Praxiología procesal*. Buenos Aires: La Ley; SAGÜÉS, Néstor Pedro (2005): "Estado social de Derecho y derechos imposibles". En: *Revista de Derecho*, vol. 6. Piura: Universidad de Piura; VECA, S. (1991): *Questioni di giustizia*. Turín: Einaudi.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BERIZONCE, Roberto Omar (1999): "La socialización y humanización del proceso". En: *Derecho Procesal Civil actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; MORELLO, Augusto Mario (1998): "El proceso como realidad social (los condicionamientos del proceso judicial justo)". En: *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas*, vol. 1. La Plata: Platense; MORELLO, Augusto Mario (2003): "El tiempo según la sociedad y según la justicia". En: *Avances procesales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; MORELLO, Augusto Mario (2001): "Reducción del tiempo y del costo en la litigación civil". En: *La eficacia del proceso*. Buenos Aires: Hammurabi; Morello, Augusto M.; Berizonce, Roberto O.; Hitters, Juan C. y Nogueira, Carlos A. (1983): "Un nuevo encuadre de la justicia: desde la perspectiva del litigante". En: *La justicia entre dos épocas*. La Plata: Platense; ORTELLS RAMOS, Manuel; CÁMARA RUIZ, Juan y JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2003): "El derecho a la asistencia jurídica gratuita". En: *Derecho Procesal*. Valencia: Punto y coma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El recurrente afirma que los señores jueces se apartan de los principios de socialización y formalidad del proceso, creando una desigualdad entre las partes por razones económicas, (...). Sin embargo, no se advierte que los señores magistrados hubieran actuado en contravención de los principios de socialización o formalidad del proceso, o que deliberadamente hubieran favorecido a la demandante en detrimento de los ejecutados, no pudiendo el recurrente hacer afirmaciones de tal naturaleza sólo por el hecho de no verse favorecido con el resultado del proceso, debiendo tener presente en todo momento los deberes que le impone el artículo ciento nueve del Código Procesal Civil (*Cas. N° 2146-2012-Tacna*).

Mediante el principio de socialización del proceso, el Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social política o económica afecte el resultado del proceso (*Cas. N° 1190-2004-Lambayeque*).

Artículo VII | Juez y Derecho

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

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1, II, III; C.P. Const. arts. VIII, IX; L.P.A.G. arts. IV inc. 1.4, 103; L.O.P.J. art. 184 incs. 2 y 3.

Sara Taipe Chávez

1. INTRODUCCIÓN

Aquí se parte de la premisa de que *no existe país en donde los sistemas procesales privatístico y publicístico se presenten químicamente puros a nivel normativo, interafectándose los principios de uno y otro sistema en un ordenamiento procesal en concreto* (MONROY GÁLVEZ, 1996: p. 72). En dicho contexto, si bien es cierto, que cualquier justiciable, estando al principio de la iniciativa de parte, puede solicitar al Estado tutela jurídica, para lo cual se dirige al juez a través de una demanda conteniendo un pedido concreto y poniendo ante su vista los hechos de la causa, tal acto es de *naturaleza privada*, le pertenece a las partes, por lo que el juez debe fallar conforme a lo pretendido por ellas.

Ello no obsta, sin embargo, para que el juez decida cuál es la norma aplicable al caso concreto. Tal acto no está condicionado por *la voluntad* de las partes, pues el trámite que lo conduce a producir esa declaración es de *naturaleza pública*. Este es un caso en el que se interafectan los principios de uno y otro sistema.

En 1993 entró en vigencia en el Perú un nuevo Código Procesal Civil (ya no tan nuevo por cierto) y pudimos advertir que tal normativa procesal se sustenta mayoritariamente en el sistema publicístico. Es así que el juez deja de ser el convidado de piedra pasando a tener un rol protagónico en el proceso; por ende, la aplicación del aforismo es una de las manifestaciones de tal rol, constituye la manifestación más concreta de la dirección y autoridad del juez, quien al hacer uso del aforismo prescinde de la opinión de los particulares privilegiando el objetivo final, cual es la paz social en justicia.

De lo expuesto advertimos que el aforismo constituye un deber del juez, quien al realizar esta actividad debe tener en cuenta los *conceptos fundamentales respecto de la pretensión procesal* a fin de ser aplicados a las situaciones completamente

distintas que se presentan en la casuística, así como también debe tener en claro la *oportunidad* de su aplicación.

El hecho de que tal brocardo (como lo denomina SENTÍS MELENDO, 1957: p. 11 y ss.) se encuentre previsto de manera *incompleta* en el numeral VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984, al no contemplar el supuesto del *error en la invocación de la norma*, la cual no debe conllevar a error en su aplicación. Este es el supuesto que más se presenta en el diario laborar de impartir justicia y, felizmente, sí se encuentra previsto en el primer párrafo del numeral VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Valga este espacio para repasar, fijar ideas y proponer algunas conclusiones al respecto.

2. EL SIGNIFICADO DEL AFORISMO

En nuestras aulas universitarias nos enseñaron que el aforismo se traducía de la siguiente manera: "Dame los hechos que te daré el derecho". Sin embargo, a fin de entender lo profundo de su significado, es necesario realizar algunas precisiones a la luz de la lección de SENTÍS MELENDO (1957: pp. 20-27). Así, este autor precisa que el *sujeto* de la oración es *curia*, el *verbo* es *novit*, y la otra palabra, *iura*, es el *complemento directo*.

"*Curia*" sería el conjunto de la comitiva del rey, o de los organismos y tribunales en general, para el gobierno de una nación, encargada obviamente de la función jurisdiccional. Respecto a "*Novit*" se precisa que "este predicado verbal *novit* constituye la tercera persona del singular, del pretérito perfecto de *nosco, noscis, noscere, novit, notum*, que significa *conocer*". Por ende, sirve para indicar que el juez conoce el derecho hay que emplear el pretérito. Ya "*iura*" es una palabra plural que significa *derechos*. Los estudiosos de la materia, entre ellos AUGENTI y COUTURE realizan una disquisición respecto de la singularidad de nombrarse como plural o singular.

Apuntan los entendidos que tal palabra nació como singular (*ius*), siendo el sentido de "derecho" *objetivo* (el sistema de normas en abstracto).

Sin embargo, COUTURE (citado por SENTÍS MELENDO, 1957: p. 27 y ss.) anota que la palabra debe emplearse en su acepción plural, esto es, *iura*, que significa "derechos", ya que alude a los *derechos subjetivos* (cuando un individuo exige a otro el cumplimiento de lo prescrito en la norma jurídica).

Se llega a deslindar la problemática anotada con ALSINA, al precisar: "Aunque las partes no invoquen el derecho, o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde

calificar *la relación sustancial en litis* y determinar *la norma jurídica que rige*" (ALSINA, citado por SENTÍS MELENDO, 1957: p. 36).

Concluye SENTÍS MELENDO afirmando que el significado exacto del aforismo que hoy en día se le da es el de conocimiento del *derecho objetivo*, de la norma jurídica por parte del juez. La extensión del aforismo y su aplicación normal alcanza a los *derechos subjetivos* hechos valer por los litigantes.

Lo expuesto dilucida el verdadero significado del aforismo, el cual contempla tanto el derecho objetivo como los *derechos subjetivos*; de ahí que su uso debe ser en plural. *Iura*: "el juez conoce *los derechos*".

3. CAMPO DE ACCIÓN DEL AFORISMO

A efectos de determinar cuál es el campo de acción del juez, cuando califica jurídicamente el conflicto de intereses en la sustanciación de un proceso, en el supuesto de que tal calificación se hizo erróneamente, es necesario que previamente se realicen ciertas precisiones reconocidas por la doctrina, y plasmados en nuestro CPC.

3.1. De la demanda y sus requisitos

En el Derecho comparado ha quedado establecido que siempre será indispensable que una persona ejerza su derecho de acción como punto de partida de la actividad jurisdiccional del Estado, para lo cual transformará su *pretensión* material en procesal (RAMÍREZ ARCILA, 1986: p. 8); sin embargo, estando a la abstracción de tal derecho, este se concretizará a través de un acto jurídico procesal llamado *demanda*. Una vez iniciada tal actividad, será el juez quien vigile el procedimiento para que se lleve en la forma determinada por ley.

Es así que nuestra normativa procesal prevé algunos requisitos de la demanda que el juez debe verificar se cumplan a fin de admitirla. Citaremos tres de ellos al encontrarse inescindiblemente relacionados con el tema abordado.

El artículo 424 del CPC cuenta con 11 incisos, de los cuales son de nuestro interés los incisos 5, 6 y 7. Tal dispositivo legal prevé lo siguiente:

La demanda se presenta por escrito y contendrá:

(...).

5. El *petitorio* que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.

6. Los *hechos* en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.

7. La *fundamentación jurídica* del petitorio.

(...) (cursivas nuestras).

En tales incisos se encuentran plasmados lo que en la doctrina se conoce como los elementos de la *pretensión procesal*.

3.2. Elementos que conforman la pretensión procesal

Según Juan MONROY GÁLVEZ (1996) estos son: i) los fundamentos de derecho o fundamentación jurídica; ii) fundamentos de hecho y iii) el petitorio u objeto de la pretensión. En el primer caso, importa la exigencia de que el demandante debe indicar un derecho subjetivo o norma material que sustente su reclamo (inciso 7). Ya en lo que toca al segundo, la pretensión procesal debe sustentarse en un cierto número de hechos, los que serán susceptibles de prueba (inciso 6).

Estos dos elementos de la pretensión procesal *apreciados conjuntamente se conoce como causa petendi, causa de pedir o título de la pretensión, que importa una concreta situación de hecho a la cual el actor le asigna una determinada consecuencia jurídica, esto es narrar los hechos haciendo un encuadre jurídico. Es lo que se conoce como causa petendi.*

Por su parte, el petitorio u objeto de la pretensión importa el *pedido concreto* al juez por parte del demandante (inciso 5). Está integrado por: (a) *el objeto inmediato, el cual es la clase de pronunciamiento que se solicita;* (b) *el bien perseguido, que puede ser la relación jurídica cuya existencia o inexistencia deba declararse (el hecho que el demandado debe realizar).*

3.3. Límites de aplicación del aforismo

Se ha precisado que un proceso es perfectamente diferenciable de otro *a partir de sus hechos*. Al juez le está vedado modificar los hechos, la aplicación del aforismo no le permite realizar tal actividad.

Tampoco puede el juez modificar el *petitorio u el objeto de la pretensión*, lo que las partes piden les pertenece a ellas, por ende, no puede ser variado por el juez no obstante que el *objeto del proceso* es la obtención de la paz social en justicia, cabe recordar en este apartado a Loreto (citado por SENTÍS MELENDO, 1957: p. 36), quien precisa que *los litigantes van al campo del proceso a luchar por sus derechos no por el Derecho.*

En la práctica, este es el tema que mayor conflicto genera.

Pero, ¿qué puede modificar el juez? El aforismo exige al juez *calificar jurídicamente la demanda*. De darse cualquiera de los dos supuestos que enuncia el numeral VII del Título Preliminar del CPC (o sea, que la norma no haya sido invocada por las partes o haya sido invocada erróneamente), el juez *debe* hacer uso del aforismo y proceder a su precisión o corrección según sea el caso. Es este elemento de la pretensión (la fundamentación jurídica) el que es factible de modificación.

La problemática se genera cuando el petitorio es impreciso o se plantea erróneamente el fundamento del derecho.

A modo de ejemplo, en el año 1997 se procedió a corporativizar los juzgados especializados en lo civil de Lima, configurándose siete juzgados por piso, y se les encomendó conocer cierto tipo de procesos de acuerdo con la vía procedimental. Es así que existía cierto número de juzgados que tramitaban procesos cuya vía procedimental es la abreviada y la de conocimiento, en las que se tramitan demandas que contienen pretensiones procesales de gran complejidad. Es precisamente en los escritos de demanda que es de conocimiento de estos juzgados, en los que se advierte con mayor frecuencia *la imprecisión del petitorio*, así como *el planteamiento erróneo de la invocación del derecho*.

Citemos algunos de los casos más comunes:

- Cuando del petitorio se aprecia que se pretende una indemnización, y se plantea cual si fuese de naturaleza extracontractual; sin embargo, de los hechos se aprecia que es de naturaleza contractual.
- Cuando se pretende la nulidad de un acto jurídico y en el petitorio se enuncian varias causales (para ver cuál acierta); sin embargo, de los hechos fluye una única causal y, obviamente, en el fundamento jurídico se citan tantas causales como puedan.
- Cuando pretenden la nulidad por simulación, y, de los hechos se advierte que narran una acción pauliana (acto válido pero celebrado con fraude), y al momento de realizar la fundamentación jurídica, no solo citan los preceptos referentes a la simulación, sino que citan además los que se refieren a la simulación absoluta y relativa a la vez.
- Cuando se pretende la nulidad de un acto jurídico por falta de manifestación de voluntad (es la causal que más adeptos tiene, quizá porque aparece como la primera causal de las ocho que contempla el art. 219 del CC); sin embargo, de los hechos fluye que sí hubo manifestación de voluntad, y el fundamento jurídico se refiere al de dicha causal.

- Cuando en el petitorio piden la nulidad de un acto y, al momento de sustentar jurídicamente lo que pretenden, citan normas correspondientes a la anulabilidad, en tanto que cuando se revisan los hechos están tan enredados que no se sabe qué es lo que se pretende.

Se precisa que en sociedades de consumo como la nuestra, la calidad técnica del abogado está ligada a lo que recibe por honorarios (MONROY GÁLVEZ, 1987: p. 213). Particularmente agregaríamos algo más: la deficiente formación universitaria, en la mayoría de los casos, es lo que da como resultado un desempeño no eficiente por parte de los letrados; es por ello que en un sistema como el que tenemos se hace necesario un juez director del proceso, con un rol dinámico, quien, en base al *iura novit curia*, encamine las deficiencias que se pudieran presentar, con el fin de expedir una decisión definitiva y justa. Lo contrario implicaría emitir pronunciamientos inhibitorios, con la consecuencia que ello importa: el no generar una cultura de paz social en justicia. Tal labor se torna compleja cuando en el petitorio se designa con el nombre técnico la pretensión que se intenta. ¿Qué hacer para ver cuál es la norma aplicable? ¿Cómo determinar cuál es el objeto de la demanda?

3.4. Algunas precisiones acerca de la imprecisión de la pretensión

Hemos precisado que al juez le está vedado modificar el petitorio u objeto de la pretensión. En consecuencia, el hecho de que en el petitorio se haya calificado técnicamente lo que se pide y se haya consignado tal o cual causal, y el juez, estando a los hechos y aplicando el aforismo enunciado, decide delimitar una causal determinada diferente a la consignada en el petitorio, ¿importaría la modificación del objeto de la pretensión? ¿Son las causales de nulidad del acto jurídico *objeto de una pretensión* de nulidad?

El maestro CHIOVENDA (1948: p. 371) precisó que *un mismo hecho puede acaecer bajo distintas normas*. Si a ello se aúna la calificación técnica del petitorio por determinada causal, podemos advertir que la demanda no solo tiene por objeto que se anule el acto jurídico, sino que lo que le interesa a la parte es que se falle por determinada causal, porque de ello dependerán las consecuencias y los efectos (los que podrían ser diferentes) que buscan se declaren de ampararse la nulidad pretendida. Inclusive, toma trascendencia la pertinencia y carga de la prueba. En consecuencia, no cabe en estos casos aplicar el aforismo *iura novit curia* con riesgo de que, al hacerlo, estaríamos variando el objeto de la pretensión que se demanda, y por ende el petitorio, lo que es prohibido.

Así, cuando se dan estos casos se debe proceder a verificar las repercusiones de cada causal, a fin de determinar si cabe la aplicación del aforismo, o si es que

se debe proceder a resolver solo con arreglo al fundamento jurídico realizado por las partes a fin de no modificar el objeto de la pretensión demandada.

De no darse tal situación, esto es: i) que los hechos se sustenten en dos causales distintas pero que del petitorio fluya que se alega solo una de ellas; ii) que los medios probatorios acreditan la causal no invocada en el petitorio; y iii) ambas causales originan consecuencias análogas, entonces sí cabe la aplicación del aforismo, toda vez que el objeto es el mismo según sea una u otra causal.

De esta manera, en lo que se refiere a este extremo, la aplicación del aforismo dependerá de las consecuencias de los efectos que se puedan dar respecto de cada causal alegada, esto es, si son o no los deseados por el titular del derecho. Si son diferentes, no cabrá la aplicación del aforismo; ya si las consecuencias son las mismas, se debe optar por su aplicación.

Sabemos que no es tarea fácil determinar cuál es el derecho que se debe aplicar al caso controvertido, ayuda el tener claro los conceptos sobre los elementos de la pretensión procesal y cuáles son sus límites, su campo de acción, así como el hecho de realizar toda la actividad que sea necesaria para conocer el derecho que debe aplicar.

3.5. Algunas precisiones acerca del planteamiento erróneo de la invocación del Derecho

A raíz de que uno de los requisitos de la demanda es consignar en ella el fundamento jurídico, de formularse el planteamiento erróneo de la norma, este supuesto cobra gran importancia, ya que da paso a la aplicación de la máxima en estudio.

Al igual que en el caso anterior, el juez deberá aplicar correctamente la norma que corresponda al caso concreto, siempre y cuando ello no importe modificar el objeto de la pretensión demandada por la parte actora.

3.6. De la cita normativa como requisito de la demanda y sus consecuencias, y su relación con el *iura novit curia*

El artículo 424, inciso 7 del CPC, contempla el fundamento jurídico como uno de los requisitos que debe contener toda demanda. De otro lado, el artículo 426 del CPC, preceptúa que el juez declarará inadmisibles las demandas cuando no tengan los requisitos legales, otorgando un plazo a la parte actora para que subsane los defectos anotados, de incumplirse tal mandato, se procederá a su rechazo.

Cabe preguntarse si deben aplicarse tales dispositivos legales cuando, al calificarse una demanda, se advierte la omisión o el error en la alegación del derecho

o en la imprecisión del objeto de la pretensión. De ser así conllevaría a declarar la *inadmisibilidad* del libelo y, si la parte que debe subsanar conforme a lo solicitado, no lo hace (esto es, no señala la norma jurídica a aplicarse e insiste en la aplicación de la norma errada, y por último no subsana la imprecisión del objeto de la pretensión), ¿se debe proceder al rechazo de la demanda, en aplicación de lo dispuesto por el citado artículo 426 del CPC?

Consideramos que no. Ello se opone el aforismo elevado a la categoría de principio en nuestra norma procesal y, además, porque la doctrina es unánime en considerar que el requisito de la cita de la norma no es una obligación. Así tenemos que, en el primer caso, ante la omisión, es deber del juez señalar la norma correspondiente y, además, por el hecho de que las partes no están obligadas a indicar al juez la norma. En el segundo caso, será el órgano jurisdiccional el que, en definitiva, fije el fundamento jurídico, por ser conocedor del Derecho, no pudiendo sustraerse de tal deber. Y en cuanto al último caso, tampoco cabría el rechazo de la demanda, debiendo admitirse en los mismos términos propuestos. Aquí el juez se limitaría a resolver conforme a lo pretendido, ello estando al principio de la iniciativa de parte; por ello, el juez no puede alterar el objeto y los hechos de la pretensión.

3.7. Oportunidad de la aplicación del aforismo

El haberse incorporado a la norma procesal vigente el aforismo *iura novit curia*, impone al juez el deber de su aplicación. De eso no queda duda. Pero, ¿en qué momento el juez debe corregir el derecho mal invocado? ¿En qué momento puede el juez solicitar la precisión del objeto de la pretensión? ¿Será solo en la sentencia? ¿O es factible realizar tal labor a todo lo largo del proceso?

Consideramos que la oportunidad de la aplicación de la máxima pasa por tener en cuenta la imposibilidad de afectar uno de los derechos que contempla la garantía fundamental del debido proceso: el *derecho de defensa*. Asimismo, debe expedir una decisión justa solucionando el conflicto evitando la expedición de resoluciones inhibitorias, a fin de coadyuvar a forjar la paz social en justicia.

Al ser el juez el director del proceso, habiéndosele dotado para ello de las herramientas procesales que le permitan hacer eficaz el servicio de justicia, y siendo el aforismo una de esas herramientas, deberá aplicarlo a lo largo del proceso y no únicamente al pronunciar sentencia.

En dicho contexto se debe tener en cuenta que al calificarse la demanda se debe revisar si la relación procesal se encuentra debidamente establecida y si los hechos narrados concuerdan con el petitorio y con la fundamentación jurídica. Es el primer momento para determinar si existe error en la alegación del derecho o

si existe imprecisión en el petitorio, declarando, de ser el caso, la inadmisibilidad de la demanda, sin perjuicio de que sea el juez quien en definitiva precise cuál es la norma correcta aplicable al caso.

Ello implica que, desde un inicio, la parte demandada tenga conocimiento de cuáles son las reglas establecidas en la *litis* entablada y, así, pueda ejercitar su derecho de defensa cabalmente. Nótese que muchas veces de ello dependerá la estrategia que utilice para efectos de su defensa, como sería, por ejemplo, la carga de la prueba.

Otra oportunidad para aplicar el aforismo es en el momento de sanear el proceso, dado que el juez vuelve a reexaminar la relación instaurada. De advertir que de los hechos emana un derecho diferente al pretendido, deberá proceder a su corrección.

Es común que se haga uso del *iura novit curia* en el momento de expedir sentencia, toda vez que es en dicho momento en donde el juez deberá subsumir los hechos expuestos a una norma jurídica determinada. No obstante, cabe la posibilidad de que, sin perjuicio de las herramientas procesales que tiene a su alcance, corrobore recién en ese momento la existencia de error en la alegación del derecho. En ese caso, ¿cuál sería la opción del juez?

Pensamos que deberá hacer uso del aforismo, siempre y cuando al aplicar la norma correcta no afecte el objeto de la pretensión demandada, debiendo, además, verificar si los hechos de los que emana el derecho correcto han sido materia de debate y de prueba.

De tratarse de un petitorio impreciso, por ejemplo, se ha delimitado técnicamente una indemnización por responsabilidad de naturaleza contractual cuando, en realidad, es extracontractual; no obstante ello, si durante todo el proceso la controversia ha girado en torno a una indemnización por responsabilidad de naturaleza extracontractual, no es óbice para que el juez se pronuncie respecto de tal pretensión. En este caso, previamente a emitir su decisión, debe hacer de conocimiento de la parte demandada tal situación a fin de no causar indefensión. Lo que no podrá hacer es emitir sentencia declarando infundada la demanda por imprecisión de la verdadera naturaleza de la relación jurídica, toda vez que estaría renunciando a su deber de aplicar el brocardo.

Por último, de darse el caso citado con la diferencia de que de los hechos no es factible determinar si la responsabilidad que se pretende es de naturaleza contractual o extracontractual (más aún: la cita de la norma jurídica corresponde solo a una de ellas), el juez se encontrará imposibilitado de aplicar el citado principio. Tal como se ha precisado, el juzgador debe subsanar el error en que haya incurrido

la parte al calificar su pretensión, pero lo que no puede hacer es modificar el objeto de la pretensión ni conceder o negar una cosa distinta de la reclamada, máxime si los caracteres, prueba y efectos son sustancialmente diversos.

4. CONCLUSIONES

Es deber del juez aplicar el aforismo *iura novit curia*, pero le está impedido al juez modificar el objeto de la pretensión. Sin embargo, el juez puede modificar la norma alegada por las partes, aplicando la correcta. También puede el juzgador aplicar la relación jurídica que corresponda.

El requisito de la demanda consistente en la fundamentación jurídica, no es una obligación para las partes, importa únicamente una circunstancia.

La omisión o el defecto de la cita normativa puede conllevar a que se declare la inadmisibilidad de la demanda, pero no al rechazo en caso de incumplimiento.

El hecho de que el petitorio sea impreciso por defecto de la relación jurídica entablada y, por ende, no concuerde con los hechos narrados, no importa que se declare la improcedencia de la demanda.

El *iura novit curia* debe aplicarse de acuerdo a cada caso concreto, cuidando de no modificar el objeto de la pretensión ni los hechos de la demanda. Es deber del juez aplicar el brocardo a lo largo del proceso y no únicamente al pronunciar sentencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, Giuseppe (1948): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado; MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): *Temas de proceso civil*. Lima: Studium; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis; RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1986): *La pretensión procesal*. Bogotá: Temis; SENTÍS MBLENDO, Santiago (1957): *El juez y el Derecho (iura novit curia)*. Buenos Aires: EJEA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1993): "O juiz e o princípio do contraditório". En: *Revista de Processo*. N° 71. São Paulo: Revista dos Tribunais; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2008): *Del formalismo en el proceso civil - Propuesta de un formalismo-valorativo*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra; MITIDIERO, Daniel (2010): *Colaboración en el proceso civil - Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas.

Artículo VIII | Principio de gratuidad en el acceso a la justicia

El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en este código y disposiciones administrativas del Poder Judicial^().*

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 num. 16; C.R.C. arts. 179 a 187, 410 y ss., 420 y ss; C.P. Const. art. III; L.O.P.J. arts. 24, 295 y ss; R.ADM. 1067-CME-PJ arts. 1 y ss; LEY 26846 arts. 1, 6.

Martín Hurtado Reyes

1. INTRODUCCIÓN

En alguna oportunidad sostuve enfáticamente que el acceso a la justicia civil en el Perú no es gratuita (HURTADO, 2013: p. 142), debido a que para tener acceso al servicio de justicia las partes y terceros deben pagar por dicho servicio. Aquí juegan su papel el pago por los honorarios del abogado, las tasas judiciales y el servicio de notificación judicial.

El litigio en el Perú tiene un costo; la justicia, aunque se diga lo contrario, no es gratuita, pues siempre hay un gasto que asumir, por más pequeño que este sea. Aquí se aprecia la relatividad de la gratuidad en el acceso a la justicia.

No es posible afrontar un proceso judicial sin requerir del auxilio técnico del abogado (aunque este puede ser suplido por defensores de oficio). El abogado se vuelve imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. Asimismo, no podemos embarcarnos en un proceso sin calcular cuáles son los costos económicos que debemos afrontar: tasas judiciales, pagos al auxilio judicial (peritos, traductores, intérpretes, etc.), gastos en general (notariales, registrales, copias certificadas, copias simples, publicaciones para remate, etc.).

Se afronta un proceso sabiendo que lo que gastamos durante el trámite judicial, será reintegrado por la parte vencida. Si logramos vencer a nuestra contraparte ella deberá restituir todo lo gastado, salvo exoneración que el juez determine de forma motiva en la decisión.

No es posible poner en movimiento el órgano jurisdiccional (primer paso del acceso al servicio de justicia) si no se paga la tasa judicial.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

En materia civil, no es posible, salvo exención establecida en la ley, que se admita una demanda sin el pago de las tasas judiciales, esta posibilidad es casi imposible en el ámbito judicial, porque lo primero que se controla (desde la mesa de partes, luego el asistente judicial, posteriormente el juez y finalmente los abogados de las partes) es que se haya pagado oportunamente este concepto y por el monto correspondiente. Porque no basta pagar la tasa judicial, se debe pagar completa.

El único gasto de mayor exigencia en el proceso civil, sin el cual no se da paso a ningún pedido “gravado”, se refiere al pago de las tasas judiciales.

La exigencia de este concepto, según las normas administrativas (ver resolución de tasas judiciales año 2016, Resolución Administrativa N° 001-2016-CE-PJ, vigente a la fecha del presente trabajo) puede generar responsabilidad en el juez y el auxiliar jurisdiccional si no exige en su momento, el pago de las tasas y el monto correspondiente, la responsabilidad es funcional, según la primera disposición complementaria y final: “Los jueces están obligados a dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en la presente resolución, bajo responsabilidad (...)”.

Son muy puntuales los casos en los que se encuentran exoneradas las partes para el pago de tasas judiciales. Aquí encontramos, por ejemplo, a los justiciables que litigan en zonas de extrema pobreza (se mantiene vigente la exoneración en la citada resolución administrativa), a las personas que gozan de auxilio judicial, los demandantes en los procesos de alimentos, las universidades, el Estado en general, etc.

En esencia, la justicia en el Perú tiene costos, pese a que se pregone que la misma es gratuita. Probablemente la gratuidad se aprecie con relación a que el servicio que presta el Estado en cuanto a la actividad de los jueces, auxiliares jurisdiccionales, personal administrativo, uso de la infraestructura, etc.), ya que allí sí es gratuita.

Este principio, entonces, debe entenderse como la prestación gratuita de la actividad jurisdiccional, ello por ser un servicio básico en la actividad del Estado. El juez a diferencia del árbitro y del secretario arbitral en el sistema arbitral, no cobran por el servicio que prestan; su actividad es absolutamente gratuita. Esta – me parece – es la esencia de este principio que rige en la justicia que imparte el juez en representación del Estado; es decir, que su servicio no tiene ningún costo para el justiciable. De alguna manera la gratuidad de la justicia que imparte el Estado garantiza una decisión imparcial, siendo el pago de las tasas judiciales el costo mínimo que cubre el justiciable para el logro de este propósito.

Aquí encaja la idea del servicio de justicia como un *servicio público*. Aunque el pago de las tasas judiciales no es suficientes para cubrir los costos que implican

el servicio de justicia, por lo cual el Estado debe cubrir (aunque no lo haga satisfactoriamente) la mayor cantidad de los gastos que implica impartir justicia. El pago de las tasas por el justiciable no es suficiente para cubrir las necesidades del Poder Judicial. Basta visitar cualquier local judicial para verificar las múltiples carencias logísticas que tiene el Poder Judicial para prestar el servicio. Pero tampoco pretendemos que así sea, porque el servicio de justicia debe ser una política de Estado y, por tanto, debe tener los recursos necesarios.

2. COSTOS Y COSTAS EN EL SERVICIO DE JUSTICIA

Tenemos que en principio se debe entender que la justicia es gratuita; sin embargo, ello no impide que a las partes y terceros en el proceso se les pueda hacer cargo de los conceptos de *costos* y *costas* en el proceso, además de las *multas* que se pueden imponer. Sobre este último tópico nos pronunciaremos en el siguiente punto.

La *repetición* (o *reembolso*, aunque alguna posición teórica sostiene la idea de un *resarcimiento* por los gastos ocasionados) de lo gastado en el proceso por la parte vencedora es lo que llamamos condena en costos y costas en el proceso civil. Nuestra legislación penal le llama condena en costas. Actualmente la doctrina prefiere llamarle *gastos procesales*, sin hacer distinción entre lo gastado en el proceso y los honorarios del abogado.

Los costos y costas, se constituyen en una condena accesoria a la decisión de fondo, tal como lo destacó la Corte Suprema en Casación N° 3322-00-Callao: “El pago de costas y costos es un asunto accesorio que no versa sobre el fondo del asunto ni sobre las razones por las que se declara concluido el proceso, en tal sentido, su invocación no resulta factible en casación por cuanto en esta vía solamente se discute los errores *in iudicando* que tienen que ver con el fondo del asunto o los vicios procesales que inciden sobre el trámite del proceso principal”. Ello implica imponer una prestación a cargo de la parte vencida (tesis del *vencimiento*, porque corresponde al vencido, al derrotado), haciéndola responsable de la devolución de lo gastado por la parte vencedora.

La condena de costos y costas es *accesoria* (GOZAÍNI, 1990: p. 44) a lo que se resuelve con relación a las pretensiones postuladas en el proceso. Se impone comúnmente con la sentencia, pero también es posible imponerla con la resolución que concluye una incidencia.

Nuestro CPC hace una separación de los conceptos de *costos* y *costas* (arts. 410 y 411). Las *costas* están integradas por los gastos de tasas judiciales, cédulas de notificación, honorarios de auxilios judiciales (peritos, depositarios, martilleros, etc.), gastos judiciales (pago de tasas en los Registros Públicos o cualquier

otro gasto que se haya derivado de un mandato judicial); mientras que los *costos* se encuentran conformados únicamente en materia civil, por el pago de honorarios de los abogados. A los primeros, la doctrina los conoce como *costas procesales*, y a los segundos, *costos personales*.

Ahora bien, si revisamos el CPP veremos que este no hace tal diferencia y, más bien, unifica –al parecer– ambas categorías en el concepto de *costas*, incluyendo en la misma las tasas judiciales (para procesos de acción privada), gastos judiciales, honorarios del abogado, los honorarios de los auxilios judiciales no dependientes del Estado (peritos, intérpretes, traductores, etc.).

En el proceso civil, el juez fija los costos y costas a cargo de la parte vencida. Nuestro CPC no precisa que esta prestación a favor del vencedor requiera motivación, lo cual exonera al juez de justificar (motivar) cómo llegó a esta conclusión; por el contrario, la norma procesal señala como obligación de motivar cuando se produce la exoneración de los costos y costas (por ejemplo cuando el juez se encuentre convencido que estuvo justificado el ejercicio del derecho de acción o contradicción). En efecto, dice el artículo 412 del CPC: “El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración”.

La exoneración de la fijación de costos y costas en el proceso civil –como ya lo dijimos– apunta a determinar cuáles serían los criterios objetivos que puedan llevar a liberar correctamente a la parte vencida de estos conceptos, pues la norma procesal solo señala que la exoneración se manifiesta con una “(...) declaración judicial expresa y motivada de exoneración”, sin precisar cuáles serían aquellos.

En la práctica judicial, la exoneración (o exención) de pago de costos y costas suele estar previsto en la misma norma procesal: el Estado en general, las universidades públicas, los que tengan auxilio judicial (también hay auxilio judicial en el proceso penal, artículo 499, inciso 2 del CPP), los demandantes en el proceso de alimentos, los que se allanan o reconocen la demanda, entre otros. Esta misma regla utiliza el proceso penal (art. 499 del CPP).

En otros casos, dependiendo de la situación particular de cada proceso, se debe verificar si la parte vencida en el proceso tuvo *razones justificadas y suficientes para litigar* como demandante (es decir, creyendo tener el derecho para sostener la tesis que sustenta su pretensión) o para defenderse como demandado (si su defensa no fue obstructiva, dilatoria, tendenciosa o que pretendió burlarse de la parte demandante), si erró al momento de postular la pretensión o encontrarse convencido de la victoria frente a su contraparte, cuando en realidad no le asiste el derecho, entre otros supuestos.

La exoneración puede estar sustentada, según GOZAÍNI, en lo siguiente: i) cuando la pretensión origina una situación dudosa del derecho que se invoca; ii) cuando existe incertidumbre de las cuestiones de hecho; iii) cuando existe la convicción de obrar conforme a Derecho; iv) cuando se utiliza el proceso como medio de intimidación (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: pp. 315-316).

El concepto de costas y costos se usa fundamentalmente en la sentencia para hacer responsable al vencido en el proceso principal de estos conceptos que se deben liquidar en ejecución de la decisión; sin embargo, el mismo Código admite que se puedan establecerlos en determinadas incidencias, por ejemplo, para el recurso de casación, para el recurso de queja, para las excepciones y defensas previas, entre otros.

En el proceso civil no hay tanta complejidad para decidir quién debe pagar las costas y costos, ya que, usualmente, hay una parte demandante y otra que llamamos demandada. Luego pueden haber terceros legitimados, siendo pasible del pago de este concepto la parte vencida. Si fueran varios los que integran la parte, se impone el criterio de solidaridad. Esta regla de solidaridad ya fue recogida con la modificatoria del artículo 414 del CPC, modificado por la Ley N° 30293, vigente desde el mes de marzo de 2015. No obstante, el juez puede establecer una forma distinta de condena en costos y costas (en forma proporcional) dependiendo de la actividad procesal desplegada.

Las costas y costos se fijan en la sentencia o en el incidente que se haya promovido, pero regularmente se liquidan estos conceptos en la etapa de ejecución de lo decidido.

Con ello, tenemos que existen dos momentos marcados para el tema: i) en la sentencia, donde fija genéricamente quién se debe hacer cargo de estos conceptos (la parte vencida); y ii) se establece el monto líquido de los conceptos, previa liquidación y presentación de la documentación sustentatoria. El concepto genérico aparece en la primera; el monto preciso, en la segunda.

En el proceso civil, el concepto genérico de costas y costos a cargo de la parte vencida, cuando es fijado en la sentencia, es posible apelar conjuntamente con lo decidido respecto del tema de fondo, pero, igualmente, se puede apelar de forma autónoma; es decir, se puede impugnar apenas este extremo de la sentencia, independientemente de lo resuelto sobre el fondo de la controversia.

La suma fija de estos conceptos (cuando ya se liquidaron), es decir, la aprobación de la liquidación de costos y costas, es igualmente susceptible de impugnación. En el caso de las costas solo es impugnabile si el vencido observó previamente la liquidación (art. 417 del CPC).

Como ya dijimos, el t3pico de costos y costas tiene dos etapas marcadas en el proceso civil: la primera, cuando se fija en la sentencia o con el resultado de una incidencia, y la segunda, cuando se determina su monto previa liquidaci3n. Para ese punto nos interesa la primera etapa.

Hemos sostenido igualmente que la condena en costos y costas son accesorias a lo que se decida con respecto a las pretensiones postuladas; sin embargo, ello no implica que se encuentren relacionadas. La condena de costos y costas se encuentra intimamente relacionada con el resultado del proceso, es decir, del sentido de la decisi3n con respecto a lo que se discuti3.

La doctrina nacional da cuenta del *principio de globalidad* en los tr3mites de condena de costos y costas. Este principio se encuentra relacionado con la posibilidad de preclusi3n de pronunciamiento en la impugnaci3n con respecto al extremo de costos y costas que ayuda a determinar si el 3rgano revisor de la decisi3n apelada en la que se encuentran contenidos estos dos conceptos, puede o no pronunciarse sobre estos extremos, independientemente de que las partes hubieran apelado de este concepto (MONROY PALACIOS, 2009: p. 677).

MONROY PALACIOS se1ala que al argumento del car3cter accesorio de la condena, que impide que la falta de apelaci3n especifca precluya la posibilidad de que el 3rgano revisor se pronuncie al respecto, se debe agregar lo que en doctrina se conoce como *principio de globalidad* de la condena en costas y costos, en virtud del cual la imposici3n final de esta se har3 teniendo como referencia el resultado global del proceso, y no el resultado de cada grado jurisdiccional.

Agrega el autor que este principio, por dem3s, es recogido por el segundo p3rrafo del art3culo 412 del CPC, donde se dispone que: "La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resoluci3n de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagar3 las costas de ambas. Este criterio se aplica tambi3n para lo que resuelva la Corte de Casaci3n".

Para graficar la situaci3n, proponemos una situaci3n hipot3tica en el que puede funcionar el principio de globalidad: al resolver el tema de fondo, la sentencia resuelve la pretensi3n contenida en la demanda declar3ndola infundada, y en esta decisi3n se impone costos y costas al vencido (al actor). El demandante no apel3 del extremo que lo condena en costos y costas, pero s3 contra lo resuelto en cuanto al fondo. Preguntamos: ¿qued3 consentido el extremo de costos y costas? Y yendo m3s all3 de esta situaci3n, ¿se encuentra el 3rgano jurisdiccional revisor impedido de pronunciarse nuevamente sobre este extremo no apelado?

La respuesta a las interrogantes se encuentra relacionada con el resultado de la absoluci3n del grado del tema principal. As3, si la sentencia es revocada y se

declara fundada la pretensión de la demanda, el órgano revisor deberá condenar a la parte vencida al pago del concepto de costos y costas; por lo cual no habrá decisión firme sobre estos conceptos, ya que los mismos se establece por cada grado (instancias).

Con relación a la fijación o determinación del concepto de costos, existe en algunos casos complejidad para fijar el monto de este concepto, ya que no necesariamente el juez debe tomar en cuenta el monto pagado al abogado según el recibo por honorarios. De corriente, este comprobante de pago no se condice con la realidad y solo busca obtener mayor cantidad de dinero por este concepto.

Estos pedidos suelen sustentarse con los recibos por honorarios profesionales de los abogados, los cuales tienen plena concordancia con el contrato de locación de servicios e, inclusive, con el pago de impuestos; sin embargo, en la judicatura no se atiende el pedido de costos otorgando la suma peticionada, sino que se toman en cuenta otros criterios para fijar finalmente un monto razonable.

Tales criterios son los siguientes:

- i) *La duración del proceso*: o bien cuánto duró el trámite judicial hasta la conclusión del mismo, siendo fijado este parámetro en años y meses.
- ii) *Instancias que recorrió el proceso*: es decir, si hubo decisión en primera instancia, resolución de segunda instancia o si hubo recurso de casación y pronunciamiento de la Corte Suprema.
- iii) *Complejidad del proceso*: ello que implica determinar si la materia discutida tiene cierto grado de complejidad no solo para postular la demanda sino para el ejercicio del contradictorio, la acumulación de pretensiones, cuántas partes aparecen involucradas, si la actividad probatoria requiere de determinada actividad de las partes y el juez, entre otros aspectos.
- iv) *La cuantía de lo discutido*: algunos jueces consideran de suma importancia el *quantum* del proceso, pues estiman que los honorarios del abogado normalmente se pactan tomando en cuenta el monto de la pretensión, lo que puede ser cierto; no obstante, no compartimos este criterio porque ello implicaría que los costos no son sino un porcentaje de lo que discute, sin reflexionar sobre otros criterios que pueden mejor sustentar la decisión para fijar los costos.
- v) *La conducta asumida por la parte vencida*: esto es, la conducta obstructiva, dilatoria, no apegada al deber de moralidad procesal que mostró la parte vencida para evitar que la decisión final llegue en el menor tiempo.

vi) *Razonabilidad*: es decir, que el monto de los costos se fije de forma razonable tomando en cuenta un conjunto de variables que puedan llevar a decidir correctamente sobre este concepto, sin afectar el derecho del vencedor a repetir lo pagado a su abogado por honorarios profesionales y, por otro lado, cuidando de no generar una enorme carga económica al vencido con costas que no reflejen la actividad del abogado de la contraria. El monto de costos debe ser siempre una respuesta objetiva del órgano jurisdiccional que no solo cubra las expectativas del vencedor, sino que fundamentalmente justifique la labor efectiva realizada por el abogado durante el proceso.

Para el fijado de costos en el proceso civil, el juez no suele utilizar la tabla mínima del Colegio de Abogados de Lima, debido a que ella, en los casos reales, no responde a la realidad de lo ocurrido en el proceso, además de no estar obligado a utilizarla para el efecto. No obstante, en algunos casos puede servir de referencia.

La legislación civil no ha previsto –como sí lo hace la penal– un *Reglamento de costas* (el cual, según tengo entendido, a la fecha no existe), en el cual se fijan los montos máximos para cubrir los honorarios de abogados y de los auxilios judiciales. Pero aun existiendo el citado Reglamento, considero que el juez puede utilizar los criterios esbozados para fijar con justicia y objetividad los honorarios de los abogados y de todo aquel auxilio judicial que participe en el proceso.

En suma, el juez siempre debe actuar con *prudencia* y *razonabilidad* al fijar los montos que debe restituir la parte vencida por estos conceptos. Es necesario que *utilice correctamente la discrecionalidad* que se le otorga para este preciso objetivo.

Debe tomarse en cuenta que el juez no controla el pago de impuestos, por lo cual si el vencedor acompañó el recibo por honorarios y hay duda sobre el pago de los impuestos, el juez debe ordenar la aprobación de los costos, pero no debe ordenar el pago de este concepto o el endose de la consignación si la hubiera si el beneficiario no cumple previamente con acreditar haber efectuado dicho pago. Esta precisión es necesaria porque el artículo 418 del CPC, señala que para la procedencia del pago de los costos se debe acompañar el documento que acredite el pago “de los tributos que correspondan”. Sin embargo, esta norma procesal debe interpretarse en este sentido: para la aprobación no es necesario que el vencedor acredite el pago de impuestos, pero, para hacer efectivo el cobro, sí debe hacerlo.

Por el contrario, de corriente, la liquidación y pago del concepto de costas no presenta muchos problemas porque se trata de conceptos que pueden ser verificados documentalmente en el expediente, el pago de las tasas judiciales, el pago a los auxilios judiciales, el pago de las tasas administrativas, el pago de notificaciones judiciales, entre otros. Se trata de gastos fácilmente comprobables.

Es muy baja la incidencia de apelación sobre este particular, pues el juez fija el monto de costas y no son observadas muchas veces; y en otras, la posibilidad de apelación es mínima, en cuyo caso, muchas veces, se caen, porque no se propuso oportunamente la observación. Las partes normalmente quedan conformes con el monto fijado ya que aparecen traducidas en los gastos realmente realizados durante el proceso. Aunque valgan verdades que hay casos en los que se pretende cobrar conceptos no acreditados o relacionados con el proceso, por ejemplo el gasto por movilidad (taxi) y fotocopias.

3. LA MULTA

Las conductas impropias de todo aquel que participa en el proceso da lugar que el juez tome la decisión—cuando la situación lo amerite— de corregirla, no solo recomendando una actuación acorde con el principio de moralidad procesal conocido en nuestro medio como principio de buena fe procesal, sino también imponiendo una sanción económica por la conducta asumida.

Esta sanción económica que grava a los sujetos que asumieron conductas impropias en el proceso se le denomina comúnmente *multa*, que es absolutamente independiente de las costas y costos del proceso fijadas para el multado. Son dos conceptos absolutamente diferentes.

En el proceso civil, la multa puede ser entendida como el resultado de una conducta impropia asumida generalmente por una de las partes en el proceso o por un tercero, aunque también se encuentran incluidos como destinatarios de la multa a los abogados, apoderados, auxilios judiciales, entre otros (DE SANTO, 1995: p. 231).

El juez debe tomar la decisión de imponer multa a cualquier sujeto que participe en el proceso o pretenda hacerlo muestra una conducta contraria al principio de moralidad procesal, teniendo como principal insumo central una inconducta impropia en el proceso.

Entonces, solo si se presenta conducta impropia o contraria a los principios que regula nuestro CPC autoriza la imposición de una multa. Se justifica una multa si el multado asumió una conducta no compatible con los fines y principios procesales. Por ejemplo, aquí podemos encontrar algunos supuestos para la imposición de multa: atentado contra la celeridad procesal (dilación del proceso, postular nulidad procesales injustificadas, no actuar dentro de la oportunidad, etc.); demanda maliciosa (dentro de la cual podríamos encontrar al ejercicio irregular del derecho de acción); en situaciones vinculadas a la prueba (postular tachas y oposiciones maliciosas, testigo que injustificadamente no concurre a declarar, no se exhiben los documentos, no aceptar el cargo de perito, no presentar el dictamen pericial, no levantar por los peritos las observaciones postuladas por las partes,

etc.); no cumplir mandato judicial (resistirse por ejemplo a entregar bienes embargados cuando están en depósito del multado); situaciones de fraude (dolo, connivencia, señalar domicilio falso del demandado o notificarlo por edictos cuando se conoce su domicilio, falsificación de firmas, adulteración de documentos); atacar o a la otra parte o al juez en los escritos con afirmaciones temerarias y difamatorias o calificando de mala manera la actuación del juez; cuestionar indebidamente la cosa juzgada (con demanda infundada o improcedente de nulidad de cosa juzgada fraudulenta); queja que es declarada infundada; recusación; denegación del recurso de casación, entre otras situaciones.

Realizando el análisis de artículo VIII del CPC, y relacionándolo con la multa, debemos denunciar un problema de ubicación de las multas dentro del Título Preliminar del CPC. En efecto, este se encuentra ubicado en la gratuidad del acceso al servicio de justicia, cuando no tiene nada que ver con él, sino, más bien con el principio de buena fe procesal, siendo consecuencia de la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso. Por tanto, debió estar regulado de manera genérica dentro del principio de buena fe procesal, independientemente de que se señalen expresamente los supuestos en los que se deben imponer.

No debe perderse de vista que la multa tiene carácter *disciplinario*; es decir, que lo impone el juez después de verificar la conducta procesal del multado. Como ya dijimos, el insumo central de la multa es la conducta procesal del multado, esto es, que el juez antes de imponerla debe comprobar que el multado haya incurrido en alguna conducta. Ningún sujeto multado se queda conforme con la multa impuesta, por ello, las situaciones para imponer la multa deben ser siempre objetivas, que no se haya incurrido en arbitrariedad o situaciones subjetivas por parte del juez para imponerla.

La multa que se impone es *patrimonial*, se fija en URP, las cuales se traduce en moneda nacional (nuevos soles) al multiplicar la URP por el valor que se haya fijado para el año (porque como sabemos esta es un porcentaje de la UIT).

Normalmente, la facultad para imponer la multa está reglada en el CPC, la posee naturalmente el juez como director del proceso en los códigos vinculados a la tendencia *eficientista*; por ello, se indica que la facultad de multa debe participar del principio de *legalidad* (art. 53, inciso 1 del CPC).

También, la imposición de multa participa de un principio que hace su presencia cotidiana en el proceso civil. Nos referimos al principio de *proporcionalidad*. La multa debe traducirse en términos económicos pero debe ser concordante con la conducta procesal del multado, por la incidencia que haya tenido en el actividad procesal, la gravedad de la misma, por los perjuicios que se hayan generado, evitando también que sea excesiva y que invada de manera gravosa la

esfera jurídica patrimonial del multado. Se exige que la multa sea proporcional y, en caso no lo sea, el multado o el afectado con la inconducta procesal lo denunciara en la apelación.

La *impugnación* se impone frente a la multa impuesta, pero nos parece que también cabe contra la decisión que no la impone: ello quiere decir que esta facultad disciplinaria que tiene el juez en el proceso es controlable con la apelación.

No se puede sostener que las multas impuestas sirvan para un autofinanciamiento de la actividad jurisdiccional. Con las multas no ocurre lo mismo que con los costas y costas, ya que estas últimas son sumas de dinero que corresponden a la parte vencedora, son de su patrimonio; en tanto que las multas constituyen ingresos propios del Poder Judicial (art. 420 del CPC), ingresan a las arcas de este Poder del Estado. Sin embargo, vale la pena decir que el ingreso por este concepto no es suficiente para solventar las ingentes necesidades de la actividad jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE SANTO, Víctor (1995): *Diccionario de Derecho Procesal*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Universidad; GOZAÍNI, Oswaldo (1990): *Costas procesales*. Buenos Aires: Ediar; HURTADO REYES, Martín (2013): “Las costas en el Código Procesal Penal desde la visión del proceso civil”. En: *Actualidad Jurídica*, tomo 231. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY PALACIOS, Mario (2009): “Notas en tema de condena en costas y costos”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 13. Lima: Communitas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DELION, Alian C: “Costos y costas en el procedimiento de infracción”. Disponible en: <www.estudiodelion.com.pe>, acceso: julio 2012; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2002): *Jurisprudencia actual*, tomo III. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2014): *Estudios críticos de Derecho Procesal Civil y arbitraje*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es un principio de la Administración de Justicia la gratuidad de esta así como la defensa de las personas de escasos recursos y para todos aquellos caso en que la ley señale, conforme lo preceptúa la Constitución Política del Estado en el artículo 139 inc. 16) exonerando de todos los gastos del proceso al que solicite auxilio judicial, y deben ser asumido por el Colegio de Abogados al cual pertenece el curador procesal (*Exp. N° 2005-0929-13-2701-JM-FA-01*).

Artículo IX

Principios de vinculación y de formalidad

Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 171, 172, 1DF, 2DF, 4DF, 5DF, 6DF, 10DF; C.P. Const. arts. III, VIII, 13; L.O.R.J. art. 184 num. 4.

Jim L. Ramírez Figueroa

1. INTRODUCCIÓN

Los seres humanos no siempre hemos solucionado nuestros conflictos a través de mecanismos pacíficos; muy por el contrario, en muchas ocasiones ha sido la fuerza el principal instrumento para repeler todo aquello que nos era adverso.

Con el surgimiento del Estado hemos pasado de un caos en el que prevalecía la ley del más fuerte a un orden jurídico en el que prevalece el criterio de un sujeto imparcial (juez), sustituyéndose de este modo la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado, a fin de que órganos especialmente instituidos para ello acogieran o actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otro. Es decir, los hombres entendimos que solo impidiendo el ejercicio de la fuerza privada como modo de satisfacer las pretensiones y el reconocimiento de los derechos, podíamos asegurar el imperio de la justicia.

Bajo este contexto, el proceso emerge como el sustituto civilizado de la autotutela, pues se erige como un instrumento al servicio de nuestros derechos. Por ello, como dice ARIANO, “el proceso es aquel medio que el Estado –en compensación por prohibirnos el hacernos justicia por mano propia–, nos ofrece para que por él y en él obtengamos, todo aquello y precisamente aquello que tenemos derecho a conseguir” (2003: pp. 363-364).

Así, el proceso debe ser entendido como un instrumento capaz de dar protección a las situaciones carentes de tutela (MARINONI, 2007: p. 13).

De allí que, todo aquel que crea tener derecho a algo puede acudir a un órgano jurisdiccional imparcial “que le atienda, verificando su razón, y, en su caso,

haciendo efectivo el derecho” (GONZÁLEZ, 2001: p. 23). Ahora bien, el acceso a los órganos jurisdiccionales implica el ejercicio de un derecho: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dice GONZÁLEZ, es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas (2001: p. 33).

Por ello, el juez no puede olvidar que “el proceso, sus teorías y su técnica, poseen dignidad y valor en función de la capacidad que tengan de propiciar la participación social, educar para el ejercicio y respeto a los derechos, garantizar las libertades y servir de canal para la participación democrática” (DINAMARCO, 2009: p. 11).

Es exactamente dentro de ese cuadro teórico que el presente comentario propondrá una lectura del artículo IX del Título Preliminar del CPC en función a los fines del proceso civil en el Estado Constitucional.

2. PRINCIPIO DE VINCULACIÓN

2.1. El carácter imperativo de las normas procesales

La seguridad jurídica, en palabras de ÁVILA, puede ser conceptualizada como “una norma-principio que exige, de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico-racional de las estructuras argumentativas de normas generales e individuales, como instrumentos garante del respeto a su capacidad de –sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad– plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro”. Es decir, solo habrá seguridad jurídica si el Derecho es, en alguna medida, capaz de dar una efectiva orientación.

De allí que “si las normas que el ciudadano conoce simplemente no son mínimamente obedecidas, en rigor, el conocimiento normativo no funciona como instrumento para que el ciudadano pueda realizar una planificación estratégica de su futuro jurídicamente orientado” (ÁVILA, 2012: p. 491). De este modo, solo habrá seguridad jurídica, si el ordenamiento jurídico es eficaz, esto es, capaz de producir los efectos jurídicos que está llamado a provocar.

De este modo, si la seguridad jurídica debe ser entendida como confiabilidad del Derecho, entonces, es necesario que el ciudadano tenga derecho al debido proceso. Debiendo entenderse este derecho no únicamente como el respeto a las garantías mínimas sino además como la exigencia de la realización de la seguridad jurídica al interior del proceso.

Por ello, las partes de un proceso podrán planificar sus estrategias al interior del mismo con antelación, pues confían que el juez no los desviara del procedimiento preestablecido en la ley, y que este último ceñirá su actuación al respeto irrestricto de las normas procesales.

En este punto, debemos recordar que, el CPC peruano concibe al juez como director del proceso, concepción que se ha concretizado en la atribución de una serie de “poderes y facultades”, los mismos que son indispensables para que el juez pueda juzgar y ejecutar lo juzgado de un modo activo, rápido y seguro. Sin embargo, la atribución de dichos “poderes y facultades”, no puede ni debe, entenderse como una autorización para romper el equilibrio que debe existir en todo proceso entre las exigencias de imparcialidad y el libre juego de intereses por un lado y, la exigencia de que la decisión sea el resultado de una participación activa de las partes y del juez, por el otro.

Justamente, a efectos de circunscribir el ejercicio de los *poderes y facultades* reconocidos al juez, se ha otorgado a las normas procesales el carácter de imperativas.

Ahora bien, son *normas imperativas* aquellas que se imponen de modo absoluto, pues no son derogables por la voluntad de sus destinatarios. En otras palabras, *normas imperativas* son aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente observadas (IRTI, 2003: p. 199; DE LA PUENTE, 2003: p. 210).

En este sentido, *normas procesales imperativas* son aquellas que se aplican de modo absoluto, al no encontrarse su aplicabilidad librada a la voluntad del juez o de las partes. Vale decir, que las *normas procesales imperativas* se imponen a la voluntad de los sujetos del proceso, quienes forzosamente deben de observarlas a lo largo de todo el procedimiento.

Nótese, que como dice MONROY, el carácter imperativo de las normas procesales no quiere decir, *stricto sensu*, que estas sean de orden público.

Pues bien, el hecho de que las normas procesales sean de derecho público, al regular estas una función pública realizada por el Estado: *la administración de justicia*, así como la conducta de los intervinientes en el proceso, no implica que tales normas sean de orden público. Ya que las normas procesales “contienen una

propuesta de conducta que puede o no ser realizada por una de las partes, sin que su incumplimiento afecte el sistema jurídico o las reglas de conducta consensualmente aceptadas” (MONROY, 2007: p. 214).

A partir de la afiliación al Derecho Público de las normas procesales, resulta natural asumir que dichas normas tengan carácter imperativo. Empero, no todas las normas procesales se encuentran revestidas con dicho carácter.

Precisamente, el CPC establece que, las normas procesales son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario (art. IX del Título Preliminar).

2.2. La vinculación a las normas procesales como una exigencia del derecho al debido proceso

Como es obvio, “la ley traza el modelo de los actos del proceso, su secuencia, su encadenamiento, disciplinando con esto el ejercicio del poder, ofreciendo a todos la garantía de que cada procedimiento a ser realizado en concreto tendrá conformidad con el modelo preestablecido” (DINAMARCO, 2009: p. 215). Por ello los desvíos u omisiones en la observancia del procedimiento legalmente instituido constituyen violaciones al debido proceso.

El debido proceso comprende una serie de derechos que forman parte de su contenido esencial, entre ellos, el derecho al procedimiento preestablecido en la ley, por ello la inobservancia de este derecho convierte el proceso en irregular.

Con todo la observancia del procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, no sean alteradas o modificadas con posterioridad (STC Exp. N° 2928-2002-AA).

Exigir que la labor del juez, *principalmente*, se cifia a lo previsto en las normas procesales, no trae consigo la idea de un juez irreflexivo u autómatas, o como prefería MONTESQUIEU un juez “*bouche de la loi*”. Contrario a ello, se reconoce en el juez una serie de *poderes y facultades*, que le permitirán, eventualmente, flexibilizar la aplicación de las normas procesales. Pero respetando, en todo momento, las garantías fundamentales que la Constitución reconoce a las partes.

Por ello, “cada acto del procedimiento ha de ser conforme a ley, no en razón de estar descrito en la ley ni en la medida del rigor de las exigencias legales, sino en la medida de la necesidad de cumplir ciertas funciones del proceso y porque existen funciones a cumplir” (DINAMARCO, 2009: p. 220).

Finalmente, no debemos olvidar, que el refuerzo a la autoridad del juez y la ampliación de sus poderes, confieren a este un marco propicio para adecuar las normas procesales a las circunstancias del caso en concreto.

3. PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

3.1. Formalismo en el proceso civil

El proceso, como dicen DIDIER y NOGUEIRA, “es una marcha hacia adelante, una sucesión de actos jurídicos ordenados y destinados a alcanzar un fin, cual es la prestación de la tutela jurisdiccional”. Es decir “se trata de un método de solución de conflictos, que se vale de un conjunto de reglas que ordenan la participación y el papel de los sujetos del proceso”. Dichas reglas no son otra cosa que el formalismo procesal (2015: p. 174).

Comúnmente, se suele entender que la forma, *en sentido estricto*, es el envoltorio del acto procesal, la manera cómo este debe exteriorizarse. En otros términos, se trata del conjunto de signos a través de los cuales la voluntad se manifiesta, así como los requisitos a ser observados en su celebración. Sin embargo, una noción más extensa e indispensable de la forma, como dice ALVARO DE OLIVEIRA, es aquella que, *en sentido amplio*, incluye dentro de dicha noción no solo a la totalidad de la forma del proceso, esto es a la forma, o las formalidades, sino también a la “delimitación de los poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso, con miras a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales” (2007: p. 31).

Nuestro CPC señala que las formalidades previstas en él son imperativas. A razón de ello los actos procesales más importantes del proceso son eminentemente formales. Piénsese por ejemplo en la demanda (arts. 424 y 425), la notificación (art. 158 y ss.) y la sentencia (arts. 121 y 122).

Como puede apreciarse, el formalismo procesal busca dotar al proceso de cierto orden, uno que otorgue previsibilidad a todo el procedimiento. De esta forma, el juez y las partes cuentan con un proceso organizado, en el que cada uno de ellos sabe cuál es su rol así como la forma y el momento en el que practicarán los actos procesales que les concierna. Después de todo, se entiende que “si el proceso no obedeciera a un orden determinado, debiendo cada acto ser practicado en su debido tiempo y lugar, es fácil entender que el litigio desembocaría en una disputa desordenada, sin límites o garantías para las partes, prevaleciendo o pudiendo prevalecer la arbitrariedad y parcialidad del órgano judicial o la chicana del adversario” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2007: pp. 31-32).

De allí que es errónea la percepción de la forma y la formalidad como algo negativo o perverso, como algo que entorpece la obtención de los fines del proceso. Pues se olvida que el formalismo alude a la totalidad de la expresión formal del proceso. Es más, se pierde de vista que el formalismo en sí constituye “una garantía indispensable de cualquier procedimiento, pues presupone las *reglas de*

juego impuestas al juez, a los sujetos procesales y a los terceros” (CAVANI, 2014: pp. 47-48). Es decir el formalismo coadyuva a que los poderes conferidos al juez, las facultades de las partes así como los derechos y garantías de estos, se encuentren debidamente delimitados.

En otros términos, la forma en sentido amplio, que es el sentido utilizado en el presente trabajo, asume “la tarea de indicar las fronteras para el comienzo y el fin del proceso, circunscribir el material a ser formado, y establecer dentro de qué límites deben cooperar y actuar las personas obrantes en el proceso para su desarrollo” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2007: p. 31).

Así, al igual que el carácter imperativo de las normas procesales, el formalismo procesal coadyuva a que la seguridad jurídica también se realice al interior del proceso.

3.2. Formalismo y fines del proceso civil

El paso del Estado legislativo al actual Estado constitucional de Derecho, ha traído consigo una serie de cambios en lo concerniente a la comprensión del Derecho. Así, hoy es común, diferenciar las normas en *reglas y principios*, asumir que el legislador emplea conceptos indeterminados así como cláusulas normativas generales que serán concretizadas vía interpretación por el juez, igualmente se acepta que la actividad jurisdiccional constituye una actividad de reconstrucción del sentido normativo de las proposiciones y enunciados fáctico-jurídicos.

Como no podía ser de otra manera, la forma de entender la jurisdicción ha cambiado notablemente, tanto así, que podemos decir que en nuestros días existe una clara vocación por la jurisdicción (PICARDI, 2009: p. 10), la misma que ha permitido la revaloración del rol de los jueces, a quienes se reconoce como los actuales “*señores del Derecho*”, pues, se dice, que en ellos “se dan cita todas las dimensiones del Derecho: la ley, los derechos y la justicia” (ZAGREBELSKY, 2008: p. 150).

Por ello, como dice MITIDIERO, “el proceso civil de nuestros días ha pasado a responder no solo por la necesidad de resolver casos concretos mediante la adopción de una decisión justa para las partes, sino también por la promoción de la unidad de derecho mediante la formación de precedentes” (2014: p. 54).

Justamente, en el Estado constitucional el proceso civil no puede tener otros fines más que, dar tutela a los derechos mediante la adopción de una decisión justa para el caso concreto y la formación del precedente para la promoción de la unidad del Derecho para la sociedad en general (MITIDIERO, 2014: p. 54).

Estos fines del proceso civil se condicen con los fines previstos en el CPC, pues para dar tutela a los derechos se tendrá que resolver el conflicto de intereses, o en su caso, dilucidar la incertidumbre jurídica; así mismo no hay mejor forma de contribuir a la paz social con justicia que a través de la formación de precedentes, reglas judiciales que no solo realizan el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley sino que además promueven la predictibilidad de la actuación judicial.

El formalismo procesal no es un fin en sí mismo, muy por el contrario es un instrumento al servicio de los fines del proceso. Esencialmente, la delimitación de los márgenes de actuación del juez y de las partes, responde a la necesidad de que el procedimiento se desenvuelva en un clima de igualdad y sin lugar para la arbitrariedad. Es decir, el formalismo tiende a facilitar el camino que deben recorrer las partes, desde la interposición de la demanda hasta la emisión de la decisión que ponga fin al conflicto.

Este carácter instrumental del formalismo se ve reflejado en el artículo IX del Título Preliminar del CPC, cuando se señala que el Juez adecuará la exigencia de las formalidades al logro de los fines del proceso.

3.3. Formalismo e informalismo: la necesidad de un equilibrio

El juez, como anota MARINONI, debe entender las normas procesales de acuerdo con los derechos fundamentales procesales. De este modo, “al depararse con una norma que prevé una técnica procesal que permite la obtención de la tutela judicial, debe extraer de ella la interpretación que facilite alcanzar la tutela efectiva del derecho”. Ello quiere decir que si “hay más de una interpretación posible, el juez debe necesariamente adoptar la interpretación que haga efectiva la tutela del derecho” (2015: p. 53).

Así, el juez debe preocuparse por la tutela que está llamado a otorgar por medio del proceso, debiendo, para tal efecto, buscar en la norma procesal la técnica apropiada para su efectiva prestación (MARINONI, 2007: p. 15).

Sin embargo, el deber del juez de otorgar tutela frente a una situación carente de la misma, no lo autoriza a ejercer arbitrariamente sus poderes y facultades, toda vez que las partes de un proceso son destinatarios de una serie de garantías procesales previstas en la Constitución.

Y aquí, es donde la forma y el formalismo cobran protagonismo, ya que no solo impondrán límites al poder del juez, sino que además encaminarán de manera ordenada el ejercicio de las facultades otorgadas a las partes.

Es importante resaltar las virtudes del formalismo procesal, pues solo así podremos rechazar el formalismo obcecado e irracional, el cual, como resalta DINAMARCO, “es un factor de empobrecimiento del proceso y ceguera para sus fines”.

Nuestro CPC, de alguna manera, ha dejado cierto margen de libertad para la realización de un acto procesal, el cual se reputará válido cualquiera sea la formalidad empleada, cuando no se exija una determinada formalidad. Pero, no debemos olvidar, que la formalidad de los actos procesales más importantes se encuentra legalmente prevista.

Bajo este contexto, existe la necesidad de encontrar un equilibrio entre el formalismo y el informalismo, pues prescindir del formalismo podría conducirnos a un proceso desordenado, y lo que es más grave, a un proceso arbitrario en el que no se distingan las funciones del juez y de las partes, un proceso sin un juez imparcial y sin igualdad entre las partes. Por otro lado, procurar un exacerbado culto al formalismo puede llevarnos a distorsionar los fines del proceso, a convertirlo en un escenario de ritos sin sentido.

Por tanto, ni formalismo procesal exacerbado ni informalismo procesal, sino formalismo al servicio de los fines del proceso civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIANO DEHO, Eugenia (2003): “Tutela jurisdiccional del crédito: proceso ejecutivo, proceso monitorio, condenas con reserva”. En: *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2007): *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*. Lima: Palestra; ÁVILA, Humberto (2012): “Teoría de la seguridad jurídica”. Madrid: Marcial Pons; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2003): *El contrato en general*, tomo I, 2ª ed., Lima: Palestra; DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro (2015): *Teoría de los hechos procesales*. Lima: ARA; DINAMARCO, Cándido Rangel (2009): *La instrumentalidad del proceso*. Lima: Communitas; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid: Civitas; IRTI, Natalino (2003): *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Lima: Grijley; MARINONI, Luiz Guilherme (2015): *El derecho de acción como derecho fundamental*. Bogotá: Temis; MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra; MYTIDIERO, Daniel (2014): “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. En: *Revista de Processo*, año 39, vol. 229; MONROY, Juan (2007): *Teoría general del proceso*. Lima: PICARDI Palestra; PICARDI, Nicola (2009): *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. Lima: Communitas; ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): *El Derecho ductil*, 8ª ed., Madrid: Trotta.

Artículo X

Principio de doble instancia

El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 num. 6; C.R.C. art. 319; C. de P.P. arts. 361 a 365; C.P. Const. arts. III, IV; L.P.A.G. art. 210; L.O.R.F. art. 11.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

Para entender lo plasmado en el artículo en comentario, hay que tener presente que el CPC se redactó estando vigente la Constitución de 1979, cuyo artículo 233 prescribía como “garantía de la administración de justicia” a la “instancia plural” (así, en su inc. 18). La previsión –con una terminología inédita en nuestra historia constitucional–, según lo refiere CHIRINOS SOTO, fue incluida por iniciativa de don Héctor CORNEJO CHÁVEZ “para asegurar que todo fallo judicial sea susceptible de revisión” (CHIRINOS SOTO, 1980: p. 273), más que probablemente pensándose en el proceso penal, pues en lo civil, la “instancia plural” estaba más que *asegurada* por el entonces vigente Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Ergo, a estar a la fecha de redacción del CPC, parecía que la inclusión del artículo X dentro del Título Preliminar del CPC haya respondido a aquella previsión constitucional. Sin embargo, su texto, más que la plasmación de la garantía, parece una advertencia: los procesos regulados en el CPC, si bien no lo son a instancia única, tampoco lo son a “instancia plural”, sino solo a “doble instancia”, dejando, por cierto, abierta la posibilidad de que, por *otra ley* –esto es, no por el CPC– se pudiera estructurar uno que otro proceso con más de dos instancias, pero también, nótese, procesos a instancia única “cuando el contexto sociocultural lo requiera y la norma constitucional lo permita” (MONROY GÁLVEZ, 1993: p. 47).

En buena cuenta, el artículo en comentario estaba enderezado a “delimitar” el dictado constitucional, para poner en evidencia (sin decirlo) que, en sustancia, la Corte Suprema, en los procesos del CPC, dejaría de ser juez de “instancia” (la tercera y última) para volverse un juez “distinto”: un juez “de casación”.

Por lo demás, ya durante la vigencia de la Constitución de 1993, que confirmó la garantía en el inciso 6 de su artículo 139, el Tribunal Constitucional no se ha cansado de repetirnos que:

“(…) el problema relativo a cuáles y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce

tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2, inciso 24, ordinal 'a', de la Ley Fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador. En tal sentido, hemos sostenido que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal.

Sin embargo, al mismo tiempo, hemos advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139 no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia *plural*, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble instancia*" [STC Exp. N° 3261-2005-PA/TC: f. j. 3].

Ergo, a estar a esta interpretación del alcance del inciso 6 del artículo 129 de la Constitución vigente, el CPC *parece* estar conforme a nuestra Carta vigente, en cuanto ha consagrado su contenido mínimo: la doble instancia.

Es más, el TC reiterando aquello de que "el problema relativo a cuáles y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho" a la pluralidad de instancias, ha *expresamente* legitimado la "opción" del CPC, al indicar que debe "entenderse que su determinación ha sido señalada por el Código Procesal Civil que determina que el proceso civil peruano se sigue en solo dos grados o instancias" (RTC Exp. N° 05108-2008-AA/TC: f. j. 6).

2. ECOS DEL PASADO: PLURALIDAD DE INSTANCIAS, DOBLE (O TRIPLE) CONFORME Y "DOBLE INSTANCIA"

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la previsión constitucional (la de la Constitución de 1979 y la de la vigente) resuenan los ecos del pasado, un pasado del cual se desprende que los modelos judiciales de la pluralidad de instancias y de la "doble instancia" no coinciden.

En efecto, la "pluralidad de instancias" (o de pluralidad de "grados" que es lo mismo) es un modelo histórico cuya esencia está en la posibilidad de que un asunto sea sucesivamente conocido por diversos jueces, tantos como la organización judicial (por lo general jerarquizada) lo permita, hasta ascender al órgano de vértice, cuya decisión prevalece sobre las anteriores, sustituyéndola (RICCI, 1989: p. 2).

Tal modelo está indisolublemente ligado a la evolución de la organización imperial romana y a la de la ordinarización de la *appellatio*, que de ser un *extraordinarium auxilium*, concedida caso por caso por el emperador, devino, con el pasar del tiempo, "un normal medio de impugnación, a plantearse por cualquier legitimado, en contra de una sentencia válida de otra forma inatacable" (ORESTANO,

1958: p. 710), a fin de obtener un nuevo enjuiciamiento sobre una situación ya juzgada por parte del órgano jerárquicamente superior al anterior.

Por tanto, el modelo histórico de la “pluralidad de instancias” presupone una organización judicial compleja, compuesta por jueces organizados por niveles jerárquicos (de allí aquello de “grado”) a los cuales se accede a través de una impugnación devolutivo-sustitutiva (la apelación) que provoca el total re-enjuiciamiento de una controversia ya previamente juzgada.

La “técnica” de la pluralidad de instancias –aparte de constituir un medio de control de la actuación de los jueces subordinados por parte de sus superiores (PADOA SCHIOPPA, 1967: p. 3)– estaba enderezada a asegurar la justicia de la decisión final. En palabras de CALAMANDREI:

“(…) por cuanto razones de tranquilidad social no permiten hacer depender la validez de lo juzgado de la justicia de su contenido, el proceso debe ser construido de manera que la cosa juzgada no pueda formarse sino a través de garantías que reduzcan al mínimo la probabilidad de una sentencia injusta, y esas garantías deben consistir (además de la exacta observancia de las prescripciones procesales *in procedendo*) en la posibilidad de reiteración del juicio lógico del que la sentencia nace, a través de una serie de *instancias*, o *grados* sucesivos, que constituyan otras tantas fases de un único proceso, cada una de las cuales se cierre con un juicio sobre la relación controvertida, pero solo la última sea idónea para producir un juicio irrevocable (cosa juzgada en sentido formal). De esta manera el proceso no corre ya más desde el inicio hasta el final ante un solo órgano juzgador, sino que, aunque manteniéndose único, se fracciona, se segmenta, por así decirlo, en una pluralidad de episodios que se desarrollan ante jueces distintos, como un drama que resulta de una sucesión de ‘actos’ escénicos: en donde la finalidad que el proceso se propone lograr es obtenida solamente al término de la última fase procesal, de la cual las precedentes no son que una preparación, un experimento, un ‘bosquejo’” (CALAMANDREI, 1920: p. 407).

Ahora bien, variante del modelo de la pluralidad de las instancias es el del *doble conforme* (propia del derecho canónico medieval y que subsiste hasta la fecha en el ordenamiento de la Iglesia Católica) o de la *triple conforme* (propia del derecho histórico español [AIKIN ARALUCE, 1982: p. 46]), que constituyó históricamente la “fórmula” ideada para limitar el número de apelaciones (FIORELLI, 1958: p. 718).

En el modelo de la doble (o triple) conforme existe efectivamente la posibilidad del planteamiento de una pluralidad de apelaciones promotoras de ulteriores instancias, pero la posibilidad de su planteamiento se detiene tan pronto se obtiene una doble (o triple) decisión “conforme”, es decir, con el mismo tenor.

El modelo de la pluralidad de instancias fue el que esbozamos en los albores de la República en las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839, las

que –bajo las huellas de la Constitución de Cádiz– limitaron su número a tres. Será luego el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, el que adoptará (por breve tiempo) la variante de la doble conforme, al prescribir, por un lado, la apelación como medio para promover la “segunda instancia” y, por el otro, la súplica para promover la “tercera instancia”. La primera como “remedio” general contra las sentencias “injustas” (art. 1648) y la segunda como “remedio” limitado a los casos en los que se hubiera perdido la causa “en segunda instancia, ante una Corte de Justicia” (art. 1716), pero, nótese, siempre que “las sentencias o autos pronunciados en vista” no fueran confirmatorios de los de primera instancia (art. 1717). *Ergo*, la súplica (o sea el medio para promover la tercera instancia) estaba claramente predispuesta para lograr la “doble conforme”.

Nuestro modelo de “doble conforme” fue eliminado por Decreto Dictatorial de Ramón Castilla del 31 de marzo de 1855, en atención a que se consideró (erróneamente) que su función podía bien ser asumida por el “recurso extraordinario de nulidad” de competencia de la Corte Suprema.

La supresión de la *súplica* es (históricamente) trascendente, pues con ello, en buena cuenta, “transformamos” a la Corte Suprema *en juez de tercera instancia*, algo que –podemos tener la certeza– nunca estuvo en la mente de nuestros padres constituyentes, quienes (siguiendo más que probablemente a la Constitución de Cádiz de 1812 [BRIGUGLIO, 1991: p. 144]) no querían que en las causas ordinarias el órgano supremo fuera un juez de “instancia”, sino un mero controlador de la regularidad formal del proceso, vía la promoción del “recurso de nulidad”.

Con la supresión de la súplica, el principio de la “doble conforme” terminó desapareciendo de nuestro ordenamiento, pues la “doble conformidad” no era un impedimento para la promoción del recurso de nulidad (ya, directamente, promotor de una tercera instancia) como sí lo era para la súplica.

Es así que, hasta el advenimiento del CPC de 1993, en el campo del proceso civil, nos continuamos moviendo dentro de un modelo de pluralidad de instancias, en cuanto el Código de Procedimientos Civiles confirmando a la apelación como promotora de la segunda instancia (art. 1102 y ss., justamente bajo el epígrafe “Segunda Instancia”), consagró un (llamado) recurso de nulidad (arts. 1122 y ss.) promotor de una tercera instancia (aunque con ciertas limitaciones) de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

Quede claro pues: en un modelo de pluralidad de instancias es posible el planteamiento de tantas impugnaciones devolutivo-sustitutivas como la organización judicial lo permita; en el modelo de la doble (o triple) conforme tal posibilidad se detiene tan pronto se obtienen una doble (o triple) decisión “conforme”, es decir, con el mismo tenor.

3. SIGUE EL MODELO DE LA “DOBLE INSTANCIA” COMO SUPERACIÓN DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS

Por contraposición al modelo de la pluralidad de instancias y de su variante de la doble (o triple) conforme, el modelo del doble instancia se contenta con la existencia apenas de un ulterior “grado” de juicio al primero a llevarse ante un distinto juez, cuya decisión prevalece sobre la primera y es la que adquiere la “autoridad” de la cosa juzgada.

El modelo de la “doble instancia” encuentra su origen en la decisión “política” de los revolucionarios franceses, que, en mayo de 1790, frente al dilema entre mantener la pluralidad de apelaciones o la abolición total de la apelación, adoptaron una fórmula intermedia: la de solo dos grados de jurisdicción (así, el decreto del 1 de mayo 1790, “*il y aurait deux degrés de juridiction en matière civile*”) en fuerza del cual tras el primer juicio, se admitió un único reexamen total (*in facto e in iure*) de la controversia ante otro juez, cuya sentencia era ya inapelable (CALAMANDREI, 1929: p. 730). Es así que frente a las largas y seculares disputas sobre cuál debía ser el idóneo número de instancias que aseguraran la justicia de la decisión, los franceses cortaron por lo sano: dos son suficientes, conformes o no. El “doble grado” será luego confirmado en la Ley del 26 de agosto de 1790, al rediseñar toda la organización judicial francesa e irradiará su influencia sobre buena parte del continente europeo poniendo en jaque el secular modelo de pluralidad de instancias.

Como consecuencia, en el nuevo mundo esbozado por los revolucionarios franceses todo proceso debía poder transitar, como máximo, por dos “grados” (o instancias), tras lo cual se tenía la cosa juzgada.

Por tanto, la esencia del modelo de la “doble instancia” de corte francés está en que no solo no se contenta con una primera decisión sobre la controversia (y sí con la posibilidad de una segunda), sino en que tampoco tolera la existencia de una tercera, pues es la segunda, por definición, la que pone término en definitiva a la controversia, sea cual fuere su contenido. Un modelo así admite otras impugnaciones “pero ellas deben tener una diferente estructura y finalidad” (RICCI, 1989: p. 2), esto es *no pueden ser* impugnaciones devolutivo-sustitutivas que, como tales, promuevan una ulterior instancia.

Ergo, si hasta el 28 de julio de 1993, fecha de entrada en vigencia del CPC, en cuanto al proceso civil, la “instancia plural” de la Constitución de 1979, era “plural” en el sentido de que no había menos de dos y no más de tres, con el paso al CPC vigente, nos “afrancesamos” reduciendo las instancias posibles a dos.

4. “INSTANCIA PLURAL” Y DERECHO A LOS RECURSOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

Ahora bien, dando por bueno que “el inciso 6) del artículo 139 no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia *plural*, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble instancia*” (STC Exp. N° 3261-2005-PA/TC: f. j. 3) y que, por tanto, el modelo acogido por el CPC parece estar conforme a la Constitución, la ocasión se presenta propicia para abordar la confusa y errónea conceptualización del TC sobre lo que se ha dado en llamar el “derecho de acceder a los recursos regulados” (según la expresión del art. 4 del CPConst.), cual componente del derecho al “debido proceso”, que a veces es identificado con el “derecho” a la instancia plural y en otras como un derecho “autónomo”.

Es así que el TC, en numerosas ocasiones ha derivado el derecho al “acceso a los medios impugnatorios regulados” del “derecho a la pluralidad de instancias”:

“El derecho a los recursos forma parte (...) del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no solo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia” (STC Exp. N° 1231-2002-HC/TC; f. j. 2, cursivas nuestras).

El derecho de acceso a los recursos constituye un elemento conformante del derecho al debido proceso, derivado del principio de pluralidad de instancia (art. 139, inc. 6 de la Const.), y previsto además de manera expresa en el literal h del artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos (...). Del mismo modo, conforme al inciso quinto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (STC Exp. N° 01243-2008-HC-TC: f. j. 2; STC Exp. N° 05019-2009-PHC/TC: f. j. 2, cursivas nuestras).

En otras, en cambio, parece decirnos que son un solo “derecho”:

“La recurribilidad de las sentencias (o pluralidad de instancias) es un derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución, y tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal (...). Por otro lado, es bueno remarcar que al igual que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, el derecho a la pluralidad de instancias forma parte del contenido complejo de otro derecho fundamental, como lo es el debido proceso” (STC Exp. N° 607-2009-AA/TC: f. j. 51 y 53, cursivas nuestras).

En otras más, ha procedido a la inversa, esto es, el derecho a la pluralidad de instancias estaría íntimamente relacionado (?) con el derecho a los medios impugnatorios:

“(…) respecto al derecho a la pluralidad de instancias, es evidente que guarda íntima relación con el derecho a los medios impugnatorios” (STC Exp. N° 10490-2006-AA/TC: f. j. 11).

En otras más aún, el derecho de acceso a los recursos no se derivaría del derecho a la pluralidad de instancias sino (solo) del derecho a un “debido proceso”:

“(El) derecho de acceso a los recursos es un derecho autónomo, aunque implícito, que forma parte del derecho al debido proceso. Su ejercicio permite al justiciable recurrir una decisión judicial ante un órgano superior, con la finalidad de que la controversia sea objeto de un nuevo examen (STC Exp. N° 962-2007-PA/TC: f. j. 4, cursivas nuestras).

Uno de los derechos que conforman el derecho al debido proceso es el derecho de acceso a los medios impugnatorios (...) En efecto, si bien *este no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Política del Perú*, su reconocimiento a título de derecho fundamental puede inferirse de la cláusula constitucional mediante la cual se reconoce el derecho al debido proceso” (STC Exp. N° 6476-2008-AA/TC: f. j. 7, cursivas agregadas).

Pero hay algo alarmante, reiteradamente afirmado en la jurisprudencia del TC: considerar que el derecho a los recursos sea un derecho “fundamental” pero de “configuración legal”:

“(El) derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior (...). (En) en tanto derecho de configuración legal, corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir. Su contenido constitucionalmente protegido garantiza que no se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio” (STC Exp. N° 5194-2005-AA/TC; f. j. 4-5).

Con esto último, el TC ha terminado mezclando la restrictiva “doctrina” del TCE sobre el “derecho al recurso” que sería componente del derecho a la tutela judicial efectiva en tanto esté legalmente previsto (PICÓ i JUNOY, 1997: pp. 80, 81 en sentido, según me parece entender, adhesivo; GARBERÍ LLOBREGAT, 2009: p. 185 y ss., en sentido claramente crítico) con aquella de la Corte IDH –en particular en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*– respecto de derecho de recurrir contemplado en el artículo 8.2.h del Pacto de San José, en el sentido de que ese recurso –sea cual fuere su denominación– “debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho” (SCIDH, Serie C N° 107, párr. 164).

A estar a estas gruesas confusiones de nuestro TC, se imponen algunas precisiones.

En primer lugar, lo que se debe entender por “instancia”. Dado que esta es una expresión del pretérito, nada mejor que acudir a la noción (que se puede, además, encontrar en cualquier manual de práctica forense del siglo XIX) contemplada en el artículo 278 del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852: “Instancia es la prosecución del juicio, desde que se interpone la demanda hasta que el juez la decida, o desde que se entabla un recurso ordinario ante un tribunal superior hasta que este lo resuelva”. Por tanto, por “primera instancia” debemos entender el íntegro desarrollo del proceso ante el primer juez: desde el inicio (con la demanda) hasta la sentencia, pasando por todas las actuaciones que se requieran para obtener un pronunciamiento sobre lo demandado. La “segunda instancia” es, en consecuencia, el conjunto de actuaciones necesarias para obtener el pronunciamiento sobre lo demandado por parte del segundo juez: desde la promoción del recurso hasta la segunda sentencia.

En segundo lugar, que en el Perú está *directamente asegurado* por la Constitución el que *todos* los procesos que se lleven ante el Poder Judicial (o sea ante los órganos jurisdiccionales ordinarios), no puedan ser a instancia única. Ello implica que la legislación procesal respectiva *debe* establecer *un medio* –hámese apelación o como se quiera– para provocar, *como mínimo*, una segunda instancia. Este medio por tanto no es de “configuración legal”, porque no se tiene derecho a él, en tanto y en cuanto esté previsto por la ley, *sino que tiene que estar previsto en la ley porque así lo manda la Constitución*. Respecto de ese medio (y solo de este medio) se puede predicar que el legislador no “establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio” (es decir, debe ser fácilmente “accesible” a las partes).

En tercer lugar, no todos los medios impugnatorios se dirigen “contra una decisión judicial ante un órgano superior, con la finalidad de que la controversia sea objeto de un nuevo examen”, pues ello depende del tipo de impugnación, su objeto y la función que el ordenamiento procesal le asigne. Hay medios de impugnación –como la reposición– que son conocidos por el propio órgano judicial que ha emitido la resolución, y otros –como la apelación de autos intermedios, el recurso de casación, la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta o la revisión penal– que no promueven un nuevo examen de la “controversia”. Son estos medios de impugnación, que no son promotores de una ulterior instancia, los que no están asegurados constitucionalmente. De ellos, en consecuencia, sí se puede predicar que son de “configuración legal” y que, por tanto, “corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir”. Por tanto,

si al legislador se le ocurriese eliminar esos otros medios impugnatorios existentes o crear unos llenos de obstáculos y filtros para su admisión, no habría nada de qué lamentarse, al menos en términos constitucionales.

Finalmente, no hay que confundir el derecho al recurso del artículo 8.2.h de la CADH o el del artículo 14.5 del PIDCP, ni con el derecho a los recursos legalmente establecidos ni con el modelo de la pluralidad de instancias, pues tales previsiones internacionales están enderezadas a asegurarle al condenado penal –y solo al condenado (no importa si en primera o en segunda instancia)– el acceso a un recurso que permita que otro juez reexamine *in toto* (es decir, *in facto e in iure*) su caso. De hecho –tal como ocurrió en el caso *Mohamed vs. Argentina* (SCIDH, Serie C N° 255)– es bien posible que con un sistema de doble instancia en materia penal –en donde existe la posibilidad de que se condene en segunda instancia al absuelto en la primera– se termine violando el artículo 8.2.h de la CADH si es que el Estado no cuenta con un recurso que permita que otro juez (es decir, un tercero) pueda íntegramente reexaminar el caso.

En suma, una cosa es considerar legítimo, como lo ha hecho el TC, que el legislador ordinario limite el número de instancias posibles de un proceso a dos, esto es, que el número de instancias posibles sea “de configuración legal”, y otra muy distinta es considerar que el medio que promueve esa ulterior (segunda) instancia sea también de “configuración legal”, pues la Constitución impone que *ese medio exista* y este previsto de tal manera que le permita al segundo juez un *reexamen* total de lo que fue conocido por el primer juez (en línea de principio, dentro de los límites de lo impugnado).

Que, luego, en el concreto de la regulación existente en el CPC, el medio pre-dispuesto para promover la segunda instancia –esto es, la apelación de la sentencia de primera instancia–, realmente la promueva, es algo que no se puede analizar en esta sede y que será tratada en su lugar (v. comentarios *sub* art. 364 y ss.).

5. ¿LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE PROCESOS A INSTANCIA ÚNICA?: LA INACEPTABLE “DOCTRINA” DE LA STC EXP. N° 4235-2010-HC/TC

A las confusiones mencionadas en el apartado anterior, en la STC Exp. N° 4235-2010-HC/TC, el Tribunal Constitucional, además de reiterarlas, agregó otra: la identificación de la “instancia plural” con la colegialidad del órgano jurisdiccional.

Es así que, el TC, identificando el “telos del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una *razón más experimentada* en comparación con aquella que emitió la primera resolución” (f. j. 22), se pregunta si

acaso “el legislador está obligado a regular un recurso contra las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales colegiados, toda vez que estos son por definición *instancias plurales*, y guardan, presumidamente, cierta cualificación por ostentar una jerarquía, cuando menos, de mediano rango” (f. j. 24).

La (auto)respuesta es la siguiente:

“A juicio del Tribunal Constitucional, dicha obligación, por pertenecer al contenido esencial del derecho, existe inequívocamente con relación a sentencias penales condenatorias y con relación, en general, a resoluciones judiciales que limiten el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal o de algún otro derecho fundamental. No obstante, en relación con asuntos distintos de estos, la determinación de recursos contra resoluciones judiciales emitidas por tribunales colegiados, pertenece al ámbito de configuración legal del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, más no a su contenido constitucional esencial o indisponible” (f. j. 24).

Todo lo cual le lleva a *–prima facie* y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales– concluir que “pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona” a “un recurso eficaz contra”:

- a) La sentencia que le imponga una condena penal.
- b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.
- c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.
- d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental (f. j. 25).

Ergo, según el TC, si el legislador estableciera un proceso “no penal” a instancia única ante un órgano jurisdiccional colegiado, tal regulación sería plenamente constitucional, pues no afectaría el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, en cuanto pertenecería al “ámbito de configuración legal del derecho fundamental”.

¡Si uno no lo lee, no lo cree! Pero lo cierto es que está dicho. Esperemos que el legislador ordinario no se lo tome en serio.

Pero si llegara a tomárselo en serio y, por ventura, se estableciese, por ley, algún proceso “no penal” a instancia única de competencia de un órgano jurisdiccional

colegiado, hay algo que no habrá que cambiar en nuestro ordenamiento: el artículo en comentario, que no por nada establece que, como regla, el proceso tiene dos instancias “*salvo disposición legal distinta*”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AIKIN ARALUCE, Susana (1982): *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid: Reus; BRIGUGLIO, Antonio Renato (1991): “Storia e riforma della Cassazione civile spagnola”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; CALAMANDREI, Piero (1920): *La cassazione civile*. I, Turín: Fratelli Bocca; CALAMANDREI, Piero (1929): “Appello civile”. En: *Enciclopedia Italiana*. VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; CHIRINOS SOTO, Enrique (1980): *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima: Ed. Andina; FIORELLI, Piero (1958): “Appello (Diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del diritto*, vol. II. Milán: Giuffrè; GARBERÍ LLOBREGAT, José (2009): *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; MONROY, Juan (1993): “Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992”. En: *Themis. Revista de Derecho*. N° 15; ORESTANO, Riccardo (1958): “Appello (Diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. II. Milán: Giuffrè; PICÓ I JUNOY, Joan (1997): *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch; PADOA SCHIOPPA, Antonio (1967): *Ricerche sull'appello nel Diritto intermedio*. I. Milán: Giuffrè; RICCI, Edoardo F. (1989). “Doppio grado di giurisdizione (principio del). I) Diritto Processuale Civile”. En: *Enciclopedia Giuridica*. XII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.

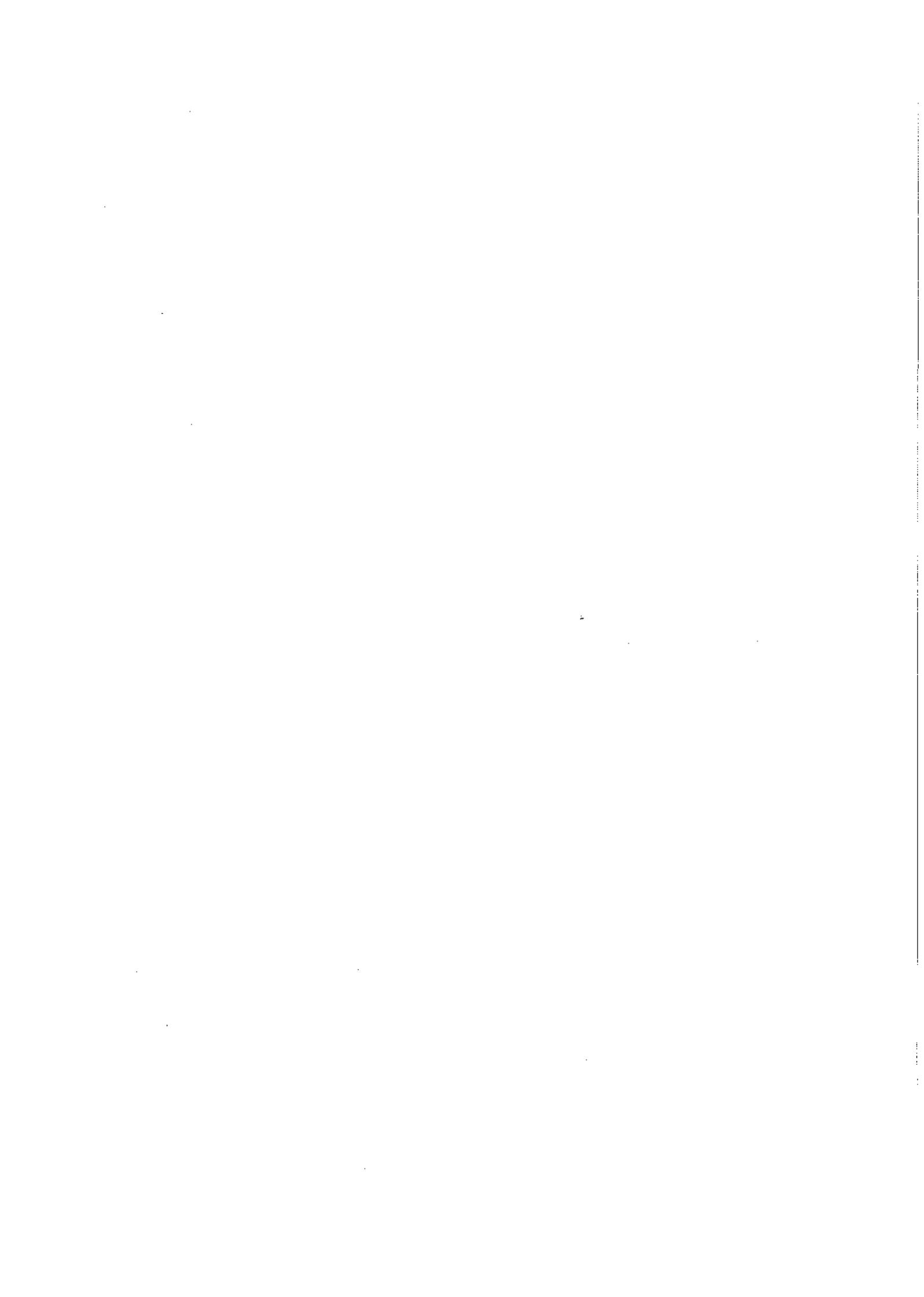
BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALLORIO, Enrico (1979): “Sul doppio grado del processo civile”. En: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. III. Milán: Giuffrè; ARIANO DEHO, Eugenia (2003): “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”. En: *Advocatus*, N° 9; ARIANO DEHO, Eugenia (2004): “Impugnaciones ‘injustas’: una abstracta polémica y un concreto caso”. *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 66. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2011): “Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso los medios impugnatorios regulados por la ley”. En: Sosa Sacio, Manuel (coord.). *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Gaceta Jurídica; CAPPELLETTI, Mauro (1974): “Dictamen iconoclástico sobre la reforma del proceso civil italiano” [1969]. En: *Proceso, ideologías y sociedad*. Buenos Aires: Ejea; NICOTRA GUERRERA, Ida (2000): “Doppio grado di giudizio, diritto di difesa e principio di certezza”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; PRIORI POSADA, Giovanni (2003): “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus*, N° 9.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La garantía de la pluralidad de instancias amparada constitucionalmente no es absoluta, en tanto el legislador puede, como en efecto lo hace, establecer algunos parámetros como lo son el plazo impugnatorio y la materia de impugnación (*Queja N° 813-2006-Lima*).

SECCIÓN PRIMERA
JURISDICCIÓN, ACCIÓN
Y COMPETENCIA



SECCIÓN PRIMERA JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y COMPETENCIA

TÍTULO I JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

Artículo 1 | **Órganos y alcances de la potestad jurisdiccional civil**

La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 incs. 1 y 2; C.R.C. arts. 1, V, 126; L.O.P.J. art. 1.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la jurisdicción ha sido considerado el tema relevante del Derecho Procesal (LASCANO, 1946: p. 371 y ss.), el problema número uno del Derecho Procesal (IBÁÑEZ, 1972: p. 28), una prueba de fuego (COUTURE, 1953: p. 15), un elemento indispensable del Derecho Procesal (BRISEÑO, 1969: p. 243), una difícil tarea (COLOMBO, 1969: p. 9); en fin, una constante confrontación con la imprecisión conceptual, pues concretizar el ordenamiento normativo no es tarea exclusiva de los jueces, además, estos no solamente componen la *litis* (VERDE, 2002: p. 35) y no siempre aplican penas; de modo que, en medio de tanta predisposición para la imprecisión, el procesalismo también se caracterizó por potencializar esa problemática condición conceptual sobre la jurisdicción (GONZÁLEZ LINARES, 2014: p. 177 y ss.; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2014: p. 755 y ss.).

De ahí que si se dice que la dificultad del tratamiento de la jurisdicción no reside en su noción esencial, sino, en diversos aspectos, presupuestos e implicaciones de su regulación normativa (LA CHINA, 2003: p. 37), habría que reconsiderar si el problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción está

resuelto y si logra sobreponerse a la abstracción que le acecha en los cánones del paleo-procesalismo.

La concepción de la jurisdicción dominante en el paleo-procesalismo es la que la explica como un poder-deber. La jurisdicción como poder se explica porque: i) es emanación de la soberanía del Estado; ii) controla –difusamente, en el caso peruano– la constitucionalidad de las leyes; iii) goza de exclusividad, de modo que ningún órgano estatal podría asumir su rol público; iv) su potencia, energía o fuerza de mandar hace que la producción legislativa sea efectiva y que la sentencia se cumpla definitivamente; y, v) su realización implica la invocación del nombre por el que imparte justicia que es el pueblo de donde fluye el poder estatal. La jurisdicción como deber parte de la prohibición de la autotutela, el monopolio estatal de la impartición de justicia y el derecho a la realización de los intereses tutelados determinan el deber de la jurisdicción. Conviene hacer hincapié en el último punto, puesto que se trata del derecho de acción que tiene por objeto una prestación positiva del Estado. Lo importante en esta perspectiva es que al tratarse la jurisdicción de un deber estatal tiene, como consecuente realidad, la responsabilidad que su incumplimiento genera y que debe repararse, y esto también involucra la responsabilidad del Estado por error judicial.

2. ACEPCIONES, CARACTERÍSTICAS, ELEMENTOS, LÍMITES, PODERES, CLASIFICACIÓN Y OTRAS PARTICULARIDADES DE LA JURISDICCIÓN

Las distintas *acepciones* (COUTURE, 1978: p. 28 y ss.; PALACIO, 1975: p. 321; ALCALÁ-ZAMORA, 1972: p. 477; BARRIOS, 1979: p. 155; DI IORIO, 1985: p. 7) del término “jurisdicción” la muestran como: i) ámbito territorial (competencia territorial), ii) sinónimo de competencia (delimitación de la jurisdicción), iii) aptitud para conocer un tipo de pretensiones (competencia por la materia), iv) conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del Estado; y, v) función pública de hacer justicia. La diversidad de acepciones puede ampliarse mucho más, no sin considerar que lo pacífico que existe sobre el particular se da en el reconocimiento de tal diversidad y no en los sentidos que ella implica sobre la jurisdicción.

Entre las principales *características* de la jurisdicción se cuentan la: i) *unidad* (la jurisdicción es única, no permite clasificaciones) (GOZAÍNI, 1992: p. 185 y ss.; MONTERO *et al.*, 2004: p. 65 y ss.); ii) *indivisibilidad* (como poder estatal que es no se puede fraccionar; dividirla solo puede ser fruto de su confusión con la competencia); iii) *publicidad* (se cumple por órganos públicos, en una actividad pública y con los parámetros de un derecho –procesal– público) (CLARIÁ, 1989: p. 207); iv) *imparcialidad* (la autoridad actuante es ajena a los intereses de las partes y está separada de toda influencia que perturbe su juicio) (ALCALÁ-ZAMORA,

1992: p. 55); v) *generalidad* (se extiende en el territorio nacional y queda librada a la necesidad de ser empleada por la sociedad en general); vi) *judicialidad* (es fundamentalmente judicial aunque no todo lo judicial sea jurisdiccional ni, en rigor, todo lo jurisdiccional sea judicial, esto último se entiende esclarecido con los casos de jurisdicción excepcional); vii) *independencia* (en la medida en que el Poder Judicial es independiente de los otros poderes estatales); viii) *no vinculación al superior* (consecuencia de la imparcialidad e independencia del órgano de actividad jurisdiccional, esta característica (CLARIÁ, 1989: p. 207) se ve aparentemente sofocada en la actualidad con la teoría del precedente); ix) *exclusividad* (solo se ejerce por funcionarios del Poder Judicial, sin tolerar injerencia de jurisdicción estatal ajena a la nacional ni órganos “para-jurisdiccionales” de actuación normativa privados, es decir, ni “equivalentes jurisdiccionales” (CARNELUTTI, 1973: p. 109 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA, 1992: p. 32; QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 185 y ss.; MONTERO *et al.*, 2004: p. 80 y ss.) ni “jurisdicciones especiales” (IBÁÑEZ, 1972: p. 144 y ss.) –v. gr., arbitral o comunal campesina– o militares, aunque frente a este último aspecto está la postura de la constitucionalidad de la asignación de jurisdicción, inclusive para su ejercicio excepcional que no está a cargo del Poder Judicial); y, x) *permanencia* (su ejercicio es ininterrumpido).

Entre los *elementos* de la jurisdicción se suelen identificar el *subjetivo* (el órgano o funcionario jurisdiccional –que se caracteriza por soportar las garantías de imparcialidad, de juez natural y de juez técnico– y los sujetos de derecho), el *objetivo* o *material* (es el objeto al que atiende la jurisdicción) y el *de actividad* o *formal* (elemento procesal o, propiamente, el proceso que permite cumplir la función jurisdiccional).

Entre los diversos órdenes clasificatorios de los elementos de la jurisdicción también resalta el de agruparlos (CLARIÁ, 1989: p. 198 y ss.) en: i) elementos *procesales* (juez preconstituido y sistema normativo realizador, que juntos integran la esfera de garantías procesales que van desde el juez natural hasta el debido proceso, sin las cuales la función jurisdiccional no podría ejercerse válidamente); y, ii) elementos *sustanciales* (posición objetiva –actuación concreta del derecho objetivo que se resuelve en la aplicación y en la ejecución, es decir, se trata de la actuación forzosa de la norma de derecho material o de la “realización de la regla jurídica”– y posiciones subjetivas –posturas que atienden a la tutela de los derechos subjetivos individuales, solución de controversias, composición del litigio, etc.–).

Pero, el contexto de estudio que proporciona la alusión a los “elementos” de la jurisdicción también tiene un enfoque más específico con relación al acto jurisdiccional, considerando (COUTURE, 1978: p. 33 y ss.) como elementos de este la *forma* (elementos externos del acto jurisdiccional: presencia de partes, de jueces y procedimientos establecidos legalmente), el *contenido* (existencia de una

controversia jurídicamente relevante a ser resuelta por el órgano jurisdiccional) y la *función* (encargo de asegurar los valores jurídicos mediante la aplicación del Derecho) (DI IORIO, 1985: p. 24 y ss.).

En el mismo contexto de los elementos de la jurisdicción se configuran las determinaciones condicionales de los mismos, llamadas *límites* (GUASP, 1956a: p. 116; GOZAÍNI, 1992: p. 210 y ss.; 1999: p. 72 y ss.; GUASP y ARAGONESES, 1998: p. 98 y ss.) de la jurisdicción; entre los cuales cuentan los: i) *subjetivos* (v. gr., la competencia del juez, la no sujeción a la jurisdicción nacional de un jefe de Estado o de un agente diplomático extranjeros); ii) *objetivos o materiales* (v. gr., la competencia por la materia); y, iii) de *actividad o formales* (v. gr., la vigencia temporal y espacial de la ley material y procesal).

En el ámbito de las limitaciones de la jurisdicción merecen atenta mención las “garantías límite” (CLARÍA, 1989: p. 225 y ss.) de exclusión del procedimiento de oficio y de vinculación del tribunal. La primera exige la excitación extraña introductoria del caso que provoque el obrar jurisdiccional, lo que no solo implica que el juzgador no puede asumir directamente el caso concreto, sino que su decisión tiene un ámbito material limitado a aquello que le es demandado. La segunda, que gravita en la misma esfera de la primera, implica el ejercicio del derecho de acción para hacer imperativo e irrefragable el ejercicio de la jurisdicción hasta que se agote con la emisión de una decisión final.

El ejercicio de la función jurisdiccional se realiza por las potestades de los órganos que lo asumen; estas se han denominado, desde el Derecho Romano hasta los glosadores y postglosadores, “elementos” de la jurisdicción (*gnotio, vocatio, coercitio, iudicium* y *executio*); pero, en el procesalismo, se presentan como *poderes de la jurisdicción* (de conocimiento –*gnotio*–, comparecencia –*vocatio*–, documentación, decisión –*iudicium*–, ejecución –*executio*– y coerción –*coercitio*–), aunque en el ánimo de diferenciarlos de los poderes del juez se optó, en algunos casos, por continuar denominándolos “elementos”, más aún, porque ello denotaba que su plenitud en la jurisdicción hacía que cualquier separación, tan solo de uno de ellos, configurara cualquier entendimiento procesal menos el de la jurisdicción. Pero más allá de la (in)utilidad de una distinción nominativa de estos contenidos de la jurisdicción, sea como elementos, facultades (GOZAÍNI, 1992: p. 201), potestades (GIMENO SENDRA, 1981: p. 32 y ss.) o poderes, o combinándolos, los menciono aquí como poderes de la jurisdicción en tanto ello ayuda a diferenciar los elementos de la jurisdicción en la clásica y muy procesalista comprensión de los órdenes subjetivo, objetivo y formal con relación a la jurisdicción.

El *poder de conocimiento* permite que el juez conozca un litigio determinado. Esta facultad condensa la actuación de las partes frente a la función jurisdiccional y, propiamente, a esta como receptora de tales actuaciones o instancias, algo

más, como directriz del proceso, traducida en el obrar de un órgano con función de procesar (recibir) las instancias de las partes y, a final de cuentas, de dirigir el litigio mismo, por lo que decreta, admite y actúa medios probatorios.

El *poder de comparecencia* determina la facultad del juzgador para hacer comparecer a las partes del proceso, pues se trata del llamado de un poder y, por tanto, configura cargas, deberes y obligaciones. La *vocatio* tiene como principal orientación el hacer saber (CLARIÁ, 1989: p. 222) a los justiciables que el juzgador ha asumido su intervención en la causa.

El *poder de documentación o instrumentación* permite la perduración, en soporte físico o virtual, del proceso a través de la escritura o la videograbación que permitan, cuando y cuanto sea necesario, recuperar los datos que conforman el proceso en su desarrollo completo y con fidelidad de lo acontecido en su momento.

El despliegue de la función jurisdiccional no puede disiparse, en tanto el proceso tiene una duración que pone en riesgo la remembranza de lo hecho en el momento oportuno de su decisión o de su enjuiciamiento argumentativo.

Este poder no solo implica la instrumentalización de lo acontecido en el proceso (actuaciones procesales), sino también la custodia o mantención cuidada de la permanencia de los instrumentos procesales.

El *poder de decisión* permite al juez asumir, por decisión propia, la (re)solución de la controversia, lo que bien podría traducirse en fallar, resolver o decidir el mérito del caso concreto, es decir, emitir juicio final o, mejor, sentenciar en el proceso. Es el poder de subsumir la norma general al caso concreto para trasuntarla en una norma particular y específica, lo que, desde ya, habla de la labor creadora de Derecho implicada, algo mejor, habla de la motivación a que está llamado el ejercicio funcional de la jurisdicción.

Aquí abro un paréntesis entre lo que vengo y seguiré anotando sobre la sentencia o el sentenciar y la jurisdicción, pues no olvido que se trata de una línea tradicional del procesalismo la que entiende la vinculación de la sentencia con la jurisdicción, con las particularidades que aquí aparecen; por lo que no debo dejar de indicar que en la perspectiva neoprocesal del integrativismo trialista eficaz la sentencia no es jurisdiccional ni procesal. Aclarado esto cierro el paréntesis y retorno a la continuidad de lo apuntado.

La decisión del juez no siempre implica una labor subsuntiva o ponderativa de la norma material o de control de constitucionalidad, sino tiene un contexto amplio que se hace presente en cualquier decisión no siempre referida al orden de mérito sino también al procesal; es más, la sentencia no siempre será declarativa pura, constitutiva o de condena, sino también podrá ser desestimatoria de la

pretensión demandada, sobre el deber del juez de pronunciarse sobre el mérito, etc., es decir, el panorama de la sentencia se dibujará entre sentencias definitivas (o sobre el mérito), interlocutorias (o de incidencias procesales) y homologatorias (o de asignación del sentido imperativo de sentencia), aunque estas dos últimas categorías encajan bien en el orden de los autos. Pero, en cualquier caso, la energía resolutoria del litigio entendida en una sentencia, aun cuando haya habido rebeldía o allanamiento, siempre constituye el ejercicio del poder de decisión o de esa facultad de resolver el conflicto con efecto de cosa juzgada.

Si con el poder de conocimiento, el juez se hace receptor de las instancias de las partes, con el poder de decisión se hace dador de la solución final a las partes, lo que no es sino consecuencia de su condición de órgano decisor o, mejor, sentenciador. Consecuentemente, hacer una sentencia es concentrar una convicción traducida en un juicio para diseminar de ella una norma jurídica, de caracteres tan particulares como el que el mandato que comprende es especial y particular, precisamente por una labor aplicativa de subsunción o de ponderación que sintetiza *in casu* el mandato de una norma reglar o principal, respectivamente.

Si esto es así, el juicio contenido en la sentencia es anclaje de la exigencia de su motivación y de la justificación argumentativa, racional y razonable del mandato o, mejor, de la conducta preestablecida o precepto que contiene la decisión. En verdad, se trata de un poder de normar por aplicación de reglas o principios; de modo que la sentencia, por la decisión normativa que comprende cuando “dice el Derecho” (*iurisdictio*) —lo que en todo caso aparentemente excluiría de esta línea de razonamiento a las sentencias interlocutorias—, corresponde principalmente al plano normativo del Derecho y no al sociológico que es donde se desarrolla el proceso; es decir, no es acto procesal sino normativo o, mejor, no pertenece a la *jurística* sociológica del Derecho Procesal sino a la *jurística* normológica del Derecho Procesal. Por eso, la sentencia, atención, es el fin del proceso (GELSI, 1951: p. 298; BRISEÑO, 1969: p. 246).

Cuando el poder jurisdiccional se emplea para dirimir conflictos (DI IORIO, 1985: p. 19 y ss.) es que resalta como uno de decisión. Este poder puede ser estatal, público o privado, lo que se traduce en las jurisdicciones judicial, internacional y arbitral, respectivamente. Aunque lo dicho, cuando la visión de la jurisdicción se reduce a una emanación de la soberanía del Estado, no reconoce como jurisdicción sino única y exclusivamente a la judicial y las demás expresiones son “para-jurisdiccionales”, “equivalentes jurisdiccionales” (CARNELUTTI, 1973: p. 109 y ss.; QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 185 y ss.) o “jurisdicciones especiales” (IBÁÑEZ, 1972: p. 144 y ss.); pero, cuando la jurisdicción no se reduce en su generalidad a una emanación de la soberanía del Estado, sino solo cuando se trata de ver su *imperium*, la tarea de diferenciar una jurisdicción ordinaria o única, exclusiva,

plena y excluyente de otra jurisdicción excepcional, semiplena o incompleta, no depende del poder de decisión, sino de los poderes de coerción y de ejecución.

El escenario del poder de decisión, hasta aquí descrito, padece el peso de una contradicción que a todas luces se deja ver: si la sentencia es consecuencia de la función jurisdiccional, propiamente del poder de decisión, cómo es que no se considera procesal. Conjurar esta paradoja, en el canon neoprocesal, determina diferenciar la sentencia como norma y la sentencia como resolución o acto procesal, aspecto que motiva mi atención al ver, más adelante, la sentencia como fin del proceso.

El *poder de ejecución*, en un proceso de ejecución, hace efectiva la norma particular y concreta que fluye de la decisión o, mejor, del mandato contenido en la sentencia que no es acatado espontáneamente, claro está, cuando la sentencia es estimatoria (a favor del demandante y a cargo del demandado) y comprende una decisión declarativa de condena.

La sentencia comprende un mandato por el que lo decidido es obligatorio, de manera que ello canaliza el poder de ejecución, es decir, de aplicar esa energía –poder de imperio– traducida en coerción, orientada a la efectividad de lo decidido que no es sino el derecho material forzosamente actuado, es decir, venciendo cualquier resistencia aún con el empleo de la fuerza (pública) física.

El proceso ejecutivo se considera, junto al de conocimiento, como una forma en que se ejercita la jurisdicción, propiamente en tanto corresponde transformar la realidad en lo que ella debe ser (CARNELUTTI, 1973: p. 65). El poder de ejecución se presenta de manera gradual en el proceso ejecutivo, pues este puede quedar trunco por el acatamiento espontáneo del mandato judicial, expresarse como actos de naturaleza administrativa (v. gr., inscripción registral de sentencia constitutiva) o acentuarse en actos de ejecución forzada (v. gr., restitución posesoria).

Aunque en todo esto la polémica está a la orden del día, pues si, de un lado, no se duda en cuestionar la presencia de la jurisdicción en el proceso ejecutivo, dado que en él no existe una pretensión controvertida, sino una pretensión cierta que canaliza una función administrativa antes que jurisdiccional, la cual reduce su presencia solo a la “cognición procesal” (lo que coincide con que la esencia de la función jurisdiccional está en la sustitución intelectual, la misma que ya no se da en el proceso ejecutivo), de otro, se configura en el proceso ejecutivo una función jurisdiccional por conexión (ALLORIO, 1963: p. 14) o una actividad administrativa hipostasiada en el acto jurisdiccional (DÍAZ, citado por QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 171).

El *poder de coerción* aproxima la funcionalidad del proceso a la de la jurisdicción, de modo que el desarrollo del proceso se depura de cuanto obstáculo se presenta, y esa asepsia de obstáculos deriva en la claridad probatoria de las alegaciones fácticas y en la imposición de sanciones procesales a los propiciadores de esos obstáculos. Razón por la que el poder de coerción se entiende como una facultad de emplear la fuerza pública para conseguir el cumplimiento de las decisiones procesales y jurisdiccionales, algo mejor, como un poder de “ordenación” (CARNELUTTI, 1944: p. 162 y ss.) de *dirección* (de iniciación –control de requisitos de admisión y procedencia de actos postulatorios– y desarrollo –control lógico preclusivo, de saneamiento y de fraude procesales– del proceso), *instrucción* (organización y realización probatoria de oficio y de parte) y *disciplina* (sanciones por conductas procesales indebidas: devolución de escritos, multas, arrestos y expulsiones).

El *efecto* de la jurisdicción es una sentencia definitiva o inmutable, es decir, firme; lo que se traduce en la vieja institución de la cosa juzgada, propiamente en su comprensión dual de cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

Los *objetivos* de la jurisdicción tienen que ver con la actuación forzosa de la norma de derecho material sustancial o procesal, de ahí que afianzar la legalidad o hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales sean indicaciones de aserción de la jurisdicción. Mantener el imperio del orden jurídico vigente implica la actuación de este. La concreción de esta actuación (CLARIÁ, 1989: p. 220 y s.), es decir, la materialización de la aplicabilidad normativa por su proyección a un caso específico, particular o, mejor, “concreto”, se evidencia en los momentos de conocimiento, aplicación y ejecución forzada por los que discurren los contenidos de la jurisdicción.

En este elenco de lugares comunes también están los errores comunes sobre la jurisdicción, particularmente aquellos aspectos que son incongruentes por apelar al criterio de clasificar la jurisdicción “por lo que no es” o confundirla con la competencia o con sus particularidades conceptuales; así: i) se visualiza una clasificación de la jurisdicción que acude al criterio del “litigio” (AZULA, 2000: p. 140 y s.) para diferenciar una jurisdicción contenciosa y otra no contenciosa o voluntaria, como si esta última en rigor configurase la función jurisdiccional o en ella se pudiese advertir el litigio, algo peor, se acude a diferenciar clasificatoriamente la jurisdicción según la materia y, como consecuencia, ii) se advierte que la jurisdicción se deroga –sustracción de un proceso para que sea conocido por el juez de la materia pertinente–, tiene conflictos –se discute la jurisdicción entre dos órganos jurisdiccionales negándola o afirmándola ambos sobre un caso concreto–, expresa manifestaciones (IBÁÑEZ, 1972: p. 115 y ss.) o competencias, etc. (QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 173 y ss.).

3. EL TRÁNSITO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ORGÁNICA A LA CONSTITUCIÓN DOGMÁTICA

Las normas formales de la Constitución (estructural) se ocuparon del afianzamiento de los poderes públicos, diferenciándolos entre sí desde sus estructuras, funcionalidad e institucionalidad orgánica, de modo que la estantería del Poder Judicial quedaba completamente erigida en la Constitución estructural u orgánica.

Aquí, conviene señalar que históricamente la jurisdicción, a diferencia del poder estatal judicial, no nace como expresión estatal a cargo de un órgano entendido como funcionario, sino aparece como expresión privada que determina o, mejor, de(limita) el obrar del sujeto que juzga. De manera que con el tránsito de la jurisdicción al absoluto dominio estatal se identificó la función estatal judicial como jurisdiccional, amalgamándose al punto tal que las manifestaciones del poder estatal judicial –del que en un inicio se dijera que como poder era casi nulo (MONTESQUIEU, 1992: p. l. XI, c. VI)– son los contenidos de la jurisdicción tradicionalmente reconocidos por su remota procedencia (*gnotio, vocatio, coercitio, iudicium y executio*), siendo en la actualidad lo que nadie duda que son: poderes (de conocimiento, comparecencia, documentación, decisión, ejecución y coerción) de los órganos del Poder Judicial.

Con el constitucionalismo actual, las viejas y tenues conjeturas de fundamentalidad de la jurisdicción se fueron evidenciando imperceptiblemente vinculadas a los derechos fundamentales; de modo que no hubo forma de entender la jurisdicción sino como garantía, pero el problema de entender la garantía de la jurisdicción es mucho más complejo, porque para comenzar no puede encajar en la Constitución estructural u orgánica, sino pertenece por su genética principal a la Constitución axiológica o dogmática.

Siendo así, en relación con la jurisdicción, ¿qué es de la noción estructural de la Constitución y qué de la axiológica de la misma? Evitar la paradoja de una garantía que escapa de la noción axiológica de la Constitución o una perspectiva procesal que distingue (ALCALÁ-ZAMORA, 1992: p. 30) en sus interiores un aspecto estático de la jurisdicción, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, que es patrimonio del Derecho Político (GUASP y ARAGONESES, 1998: p. 94), y al mismo tiempo una fase dinámica de la jurisdicción en el proceso, que es la parte de la jurisdicción que corresponde ser estudiada en el Derecho Procesal, exige claridad en la noción de garantía fundamental que se le atribuye a la jurisdicción. En ese sentido, y dando respuesta a la pregunta, asiento lo siguiente:

- a) La jurisdicción nació fuera del entorno del poder político en el proceso de las *legis actionis* y *per formulas*, fue absorbida y confundida con el poder estatal de la *cognitio extra ordinem* y sufrió la ausencia (porque estuvo

contaminada por la noción de poder político indiferenciable en el procesalismo científico) y la suplantación (por grotescas y vagas formulaciones de deber, poder-deber, facultad y otros harapos conceptuales) de su identidad jurídica. En la actualidad, sobre la jurisdicción, bajo las constataciones del poder en el (neo)constitucionalismo, i) se ha establecido que su genética primitiva procesal no es la de poder estatal traducida en potestad recaída constitucionalmente en una autoridad-sujeto que encarna orgánicamente la cuota de poder dividido, sino de dignidad y libertad traducidas en esencia deóntica (de)limitadora de ese poder o, mejor, de esa potestad, lo que, claro está, no extirpa de su ser, su manifestación como poder o potestad —herencia añadida a su genética originaria o primitiva—, sino la separa y se diferencia de ella; ii) se ha identificado su filiación normativa estructural (principalista fundamental); iii) se ha constatado su natural adaptación al medio neoprocesalista como garantía del derecho fundamental de acción; y iv) se la ha registrado con su primaria y dominante identidad: garantía fundamental, consecuente jurídico de la estructura normativa del principio fundamental de acción.

- b) Siendo así, la *jurisdictio*, en sus orígenes fue la atribución de la facultad de decir el derecho otorgada al Estado, lo que ingresó a nutrir la concepción de poder, por hacerse expresión de soberanía estatal, con unidad y exclusividad, de manera que cuando se produjo la separación de poderes no fue sino la estructuración orgánica de ese poder, para su ejercicio en tres grandes ámbitos, siendo uno de ellos el judicial. Si bien se intentó clarificar que el judicial era una función y no un poder, pues el poder estatal es uno solo e indivisible, ello no turbó la utilidad de identificarlo como el poder para solucionar los conflictos y establecer la consecución permanente de la paz en la sociedad, pero sí dejó en claro que no se entiende ese poder sin su función, en la medida en que ella es jurisdiccional(izada).
- c) Tradicionalmente se configura la jurisdicción desde la división de poderes y, por tanto, desde el poder del Estado frente al ciudadano, por lo que en el paleoprocesalismo siempre se ha configurado la noción de la jurisdicción como poder por su vinculación con el Poder Judicial, de manera que la idea (GOZAÍN, 1992: p. 173) de la jurisdicción hecha poder, porque se instala en el Poder Judicial, es frecuente. En el neoprocesalismo la jurisdicción se configura, principalmente, es decir, antes de hacerlo como poder, desde los principios fundamentales, de modo que se reconoce en la jurisdicción una garantía y, algo más, un auténtico soporte de la democracia constitucional.

- d) La configuración normativa de la garantía de la jurisdicción pertenece al ámbito de la Constitución axiológica o dogmática; en cambio, la configuración de la potestad jurisdiccional corresponde al Derecho Constitucional, propiamente a los ámbitos que abarcan la Constitución estructural u orgánica, teniendo presencia, en ámbito procesal, como función jurisdiccional (secundaria, instrumental y sustitutiva) (CHIOVENDA, 1940: p. 8; CALAMANDREI, 1945: p. 19; PODETTI, 1954: p. 126; IBÁÑEZ, 1972: p. 48 y ss.; SERRA, M., 1969: p. 36 y ss.; LASCANO, 1946: p. 369; COLOMBO *et ál.*, 1992: p. 15 y ss.).
- e) En el Derecho Procesal la jurisdicción es una garantía, de modo que no es sino consecuencia de una exigencia del derecho de acción; entonces, deviene en falaz, por ilógica, la afirmación (DEVIS, 1994: p. 80) de que el derecho de acción se deduce de la obligación jurídica de Derecho Público del Estado de prestar sus servicios jurisdiccionales.
- f) La garantía de la jurisdicción se orienta a la efectividad del Derecho, asegurando la permanencia y extensión del orden jurídico normativo, porque es fuente o manante jurídico de sentencias judiciales que realizan las leyes que desenvuelven la letra y espíritu de la Constitución en el caso concreto.
- g) El poder público estatal, Poder Judicial, es depositario precisamente de los poderes, mejor entendidos como potestades, que a su través se revelan y que inicialmente se describían como elementos de la jurisdicción. La jurisdicción, como garantía que es, no puede configurarse como poder, sino como límite al poder, algo mejor, como contenido constitucional deóntico que legitima al poder; por eso su lugar es la parte axiológica de la Constitución. Hay un tránsito neoconstitucional de la jurisdicción, de la noción estructural de la Constitución a la noción axiológica de esta, claro está, dejando a salvo el poder estatal judicial en la noción estructural de la Constitución, que es donde se entienden propios los poderes de la jurisdicción, los cuales son los que precisamente padecen las limitaciones que imponen los contenidos de la garantía de la jurisdicción.
- h) La jurisdicción es una garantía que, al igual que su vasto contenido, se ajusta a la estructura normativa del principio de acción, propiamente como consecuente jurídico, siempre en correlación al contenido del derecho de acción. No cabe duda de que la jurisdicción pertenece a la teoría del Derecho Procesal en la perspectiva del neoprocesalismo. De esta manera, si algo queda en el aire es la idea del concepto de jurisdicción como algo ajeno a la teoría del proceso, porque no es cierto que el Derecho Procesal reciba un concepto de jurisdicción prefabricado por el Derecho Constitucional, menos que sea un presupuesto subjetivo referido al juez como sujeto del proceso

(QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 159 y s.). Una aseveración así solo podría vivir en la oscuridad del vacío estructural del Derecho Procesal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1972): "Notas relativas al concepto de jurisdicción". En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992): *Estudios de teoría general e historia del proceso, 1945-1972*, tomos I y II. México D. F.: UNAM; AZULA CAMACHO, Jaime (2000): *Manual de Derecho Procesal*, tomo I, 7ª ed. Bogotá: Temis; BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante (1979): *Teoría del proceso*. Buenos Aires: Depalma; BRISEÑO SIERRA, Humberto (1969): *Derecho Procesal*, vol. II. México DF: Cárdenas Editor; CALAMANDREI, Piero (1945): *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, tomo I. Buenos Aires: EJE; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Uteha; CARNELUTTI, Francesco (1973): *Instituciones del proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: EJE; CHIOVENDA, Giuseppe (1940): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Gómez Orbaneja, Madrid; ID., 1989a, Cárdenas Editor, México D. F.; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1989): *Derecho Procesal*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; COLOMBO, Carlos J. (1969): *Código Procesal Civil y Comercial de la nación*, tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; COLOMBO, Carlos J.; ÁLVAREZ JULIÁ, Luis; NEUSS, Germán R. J. y PORCEL, Roberto J. (1992): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; COUTURE, Eduardo J. (1953): "El concepto de jurisdicción laboral". En: *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal*, tomo I. Medellín: Dike; DI IORIO, Alfredo J. (1985): *Temas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Depalma; GELSI BIDART, Adolfo (1951): "Enfoque preliminar del proceso". En: *Revista de Derecho Procesal*, año IX. Buenos Aires: Ediar; GIMENO SENDRA, José Vicente (1981): *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2014): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2013): *Neoprocesalismo, teoría del proceso civil eficaz*. Lima: ARA; GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. 1. Buenos Aires: Ediar; GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONES ALONSO, Pedro (1998): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Civitas; GUASP DELGADO, Jaime (1956): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel (1972): *La jurisdicción*. Buenos Aires: Astrea; LA CHINA, Sergio (2003): *Manuale di Diritto Processuale Civile - Le disposizioni generali*, tomo I. Milán: Giuffrè; LASCANO, David (1946): "Jurisdicción y proceso". En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S. (1999): *Derecho jurisdiccional. Parte general*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch; ID., 2004; MONTESQUIEU (1992): *Del espíritu de las leyes*, 9ª ed. México D. F.: Porrúa; MONTESQUIEU (2008): *El espíritu de las leyes*. Madrid: Lex Nova; PALACIO, Lino Enrique (1975): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PODETTI, Ramiro J. (1954): *Trilogía estructural del proceso*. Buenos Aires: EJE; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (1995): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel; VERDE, Giovanni (2002): *Profili del processo civile, I. Parte generale*, 6ª ed. Nápoles: Jovene.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1961): *Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo II. Buenos Aires: Ediar; DE MIDÓN, Gladis (1999): "Función jurisdiccional". En: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Mave; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1985): "Proceso y jurisdicción constitucional en Colombia". En: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Zavallia; DÍAZ, Clemente (1968): *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo II-A; EISNER, Isidoro (1984): *Planteos procesales: ensayos y notas sobre el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley; FALCÓN, Enrique, M. (1986): *Elementos de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2005): "Teoría de la jurisdicción". En: *Derecho Procesal Civil. Texto universitario*. Cusco: Editorial Mercantil-Cusco; GOZAÍNI, Oswaldo A. (1995): "Significado y alcance de las teorías que explican la función jurisdiccional". En: *Derecho Procesal Civil*, N° 1, Benabentos, Omar (dir.) Buenos Aires: Juris; PODETTI, J. Ramiro (1942): *Teoría y técnica del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar; REDENTI, Enrico (1955): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: EJE; ROSATTI, Horacio D. (1984): "El derecho a la jurisdicción". En: *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*. Buenos Aires: Depalma; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969): "Jurisdicción". En: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La actividad jurisdiccional del Poder Judicial tiene por función constitucional el viabilizar la intervención del Estado mediante órganos de fallo adscritos a una terceridad imparcial y compositiva, tendentes a dirimir los conflictos interindividuales de naturaleza jurídica con el objeto de restablecer la convivencia pacífica mediante la resolución de dichas controversias por la vía de la recta aplicación o integración de la ley en sentido lato (*Exp. N° 2409-2002-AA*).

La función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o de derecho de retención), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato la jurisdicción, que es, además, un poder-deber (*Exp. N° 0023-2003-AI*).

Artículo 2**Ejercicio y alcances**

Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139, inc. 3, C.P.C. arts. I, III, IV, V, IX, 1, 2, 3, 58; L.O.P.J. arts. 2, 7.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

La historia de la acción desde el Derecho Romano hasta el paleo-procesalismo es solo eso: historia. Sobre la naturaleza jurídica de la acción y su funcionalidad práctica actual, y solo sobre ello, no importa más, salvo en los parámetros de la historia procesal, entender que la acción nació en Roma o fue definida por CELSO como “el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe” (sentido con el que tuvo recepción en el *Code Bonaparte* e influyó sobremanera en el procedimentalismo), ni siquiera importa si sobre ella hubo error en el trabajo de SAVIGNY (que la presentó como derecho subjetivo descubriéndose más adelante que en el Derecho Romano no conocían esa categoría jurídica) o lo que sobre ella pretendieron y consiguieron las Escuelas procesales alemana e italiana. Aunque decir esto sea brutal para el romanticismo (*rectius*: científicismo) procesal, es así en la actualidad. ¿Por qué? Porque la naturaleza jurídica de la acción no es la que nos proporciona esa línea genética remisiva al derecho romano, con escala regresiva en el procesalismo y procedimentalismo, sino es la que asienta el constitucionalismo que, en su faz última, contempla como una pieza de su complejo engranaje a la acción, entendiéndose por ese complejo engranaje a la teoría de los derechos fundamentales y, algo mejor, de los principios fundamentales. Entonces, el derecho de acción es un derecho fundamental o, mejor, un principio fundamental.

2. EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN

Los derechos fundamentales son valores y principios jurídicos, inspirados en la naturaleza y dignidad humanas, positivizados expresa o tácitamente en la Constitución, desde donde se concretizan horizontal y verticalmente por sus garantías

correlativas, legitimando el poder, organización y actuación (positiva y negativa) del Estado, bajo un control amplio y una tutela reforzada.

¿Por qué principio fundamental? Porque los derechos fundamentales, al igual que las garantías fundamentales, son principios (fundamentales). Esto se explica en lo siguiente.

Las normas jurídicas, tradicionalmente entendidas solamente como reglas, dotadas de estructura condicional hipotética y supuesto de hecho y sanción determinados, datan de la *jurisprudence* inglesa (AUSTIN, 2003: *passim*). Esta acepción normativa, consolidada en el *common law*, también tuvo presencia en el ámbito del *civil law*.

A este panorama normativo se sumó, inicialmente desde el *common law* norteamericano (DWORKIN, 1980: p. 84 y ss.) y luego desde el *civil law* (ALEXY, 1993: p. 11 y ss.; 2002: p. 95; 1997: p. 86 y ss.), el entendimiento de normas que no cuentan con una estructura condicional hipotética de supuesto fáctico y sanción determinados, que es el caso de aquellas que se refieren a derechos fundamentales, que se les denominó principios y con ellos vino una particular forma de interpretarlos y aplicarlos, pues, a diferencia de las reglas que se interpretan y aplican por subsunción (BERNAL, 2005: p. 95 y ss.), que es una especie de silogismo, los principios se aplican por ponderación (ZAGREBELSKY, 1995: p. 109 y ss.). Esta diferenciación estructural es la que marca la identidad de los principios frente a las reglas y no propiamente la forma de solución de sus (aparentes) colisiones (PRIETO SANCHÍS, 1998: p. 47), tan cuestionables por romper la unidad y coherencia constitucional.

La diferenciación entre principios y reglas es muy compleja particularmente porque el desarrollo jurídico sobre los principios muestra diversos sentidos (PATTARO, 1987: p. 47; CARRIÓ, 1970: p. 32 y ss.; ATIENZA y RUIZ, 1996: p. 3 y ss.; IGARTUA, 1986: p. 25 y ss.; BARRANCO, 2000: p. 141 y ss.) y todos insatisfactorios, alejando la posibilidad de una única y pacífica concepción principial, al punto tal que dilucidar una definición definitiva de principios sería tan difícil como alcanzar la definición exacta de derechos, no solo como problema interno de un derecho, sino como solución al debate filosófico entre las tres principales teorías jurídicas (iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo) (JORI, 1985: p. 301), a partir de las limitaciones de cada una de ellas. De manera que hablar de principios, en el plano normativo, exigió un natural rechazo al iuspositivismo, para tomar punto de partida; lo cual empalmó con un constitucionalismo que venía desde la segunda postguerra mundial predispuesta a la idea de principio en la Constitución, entendiendo esta como el puente de la moral al Derecho y tomando a los principios como prevalente expresión de derechos fundamentales, que conectan el Derecho a la moral mediante la argumentación, llegando a identificar los principios con la

Constitución, por lo que no se dudó en diferenciar los principios de las reglas en la medida en que se diferencia (ZAGREBELSKY, 1995: p. 110) la Constitución de la ley.

Las reglas se caracterizan porque i) se obedecen (ZAGREBELSKY, 1995: p. 111), en ellas la orientación hermenéutica apunta a la voluntad del legislador, dado que regulan la conducta según su propia previsión; ii) se aplican bajo condicionamientos cerrados porque con ellas las propiedades del caso son finitas y cerradas (ATIENZA y RUIZ, 1996: p. 9); iii) la racionalidad que las anima es siempre subsuntiva, por ello asigna objetividad al contenido de la decisión; y, iv) aún si aparecen de la letra de la Constitución solo son leyes reforzadas por su forma especial, no son constitutivas al margen de lo que significan, se consumen en sí mismas. Las reglas sí posibilitan una aplicación mecánica del juzgador. Los principios son constitutivos del sistema jurídico.

Los principios, en la línea general del constitucionalismo actual, se caracterizan porque: i) no les corresponde obediencia sino adhesión (ZAGREBELSKY, 1995: p. 111), pues regulan la conducta a partir de la indeterminación del supuesto fáctico (carecen de supuesto de hecho), por eso los principios deben “reaccionar” *ad casum*, porque solamente los casos concretos demarcan su proyección; ii) se aplican bajo condicionamientos abiertos y no cuentan con determinación general de sus condiciones de aplicación (ATIENZA y RUIZ, 1996: p. 9; PECZENIK, 1992: p. 327 y ss.); iii) la racionalidad que los anima es narrativa, por ello padecen connotación subjetivista y particularista; iv) son normas fundamentales, y los derechos que estas positivizan, que bien pueden tener connotación colectiva o difusa, también; v) por tener cada uno un contenido único (todo él esencial), no toleran colisiones ni, por tanto, ponderación como pesaje entre ellos, porque no soportan limitación exterior, debido a su naturaleza limitada, ilimitable y delimitable; no existen, sobre principios fundamentales, casos difíciles (DWORKIN, 1984: p. 158.), irresolubles (GUASTINI, 1996: p. 170) ni trágicos (ZAGREBELSKY, 1995: p. 140; LARIGUET, 2005: p. 68 y ss.).

Diferenciar los principios de las reglas equivale a distinguir (ZAGREBELSKY, 1995: p. 110) la Constitución de la ley; por eso las normas constitucionales no referidas a derechos o a la justicia y las normas legislativas infraconstitucionales son reglas; en cambio, las normas constitucionales (sobre derechos, sus garantías y sobre la justicia) son principios.

El nuevo paradigma de la ciencia procesal exige entender que:

- i) La genética jurídica del derecho fundamental de acción no es la de la *actio romana*, sino la de la gesta libertaria del constitucionalismo que se remonta en su primer momento a la Inglaterra de 1215 (*Magna Charta Libertatum*).

- ii) El contenido del derecho de acción es libertario y social. No es únicamente un derecho que se vincula al obrar negativo del Estado (este no interfiere con la libertad del justiciable traducida en dispositividad procesal), sino también al obrar positivo estatal (el Estado debe proporcionar a los ciudadanos un servicio estatal de justicia adecuado o, mejor, efectivo).
- iii) La garantía directa del derecho fundamental de acción es la (garantía) de la jurisdicción, esta es continente de las garantías de la tutela jurisdiccional y del debido proceso.
- iv) La tutela jurisdiccional es una garantía, por eso no solo está de más calificarla “efectiva”, sino nunca podrá ser derecho porque su ser se da gracias a la vinculación deóntica que tiene con un derecho: la acción.
- v) Si las garantías de un derecho, que siempre son las condiciones negativa y positiva del obrar estatal, existen porque existe un derecho al que se unen normativo-estructuralmente, las garantías de la acción son posteriores y dependientes de ella, en la medida en que la consecuencia jurídica depende del supuesto fáctico en la norma jurídica.
- vi) El derecho fundamental de acción es pieza medular del garantismo en el proceso. No se puede pensar en garantismo procesal al margen del derecho fundamental de acción.
- vii) El contenido de la garantía del debido proceso es todo él garantías, de ahí que el ejercicio del derecho de acción implica las garantías del juez predeterminedo, de la imparcialidad del juez, a una sentencia motivada, a una tutela diferenciada, etc.
- viii) La acción no es contenido de ningún derecho genérico de peticionar ni de otro de instar, es derecho fundamental continente de los derechos de defensa en juicio, de impugnar, de probar alegaciones, etc.
- ix) El principio fundamental de acción se aplica por ponderación y esta es la clave para solucionar el conflicto entre publicismo y garantismo a través del principio de proporcionalidad.

3. EL MAL DENOMINADO “DERECHO” A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Hay una clara diferencia (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2008: p. 275 y ss.) histórica y conceptual o semántica entre “tutela jurisdiccional”, “tutela jurisdiccional efectiva” y “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, pero en cada caso no deja de significar lo relativo a una garantía constitucional y evidentemente también procesal

y no a un derecho; entonces, si las garantías y los derechos no son lo mismo no hay razón para concebir la tutela jurisdiccional como un derecho ni mucho menos como "efectiva", porque este adjetivo recae con propiedad en un derecho y no en una garantía, pues esta se justifica en la efectividad del derecho al que asiste normativo-estructuralmente, de manera que decir que una garantía es efectiva es simplemente tautológico.

El término "efectivo" parece provenir de la inseguridad (GAVAZZI, 1994: p. 1) de un legislador ansioso de hallar la realización de sus prescripciones, pues era consciente de que estas podían quedar en la mera enunciación o sin ejecución, aquí "efectivo" tiene una doble función: a) auto-aseguramiento del auténtico poder de ordenación; y, b) prescribir la operatividad de las buenas intenciones del legislador primario. La efectividad es patrimonio del derecho positivo y de los derechos subjetivos (materiales y sustantivo-procesales) que acoge, a ellos se debe su presencia, propiamente cuando son realizados y cumplidos de hecho (GARCÍA M., E., 1948: p. 9 y ss.) o forzosamente; lo que desde ya remite a entender la efectividad con relación a la actuación normativa.

La conciencia de la efectividad de los derechos del hombre data del siglo pasado, del tránsito del Estado liberal individualista al Estado social de Derecho. La concreción (efectiva) de los derechos constitucionalmente establecidos fue más allá de un tibio sistema de libertades a cargo de un Estado inerte administrador, pues se demandó un Estado que garantice la operatividad "efectiva" de esos nuevos derechos, particularmente de los llamados sociales (BERIZONCE, 1987: p. 5). Fue en esa atmósfera que los derechos empezaron a hacerse efectivos desde el texto de la Ley Fundamental, así el artículo 3 de la Constitución italiana de 1948 se refiere a la *efectiva* participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

En Alemania, se buscó la efectividad de la "tutela jurídica" que, repito, nunca fue un derecho, sino siempre una garantía, pues el Tribunal Constitucional alemán estableció que el artículo 19, apartado 4, de la Ley Fundamental alemana no solo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la *efectividad* de la tutela jurídica (GÓMEZ COLOMER, 1984: p. 266); entendiéndose, entonces, por tutela jurídica con "particularidad en la escuela alemana" (COUTURE, 1978: p. 479), la efectiva satisfacción de los fines del derecho y la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas, es decir, una concepción distinta de la contemporánea que remite la efectividad a los derechos constitucionales plenos, operativos de realización material (BERIZONCE, 1987: p. 5), por lo tanto, diferenciados claramente de sus correlativas garantías. Hablar de la efectividad de la tutela jurisdiccional es hablar de la efectividad de una garantía, no de un derecho; este es un error que se repara claramente cuando,

en tiempos de neoconstitucionalismo y garantismo, se diferencian los derechos de sus garantías.

A este panorama de confusión de derecho y garantía se suma el mayor perjuicio que la teoría de la dualidad de la acción propició con relación a la acción procesal: considerarla como un derecho subjetivo público “a la tutela jurídica”. Tutela jurídica que si bien vivía la última mitad del siglo pasado en la confusión, timidez e inseguridad de un “acento constitucional” o de ser un derecho subjetivo “público” no había sido tan nocivo como cuando arribó deformado al artículo 24.1 de la Constitución española. Explico.

En la noche de las teorías modernas de la acción, concebida aún como “derecho subjetivo privado”, MÜTHER pensó que el objeto del proceso bien podría ser una acción concebida como “derecho subjetivo público” (RAMÍREZ ARCILA, 1969: p. 62; 1978: p. 22; 1983: p. 23; 1986: p. 27) del particular contra el Estado, para que le tutele respecto a una relación jurídica determinada, derecho al que WACH propuso denominar “derecho a la tutela jurídica” (*Rechtsschutzanspruch*) (CHIOVENDA, 1949: p. 3 y ss.), el mismo que no dio para más cuando advertida su dependencia de una acción material dejaba sin explicación (ARAGONESES, 1960: p. 130 y ss.) el supuesto en que iniciado el proceso tal acción material no existía. ¿Será este el precedente trunco del “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”? Responder afirmando la pregunta sería emparentar el “derecho” a la tutela jurisdiccional efectiva a la línea evolutiva del derecho de acción, lo que evidentemente no es así, porque el “derecho a la tutela judicial efectiva” nació en letra constitucional con el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, con una imprecisa redacción y ausente de expectativas (CHAMORRO, 1994: p. 3), significando el término tutela, en un sencillo sentido lingüístico, “dirección, amparo o defensa de una persona respecto a otra” y no un “derecho” (“a” la tutela).

Pero como en el sistema procesal español, al que alcanzó la vigencia de la nueva Constitución, el derecho de acción vivía aún en el pensamiento de CELSO y la concepción de la garantía del debido proceso resultaba esquiva, ante la necesidad del justiciable de sentir tutela jurisdiccional con aquello que le aseguraban ese derecho y garantía entendidos fundamentales, pero que no aparecían así de la ley, ni jurisprudencia ni doctrina españolas, se dio como natural consecuencia una indiscriminada invocación casuística de la única fórmula constitucional (art. 24.1) que podía aproximarse o tenuemente reconocerse como el fantasma de ese derecho y garantía (fundamentales), lo que al recaer en el Tribunal Constitucional español, este no halló mejor ocasión para darle osamenta y musculatura a esa espectral “garantía” de la tutela jurisdiccional, denominándola “derecho” (a la tutela judicial) y copiando las formas, contenidos y estructuras que tanto habían costado formar al procesalismo científico sobre el derecho de acción, revelando

una "revolución" (CHAMORRO, 1994: p. 4) del ordenamiento jurídico o, peor, un "mega-derecho" sobrepuesto a la acción, es más, superpuesto en todos los casos a todos los preceptos constitucionales relativos al servicio de justicia, de suerte que si uno de estos es transgredido también lo será aquel (MARTÍNEZ-PEREDA *et al.*, 2002: p. 214), y así se vio una nueva estrella en un distorsionado firmamento jurídico-constitucional (DÍEZ-PICAZO, 1987: p. 41) que no cuida el diferenciar los derechos de sus garantías.

En estas circunstancias, el derecho a la tutela judicial efectiva es ante todo un "derecho" del justiciable a que se le imparta justicia; es decir, es principalmente el derecho de acción y, desde el contenido que se le ha asignado, es también la garantía del debido proceso; por tanto, haciendo un paréntesis para mirar el ámbito nacional, mal se hace en decir [TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Perú), caso *Genaro Villegas Namuche*: 2002] que el "derecho a la tutela jurisdiccional efectiva" tiene fuente constitucional en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, porque este dispositivo consagra la tutela jurisdiccional no como un mega-derecho ni como un derecho del justiciable sino como la promesa (RIBEIRO, 2004: p. 77) (constitucional) o, mejor, como la garantía asegurada de impartición de justicia, mejor aún, como garantía que asegura el proceso al ciudadano. ¿Por qué? Porque como garantía es vinculación pública deóntica de un derecho. ¿Cuál? Sin duda el de acción.

Reasumiendo y reforzando la explicación de la desapacible experiencia española sobre el "derecho" a la tutela jurisdiccional efectiva, conviene recordar que el constituyente español, con el ánimo de impedir se repitan episodios totalitaristas y de asignar confianza al ciudadano en el servicio de justicia (VALLESPÍN, 2002: p. 135), buscó (DÍEZ-PICAZO, 1987: p. 46 y ss.) un híbrido entre el artículo 19.4 de la Constitución de Bonn de 1949 (que establece que "toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios") y el artículo 24 de la Constitución italiana de 1947 (que señala que "todos pueden accionar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento"). El resultado de tal procreación es este texto: "Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión". Redacción que bajo una simple enmienda de estilo (AGUIAR y BLANCO, 1988: p. 119) quedó definitivamente establecida así: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Nadie dudaría que se trataba de la acción procesal, esa que se entiende como derecho a la tutela jurisdiccional en la perspectiva dualista de la acción.

El texto final indicado no es producto de un debate jurídico-teórico ajustado a las necesidades de una realidad, sino simple enmienda de estilo o ánimo de mejorar la redacción del texto legal, tan así es que el sustento de la enmienda final reza: "Es, simplemente, creemos, una mejor redacción. En lugar de "Toda persona tiene derecho al acceso para la tutela", decir: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela de los jueces y tribunales". Lo demás es prácticamente lo mismo" (COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SENADO (España), Diario de sesiones de 25 de agosto de 1978; DE LA OLIVA, 1980: p. 141), es decir, nada más alejado de un debate serio sobre la acción (CHAMORRO, 1994: p. 5 y ss.) o motivación jurídica de un nuevo derecho y nada más parecido a un descubrimiento por casualidad, porque aun si los constituyentes nada atisbaban sobre este numeral, sino solamente el haber establecido constitucionalmente el acceso a la jurisdicción para la tutela de los derechos, cuando la casuística arrojó indiscriminada invocación, vía amparo, de un derecho a la tutela se vieron con una empresa que cumplir construyendo, con materiales a dismantelar de la teoría procesal de la acción, las estructuras, contenidos y significados de ese "nuevo derecho".

El TCE asumió el encargo, y no hizo otra cosa que llenar un agujero enorme y negro del ordenamiento español que evidenciaba la falta de percepción científica del derecho de acción, muy encendida por cierto para ese entonces en la Escuela latinoamericana del Derecho Procesal, y una esquiva comprensión normativa del conjunto de "garantías" mínimas que aseguran al justiciable un proceso justo.

En el esfuerzo de atemperar lo imprevisto o impensado que resultó el derecho nacido en el artículo 24.1: i) se anotan (FAIRÉN GUILLÉN, 1983: p. 10 y ss.) abultados antecedentes de normativa comparada del contenido del derecho de acción y de la estructura de la garantía del debido proceso; ii) se apela al contexto de los modelos jurisdiccionales garantistas del *civil law*, comunes a los textos fundamentales de la Europa de la segunda posguerra mundial, lo que no va más allá del esfuerzo que realmente esto convocó y que fue el ánimo de positivizar el acceso libre a la jurisdicción para la tutela de los derechos, pero no el "derecho a la tutela", que no puede significar lúcidamente otra cosa que un retorcido "derecho a la garantía del derecho de acción"; y, finalmente, iii) se invoca la internacionalización de las garantías constitucionales, olvidando que el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre (1950) se atienen a los componentes del debido proceso y de la tutela judicial —que aunque se les denominen derechos son garantías, nada más— y no propiamente del "derecho" a la tutela judicial efectiva en el entendido del artículo 24.1.

¿Qué hubiera ocurrido de no darse la enmienda de estilo? No existiría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con la construcción teórica a cargo del Tribunal Constitucional español que hoy goza, pues sencillamente sería el aseguramiento constitucional al libre acceso a los tribunales, que tiene su precedente (GONZÁLEZ MONTES, 1980: p. 1486) directo en el ordenamiento español en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado, del 10 de enero de 1967, y en la Base Primera, N° 3 de la Ley de Bases Orgánicas de la Justicia, del 28 de noviembre de 1974. Y con esto tal vez el derecho de acción hubiera tenido el merecido desarrollo en el proceso civil español, y el legislador peruano del CPC no hubiera incurrido en el error de superponer un “derecho”, sin precedente en el derecho positivo ni identidad dogmática, al derecho de acción ni a su garantía correlativa del debido proceso.

4. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2 DEL CPC

Cuando la Constitución proclama entre los principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la “tutela jurisdiccional” (art. 139, inc. 3), no queda claro que esta última sea un derecho; es más, se omite, a diferencia del debido proceso, hacer referencia a su contenido. Se advierte, entonces, que se trata de un principio que asegura a todo sujeto de derecho la protección estatal de sus derechos, propiamente de una garantía que asegura el derecho de acceso a la justicia, al servicio de la función jurisdiccional y al proceso. En esa tesitura pierde peso decir que el “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, a que alude el CPC, tiene fuente directa constitucional, porque en todo caso la estructura y la naturaleza que tiene no es compartida con las que asisten a la tutela jurisdiccional aun cuando estén vinculadas.

La redacción del CPC está presidida por el “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (art. I del Título Preliminar), asegurándose que el ejercicio de ese derecho da pie al derecho de acción, por el que todo sujeto puede recurrir al órgano jurisdiccional (art. 2); es decir, hace ver que el derecho de acción se da gracias al ejercicio de un derecho previo y, por tanto, superior, pues lo determina (limita y restringe) para su existencia, que es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Contradictoriamente, señala luego que el derecho de acción no admite limitación ni restricción para su ejercicio (art. 3). A este ya nebuloso panorama, de una paradójica doble regulación de un mismo derecho, con una doble denominación y en un mismo Código, se suma: i) la ausencia de la correspondiente Exposición de Motivos del Código; ii) la imposibilidad de encontrar un proceso civil en el que la defensa de cada parte no invoque, indiscriminadamente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sea en su ejercicio o su vulneración; y como si esto fuera poco, iii) una escuálida jurisprudencia civil que más allá de repetir el texto de la ley nada útil aporta a esclarecer el sentido normativo sobre el particular.

El CPC define la “tutela procesal efectiva” como la “situación” jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de acceso a la justicia y al debido proceso. Aquí, la noción de *tutela procesal efectiva* se vincula más a aquella constitucional de la *tutela jurisdiccional*, evidentemente por la vinculación sustancial-procesal de la materia constitucional y, tal vez, también por haber reparado el legislador lo insípido de la presencia del *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* que en todo caso, bien visto, lo hizo tema aparte.

El artículo I del Título Preliminar del CPC anota que “toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. A su tiempo de entrada en vigencia tal vez la mayor novedad de todo el cuerpo normativo fue esa, la presencia de un derecho nunca antes contemplado en el ordenamiento patrio. En verdad, un fuerte influjo no del artículo 139.3 de la Constitución peruana, sino del artículo 24.1 de la Constitución española y evidentemente de la jurisprudencia del TCE muy bien acogido en el Derecho Procesal Civil respectivo, que a su turno influyó en una reducida y no muy esclarecida doctrina latinoamericana sobre el particular. La ausencia de una Exposición de Motivos del Código condena a pensar así sobre el tema.

En el CPC, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva encierra al derecho de acción. Así se entiende de su artículo 2 que dice: “Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (...) puede recurrir al órgano jurisdiccional (...)”. En esta línea solo el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva dinamiza el derecho de acción; es decir, ahora resulta que la acción, que tiene por esencia ser eminente pieza dialéctica del proceso, solo se activa por el ejercicio de otro derecho, que se deberá entender, entonces, más amplio o superior. El inconveniente se agudiza cuando contradictoriamente el artículo siguiente consagra que “los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio (...)”. Si el ejercicio del derecho de acción es ilimitado e irrestricto, ¿por qué tiene que superponerse a él el ejercicio de otro derecho (derecho que, en todo caso, resultaría limitándolo y restringiéndolo)?

Cuando la doctrina procesal civil peruana intenta ocuparse del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva llena sus páginas con el estudio de la acción (MONROY, 1996: p. 245 y ss.), refiriéndose a esta como una manifestación procesal de aquella, y si pretende ser un poco más audaz, acude a la doctrina y jurisprudencia procesal constitucional de España, e irreflexivamente hecha tierra sobre la construcción de un sistema procesal que debió respetar la integridad del derecho de acción, como sí se hizo antes, valga de ejemplo el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (SCHIPANI y VACCARELLA, 1988) ¿Acaso de su texto se logra divisar ese megaderecho a la tutela jurisdiccional efectiva?

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis y BLANCO CANALES, Ricardo (1988): *Constitución española 1978-1988*, vol. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; ALEXU, Robert (1993): *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara; ALEXU, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; ALEXU, Robert (2002): *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; ARAGONES ALONSO, Pedro (1960): *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, (2004): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* [1996], 2ª ed. Barcelona: Ariel; AUSTIN, John (2003): *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2000): *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; BERIZONCE, Roberto O. (1987): *Efectivo acceso a la justicia*. La Plata: Platense; BERNAL PULIDO, Carlos (2005): *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; CARRIÓ, Genaro R. (1970): *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch; CHIOVENDA, Giuseppe (1949): "La acción en el sistema de los derechos". En: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, tomos I y II. Buenos Aires: EJEA; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1980): *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. Barcelona: Bosch; DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (1987): "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva". En: *Poder Judicial*, N° 5; DWORKIN, Ronald (1980): *La Filosofía del Derecho*, México DF: Fondo de Cultura Económica; DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1983): *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, vol. I. Madrid: Edersa; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (1948): *La definición del Derecho: ensayo de perspectivismo jurídico*. México DF: Stylo; GAVAZZI, Giacomo (1994): *Voz: Effettività (principio di)*. En: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1984): "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania". En: *Justicia*, 84. Barcelona: Bosch; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2008): "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el mito de una serendipia procesal". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*. Lima: IPDP; GONZÁLEZ MONTES, José Luis (1980): "Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española". En: *El Poder Judicial*, Madrid; GUASTINI, Riccardo (1996): *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*. Turín: Giappichelli; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1986): "Sobre 'principios' y 'positivismo legalista'". En: *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 14; JORI, M. (1985): *Saggi di metagiurisprudenza*. Milán: Giuffrè; LARIGUET, Guillermo (2005): "Conflictos trágicos y ponderación de derechos". En: *Diritto & Questioni Pubbliche*, N° 5; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel; GONZÁLEZ RIVAS, Juan José; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín; GIL IBÁÑEZ, José Luis y CORREA GUIMERA, Bernardino (2002): *Constitución española*. Madrid: Colex; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis; PATTARO, E. (1987): "Alle origini della nozione 'principi generali del Diritto'". En: Bascù, M. (comp.). *Soggetto e principi generali del diritto*. Milán: Giuffrè; PECZENIK, Aleksander (1992): "Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero". En: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del*

Derecho, N° 12. Madrid: Marcial Pons; PRIETO SANCHÍS, Luis (1998): *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson; RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1969): *Teoría de la acción*. Bogotá: Temis; RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1978): *Acción y acumulación de pretensiones*. Bogotá: Temis; RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1983): *Fundamentos procesales y pretensiones contencioso-administrativas*. Bogotá: Temis; RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1986): *La pretensión procesal*. Bogotá: Temis; RIBEIRO, Darci Guimarães (2004): *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho*. Barcelona: J. M. Bosch; SCHIPANI, Sandro y VACCARELLA, Romano (1988): *Un "Codice Tipo" di Procedura Civile per l'America Latina*. Padua: CEDAM; VALLESPÍN PÉREZ, David (2002): *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier; ZAGREBELSKI, Gustavo, 1995: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BRICEÑO SIERRA, Humberto (1999): "Sobre la acción y el proceso". En: *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo 3. Buenos Aires: Juris; CALAMANDREI, Piero (1943): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Depalma; CHIOVENDA, Giuseppe (1986): *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1961): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis; GOLDSCHMIDT, James (1956): "Teoría de la acción procesal". En: *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2013): *Neoprocesalismo - Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: ARA; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan (1976): *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos; MORON PALOMINO, Manuel (1993): "La acción". En: *Derecho Procesal Civil (cuestiones fundamentales)*. Madrid: Marcial Pons; ORTELLS RAMOS, Manuel (2003): *Derecho Procesal. Introducción*. Valencia: Punto y coma; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; ROCCO, Ugo (1969): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis; ROCCO, Ugo (1959): *Teoría general del proceso civil*. Buenos Aires: Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El derecho de acceso a la justicia forma parte del núcleo irreductible del derecho a la tutela judicial efectiva y que garantiza que un particular tenga la posibilidad, real y efectiva de acudir al Juez como tercero imparcial e independiente con el objeto de encargarle la determinación de sus derechos y obligaciones; no obstante como derecho fundamental puede también ser válidamente limitado a condición que no se obstaculice, impida o disuada irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia (*Cas. N° 1408-2005-Piura*).

Artículo 3

Regulación de los derechos de acción y contradicción

Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código.

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. 2, 4, 178, 700, 718, 722, 810, 822.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

La revolución científica que se ha producido sobre la acción es la supremacía del paradigma, alternativo a todas aquellas expresiones críticas de su naturaleza, que es consecuencia de la irradiación en el mundo del Derecho, incluido sin duda el Derecho Procesal, del fenómeno (jurídico) mayor de estos últimos tiempos: el (neo)constitucionalismo, traducido en el ámbito procesal como neoprocesalismo.

La acción es un derecho fundamental neoconstitucionalmente entendido. Esto significa comprender el contexto del constitucionalismo actual que da espacio al derecho fundamental de acción, es decir, exponer qué comprende la nueva etapa de logro: la democracia constitucional, el Estado Constitucional de Derecho, el (neo)constitucionalismo, el garantismo y la teoría de los derechos fundamentales.

El derecho de contradicción sigue la naturaleza de la acción, pues el emplazado si no tiene derecho de acción es solamente porque su presencia no obedece a la instancia que promueve, en vía de iniciación, un proceso; por lo demás, no hay diferencia en contenido ni esencia. Bien se puede decir que el derecho de contradicción es para el demandado lo que la acción para el demandante, de manera que los postulados teóricos sobre la fundamentalidad de la acción son claramente entendidos también para el derecho fundamental de contradicción y todo otro derecho fundamental del justiciable en proceso, pues no se olvide que todos los derechos fundamentales tienen un mismo fundamento: libertad y dignidad.

2. LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO: SU ESTRUCTURA NORMATIVA PRINCIPALISTA

La Constitución, como pacto social fundacional y fundamental de la eficacia de la interacción humana, desde el principio supremo de justicia, asegura la convivencia pacífica y justa en la sociedad y gracias a su contenido moral limita,

vincula y (des)legitima el poder público –instauración del Estado de Derecho–, al tiempo de garantizar (negativa y positivamente) al individuo la efectividad de sus derechos reconocidos. La Constitución, dotada de valores, debe ser rígida y regulativa, para entenderse como un sistema principal fundamental y también de reglas materiales y formales que programan la vida social y la función estatal en ella. Solo una Constitución con tales caracteres permite el tránsito de la democracia procesal a la democracia sustancial, en el plano político, y de una concepción formal de la validez normativa legal a una concepción doble y paralela de la validez normativa, que distingue una validez formal de una validez material de las leyes, en el plano jurídico.

Resulta, entonces, nada difícil de entender que se trata de la democracia internalizada en esa Constitución, es decir, de la democracia como la naturaleza intrínseca (FERRAJOLI, 2008: p. 33) de esa Constitución que es el pacto fundacional “de”, “entre” y “para” todos, de manera que asegura, en titularidad y observancia, derechos fundamentales de “todos”; por eso, no hay sujeto de derecho que no sea continente de derechos fundamentales, entre ellos, claro está, el de acción, que es traducción de libertad y dignidad del justiciable en escenario procesal.

Es una Constitución democratizada para una democracia constitucionalizada, en todo caso, Constitución y democracia se sustentan por el principio supremo de justicia. Así, la concepción democrática de la Constitución deja atrás la definición mínima (BOBBIO, 1996: p. 24; BOVERO, 2002: p. 31) de la democracia como reglas que determinan quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y el procedimiento que viabiliza ello. Se marca la diferencia (FERRAJOLI, 2008: p. 25 y ss.) entre democracia mayoritaria y democracia constitucional: la primera muestra el consenso de la mayoría como poder sobrepuesto legítimamente a los menos y la segunda es fruto de las transformaciones sociales, culturales y jurídicas de la última posguerra mundial, tangibles en la actual garantía democrática implicando: i) la división de funciones estatales; ii) la rigidez de supraordenación, de control concentrado, de vinculación y de transformación de la Constitución; y, iii) los derechos fundamentales. La soberanía es de la ley y antes de la Constitución, lo que significa que la legalidad misma es formal y sustancialmente dócil a la Constitución. Si con la democracia la Constitución alcanza su “óptimo de inviolabilidad” (KÄGI, 2005: p. 199), lo mismo logra la democracia con la Constitución que la acoge y la hace principio constitucional (democrático).

También el *Estado Constitucional de Derecho* exige esclarecer el sentido de la Constitución en ella, es decir, será Estado Constitucional de Derecho el que se sujete en una Constitución explicada por la presencia de su componente valorativo, por la sustancialidad que los derechos fundamentales le inyectan en su rigidez y capacidad limitadora del legislador (FIORAVANTI, 2001: p. 161 y ss.), en fin,

que se justifique como una “Constitución constitucionalizante” del derecho, propia del (neo)constitucionalismo que terminó imponiéndose a la legalidad estatal obediente al “paleoiuspositivismo” (FERRAJOLI, 2009: p. 13 y ss.), y que (re)configura la estructura “piramidal” del orden normativo con una cima constitucional y una base constitucionalizada, de manera que lo que en la base no resulta sujeto a lo constitucional, es decir, no es constitucional(izado), no pertenece al orden normativo o, mejor, no es del ordenamiento normativo, justificando su inaplicación como control abierto o difuso de constitucionalidad.

El Estado gobernado por una Constitución de tamaña configuración se caracteriza por los aspectos siguientes: a) el principio supremo de justicia promueve no solo una dimensión de validez sustantiva de las leyes junto a la validez formal de las mismas, sino también el catálogo abierto de derechos fundamentales como pauta de contingencia limitadora del poder estatal; b) la tutela reforzada de los derechos fundamentales asiste a una jurisdicción constitucional de optimización de los contenidos principales fundamentales; c) el control amplio de constitucionalidad asegura jueces que no son boca de la ley sino guardianes de la sustantividad de la Constitución; d) el derecho es entendido estructuralmente fundamental o, mejor, constitucional, de manera que nada escapa a la sustantividad que (la Constitución) exige de todo para todos, etc.

Los derechos fundamentales, la democracia y el Estado se compendian en el hilo semántico de una Constitución rígida y regulativa, propia de un nuevo discurso que la explica anteponiendo la sustantividad principal que, desde el principio supremo de justicia, nutre un constitucionalismo desbordante del ordenamiento normativo con derechos maximizados (ALEXY, 2009: p. 31 y ss.) en su fundamentalidad, democratizados en su titularidad y rígidamente vinculantes (positiva o negativamente) en su funcionalidad.

Siendo así, la tutela jurídica de los derechos, en el orden constitucional, implica: i) el reconocimiento positivo de derechos y garantías en la letra o espíritu de la Constitución, lo que asegura su titularidad y observancia (respeto); ii) el obrar negativo (obligación) o positivo (deber) del Estado frente a los derechos de libertad y sociales respectivamente; y, iii) la positivización de mecanismos de la tutela jurisdiccional desarrollados en normativa constitucionalizada o infraconstitucional.

Pero la concepción de las garantías no es pacífica ni homogénea, pues es usual advertir que la doctrina autoral le asigna la denominación “garantía” a los derechos o a los procedimientos, problema que tal vez asuma causa en su fuente obligacional (FERRAJOLI, 2000: p. 39), que en el Derecho actual sintetiza la “protección” jurídica de los derechos a través de otros derechos, no sin dejar de ser altamente impreciso.

La garantía de un derecho fundamental no es el derecho mismo en la letra o espíritu de la Constitución, sino es otra expresión material de la Constitución que asegura la efectividad de ese derecho desde el obrar positivo (obligación) y negativo (prohibición) del poder, y no debe confundirse (GUASTINI, 2001: p. 220 y ss.; 1999: p. 185 y ss.; ZOLO, 1994: p. 33) con un mecanismo instrumental o secundario, que es expresión procesal de tutela emanada de normativa secundaria o infraconstitucional, ni con la necesidad de positivización del deber legalmente establecido como correlativo de la vulneración de un derecho fundamental, tamaño error lleva a condicionar un derecho por su tutela procesal o al desacierto de hablar de derechos “ficticios” o “de papel”. El catálogo abierto de derechos fundamentales es también de sus correlativas garantías; sin duda, una labor que se lleva mejor en derroteros integrativistas trialistas que iuspositivistas.

El proceso no es una garantía, sino un método de interacción, ergo, de realización de garantías, porque ante todo es un método de interacción (consecuentemente, de realización) de derechos, de manera que la garantía no existe por el método estatal de solución de conflictos intersubjetivos, sino por el derecho que busca hacer efectivo. Con esa idea resulta que los procesos constitucional, civil o penal, etc., no son garantías, sino los contextos instrumentales y eficientes (metódicos y sistémicos) del Derecho que permiten la interacción de efectividad de los derechos; entonces, las garantías son los contextos jurídicos normativos materiales que procuran la efectividad de los derechos fundamentales, que comprenden los derechos procesales fundamentales. Que el proceso sea o no idóneo no depende de la *efectividad* del Derecho, sino de la *eficiencia* jurídica, de ahí que esa idoneidad del proceso se entiende mejor como su eficiencia y de ello se ocupa otro ámbito cognitivo del Derecho que es el eficientismo jurídico (procesal).

En todo caso la garantía es “el deber estatal de proveer” (obrar positivo) un mecanismo jurisdiccional correlativo del derecho de acción, pero ese método mismo (proceso) no es garantía en sí, sino escenario de (la interacción de) las garantías de la tutela jurisdiccional y del debido proceso. Ahora, si se asigna rigor a lo expresado, corresponde afirmar que ante un derecho fundamental se muestran correspondientes diversas garantías; es más, asignando aún más rigor, se asiste a la verdad de que las garantías fundamentales no son de los derechos fundamentales, sino de la efectividad de la titularidad y ejercicio de esos derechos.

Si la garantía es correlativa y dependiente de un derecho, el titular de este es también el de aquella, en tanto se entienda de los beneficios que ella implica que no es sino la mismísima efectividad del derecho –titularidad del ejercicio y la efectividad del derecho fundamental–, pues queda claro que la titularidad del obrar negativo o positivo implicado en la garantía recae en el Estado, de manera que la complementariedad entre derechos y garantías no solo es por la correlación y

dependencia de la efectividad de las garantías frente a la de los derechos, o por la consolidación de la titularidad de derechos y garantías, sino, primordialmente, por la efectividad deóntica de la normativa principal. Lo que significa que la norma de la garantía complementa la estructura normativa del derecho fundamental, que generalmente se suele identificar como ausente de supuesto fáctico y de consecuente jurídico y de oscurecida manifestación deóntica de lo prohibido y lo obligatorio por una aparente ausencia de consecuencia jurídica o, peor, de nexo causal; explícito: si un derecho fundamental aparece positivizado (v. gr., “toda persona tiene derecho de acción”), aparentemente no existe supuesto fáctico (que no es otro que la hipótesis de su vulneración) ni consecuencia jurídica (que se desprende de la norma de sus garantías); pero dado que solo la Constitución consagra derechos fundamentales en su letra o espíritu, y estos se proyectan horizontal o verticalmente desde aquella, resulta que tienen connotación pública (subjectiva) porque su esencia (libertad y dignidad) no hace sino legitimar y limitar el poder público; consecuentemente, la hipótesis fáctica que le asiste siempre será la vulneración de su contenido, todo él fundamental, y la consecuencia jurídica aquella que brota como manifestación deóntica de su garantía.

El principio fundamental de acción está conformado normativo-estructuralmente por el derecho de acción y su correlativa garantía de la jurisdicción; esta vinculación entre derecho y garantía se proyecta también a sus respectivos contenidos, es decir, los contenidos del derecho de acción se vinculan a los contenidos de la garantía de la jurisdicción. Esto exige entender que: i) la acción como derecho fundamental tiene un contenido fundamental: derechos de postular, alegar, probar (confirmar), impugnar, a reconocer hechos, desistirse de pretensiones (de actos o del proceso), etc.; ii) los derechos no son sus garantías, los derechos no deben confundirse con sus garantías, no existen derechos-garantías; los derechos fundamentales comprenden la manifestación deóntica de lo permitido, y, las garantías, correlativas de esos derechos, comprenden las manifestaciones deónticas de lo prohibido y lo obligatorio, de manera que el derecho fundamental de acción y su contenido vinculan deónticamente a sus garantías que son la jurisdicción y sus contenidos, comenzando por las garantías del debido proceso y tutela jurisdiccional (esto implica que es un error entender el debido proceso como un derecho cuando estrictamente es una garantía, por la que el proceso se desarrolla con la observancia fidelísima de todos sus principios de eficiencia, y en el caso de la tutela jurisdiccional mal se hace en proyectarla como un derecho cuando su origen lo describe como auténtica garantía y como tal de más referirla como “efectiva”); y, iii) el principio fundamental de acción se aplica por ponderación cuando su contenido interacciona entre derechos, entre estos y garantías o entre garantías. Así, cuando se invoque la justicia prometida en la Constitución frente a la libertad comprendida en el derecho de acción, el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad serán los que determinen *in casu* el contenido de la acción.

3. ¿POR QUÉ EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y CONTRADICCIÓN NO TOLERA LIMITACIÓN NI RESTRICCIÓN?: LA ACCIÓN COMO DERECHO DE CONTENIDO LIMITADO DE ORIGEN E ILIMITABLE Y DELIMITABLE EN SU INTERACCIÓN

Los principios fundamentales son de todos, sin ninguna excepción; es decir, no existe persona humana que no tenga derechos fundamentales, de modo que un derecho que tan solo una persona no lo tenga no puede ser considerado un principio fundamental, de manera que la técnica regla-excepción no es usual en el caso de los principios. Si esto es así, de la norma que dice, por ejemplo, que toda persona tiene derecho de acción, se desprende que este derecho y sus correlativas garantías se entienden en la titularidad de toda persona sin que exista margen alguno para una excepción. Esa titularidad universal coincide en asegurar la inderrotabilidad de las normas principiales con la tesis de la interacción principal fuerte que rechaza las tesis de la colisión principal, de la limitación de los derechos fundamentales y de la ponderación como pesaje.

Cuando se habla del contenido principal, que es un contenido que no implica derivación de un derecho respecto a otro sino el orden del subsistema de principios fundamentales, no se debe confundir la interacción principal y su ponderación como equilibrio que delimita *in casu* la extensión normativa –lo que asegura la inderrotabilidad de los principios como normas– con la “colisión de principios” y su “ponderación como jerarquización” o “limitación de derechos”, porque esto último sí pondría la derrotabilidad de las normas principiales en la agenda de su teoría, pero como todo ello es aparente y lo correcto está en comprender que los derechos fundamentales y sus garantías son normativamente *limitados de origen, ilimitables y delimitables*, por tanto, no hay excepciones implícitas en los principios que limiten su alcance, no hay por qué fatigar la técnica regla-excepción en materia principal-normativa; es más, en ella no hay lugar para asumir la “máxima de mutilación mínima” (MORESO y RODRÍGUEZ, 2010: p. 36).

4. PROPORCIONALIDAD, RAZONABILIDAD Y DERECHO DE ACCIÓN

Solo existe una manera de entender viable la –sin duda muy intensa– interacción principal de la acción: con la aplicación del principio de proporcionalidad y del criterio de razonabilidad.

Sin duda, la casuística de la acción dará cuenta de que los anclajes problemáticos del Derecho Procesal Civil contemporáneo –de los que el publicismo y dispositivismo procesales solo se ocuparon en profundizar (v. gr., la prueba oficiosa,

las medidas autosatisfactivas, las cargas probatorias dinámicas, los poderes discrecionales del juez, etc.)– pueden desprenderse si se ponderan en ellos, caso por caso, los contenidos del principio de acción con la invocación de cualquier otro contenido fundamental ligado a la justicia, la verdad, la seguridad u otro que la Constitución prometa. Es decir, solo se pueden esclarecer los contenidos del principio de acción en las decisiones de los jueces a través del principio de proporcionalidad y, en su contenido, el uso del criterio de razonabilidad.

En consecuencia, el esclarecimiento de los contenidos de eficiencia de la acción, frente a sus contenidos de efectividad, en cada caso concreto, demanda una interacción ponderada o, mejor, proporcional.

El principio de proporcionalidad opera como medida de enjuiciamiento de la constitucionalidad de la decisión jurisdiccional, cuando esta atenta los derechos fundamentales en el proceso. La actuación de la proporcionalidad exige una medida de participación (interacción) de los derechos fundamentales, lo que en particular se inicia cuando se trata del acceso a la justicia; es decir, de ese acogimiento del justiciable al orden jurídico justo, que le proporciona “justicia sustancial” (DINAMARCO, 2001: p. 114 y ss.), haciendo de contrapeso y, a la vez, nutriéndose del principio de la tutela jurisdiccional, entendido como garantía procesal fundamental.

El acceso a la justicia es el aseguramiento del examen de las pretensiones por el Poder Judicial, de la impartición de soluciones oportunas y enunciadas con corrección y del mejoramiento de la vida con el bien pretendido.

El ejercicio del derecho de acción no agota el concepto de acceso a la justicia, toda vez que la ausencia de medios para que el servicio de impartición de justicia cumpla con decidir y hacer cumplir sus decisiones marcará la falta de efectividad de ese acceso a la justicia. No es difícil, entonces, entender por qué se habla de un derecho de acceso “efectivo” a la justicia que apunta a la realización de los derechos sustantivos dando espacio a una justicia sustancial y no a una justicia meramente formal (CAPPELLETTI, 1993: p. 246; 1976: p. 20; BERIZONCE, 1987: p. 12).

El concepto de acceso a la justicia acompaña a la integridad de la percepción procesal del derecho fundamental de acción, que no debe entenderse únicamente como percutor del proceso; es decir, no únicamente como ingreso al proceso, sino como solvente desarrollador democrático-fundamental y libertario del mismo.

El reconocimiento progresivo del acceso a la justicia tuvo capital importancia cuando se le asignó la connotación de ser un derecho individual y social, afrontándose su problemática en un entorno jurídico igualitario y no únicamente proclamador de derechos, sino garantizador y realizador de los mismos.

La “desformalización” del proceso y de las controversias (GRINOVER, 1990: p. 179) es el paso inicial y más conciso que el derecho de acceso efectivo a la justicia ha merecido. La efectividad que implica este derecho se da (BARBOSA MOREIRA, 1995: p. 168) gracias a: i) la disponibilidad de adecuados mecanismos instrumentales de tutela, ii) el uso de dichos instrumentos, iii) la aproximación del conocimiento del juez a la realidad, iv) la seguridad del cumplimiento de la decisión final y v) la consecución del mejor resultado con el menor costo.

Pero en todo esto hay un enorme riesgo en las fórmulas procesales que tienden a la eficiencia del proceso, descuidando el estamento constitucional que llega a ser quebrado bajo signos autoritarios. Entonces, es necesario que el panorama constitucional sea nitidamente enfocado en el proceso, lo que significa que los derechos procesales fundamentales deben proyectar sus contenidos en cada caso, ajustándose a las propiedades empíricas que posibiliten su delimitación, haciendo soberana la constitucionalidad del proceso.

Aquí destacan como nociones centrales y, a la vez, gravitatorias del derecho al acceso efectivo a la justicia, la efectividad y la eficiencia; la primera, como realización de los derechos materiales sustanciales o procesales tutelados; y la segunda, como la idoneidad del mecanismo empleado para la consecución de la primera.

Se asigna importancia al principio de proporcionalidad en el acceso a la justicia, compartiendo escena con los principios de accesibilidad, probidad y utilidad. La *accesibilidad* se concretiza en el derecho a la información, legitimación adecuada y preocupación sobre los costos procesales. La *probidad* se comprende por la actuación moral de los abogados y jueces y por la utilización correcta de los instrumentos y medios procesales. La *utilidad* se consagra en el binomio seguridad-celeridad, teniéndose en cuenta que se debe propiciar menos sacrificio para obtener más provecho.

En cuanto a la proporcionalidad, su empleo en el proceso civil será: i) en todos los procesos (individuales, difusos, colectivos); ii) con el despliegue de sus tres subprincipios, siendo los de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que correlativamente significan que el proceso civil exhala *accesibilidad* (uso adecuado de los medios procesales), *probidad* (conocimiento de derechos por personas capaces de ejercerlos o de sujetarse a sus garantías de efectividad) y *utilidad* (ponderación como equilibrio entre propiedades empíricas y propiedades normativas, todas potencialmente relevantes, determinando así la mayor optimización de los derechos fundamentales con el menor esfuerzo); y, iii) con el soporte del criterio de razonabilidad, que exige la justificación de la decisión proporcional.

Bien visto, el principio de proporcionalidad subsume a los principios de accesibilidad, probidad y utilidad, puesto que solamente a través del principio de proporcionalidad se exterioriza, en el proceso, el acceso a la justicia.

Esto hace que el proceso civil esté dominado por el debido proceso proporcional, a través del cual la idea del juez creador de derecho cobra nueva luz, que deja ver que esta función creadora está inserta en la solución jurídica elaborada para cada caso concreto, en el que “engendra” (WAMBIER, 2001: p. 393 y ss.) una solución.

Teniendo en consideración que la actividad jurisdiccional no cuenta con un espacio tan amplio como el del legislador para emplear el principio de proporcionalidad, se debe considerar, sobre el particular, lo siguiente:

- a) El principio de proporcionalidad funciona siempre a razón de un caso concreto y para la tutela de los derechos fundamentales.
- b) Es equivocada la idea (BARNÉS, 1994: p. 509 y ss.) del principio de proporcionalidad únicamente para que el juez contraste la legalidad de los demás poderes públicos y no de su propia actividad.
- c) El juzgador no cuenta con la amplitud del radio de acción de la producción normativa del legislador, o de la discrecionalidad del administrador (FERNÁNDEZ NIETO, 2008: p. 532) público, en el manejo del principio de proporcionalidad. Los límites del asunto sometido a su conocimiento no le dejan ir más allá del ámbito normativo comprometido. Su radio de acción es, entonces, el interpretativo del ordenamiento atendible *in casu*, bajo parámetros favorecedores de los derechos fundamentales en una clara línea finalista, fundamental y funcional.
- d) La actividad jurisdiccional desproporcionada se controla a través del pedido expreso (v. gr., solicitud de inadmisión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales), los remedios (nulidad, oposición), los recursos (reposición, apelación, casación y queja), la pretensión nulificante (art. 178 del CPC) o el amparo.

El principio de proporcionalidad al tiempo de controlar la delimitación del contenido de los derechos fundamentales tutela los mismos, asumiéndolos como mandatos, principios, programas y derechos (URÍAS, 2001: p. 115 y ss.), en consecuencia:

- a) Los derechos fundamentales tienen un doble carácter: como *derechos subjetivos*, enmarcados por parte del Estado en una situación negativa controlada por el principio de interdicción de arbitrariedad; y, como *institutos*, ligados a la situación positiva del Estado que los promueva en su mayor fuerza expansiva, de modo que las regulaciones delimitadoras de los contenidos de los derechos fundamentales, y de sus garantías fundamentales correlativas, son también vinculantes.

- b) En la lógica de las normas-reglas y las normas-principios, la proporcionalidad es un principio y, como tal, se halla consagrado a nivel constitucional. Es, entonces, un principio fundamental para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales o, mejor, es la garantía de tutela de los contenidos de estos; consecuentemente, no se dude que el principio de proporcionalidad no apenas es promovido por la eficiencia jurídica, sino también por la efectividad del Derecho.
- c) La injerencia del juzgador civil en el manejo del principio de proporcionalidad es consecuencia del compromiso fundamental de las circunstancias del caso concreto, que no llegan a ser colmadas por la reserva de la ley en el desarrollo de los derechos fundamentales; por eso, se requiere de ponderación en sujeción a circunstancias potencialmente relevantes.
- d) Los derechos fundamentales son limitados por inmanencia, ilimitables y delimitables en su contenido.
- e) El principio de proporcionalidad le permite al juzgador delimitar o configurar la expansión del contenido fundamental de un derecho, eso y nada más. En consecuencia, el principio de proporcionalidad no sirve para que el juez intente desarrollar normativamente el contenido de los derechos fundamentales, no podría, porque estos son limitados por inmanencia e ilimitables.
- f) Las decisiones limitadoras de derechos fundamentales deben interpretarse en forma restringida por la fuerza expansiva de esos derechos, y siempre de la manera más benigna para los mismos.

5. LA ACCIÓN, LA TUTELA JURISDICCIONAL Y EL PROCESO JUSTO

El derecho de acción entendido como derecho de “acceso al servicio de la función jurisdiccional” o, para seguir la línea expresiva constitucional española, “acceso a los jueces y tribunales”, funciona como derecho de cierre del sistema, pues no es sino el derecho a la efectividad de los derechos a través de una garantía de tutela: la tutela jurisdiccional.

El contenido del principio de acción, en el plano de efectividad, comprende los derechos contenidos en el derecho de acción y las garantías que a estos se vinculan –atención– con relación a la función jurisdiccional; no es raro, entonces, advertir que la principal garantía que enlaza el derecho de acción como derecho de acceso a la función jurisdiccional sea la garantía de la tutela jurisdiccional, contenido de la garantía de la jurisdicción.

La garantía de la tutela jurisdiccional es el componente estructural del derecho de acción en el plano fundamental que es el que procura la efectividad del derecho; es decir, es la garantía que en gran medida posibilita que la acción sea derecho de cierre del sistema normativo principal, porque es a través de ella que los derechos contactan, llaman o tocan la jurisdicción estatal expuesta funcionalmente (lo que implica su interacción con la eficiencia de la acción) para que los derechos objeto de tutela sean efectivos en forma forzosa.

El derecho de acción entendido como derecho de "acceso al proceso" no deja de funcionar como derecho de cierre del sistema, pues no es sino el derecho a un método eficiente, pacífico y sistémico para la efectividad de los derechos, que configura para su propia eficiencia una garantía (garantía de eficiencia de la acción): el proceso justo. En todo caso, tanto el derecho al proceso como su correlativa garantía del proceso justo tienen contenidos muy profusos y estructuralmente vinculados, que no pierden en su naturaleza principal la naturaleza que le corresponde a sus continentes.

El contenido del principio de acción, que es de fundamento y no de derivación, en el plano de eficiencia, comprende los derechos contenidos en el derecho de acción y las garantías que a estos se vinculan, atención, con relación al proceso; no es raro, entonces, advertir que la principal garantía que enlaza el derecho de acción como derecho de acceso al proceso sea el debido proceso.

La garantía del proceso justo es el componente estructural del derecho de acción en el plano funcional, que es el que procura la eficiencia del derecho; es decir, es la garantía que no deja de colaborar para que la acción sea derecho de cierre del sistema normativo principal. Ahora, ese contacto del derecho de acción con el proceso, al igual que el que tiene con la función jurisdiccional, no es tan simple, pues también tiene un complejo andamiaje principal normativo que lo soporta eficazmente. De modo que, aquí se pone en juego el tupido tejido principal de la acción, que es el formado por los derechos contenidos en el derecho de acción como derecho al proceso frente a las garantías contenidas en la garantía del proceso justo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2009): "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional de Derecho". En: Miguel Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta;
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1995): "Efetividade do processo e técnica processual". En: *Revista de Processo*, N° 77. São Paulo: Revista dos Tribunais;
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1994): "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario". En: *Revista de la Administración Pública*, N° 135. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales;
- BERIZONCE, Roberto O. (1987): *Efectivo acceso a la justicia*. La Plata: Platense;
- BOBBIO, Norberto y PERELMAN, Chaïm

(1966): "Comunicaciones a los coloquios de l'Aquila (1964)". En: *Le fondement des droits de l'homme. Actes des entretiens de L'Aquila*, Institut International de Philosophie, Firenze, La Nuova Italia; BOVERO, Michelangelo (2002): "Democracia y derechos fundamentales". En: *Isonomía*, N° 16. México DF: Fontamara; CAPPELLETTI, Mauro (1993): "La protección de los intereses colectivos o difusos". En: *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México; DINAMARCO, Cândido Rangel (2001): *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Malheiros; FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2008): *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común europeo*. Madrid: Dykinson; FERRAJOLI, Luigi (2000): "Garantías constitucionales". En: *Revista Argentina de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: EDIAR; FERRAJOLI, Luigi (2008): "Derechos fundamentales y crítica del Derecho", trad. José María Lujambio. En: *Epistemología jurídica y garantismo*. México DF: Fontamara; FERRAJOLI, Luigi (2009): "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: Miguel Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; FIORAVANTI, Maurizio (2001): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira. Madrid: Trotta; GRINOVER, Ada Pellegrini (1990): *Novas tendências do Direito Processual*. Río de Janeiro: Forense; GUASTINI, Riccardo (2001): *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Fontamara; KÄGI, Werner (2005): *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado (investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional)*, trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven. Madrid: Dykinson; MORESO, José Juan y RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2010): "Estudio introductorio. Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima". En: Alchourrón, Carlos E. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid: Marcial Pons; URÍAS, Joaquín (2001): *La tutela frente a las leyes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2001): *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais; ZOLO, Danilo (1994): "La strategia della cittadinanza". En: *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*. Roma-Bari: Laterza.*

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BRICEÑO SIERRA, Humberto (1999): "Sobre la acción y el proceso". En: *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo 3. Buenos Aires: Juris; CHIOVENDA, Giuseppe (1986): *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1961): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis; GOLDSCHMIDT, James (1956): "Teoría de la acción procesal". En: *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA; MONTERO AROCA, Juan (1976): *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos; MORÓN PALOMINO, Manuel (1993): "La acción". En: *Derecho Procesal Civil (cuestiones fundamentales)*. Madrid: Marcial Pons; ORTELLS RAMOS, Manuel (2003): *Derecho Procesal - Introducción*. Valencia: Punto y coma; RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1969): *Teoría de la acción*. Bogotá: Temis; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA; ROCCO, Ugo (1969): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis; ROCCO, Ugo (1959): *Teoría general del proceso civil*. Buenos Aires: Depalma.

Artículo 4**Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil**

Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 1971, num. 1; C.P.C. arts. I, III, IV párrs. 2 y 3, VIII, 4, 65, 109, 110, 112, 518; L.G.S. art. 149; L.O.P.J. arts. 8, 9.

Erick Veramendi Flores

1. INTRODUCCIÓN

Previamente a analizar el tema de consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil, debemos realizar una previa diferencia entre el derecho subjetivo material privado, la pretensión sustantiva privada y la acción procesal civil.

Así, *el derecho subjetivo material privado* es la posibilidad particular para obrar, consagrado en el ordenamiento jurídico regulador de las relaciones jurídicas de coordinación, en tanto y en cuanto se encuentre concebida en un estado de pacífico goce y actuación. El sujeto activo de este es el titular de tal derecho, cuya conducta se puede desplegar en su goce y en su disposición, y que el sujeto pasivo, si se trata de un derecho personal, es el obligado a observar la conducta de cumplimiento; y, si se trata de un derecho real, lo son todos los demás, que deben observar una conducta de respeto al goce o la disposición del titular.

La pretensión sustantiva privada es el derecho surgido de la afectación del derecho subjetivo material del particular, que tiene por objeto la restitución de la misma. El sujeto activo de la pretensión es el titular del derecho violado, facultado para exigir la reparación de la afectación y el sujeto pasivo solo lo puede ser el particular que lo afecta, constreñido a repararla. El contenido de los derechos subjetivos privados y de las pretensiones es siempre múltiple y variado, como lo son los primeros y como lo son, en vía de consecuencias, las segundas.

La acción procesal civil es el derecho subjetivo público del particular a obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado la prestación de la función jurisdiccional. El sujeto activo de la acción lo es un particular, el sujeto pasivo de la misma, lo es siempre el Estado y el contenido del derecho de que se trata es, también siempre,

la prestación de la función jurisdiccional (ROSALES, 2002: pp. 202-203). Parece que esta es la posición del CPC, cuando señala en el artículo 2: “Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica”. Planteadas así las cosas, a continuación desarrollaremos el artículo materia de comentario.

2. SENTIDO Y ALCANCES

2.1. Contenido y límite del derecho subjetivo material privado: la ley y el derecho de tercero

Si *el derecho subjetivo material privado* es la posibilidad (potestad o facultad) particular para obrar, consagrado en el ordenamiento jurídico regulador de las relaciones jurídicas de coordinación, en tanto y en cuanto se encuentra concebida en el mismo en un estado de pacífico goce y actuación, entonces cabe preguntarnos: ¿cuál es el límite del derecho subjetivo? Un límite es la afectación del interés ajeno, límite que se encuentra sustentado en el *principio de abuso de derecho*, pues, junto al derecho subjetivo, subyace el deber genérico de no causar daño a otro (FERNÁNDEZ, 2006: pp. 171-173). No obstante ello, la ley autoriza dañar cuando se trata del ejercicio regular de un derecho (inc. I del art. 1971 del CC). A continuación ensayaremos algunos conceptos al respecto.

2.2. Ejercicio regular e irregular de un derecho

Será *regular el ejercicio del derecho de acción* –como regla general– cuando se acredite la afectación o lesión del derecho subjetivo material o, por lo menos, la existencia de incertidumbre jurídica que justifica solicitar tutela jurisdiccional. *Contrario sensu*, será *irregular el ejercicio del derecho de acción* cuando no existe afectación del derecho subjetivo material o no existe incertidumbre jurídica. Adicionalmente, debe realizarse una actividad *complementaria* de verificarse la existencia de afectación de los principios y deberes procesales.

De lo expuesto, debe tenerse en cuenta que dado que el derecho subjetivo *adjetivo* es instrumental, para ubicarnos dentro del ejercicio irregular del derecho de acción primero debe verificarse la lesión del derecho subjetivo *material*, que habilita el ejercicio del derecho subjetivo *adjetivo*, dentro del proceso. De allí surge la dificultad para determinar si el contenido del ejercicio irregular del derecho de acción es necesario recurrir al Derecho Civil o basta con las normas procesales. Para nosotros se trata de una relación complementaria.

2.3. Ejercicio irregular de un derecho: abuso del proceso

El abuso procesal es una especie del abuso del derecho, cuya autonomía se desprende de los principios procesales. Se desprende del principio procesal de moralidad y economía, que se ha normativizado a través de la instrumentación legal de los deberes procesales con contenido ético (conducirse con lealtad, probidad y buena fe, etc.) (VARGAS, 1999: pp. 255-257). Hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes-deberes funcionales, derechos facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal) (ÁLVAREZ, 2006: p. 121). La proscripción del abuso del derecho en materia procesal no debe ser colocada en un pedestal, por encima de los demás principios procesales, sino que, por el contrario, debe aplicarse con carácter *restrictivo y excepcional*, no para contraponerse a estos, sino para tratar, por su intermedio, de que tengan aplicación plena (FERRARI, 2006: p. 277).

Para la doctrina jurisprudencial, constituye actuación con temeridad y mala fe la falta de apelación de una resolución que rechaza el remedio proceso de nulidad, así como la designación indebida de un procurador público, las cuales afectaron el derecho de defensa del Ministerio de Agricultura; violentándose los deberes tipificados en los artículos IV del Título Preliminar, 109 y 112 del CPC (Cas. N° 4784-2007-Lima, *El Peruano*, 01/12/2008, pp. 23276-23277). Frente a ello, cabe preguntarse cuál es criterio asumido por el artículo en mención, a continuación nos referimos al mismo.

2.4. Criterios para identificar el abuso del proceso

- a) *Tesis objetiva (teleológica, finalista u funcional)*: un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culposa cuando se desvíe del fin que le asigne el ordenamiento al derecho ejercido. Lo único que se requiere es la exteriorización del acto que haya provocado un daño jurídico. Características: i) ruptura de equilibrio, ii) sistema funcionalista o del fin económico y social del derecho, iii) ejercicio de un derecho contrariando su espíritu y iv) sistema de ejercicio de incompatible con la regla moral.
- b) *Tesis subjetiva (eticista)*: se fundamenta en el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe, pues este solo permitiría sancionar las conductas calificables de dolosas o culposas. Sus características son: i) intención de perjudicar, ii) sistema de culpa; y, iii) sistema de la falta de interés legítimo o utilidad. El abuso de las vías procesales tiene su fundamento subjetivo

en tanto es relevante el *animus* del sujeto que lo comete, conocido como *animus nocendi* (intención de perjudicar), esto se presenta, por ejemplo, en aquellos casos de violación del principio de lealtad, probidad y buena fe procesal.

- c) *Tesis mixta*: conjugan las diferentes ideas para definir el abuso, y dejan librado a la apreciación que los jueces hagan en cada caso concreto para ver si aquel operó o no. Para ello, los jueces pueden combinar los criterios objetivos con los subjetivos, según las circunstancias particulares de cada caso.

Teniendo en cuenta las disposiciones del CPC, consideramos que adopta la tesis mixta, ya que los artículos IV del Título Preliminar, 109, 110 y 112 asumen la tesis subjetiva, mientras que la tesis objetiva se desprende del artículo III del Título Preliminar. Ahora bien, resulta importante desarrollar algunos límites sobre dicho derecho.

2.5. Límites para calificar el abuso del proceso

A efectos de establecer la existencia del ejercicio irregular del derecho de acción se debe tener en cuenta los siguientes límites:

- a) La declaración oficiosa del abuso debe ser excepcional.
- b) La duda razonable acerca de la calificación de una conducta como abusiva debe resolverse a favor de su regularidad.
- c) No debe merecer sanción el uso de mecanismos procesales, aun irregular, cuando no ha provocado perjuicio, sea este de orden patrimonial, moral o aun puramente procesal, expresado en términos de obstrucción o dilación de la causa.
- d) A salvo los supuestos excepcionales de declaración oficiosa, el acto abusivo queda subsanado por la falta de denuncia oportuna de la parte que se ha visto perjudicada por él.
- e) Aun adoptándose un criterio objetivo para detectar el acto abusivo, deben descartarse las apreciaciones que reposen en criterios abstractos o generales.
- f) Cuando no surge del análisis de la conducta abusiva ningún factor subjetivo de atribución (dolo, culpa, malicia o temeridad, etc.), no habrá lugar a responsabilidad aquiliana de su autor y, por lo mismo, a la reparación indemnizatoria extraprocesal del daño causado.

2.6. Responsabilidades derivadas del abuso del proceso

Las responsabilidades por el ejercicio irregular del derecho de acción son múltiples. Así, se derivan las siguientes: 1) la nulidad de los actos jurídicos procesales; 2) la responsabilidad penal, siempre y cuando configuren los tipos previstos en la ley sustantiva; 3) la responsabilidad administrativa “endógena” (o sea la aplicada por el juez como director del proceso mediante llamados de atención, prevenciones, apercibimientos, multas, etc.); 4) la responsabilidad administrativa “exógena” (esto es, la reprimida por los Colegios Profesionales respectivos ante el giro de copias de las actuaciones jurisdiccionales donde luce el mal desempeño de los curiales); 5) la responsabilidad civil contractual (entre el abogado, procurador o letrado patrocinante y su mandante o poderdante); 6) la responsabilidad civil extracontractual (de las partes y sus apoderados o bien, de cualquier otro sujeto procesal por el ejercicio abusivo del o en el proceso) (VARGAS, 1999: pp. 274-275).

El artículo 4 del CPC, regula una responsabilidad civil extracontractual, costas, costos y multas. La responsabilidad de aquellos puede concurrir conjuntamente o en forma autónoma.

3. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Consideramos que un primer problema práctico que se presenta es establecer el ejercicio regular de un derecho invocando normas procesales y, en otras ocasiones, motivando en forma genérica que se ha actuado en ejercicio regular del derecho de acción. Así, se establece erróneamente que el demandante *ha actuado en ejercicio regular de su derecho a la tutela jurisdiccional*, conforme al artículo I del Título Preliminar del CPC, al tener motivos fundados atendibles para formular su pretensión de interdicto de recobrar y retener, por tanto, no existe ejercicio irregular del derecho de acción, por tanto, no existe responsabilidad de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 1) del artículo 1971 del CC (Cas. N° 1848-2009-Áncash, *El Peruano*, 30/07/2010, pp. 28184/28185). Asimismo, se señala en forma genérica que el demandante ha actuado en *ejercicio regular de su derecho de acción* al demandar por prescripción adquisitiva de dominio (Cas. N° 4784-2007-Lima, *El Peruano* 01/12/2008, pp. 23276-23277). El problema de las citadas ejecutorias es que el juzgador debió explicar qué derecho subjetivo material privado le correspondía al demandado (por ejemplo: derecho de posesión), y a continuación precisar si ha existido *lesión* del mismo (por ejemplo: actos perturbatorios o despojo) según la pretensión sustantiva privada, para de esta forma concluir que el ejercicio del derecho de acción fue regular o irregular. Entonces, establecer en forma genérica y abstracta que el demandante ha actuado en ejercicio regular de su derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acción constituye una violación a la garantía de motivación, ya que se trata de normas procesales.

Otro problema práctico es la identificación de los límites entre el ejercicio regular e irregular de un derecho, ya que existe un grado de indeterminabilidad para asignarle significado a efectos de aplicar la exclusión del sistema de responsabilidad civil, prevista en el numeral 1) del artículo 1971 del CC. El problema es que no existe disposición legal que establezca los límites; hay que recurrir a la dogmática y doctrina jurisprudencial. Así, se ha establecido que el ejercicio regular de un derecho es aquel donde se efectúa respetando los parámetros propios que son consustanciales a dicho fin, y que se encuentran inspirados por el principio general de la buena fe de las personas; además, nuestro ordenamiento legal no establece límites al ejercicio regular de un derecho, lo que lleva a asumir la generación de ciertos daños, siendo considerado dicho ejercicio un acto no anti-jurídico. Por eso, la Corte Suprema califica como ejercicio regular de un derecho la pretensión de obligación de dar suma de dinero, una declarada infundada y otra archivada por abandono del proceso, en tanto que los actores consideran que se les ha causado perjuicio económico por el consumo de pastos comunales (Cas. N° 4321-2010-Lima Norte, *El Peruano* 30/01/2012, p. 32993). Asimismo, considera como ejercicio regular de un derecho cuando se ejercita dentro de sus límites y en armonía con el interés social, dentro de los límites de razonabilidad y buena fe; en esta situación sí está autorizado el daño. De otro lado, el ejercicio de un derecho será irregular cuando no se ejercite en armonía con el interés social; su límite es el abuso, aquí no hay autorización para causar daño. Una conducta será antijurídica no solo cuando se contraviene una norma prohibitiva sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar valores y principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (Cas. N° 911-2010-Lima, *El Peruano* 30/01/2012, pp. 32938-32939).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ, Mariela (2006): "Abuso del proceso". En: Peyrano, Jorge (dir.), Rambaldo, Juan (coord.). *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; FERNÁNDEZ, Carlos (2006): "Abuso del derecho". En: Gutiérrez, Walter (dir.). *La Constitución comentada*, vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica; FERRARI, Griselda (2006): "Aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia procesal civil". En: Peyrano, Jorge (dir.), Rambaldo, Juan (coord.). *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; VARGAS, Abraham L. (1999): *Estudios de Derecho Procesal*, vol. I. Buenos Aires: Cuyo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALPA, Guido (2006): *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Lima: Jurista; BELSIO, Juliana; GASPARINI, Marisa (2006): "Reflexiones sobre el abuso en materia procesal". En: Peyrano, Jorge (dir.), Rambaldo, Juan (coord.). *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GARCÍA, Marcela (2006): "De la necesidad de compatibilizar en el proceso el principio del abuso del derecho con la garantía de defensa en

juicio". En: Peyrano, Jorge (dir.), Rambaldo, Juan (coord.). *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; LÉPORI, Inés (2006): "Abuso procesal: la función de los jueces y el abuso procesal". En: Peyrano, Jorge (dir.), Rambaldo, Juan (coord.). *Abuso procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; MASCOTRA, Mario (2005): *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc; MAURINO, Alberto L. (2001): *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: La ley.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Estimar la excepción de prescripción extintiva, contabilizando los días en los que los trabajadores del Poder Judicial se encontraban en huelga, constituye un criterio que limita irrazonablemente el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, pues la interpretación efectuada limita el derecho de acceder a la vía judicial, porque restringe el ejercicio del derecho de acción, derecho fundamental que en efecto puede verse lesionado si, para acceder a la tutela jurisdiccional, la Ley impone exigencias excesivas o irrazonablemente formalistas, ocasionando con ello la imposibilidad del ejercicio de ese derecho fundamental, y en el entendido que, ese derecho de acción debe interpretarse de conformidad con el principio pro accione, es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito (*Cas. N° 188-2006-Huánuco*).

Se considera que la recurrente no actuó en el ejercicio regular de su derecho, ya que se puede inferir que la Fundación tenía conocimiento de que quien ocupaba el bien previo al lanzamiento era la demandante y no Monterrey Sociedad Anónima, tal como alegó en el momento de solicitar la desocupación; sin embargo, pese a ello no puso en conocimiento del juzgado tal ocurrencia, permitiendo el inicio de la diligencia de lanzamiento, con lo que se encuentra acreditada una conducta pasible de responsabilidad civil (*Cas. N° 3259-2001-Lima*).

TÍTULO II

COMPETENCIA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 5

Competencia civil

Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 62, 81, 97, 99, 100, 106, 131; C.P.C. arts. 6 a 47, 49; C.P. Const. arts. 51, 65, 85; C.N.A. arts. 133 a 135; C.D.L.P. arts. 314, 332; L.T.V. art. 111; D.LEG. 1071 arts. 2, 4, 8, 16, 40, 41, 48; L.O.P.J. arts. 27, 33, 40, 46 inc. 1, 49, 57, 65.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la competencia en el CPC inicia por sentar el factor objetivo de la materia como distintivo no solo de lo que se atribuye a los órganos jurisdiccionales por ley, sino de los órganos jurisdiccionales mismos, pues diferencia los órganos jurisdiccionales civiles de los otros órganos jurisdiccionales tomando como elemento diferenciador a la materia civil. Pero la regulación de la materia es amplia y no faltará espacio para ocuparse de ella, de modo que en este numeral inicial, más allá de la relación entre función jurisdiccional y competencia y el soporte fundamental de la competencia en la división del trabajo y del poder, interesa, sobremanera, la naturaleza jurídica de la competencia.

Este numeral es disposición de cierre de la regulación de la competencia de la función jurisdiccional para todo el ordenamiento, en tanto se asegura de que todo aquello que sea atendible por la jurisdicción estatal tenga siempre un juez preestablecido para ello.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La función o actividad jurisdiccional (MANDRIOLI, 2010: p. 7 y ss.) consiste en la “impartición de justicia” (*rectius*: resolución de conflictos) por ejercicio del poder estatal que descansa en cada uno de sus órganos (jurisdiccionales), precisamente, de ejercicio de ese poder.

Vista la jurisdicción en los cauces del flujo del poder estatal se presenta como una función que explica, a la luz de los principios de separación de poderes y división de poderes, la naturaleza de una actividad estatal cargada de una energía que afianza lo que dispone, que resulta ser, en base a ese poder, dominante y absoluto; por tanto, con una pretensión de validez irresistible, tanto que para su cumplimiento no se escatima el uso de la fuerza sobre el ciudadano.

La función jurisdiccional se realiza por los órganos constitucionalmente encargados de hacerla efectiva: los órganos jurisdiccionales. Estos poseen la autoridad pública de impartir justicia entre los gobernados. Se configuran estructuralmente como servidores públicos desde la Constitución orgánica, que es también de donde emana su funcionalidad estatal. Los jueces como órganos jurisdiccionales o, mejor, de ejercicio de flujo jurisdiccional público de poder están restringidos en el ejercicio de sus atribuciones (funcionales jurisdiccionales) por las garantías de los derechos fundamentales que, todas ellas, aparecen de la Constitución dogmática. Con otras palabras, los tradicionalmente denominados “poderes de la jurisdicción” están supeditados en su ejercicio a las garantías fundamentales del derecho (fundamental) de acción, en la medida en que la legitimidad de la Constitución orgánica pende del respeto irrestricto que le debe a la Constitución dogmática, sea en tanto se construya por el poder constituyente o funcione por el poder constituido.

Es un yerro mayor el continuar afirmando que la Constitución se ocupa de atribuir la jurisdicción o, mejor, la función jurisdiccional y la ley dicta los ámbitos de la validez de su ejercicio refiriendo por ello a las reglas de la competencia.

En el Estado constitucional de Derecho la regulación legal de la competencia obedece a un elenco vasto de garantías procesales fundamentales, particularmente de eficiencia o técnico-políticas, de manera que la Constitución no es ajena a la regulación de la competencia, es todo lo contrario, su ámbito dogmático es manante de la limitación del ejercicio de la función jurisdiccional. Si esto es así, bajo el clima neoprocesal, es también dudoso seguir afirmando que la cuestión de la competencia es un *posterius* (CALAMANDREI, 1962: p. 136; MANDRIOLI, 2010: p. 216) de la cuestión de la función jurisdiccional, si se toma en consideración que las garantías de los derechos procesales fundamentales del justiciable con relación a la competencia se fundan en su reconocimiento en la Constitución

dogmática o axiológica. Ahora, si se diferencia claramente las reglas instrumentales de la competencia, que están elaboradas por el legislador ordinario sin descuidar los principios (derechos y sus garantías) fundamentales que las legitiman, de la configuración orgánica funcional de la jurisdicción, tal vez, y con mucho cuidado, esa relación de posterioridad de la competencia frente a la función jurisdiccional se mantenga en pie.

Advertida así la jurisdicción, lo último que se podría admitir es la posibilidad de dividirla, repartirla (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, 1995: p. 132 y ss.) o fraccionarla entre quienes la ejercen: los jueces. La jurisdicción es una sola (DA SILVA, 2002: p. 53), no admite clasificación (CARNEIRO, 2010: p. 31 y ss.) ni división alguna, menos por efecto de la competencia procesal. Esta no es una porción, especie, parte o fracción de la jurisdicción; es más, no es una clase de jurisdicción ni la jurisdicción misma. La competencia se diferencia muy claramente de la jurisdicción, pero es su vinculación a esta la que justifica su presencia, estructura y función.

3. LA DIVISIÓN DEL TRABAJO Y LA DIVISIÓN DEL PODER COMO SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA

Los principios de división del trabajo y división del poder informan la distribución de la labor funcional de jurisdicción a través de muchos órganos jurisdiccionales; siendo así, la funcionalidad orgánica del Judicial a través de esos muchos jueces se distribuye o reparte en atención a varios factores, lo que no significa que la jurisdicción se distribuya o reparta, esta sigue siendo, siempre, una sola. El manejo de los factores que delimitan el ejercicio funcional de cada órgano jurisdiccional, desde la Constitución y la ley, se sintetiza en un instituto procesal de delimitación, no de legitimidad (PROTO PISANI, 2010: p. 265) —el órgano jurisdiccional por ser tal tiene total legitimidad para ejercer la (*rectius*: “su”) función jurisdiccional—, sino de aptitud (PALACIO, 2003: p. 192) de los jueces para conocer casos concretos: la competencia. Esto deja claro que la jurisdicción recae en todos los jueces (CARNEIRO, 2010: p. 73), por el simple hecho de ser nombrados como tales bajo parámetros democrático-constitucionales, pero no todos ellos tienen competencia para conocer un caso concreto. Esa aptitud se determinará por exigencias de la Constitución traducidas en ciertos factores de naturaleza procesal que, desde la ley, delimitan la jurisdicción para cada órgano jurisdiccional, de manera que si uno resulta tener aptitud, por la delimitación de su funcionalidad, para ser la autoridad en un caso concreto, los demás quedan excluidos.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPETENCIA: UN PRESUPUESTO PROCESAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

La competencia es un presupuesto procesal (ATTARDI, 1999: p. 236) que describe la pertinencia o, mejor, la aptitud del sujeto que juzga en el caso concreto. Es una premisa indispensable de la sentencia (GOLDSCHMIDT, 1936: p. 164). Si esta exigencia ineludible de regularidad procesal pesa sobre el sujeto jugador del proceso, sobre las partes pesa otra, también con la naturaleza de ser presupuesto procesal, la capacidad de goce y de ejercicio. Si se quiere, es cierta la idea por la que la aptitud de las partes se mide en términos de capacidad y la del juez en términos de competencia.

Hasta aquí se logra ubicar dos ideas condicionantes para entender la competencia. La primera es aquella por la que la organicidad del Judicial se troca en una pluralidad de órganos jurisdiccionales que interaccionan entre ellos. La segunda es el control de un nivel de aptitud exigido para delimitar la funcionalidad de cada órgano jurisdiccional. En ambos casos, nada sería posible sin los principios y reglas de la competencia.

Una posición equivocada (QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 199) sobre la validez de la normativa de la competencia sostiene la insuficiencia de la institución de la función, distinción y especialización competencial desde la Constitución, porque resulta imprescindible que la ley la determine, porque es ella la normativa que contiene el precepto específico del oficio y del que se desprende la estructura horizontal y vertical de la judicatura, así como la censura, crítica y control de la actividad de los jueces. Esta es una posición muy asentada en los trabajos paleo-procesales, en los que se proyecta constitucionalmente la competencia con escuálidas y meramente orgánicas prescripciones de la Constitución, de manera que la ley asume el rol predominante en la justificación de la validez normativo-regulatoria de la competencia y, con ello, de su implícita vinculación con la organización orgánica de la judicatura y, algo peor, de la idea de control, censura y crítica desde las prescripciones legales, es decir, se proyecta la normativa sobre la competencia desde las reglas que animan el proceso y no desde la Constitución dogmática ni, claro está, de los derechos y garantías fundamentales que esta cobija.

Cuando se pierde de vista la verdadera naturaleza jurídica de la competencia se incurren en falacias como la postura de presentar la competencia como requisito de validez de los proveídos del juez (PROTO PISANI, 2010: p. 273) y, como si esto fuera poco, indicar que esa tesis supera a la de la competencia como requisito de la validez de la demanda. Sobre el particular debe establecerse que la competencia es un presupuesto procesal, no de la demanda ni de ningún otro acto procesal, comprendiendo los proveídos del juez, sino de la relación jurídico-procesal,

simplemente porque es la aptitud de un sujeto procesal —el juez— que está preestablecido por ley para conocer y resolver el caso concreto, es decir, para integrar válidamente el componente subjetivo procesal, traducido en la integración de la relación jurídica procesal. Si falta esa aptitud de ese sujeto no existe la posibilidad de entablar la relación jurídico-procesal, esta será inválida y no propiamente la demanda; esta no se declara nula, es más, el proceso sigue en marcha pues el derecho de acción sigue intacto y funcionando desde su ejercicio inicial con la demanda. Tan es así que no se declara nula la demanda y, producida la traslación, esta sigue intacta para sus efectos. Ahora: ¿por qué no es correcto afirmar que la competencia es requisito de los proveídos del juez? No es correcto no solo porque, en el supuesto negado que tenga un mínimo de acierto, se mutilaría la competencia para la validez de los actos de las partes, de los terceros legitimados, de los auxiliares jurisdiccionales, etc., que fueron consecuencia de los proveídos del juez, sino porque los requisitos de los actos procesales consistentes en los proveídos del juez, como de cualquier otro acto procesal de parte, son determinables en forma específica, de modo que siempre son de forma, formalidad o formalismo, sería absurdo evaluar en cada acto procesal del juez la competencia como su requisito, ello corresponde a la iniciación (PALACIO, 2003: p. 194) o postulación del proceso en el control de los “presupuestos” procesales de la relación jurídico procesal, de modo que se configura un orden de control de presupuestos a atender en la validez o regularidad de los actos procesales.

Los presupuestos procesales se diferenciaron siempre de los requisitos de la demanda, de manera que la ausencia de los primeros genera improcedencia y la de los segundos inadmisibilidad. La diferencia entre improcedencia e inadmisibilidad es la no subsanación de la primera y la subsanación de la segunda. Este criterio de “(in)subsananabilidad” se articula en los controles de los presupuestos procesales en la calificación de la demanda, la decisión sobre las excepciones y el saneamiento del proceso. Y en ningún caso la improcedencia lleva a la subsanación de defectos por omisión de presupuestos (comprendiendo en ellos a los requisitos cuando se identifican como presupuestos del procedimiento) como tampoco la inadmisibilidad a la conclusión del proceso.

Establecer reglas que se refieren a la “procedencia” de una demanda de ejecución tiene como propósito que advertida sea la omisión de sus presupuestos —entiéndase de procedencia— el control de los mismos deviene en la declaración de improcedencia y, por tanto, en la conclusión del proceso.

Bajo la premisa anotada, que rige para el proceso civil, sea de conocimiento o de ejecución, corresponde evaluar si el tratamiento de la “procedencia” de la demanda de ejecución contenida en los precedentes del Sexto Pleno Casatorio se ajusta a sus exigencias conceptuales actuales o si se trata de reglas que pervierten el

efecto de la improcedencia o, en todo caso, que regulan la admisión de la demanda de ejecución entendida, equivocadamente, como procedencia. De ser afirmativas estas dos últimas tesis habrá que advertir si el problema nace con los precedentes del Sexto Pleno Casatorio o estos son simples consecuencias de la defectuosa regulación, sobre el particular, del CPC.

La instrumentalización del proceso no se advierte en la línea de la necesidad de los órganos jurisdiccionales para que cumplan su función, sino de la necesidad de los justiciables para que el derecho de acción como derecho de acceso al proceso sea efectivo o, mejor, eficiente. La eficiencia del proceso es la que consolida su carácter instrumental.

El proceso se ha definido como un “método” (CARNELUTTI, 1973: p. 22) para la formación o actuación del derecho o un “método” de debate (COUTURE, 1978: p. 42). ¿Qué significa la concepción metódica del proceso? Para comenzar, la eliminación de cualquier asignación material que se le quiera dar; es decir, el proceso no porta cargas deónticas, de modo que es falaz la afirmación que el proceso es garantía (GOZAÍNI, 1992: p. 242) o sistema de garantías (LORCA, 2000: p. 7; 2003: p. 531 y ss.; 2009: *passim*); el proceso es tan solo un modo de decir, hacer o proceder ordenada, coherente y continuamente hacia una finalidad, es decir, es un procedimiento y como tal es instrumental, artificial y técnico (MONTERO *et al.*, 1999: p. 115).

El proceso no es una relación jurídica ni una situación jurídica, es la interacción (acciones recíprocamente ejercidas) de sujetos, objetos, actos, fuerzas, funciones, principios y todo cuanto jurídicamente sea recibido y transite en reciprocidad de accionar por el método procesal.

Ahora, ¿por qué esta interacción es litigiosa y no basada en el contradictorio? Simplemente porque el contradictorio está presente en la controversia y el proceso no siempre implica controversia, pues en los casos en que el proceso permite el reparto autónomo (la solución por desistimiento, transacción, conciliación, reconocimiento de alegaciones, allanamiento, etc.) hay ausencia de controversia; ahora, que la interacción sea litigiosa antes que sujeta al contradictorio no indica que este no tenga espacio en aquella.

Sin el litigio, el proceso sería un fenómeno incapaz de mantener contacto con el contexto material que lo circunda, y que fuera entendido como “transformación del derecho material” (ALCALÁ-ZAMORA 1992: p. 338), referido a dos momentos fuera del alcance del proceso: a) la crisis de cooperación determinante del litigio (extraprocesal); y, b) el pronunciamiento contenido en la sentencia (como norma jurídica de origen judicial), de la que se afirma, no puede reputarse de índole procesal (metaprocesal). El proceso se halla entre estos dos momentos solamente

porque asume como base la noción de litigio; por eso en el proceso, cronológicamente, antes de la acción o del derecho subjetivo está el litigio, pues él le da juridicidad al conflicto y, por tanto, la posibilidad de tener una solución también jurídica, es decir, permite el tránsito, por el mundo jurídico procesal, de un contexto material crítico para “transformarlo” en un contexto material de bienestar. Algo final, mejor y contundente: sin el litigio el proceso no podría ser eficaz.

¿Por qué el proceso (interacción litigiosa) es eficaz? Porque la eficacia del proceso sintetiza la juridicidad de la interacción litigiosa, es decir, la aprehensión jurídica y, por tanto, eficaz de los componentes conceptuales del proceso. La esencia eficaz del Derecho determina la *justificación* “del Derecho Procesal en la interacción (vida) litigiosa humana”, lo que promueve la esencia eficaz del proceso, porque este no se contempla *como es* sino *como debe ser*; es decir, no se “explica o describe” cuando está “ya hecho” o “que es” –legitimación externa–, sino se “justifica o prescribe” por lo que “debe ser” –legitimación interna–; siendo así, la interacción litigiosa es ontológico-jurídicamente *eficaz* o, mejor, complejamente eficaz, o eficaz en su máxima expresión, que significa eficacia, desde su cuidado semántico, i) en sentido estricto, ii) como efectividad y iii) como eficiencia.

En consecuencia, el proceso es eficaz porque: i) se justifica racionalmente; ii) no asume interés en la simple interacción litigiosa humana, sino en esta siempre que tenga finalidad, fundamentalidad (carga lógico-deóntica) y funcionalidad jurídicas; es decir, iii) es ontológicamente normativo procesal (efectivo-fundamental), “metamétodo” de la interacción de los principios (procura una sentencia justa, es eficaz-finalista) y socialmente legítimo (eficiente-funcional).

La comprensión del proceso civil como método de interacción litigiosa eficaz enseña tres puntos de vista referidos a los valores, las normas positivas estatales y la realidad social generadora de particulares conductas sociales; en consecuencia, se identifica el proceso civil con la justicia, el CPC y conductas, así como decisiones, expuestas en hechos, actos y negocios procesales, referidos a un servicio público de solución de conflictos metódicamente ordenado. Aquí, se advierte que en este último punto de vista se presenta el proceso para la comprensión del Derecho Procesal Civil; pero ello no solo ocurre en ese sentido, sino también puede darse en la comprensión integrativa del proceso con relación a valores, normas y sus propios hechos, actos y negocios desplazados por su cauce metódico. Esto denota que en el integrativismo trialista del proceso corresponde referirse a la eficacia (valores y finalidad procesales), efectividad (normas y efectividad jurídica procesales) y eficiencia (funcionalidad procesal en la sociedad) del proceso.

5. LA (IR)REGULARIDAD EN EL PROCESO, LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA COMPETENCIA

El proceso sirve para construir una sentencia. Esta es el fin (sentencia-norma) de aquel. Mientras la sentencia se hace o produce (sentencia-acto) a través del proceso, todo lo que ocurra en él deberá ajustarse a una exigencia de regularidad, de manera que la irregularidad será controlada en aras de una sentencia justa.

La regularidad procesal gravita en la formación de la sentencia (justa) bajo el riguroso aseguramiento de corrección de: i) presupuestos procesales, ii) razonamiento (en la motivación, orden crítico de la decisión, presunciones y apreciación de conducta de partes) y iii) congruencia (externa e interna con los sujetos procesales, el objeto de la sentencia y las alegaciones de las partes).

La irregularidad procesal se determina en las cuestiones litigiosas (materia principal, procesal material y procesal procedimental) que muestran error o vicio que conducen a la revocatoria (y consecuente reforma) o nulidad (y consecuente rehacimiento) respectivas.

La tesis de la naturaleza jurídica del proceso descansada en la noción de relación jurídica procesal (VON BÜLOW, 1964: p. 4 y ss.) trajo de la mano el inicio teórico de la categoría de los presupuestos procesales (DE CARVALHO, 2005: *passim*), pues estos, determinan el condicionamiento de regularidad por existencia, validez y eficiencia de esa relación, del procedimiento y del proceso. De manera que, los presupuestos procesales, son exigencias ineludibles, “condiciones” (CALAMANDREI, 1984: p. 107) o “antecedentes necesarios” (CARNELUTTI, 1973: p. 48) de regularidad procesal para la actuación de la garantía de la jurisdicción (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2013: p. 755 y ss.; ARIETA, DE SANTIS Y MONTESANO, 2002: p. 149 y ss.). Se clasifican en:

- a) *Presupuestos procesales de la relación jurídico-procesal.*- Entre ellos se enumeran la capacidad para ser parte material, la capacidad procesal, *ius postulandi*, función jurisdiccional y competencia.
- b) *Presupuestos procesales del procedimiento.*- Son las exigencias de forma (determinan la existencia del acto procedimental), formalidad (determinan la validez del acto procedimental) y formalismo (determinan exigencias de respeto, orden y solemnidad) (GONZÁLEZ LINARES, 2014: p. 517 y ss.) del acto procesal.
- c) *Presupuestos procesales del proceso.*- Son el interés para obrar y la legitimidad para obrar.

Los presupuestos procesales de procedimiento son denominados en la doctrina (DIDIER JR., 2009: p. 216), con carácter dominante, “requisitos” de validez, puesto que se entiende que “presupuesto” es aquello que precede al acto o deviene en indispensable para su existencia (MEDINA y WAMBIER, 2011: p. 84 y ss.); en cambio, “requisito” es componente estructural del acto procesal que determina la validez de este. En todo caso nada se afecta al asumir la denominación general de presupuestos procesales abarcando los presupuestos (*rectius*: requisitos) del procedimiento, porque la idea de presupuestos no es propiamente del acto en sí mismo, sino de los efectos que genera, y en tanto estos supuestos previos se efectivicen en un acto configurarán a este en presupuesto del que le sigue, traduciéndose esto, inclusive, en la idea de presupuesto de una fase o etapa procesal frente a otra.

No existen presupuestos procesales ni “condiciones” (LA CHINA, 2003: p. 215 y ss.) de la acción (COUTURE, 1978: p. 322; DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 283). Ella configura un derecho fundamental (de acceso a la justicia a los tribunales y al proceso); por tanto, no admite limitación ni restricción alguna para su ejercicio y, en todo ello, lo último que se podría pensar sobre ella es su sometimiento a presupuestos procesales. El interés y legitimidad procesales, indebidamente considerados como presupuestos de la acción, son, siguiendo la línea alemana (CÁMARA, 2013: p. 261) de pensamiento procesal sobre el particular, presupuestos (procesales) del proceso.

La clasificación generalizada de estos presupuestos apela a la “existencia” y “validez” de la relación procesal (MANDRIOLI, 1995: p. 41; DALL’AGNOL, 1988: p. 22; DIDIER JR., 2009: p. 216 y ss.), entendiéndose la afectación directa que genera a esta, al procedimiento o al proceso, pero, en todo caso, con un efecto que solamente se deja ver en la exterioridad procesal en el rechazo de la demanda, de modo que se suele entender por presupuestos procesales las condiciones cuya ausencia implica el rechazo de la demanda porque resulta “improponible” (CONSULO, 2004: p. 25 y s.).

6. EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES, LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LA DEMANDA Y LA COMPETENCIA

Lo presupuestos procesales se controlan en el proceso civil en tres momentos: la calificación de la demanda, las excepciones y el saneamiento procesal. En todo caso siempre es labor del juzgador y no de las partes. Lo que ocurre con las excepciones es que implican la denuncia de irregularidad procesal por carencia de presupuestos procesales para su control por el órgano jurisdiccional. Aun cuando, lógicamente, no se puede considerar “control de presupuestos” procesales la declaración de improcedencia de la demanda en sentencia, debe asumir su estudio en

el plano de los presupuestos procesales por las implicaciones que no deja de mostrar en los efectos de estos.

En todo caso ¿por qué es, siempre, el juez el que controla los presupuestos? Simplemente porque estos, bien vistos, son presupuestos de la garantía de la jurisdicción, la cual pesa como un amplio escenario de obrar negativo (prohibición de vulneración de la libertad del justiciable) y positivo (prestacional de justicia) en el juez. Esto esclarece lo siguiente: que la tesis de James GOLDSCHMIDT de que estos presupuestos no son procesales, sino de la decisión sobre el mérito, es falaz, como también es falaz la de Luiz Guilherme MARINONI, en el sentido de que estos presupuestos son requisitos de un proceso justo o, propiamente, de un proceso conforme a los derechos fundamentales y al Estado constitucional (MARINONI, 2009: p. 473 y ss.). Craso error este último por no diferenciar la naturaleza del proceso justo, que no es la de ser un derecho sino una garantía (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2013: p. 319 y ss.). Si se consintiera que un derecho fundamental tiene presupuestos, que prácticamente eso se dice al afirmar que tales presupuestos son los de un (derecho al) proceso justo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012: p. 615 y ss.), simplemente (ese derecho) ya no sería fundamental. Los derechos fundamentales no admiten limitación ni restricción alguna para su ejercicio; por tanto, nada tienen que ver presupuestos, sea de la clase que fueren, para afectar un derecho fundamental que, por naturaleza, es limitado de origen, ilimitable en su ejercicio y delimitable en su interpretación y aplicación (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2013: p. 192 y ss.).

Cuando el control se realiza por denuncia de parte sobre la ausencia de presupuestos procesales, a través de las excepciones, se configuran las excepciones que atacan la relación jurídico-procesal (excepciones de competencia territorial relativa, incompetencia, incapacidad del demandante o de su representante, representación defectuosa o insuficiente del demandado, falta de legitimidad para obrar del demandado), el procedimiento (excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda) y el proceso (excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y todas las excepciones que denuncian la falta de interés para obrar, como son: falta de agotamiento de la vía administrativa, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva y convenio arbitral).

Aquí conviene aclarar que la denuncia, como la oposición y la nulidad, son institutos del proceso civil que no tienen ejercicio autónomo, pues se sirven de otros medios (autónomos) para conseguir su efectividad; así, sin asumir compromiso de completitud, son ejemplos de medios autónomos de ejercicio: i) de la denuncia, las defensas previas y las excepciones; ii) de la oposición, la contestación negativa de la demanda, la cuestión probatoria y el remedio; y, iii) de la nulidad, el recurso, el remedio, la excepción y la pretensión.

La conexión de estas categorías (admisibilidad y procedencia) es directa con el control de los presupuestos procesales. Así, los presupuestos procesales de la relación jurídico procesal (control de aptitud) y del procedimiento (control de “atendibilidad”), en caso de ausencia, generan la posibilidad de subsanación dentro del plazo respectivo; en cambio, los presupuestos procesales del proceso (control de utilidad), en caso de ausencia, generan la declaración de improcedencia de la demanda que, por naturaleza, no permite subsanación alguna sino tan solo la conclusión del proceso porque determinan la inviabilidad de la demanda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992): *Estudios de teoría general e historia del proceso, 1945-1972*, tomo I. México DF: UNAM; ARIETA, G., DE SANTIS, F. y MONTESANO, L. (2002): *Corso base di Diritto Processuale Civile*. Padua: Cedam; ATTARDI, Aldo (1999): *Diritto Processuale Civile*, tomo I. Padua: Cedam; CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tomo II. Buenos Aires: EJE; CALAMANDREI, Piero (1984): *Derecho Procesal Civil - Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; CÂMARA, Alexandre Freitas (2013): *Lições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas; CARNEIRO, Athos Gusmão (2010): *Jurisdição e competência*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva; CARNELUTTI, Francesco (1973): *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; CARNELUTTI, Francesco (1973): *Instituciones del proceso civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; CARVALHO, José Orlando Rocha de (2005): *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele (1995): *Lezioni sul processo civile*, vol. I. Boloña: Il Mulino; CONSOLO, Claudio (2004): *Spiegazioni di Diritto Processuale Civile - Profili generali*, tomo II. Padua: Cedam; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma; COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; DALL'AGNOL, Jorge Luis (1988). *Pressupostos processuais*. Porto Alegre: Lejur; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Edit. Universidad; DIDIER JR., Fredie (2009): *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. Salvador: JusPodivm; GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2013): *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: ARA; GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2014): *Lecciones de Derecho Procesal Civil - El proceso civil peruano*. Lima: Jurista; GOZÁINI, Oswaldo Alfredo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. 1. Buenos Aires: EDIAR; LA CHINA, Sergio (2003): *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè; LORCA NAVARRETE, Antonio María (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*. Madrid: Dykinson; LORCA NAVARRETE, Antonio María (2003): “El Derecho Procesal como sistema de garantías”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 107; LORCA NAVARRETE, Antonio María (2009): *Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”*. Instituto Vasco de Derecho Procesal; MANDRIOLI, Crisanto (1995): *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. I. Turín: Giappichelli; MANDRIOLI, Crisanto (2010): *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Turín: Giappichelli;

MARINONI, Luiz Guilherme (2009): *Curso de processo civil - Teoria geral do processo*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais; MEDINA, José Miguel García y WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (2011): *Processo civil moderno - Parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S. (1999): *Derecho jurisdiccional. Parte general*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PROTO PISANI, Andrea (2010): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Nápoles: Jovene; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (2012): *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; SILVA, Ovidio A. Baptista da (2002): *Curso de processo civil*, vol. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; VON BÜLOW, Oskar (1964): *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1999): *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal y Culzoni; CARLI, Carlo (1963): *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; MONTERO AROCA, Juan (1991): "La competencia". En: *El derecho jurisdiccional - Parte general*, I, 2ª ed. Barcelona: Bosch; MORALES, Hernando (1973). *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 6ª ed. Bogotá: ABC; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis; PAXÁ, Fernando Horacio (1993): *Instituciones procesales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PODETTI, J. Ramiro (1954-1955): *Tratado de la competencia*, tomos I y II. Buenos Aires: Ediar.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La competencia es una institución procesal cuyo objetivo es hacer más efectiva y funcional la administración de justicia, surgiendo a partir de la necesidad de un Estado de distribuir el poder jurisdiccional entre los distintos jueces con los que cuenta y por la evidente imposibilidad de concentrar en uno solo o en un grupo de ellos tan importante función pública (*Exp. N° 133-2005*).

Conforme a la garantía constitucional consagrada en el artículo ciento treintinueve inciso tres de la Constitución Política del Estado, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por Ley (*Cas. N° 1574-04-Lima*).

Si la demanda persigue la impugnación del acto jurídico referido al contrato de afiliación celebrado con la AFP, pone en tela de juicio el Sistema Privado de Pensiones, a cuyo régimen se encuentra sujeto el contrato celebrado y por tanto corresponde al juez Civil conocer de ello (*Exp. N° 133-2002*).

Por el principio de especialidad de la norma, la existencia de una norma específica para un caso concreto, es suficiente por sí misma para desplazar a toda norma que también exija su aplicación, siempre que esta última tenga un alcance general. En atención al inciso 4 del artículo 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el juzgado especializado es competente para conocer de los asuntos civiles contra el Estado. Ella desplaza a aquella que se ha aplicado para amparar la excepción de incompetencia (*Exp. N° 952-2002*).

Artículo 6**Principio de legalidad e irrenunciabilidad de la competencia**

La competencia solo puede ser establecida por la ley.

La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenios internacionales respectivos.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 3; C.P.C. arts. IX, 5, 8, 30, 35, 36, 49, 438 inc. 1; L.P.A.G. art. 3 inc. 1; L.O.P.J. art. 27.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

En el Estado constitucional de Derecho, la regulación legal de la competencia es consecuencia de contenidos fundamentales como los derechos (fundamentales) de igualdad procesal, libertad del justiciable en proceso, acción (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2013: p. 732 y ss.), al juez natural, a la doble instancia, a la probidad de la justicia, al juez imparcial y otros que interaccionan con diversas garantías (fundamentales), como son: i) de *eficacia*, como las de seguridad jurídica y proporcionalidad; ii) de *efectividad*, como las de legalidad, tutela jurisdiccional, pluralidad de instancia, proceso justo, imparcialidad, etc.; y, iii) de *eficiencia* o técnico-políticas, como las de improrrogabilidad, indelegabilidad, inmodificabilidad, irrenunciabilidad, radicación, fijación del grado superior, atracción, prevención, prórroga, etc.

Estas últimas (garantías fundamentales de la competencia) no son libres determinaciones del legislador ni simplemente contribuciones de sesudas teorizaciones procesales, sino expresiones de imperativa fundamentalidad de obrar positivo o negativo que pesan sobre los jueces, legitimando su funcionalidad, para la efectividad de los derechos fundamentales antes indicados.

Es decir, son garantías procesales fundamentales; por tanto, aun cuando aparezcan de la legislación procesal tienen origen en la Constitución porque es en ella, desde su primer artículo, que se defiende la libertad y se protege la dignidad del ser humano. Puesto en escenario procesal, este es sujeto justiciable continente de libertad y dignidad y estas, precisamente, desde la fundamentalidad de la Constitución motivan la construcción de toda la arquitectura procesal de la competencia, pues por ella, la jurisdicción funciona.

La competencia es, entonces, una herramienta de las garantías procesales fundamentales, pues todas ellas –que no son sino límites al poder estatal– tienen que

asistir a un espacio procesal en el que el sujeto que juzga; ante todo, debe tener aptitud para ello, es decir, en un caso concreto, las garantías de los derechos fundamentales de los justiciables deben pesar sobre el juez llamado a ser tal en ese caso y no en otro juez. Así se justifica la perspectiva fundamental de que todo aquello que se actúe en proceso, ante un juez que no tiene competencia, deviene en nulo.

Lo dicho amerita quebrar otra falacia (QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 200), consistente en que la competencia es la limitación no de la jurisdicción sino de la funcionalidad de un juez frente a las de los otros jueces. Aquí conviene recordar que la función jurisdiccional es el ejercicio de facultades energizadas por el poder estatal (*notio, vocatio, iuditio, coertio, excecutio*); es decir, es el poder estatal en la impartición de justicia puesto en marcha y, algo más, encarnado en el juez.

Ese ejercicio de flujo de poder personificado soporta el peso enorme de las garantías procesales fundamentales que, entre ellas, muchas tienen como herramienta o, mejor, instrumento funcional a la competencia, de manera que a través de ella se limita el poder del juez, (v. gr., su *notio, vocatio*, etc.) y todas sus manifestaciones procesales.

Entonces, si se puede entender que por la competencia se limita la función de un juez frente a otros es porque antes la jurisdicción de esos otros jueces fue limitada, no precisa y directamente por la competencia, esta es solo un instrumento, un presupuesto de la relación jurídico-procesal (ATTARDI, 1999: p. 236), sino por las garantías que motivan la construcción de la competencia procesal.

2. LEGALIDAD DE LA COMPETENCIA

Es frecuente en la doctrina enfocar la legalidad como una característica de la competencia; es decir, como algo que la particulariza e identifica en su funcionalidad. En esta perspectiva la legalidad de la competencia se traduce en la creación, modificación o derogación de sus reglas solamente por la función legislativa.

En cambio, en la perspectiva del constitucionalismo principialista la legalidad de la competencia es una garantía, que asegura el derecho del justiciable a reglas legisladas preestablecidas de la competencia para, a su vez, asegurar el derecho al juez natural, preindicado o preestablecido.

Esto no se ve menoscabado, en nada, con la relajación de esta garantía en el factor turno para determinar la competencia, pues esta queda librada al obrar administrativo del Judicial. La justificación de ello también es constitucional pues se trata de la interacción de la garantía de legalidad con otras garantías como la de imparcialidad del juez o de una equitativa distribución de la carga procesal.

3. LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA SON DE ORDEN PÚBLICO

La imperatividad de las normas procesales (art. IX del Título Preliminar del CPC), la garantía de legalidad en la determinación de la competencia y la improporabilidad de la competencia dan cuenta de una línea trazada en la ruta de la regulación de la competencia que desemboca en el orden público, interés general (AZULA, 2000: p. 194) o interés común. De modo que la incompetencia es ausencia de un presupuesto procesal (ATTARDI, 1999: p. 236) exigido imperativamente por el ordenamiento procesal y, en esa medida, conjurada o controlada para la declaración de inadmisibilidad de la demanda y, fracasada esta, de improcedencia con la consecuente nulidad de lo actuado y conclusión del proceso.

Si la competencia tiene un perfil de obediencia al respaldo de derechos fundamentales (v. gr., al juez natural, a la imparcialidad del juez, etc.) y una orientación o pretensión de delimitación de ejercicio de la función jurisdiccional, que es flujo de poder estatal, queda claro que tiene un espacio en la Constitución dogmática del que mana su razón de ser. A esto se suma que no solo es el espacio dogmático o axiológico el que justifica la competencia procesal, sino también el de la Constitución orgánica, que es donde se establece la función jurisdiccional, la misma que se hace válida por la competencia para su ejercicio en un caso concreto. Si esto es así, resulta evidente el orden público que sujeta a las normas que regulan la competencia procesal.

El orden público, en este contexto, indica la imperatividad o fuerza vinculante de la regulación legal de la competencia procesal con trascendencia a un orden básico y fundamental de la interacción social.

Esta perspectiva del orden público justifica proporcionalmente la delimitación de los contenidos fundamentales de la libertad del justiciable con la idea específica de que, en relación a la determinación y establecimiento de la competencia, se efectivicen principios como la seguridad jurídica y confianza del justiciable y de la ciudadanía completa en que si tuviera un problema a someterse a la justicia estatal será atendido por una función jurisdiccional a cargo de un órgano previamente configurado o natural.

4. LA INMODIFICABILIDAD, NO DE LA JURISDICCIÓN (PERPETUATIO IURISDICTIONIS), SINO DE LA COMPETENCIA

La denominación puede inducir a error, dado que refiere a la imposibilidad de modificación de la jurisdicción. En realidad la referencia es a la inmodificabilidad de la competencia (CARNEIRO, 2010: p. 107), conforme así la reconocen en la escuela alemana. La jurisdicción en los términos de sus facetas orgánica y dogmática no podría ser pasible de alteración.

El sentido de la *perpetuatio iurisdictionis* (TOMMASEO, 2002: p. 54 y ss.; PROTO PISANI, 2010: p. 267) señala el momento en que se determina la competencia, que no es sino el de las circunstancias de la interposición de la demanda y no el de la realización de los hechos que fundamentarán la demanda.

Siendo así, ninguna modificación que sobrevenga a la interposición de la demanda podrá modificar o alterar la competencia fijada. Queda claro que la circunstancialidad fáctica de la interposición a la demanda es la que determina la *perpetuatio iurisdictionis* y no la anterior ni posterior a ella.

Lo dicho asegura la vinculación de la garantía de la imodificabilidad de la competencia con el derecho al juez natural, es decir, una vez fijada la competencia al inicio del proceso, resulta que se dota de invariabilidad o inalterabilidad durante el devenir del proceso, ni siquiera cuando cambien las circunstancias fáctica y/o jurídica (DEVIS ECHANDÍA, 1997: p. 144; LUISO, 1997: p. 66; QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 216; VESCOVI, 1999: p. 145) que nutre la *causa petendi*. El juez competente que asume conocimiento del caso concreto se queda hasta el final del mismo.

Aun cuando se considere este principio como un efecto procesal de la litispendencia (CHOZAS, 1995: p. 102), una garantía del derecho al juez natural o se vincule al mal denominado “debido proceso” (proceso justo), se dan alteraciones de la competencia sobrevenidas a la iniciación del proceso, sean por previsiones normativas (v. gr., recusación, impedimento, la excusación y la abstención), políticas administrativas del Judicial (v. gr., creación de juzgados que por la especialidad provocan la traslación de procesos) o nuevas posturas legislativas (v. gr., nuevas regulaciones procesales sobre la competencia). Con relación a este último caso, que es el de la nueva ley procesal sobre la competencia, que generarían la modificación de la competencia por su aplicación inmediata, debe señalarse que el CPC, en su segunda disposición final, consagra la excepcionalidad de las reglas de la competencia; es decir, la nueva ley procesal se aplica inmediatamente a su vigencia al caso concreto respetándose, entre otras, las reglas de la competencia de la legislación derogada –vigencia ultraactiva– con las que se asentó su inmodificabilidad.

La determinación de la competencia no es un trabajo del juez, sino de la parte que postula al proceso y se hace tangible con el acto procesal de la demanda. De ahí que el artículo 8 del CPC dispone que la determinación de la competencia se da por la situación de hecho o de derecho correspondiente al momento de la interposición de la demanda. Y algo más: a partir de ella no podrá ser modificada, atención, en su determinación que, como se dijo, corresponde al justiciable. Interpuesta la demanda y atendiendo a la naturaleza procesal de la competencia, de ser un presupuesto procesal (ATTARDI, 1999: p. 236) de la relación jurídica, se procede a un primer control de esos presupuestos, para la validez de la demanda, a cargo

del juez. Este puede advertir su incompetencia *in limine* y promover la traslación que la ley le obliga (arts. 35 y 36 del CPC), claro está antes del emplazamiento.

Por esta circunstancia procesal es que el artículo 438, inciso 1 del CPC regula el efecto del emplazamiento válido, consistente en la inmodificabilidad de la competencia en la posteridad del proceso, inclusive cuando varíen las circunstancias que determinaron la competencia. Es decir, esta disposición normativa contempla el escenario en que la competencia puede modificarse por calificación de la demanda por el juez, pero si este dispone el emplazamiento, que, de realizarse válidamente, genera el efecto de inmodificabilidad de la competencia.

Pero la competencia en el espacio que se da entre la presentación de la demanda y el emplazamiento válido no solo puede sufrir modificación por control del juez, sino también por obrar del demandante que a criterio del juez devenga en la necesidad de la modificación de la competencia, toda vez que puede modificar y ampliar su demanda hasta antes de que esta sea notificada; es decir, hasta antes del emplazamiento válido, lo que podría conducir al juez a determinar la modificación de la competencia y promover la traslación correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATTARDI, Aldo (1999): *Diritto Processuale Civile*, tomo I. Padua: Cedam; AZULA CAMACHO, Jaime (2000): *Manual de Derecho Procesal*, 7ª ed. Bogotá: Temis; CARNEIRO, Athos Gusmao (2010): *Jurisdição e competência*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva; CHOZAS ALONSO, José Manuel (1995): *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litisdependencia*. Granada: Comares; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1997): *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2013): *Neoprocesalismo - Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: ARA; LUISO, Francesco (1997): *Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè; PROTO PISANI, Andrea (2010): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Nápoles: Jovene; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I. Padua: Cedam; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1999): *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; CARLI, Carlo (1963): *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PAYÁ, Fernando Horacio (1993): *Instituciones procesales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; MONTERO AROCA, Juan (1991): "La competencia". En: *El derecho jurisdiccional - Parte general*, I, 2ª ed. Barcelona: Bosch; MORALES, Hernando (1973): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 6ª ed. Bogotá: ABC; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

Artículo 7

Indelegabilidad de la competencia

Ningún juez civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye. Sin embargo, puede comisionar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 3; C.P.C. arts. V, 7, 49, 127, 151, 309, 731; L.O.P.J. art. 156 y ss.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

El órgano jurisdiccional competente, en un caso concreto, no puede delegar, *motu proprio*, la competencia con que ejerce su función jurisdiccional, pues esta le resulta de obligatorio, directo e individual ejercicio o cumplimiento.

Se trata de una garantía de obrar negativo que pesa sobre el juez y que efectiviza el derecho del justiciable a un juez con competencia estable, única y sedentaria. Y más: pone en práctica la confianza que el Estado debe generar en el justiciable, entendiéndose que no le asiste seriedad a un sistema de impartición de justicia en el que los jueces podrían deshacerse del ejercicio de su función delegándola a otros. Ello sería arbitrariedad recalcitrante y, por tanto, vulneración de derechos fundamentales de los justiciables.

2. LA INDELEGABILIDAD DE LA COMPETENCIA

Como garantía que es, la indelegabilidad de la competencia asume contenidos que los principios (garantías) que la solventan se los dictan, de modo que si se dan regulaciones que permiten hacer escapar una actuación procesal de esos contenidos (v. gr., el libramiento de exhorto por comisión), es porque, qué duda cabe, asisten a los dictados de otras garantías (v. gr., tutela jurisdiccional).

Cuando se trata del estudio de la indelegabilidad se suele mencionar una excepcionalidad (AZULA, 2000: p. 194) suya en la prorrogabilidad. Esta situación es equivocada, pues se olvida que la prórroga no corresponde enfocarla sobre el juez sino sobre la parte, propiamente como facultad excepcional atinente al factor territorio, siempre que la ley no declare casos de improrrogabilidad en la aplicación de dicho factor.

En la doctrina del paleoprocetalismo latinoamericano se identifica la competencia con la jurisdicción en una irreflexiva confusión. Así, aparecieron de entre

sus arcas más ilustres (ALSINA, 1957: p. 525) una clasificación de la jurisdicción (*rectius*: competencia), por un lado, propia y, por otro, delegada. La propia es la perfilada por la ley; es, por tanto, la “verdadera jurisdicción” que conoce el desarrollo de todo el proceso y lo lleva a la resolución final, a pronunciarse sobre el mérito (DINAMARCO, 1986: p. 255). La delegada, en cambio, obedece a un encargo de un juez a otro y su despliegue o actuación funcional se halla limitada a los reductos del encargo.

En realidad, esta clasificación no hizo carrera en la materia procesal y su importancia, si sirve para algo, es para no confundir nunca más la jurisdicción con la competencia. La indelegabilidad es una garantía que no podría verse nunca recaída en la jurisdicción porque esta, como función o ejercicio de flujo de poder estatal en la impartición de justicia, es una sola, y con esa unidad o singularidad asiste o está presente o, mejor, atribuida en abstracto (MONTELEONE, 2002: p. 52) en todos los órganos jurisdiccionales. Entonces, ¿qué podría en ella ser pasible de delegación de uno a otro órgano jurisdiccional? Nada. Es un error hablar de indelegabilidad de la jurisdicción (QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 222). La indelegabilidad es garantía negativa que pesa en el juez para que no delegue su competencia.

3. INDELEGABILIDAD DE LA COMPETENCIA Y ACTUACIONES POR COMISIÓN

La indelegabilidad de la competencia está estrechamente ligada a otra garantía: la inmediación. En la medida que la indelegabilidad se ata a la inmediación, esta lo hace con la oralidad, pues la inmediación es connatural a la oralidad; son expresiones de la realidad de un proceso de proximidad al justiciable en la medida en que proceso oral es proceso con inmediación. No existe inmediación en un proceso básicamente escrito (LORCA, 1998: p. 1400).

El artículo V del Título Preliminar del CPC concatena la garantía de la inmediación con la indelegabilidad de la actuación de medios probatorios, estableciendo la nulidad como “sanción”, en caso de delegación de competencia. Es equívoca la redacción de este dispositivo que permite entender que se delegan audiencias ni medios probatorios; lo que se delega es la competencia para ejercer la función jurisdiccional en lo atinente a esas audiencias y medios probatorios. Señala también este dispositivo, concluyendo su primer párrafo, que quedan exceptuadas de esa indelegabilidad las actuaciones procesales por comisión.

Debe complementarse esto último con la exigencia de que las actuaciones procesales por comisión son procedentes cuando deben realizarse fuera del ámbito de competencia territorial del juez comitente (que es quien confiere la comisión al comisionado), tal como lo hace el artículo 7 del CPC. Si se tiene en cuenta que la

comisión es un encargo facultativo de un juez a otro para que, en colaboración por una razón simplemente práctica, realice una actuación procesal, aquella no significa ninguna delegación de competencia de por medio; si corresponde decir, más bien, que se comisionan actuaciones procesales y nunca la competencia.

Las regulaciones procesales de la comisión de actuaciones procesales casi siempre van establecidas como una situación excepcional de la indelegabilidad, lo que traería fácilmente el entendimiento de que siendo la regla general la indelegabilidad, una excepción a ella sería un caso de delegación, y así se terminaría asintiendo que la comisión implica la delegación de la competencia. Este es un grave error en el que incurre el artículo V del Título Preliminar del CPC. Si se compara el primer párrafo de este numeral referido a la indelegabilidad de la competencia con la disposición del artículo 7 del CPC, se terminaría verificando que este último tiene un mejor criterio técnico-procesal en su redacción, tanto que no incurre en esa excepcionalidad de la indelegabilidad de la competencia para explicar la comisión.

La comisión puede emplearse para notificaciones, diligencias coercitivas y actuaciones de realización probatoria; comprende un marco de actuación material, temporal y territorial que lo determina el “despacho comisorio” (que es la comunicación de la comisión o el exhorto (PALACIO, 2003: p. 193) y que el juez comisionado debe respetar.

El obrar del juez comisionado que exceda los límites de actuación establecidos por el juez comitente son nulos por hallarse en un entorno de incompetencia. Esto no significa que lo que realice el juez comisionado respetando los límites referidos sea con titularidad de competencia o no, se trata de un obrar por comisión o encargo y, por tanto, como comisionado o encargado. Nada más que eso.

De manera que el juez comisionado o actúa por comisión –que es válido en tanto se mantenga dentro de los límites de la comisión conferida– o actúa con incompetencia, que es un vicio que genera nulidad de lo actuado. La comisión, mientras sea válida, expurga la incompetencia del juez comisionado.

La comisión se realiza de un órgano jurisdiccional, que es el comitente, a otro órgano jurisdiccional (de igual o inferior grado) o funcionario que la ley lo permita (policía, cónsul, etc.), poniendo en marcha una ficción jurídico-procesal por la que la actuación por comisión se entiende realizada por el comitente, aun cuando la realice el comisionado. Por ello, no se puede promover recusación contra el comisionado ni este puede declarar su impedimento, excusación o abstención y si hubiera alguna impugnación que debiera conocerse en revisión con ocasión de lo actuado por el comisionado. Cualquiera haya sido su condición funcional

(órgano jurisdiccional o funcionario que la ley permita) será de conocimiento del superior del comitente.

La justificación pragmática de la comisión es solamente un asunto de recursos o medios y disponibilidad de los mismos para afrontar la distancia territorial que, en todo caso, exigiría que el Estado provee al juzgador o a su despacho.

No se trata de ver que un juez solo ejerce su función jurisdiccional dentro de la demarcación territorial de su competencia. Esta idea sería insinuar la falacia de que el juez comisionado actúa ejerciendo un cierto grado de competencia, pues la comisión se desarrolla dentro de su circunscripción territorial.

Tampoco es justificación válida la ingenua responsabilidad echada al juez con su desplazamiento a un lugar que no es el de su demarcación territorial por abandonar su despacho o dejarlo en la orfandad desatendiendo sus otros procesos. Es tan solo un asunto de medios o recursos y la falta de disponibilidad de ellos que se suple con la comisión que a final de cuenta significa colaboración en la función pública.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo II, 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR; AZULA CAMACHO, Jaime (2000): *Manual de Derecho Procesal*, 7ª ed. Bogotá: Temis; DINAMARCO, Cândido Rangel (1986): *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais; LORCA NAVARRETE, Antonio María (1998): *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del Derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso*. Madrid: Dykinson; MONTELEONE, Girolamo (2002): *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed. Padua: Cedam; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1999): *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal y Culzoni; CARLI, Carlo (1963): *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; DINAMARCO, Cândido Rangel (1986): *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais; MONTERO AROCA, Juan (1991): "La competencia". En: *El derecho jurisdiccional - Parte general*, tomo I, 2ª ed. Barcelona: Bosch; MORALES, Hernando (1973): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 6ª ed. Bogotá: ABC; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis; PAYÁ, Fernando Horacio (1993): *Instituciones procesales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Artículo 8

Determinación de la competencia

La competencia se determina por la situación de hecho existente al 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 que la ley disponga expresamente lo contrario.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 14 a 24, 27, 35, 36, 438.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

Se vislumbra en la doctrina un elenco nutrido de perspectivas que ayudan a la configuración, repartición o atribución (MONTELEONE, 2002: p. 53) de la competencia; así, se habla de especies (SILVA, 2002: p. 55), factores (DEVIS, 1994: p. 37 y ss.; QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 200; AZULA, 2000: p. 194 y ss.), circunstancias (DE MIDÓN, 1999: p. 115), razones (VÉSCOVI, 1984: p. 156 y ss.), criterios (MANDRIOLI, 2010: p. 216 y ss.; LA CHINA, 2003: p. 70; CARNEIRO, 2010: p. 73 y ss.; AMARAL, 1980: p. 301; ARIETA, DE SANTIS y MONTESANO, 2002: p. 172; MONTELEONE, 2002: p. 54 y ss.; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1995: p. 132 y ss.; TOMMASEO, 2002: p. 51; VERDE, 2002: p. 70; PALACIO, 2003: p. 192), cánones (VÉSCOVI, 1984: p. 156 y ss.), principios (VÉSCOVI, 1984: p. 156 y ss.), etc.

En todo caso estas pautas de determinación de atribución (*rectius*: reparto) de casos concretos a los jueces no funcionan, en la actualidad, como ejercicio de simple discrecionalidad del legislador, pues ante todo deben satisfacer los contenidos fundamentales que soportan la construcción de la aptitud de cada juez para la eficiencia de su función jurisdiccional en los casos en que le corresponda actuar. Así, las líneas del Estado Constitucional de Derecho se superponen a una variopinta relatividad de políticas procesales, cambiantes por espacio y tiempo o por costumbre y civilidad, en la forma de dibujar desde la ley la referida aptitud del juez. Hoy, el legislador no puede sino seguir los trazos con los que la Constitución diseña el fresco procesal de la competencia.

2. ORDEN FUNDAMENTAL AL QUE OBEDECE LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

Lo afirmado justifica la raíz fundamental de los distintos factores de determinación de la competencia. Son claros ejemplos de esto las garantías siguientes:

i) *de probidad de la justicia*, que hace que la función jurisdiccional no sea irrelevante, y para ello no se puede poner en marcha por asuntos irrelevantes, sea en el sentido económico o de los propios hechos que configuran el mérito a debatir; ii) *de justicia especializada*, por la que nadie puede someterse a un juez ajeno a la materia jurídica o de las normas que regulan el mérito (DINAMARCO, 1986: p. 255); iii) *de pluralidad de instancias*, que asegura el derecho a la revisión de la decisión adversa; iv) *de imparcialidad*, que impone al juez no tener interés en el resultado del proceso, mantenerse como el tercero que es en el litigio y luchar por la inalterabilidad de su independencia; v) *de equitativa distribución de carga laboral en el aparato judicial*, que obliga al juzgador no asumir conocimiento de causa más allá de lo que su capacidad de trabajo le permite; y, vi) *de justicia accesible a la ubicación del justiciable*, que exige al legislador configurar la posibilidad del ejercicio de la libertad para acudir al juez más próximo o favorable a su ubicación espacial. Estas garantías condicionan al legislador asumir criterios de determinación de la competencia acorde a los factores de: i) cuantía, ii) materia, iii) grado, iv) y v) turno y vi) territorio.

3. LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

El nexo principialista de los factores de determinación de la competencia no deteriora la utilidad teórica que estos han merecido en la doctrina procesal. De manera que la identificación de objetividad, subjetividad o funcionalidad, absolutitud y relatividad son útiles en la ordenación de estos factores.

Que la competencia sea (im)prorrogable depende de estos factores, propiamente de la rigidez de la legalidad o de la ductilidad de la dispositividad procesal. Entonces, entre estos factores se podrán divisar los absolutos, el relativo y el subjetivo.

Los *absolutos* presentan un escenario cuádruple, así: i) cuando el factor asiste a garantías de contacto con la naturaleza normativa de la pretensión procesal, como la garantía de justicia especializada (competencia por la *materia*); ii) si el factor procura asegurar la coherencia o equilibrio entre el significado económico del bien debatido en proceso y la probidad requerida del órgano jurisdiccional (competencia por la *cuantía*); iii) cuando el factor asiste a garantías que reposan en la actividad del órgano jurisdiccional por la instancia procedimental en que conocen el caso concreto, como la garantía de pluralidad de instancias (competencia por el *grado*); y, iv) si el factor se orienta a preservar la condición de sujeto *imparcial* (GOLDSCHMIDT, 1987: p. 510; ARAGONESES, 1960: p. 62) imparcial e independiente del juez o a no sobrecargar su trabajo jurisdiccional (competencia por el *turno*).

El *relativo*, que se da si el factor es permisivo del justiciable para que pueda optar por uno de los fueros territoriales previstos en la ley, permitiendo su acceso al órgano jurisdiccional más próximo o conveniente a su ubicación territorial (competencia por el *territorio*).

Los factores i) y ii), dado que se determinan a partir de la pretensión procesal, tienen marcado sentido *objetivo* (PALACIO, 2003: p. 192; GÓMEZ, 2004: p. 225); en cambio, los factores iii) y iv), que se forjan desde la discriminación competencial entre los jueces, según sus posibilidades de instancia, estructuración, funcionalidad y cualificación, tienen claro sentido *funcional* (TOMMASEO, 2002: p. 52 y ss.; VERDE, 2002: p. 78; ATTARDI, 1999: p. 245). Esta distinción entre competencia objetiva y funcional tiene facturación alemana (la remisión es a WACH, sobre el particular, cfr. GOLDSCHMIDT, 1936: p. 163), asentándose con variantes en la doctrina del procesalismo clásico e inclusive actual. El factor relativo, dada su permisividad, por dejar en medio una consideración facultativa del demandante para el establecimiento de la competencia, asume el sentido de su relatividad (PALACIO, 2003: p. 193).

El *subjetivo*, es un factor determinante de la competencia por consideración al sujeto justiciable, a sus condiciones social, canónica, política, diplomática, estatal, etc., que exigen una política procesal por la que el juez civil o conoce en sus niveles más altos o no los conoce porque son asuntos de un fuero distinto y especial para tal situación en atención no a ella sino a los sujetos involucrados en ella.

4. LA COMPETENCIA DETERMINADA ES INMODIFICABLE POR ALTERACIONES FÁCTICAS O JURÍDICAS POSTERIORES

La característica general de la competencia, una vez determinada, es que resulta inmodificable (CARNEIRO, 2010: p. 107). En el constitucionalismo actual, esta característica, más que ser tal, se muestra como una garantía, pues implica un obrar negativo que pesa sobre el órgano jurisdiccional por el que este no puede modificar o alterar la competencia que en él ya se fijó. La *perpetuatio iurisdictionis* (TOMMASEO, 2002: p. 54 y ss.; PROTO PISANI, 2010: p. 267) establece el momento de la fijación de la competencia que, propiamente, es el de la interposición de la demanda. De ahí que este numeral comentado señale que la competencia se determina por la situación de hecho existente al 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. Claro está que aquí conviene anotar que existe una cláusula de reserva normativa para el caso en que la ley se ocupe de establecer una excepcionalidad a la generalidad de la prohibición de modificación de la competencia por nuevas circunstancias fácticas y/o jurídicas.

Existe un nexo indisoluble entre la garantía de la imodificabilidad de la competencia con la del derecho al juez natural o preestablecido por ley; este elenco de garantías asegura al justiciable que el juez no podrá cambiar o modificar su competencia ni siquiera por hechos o acontecimientos jurídicos que siendo posteriores a la interposición de la demanda cambien el condicionamiento que hizo determinar la competencia originaria (DEVIS ECHANDÍA, 1997: p. 144; LUISO, 1997: p. 66; QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 216; VÉSCOVI, 1999: p. 145) de manera que el juez que comenzó a conocer el proceso no podrá cambiar esa situación salvo que la ley lo permita.

La competencia es un presupuesto (ATTARDI, 1999: p. 236) de la relación jurídico-procesal, y como tal corresponde a un orden de controles de la demanda, precisamente para determinar su (in)admisibilidad o (im)procedencia según se haya o no cumplido con satisfacer los presupuestos procesales. Esos controles son tres, y solamente se declaran por el juez, el primero y el tercero en forma oficiosa, es decir, a cargo del juez, quien puede advertir su incompetencia *in limine* y promover la traslación que la ley le obliga (arts. 35 y 36 del CPC), claro está antes del emplazamiento; y, el segundo existe siempre que se hayan propuesto excepciones por la parte demandada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAGONESES ALONSO, Pedro (1960): *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar;
- ARIETA, G.; DE SANTIS, F. y MONTESANO, L. (2002): *Corso base di Diritto Processuale Civile*. Milán: Cedam; ATTARDI, Aldo (1999): *Diritto Processuale Civile*, tomo I. Padua: Cedam; AZULA CAMACHO, Jaime (2000): *Manual de Derecho Procesal*, 7ª ed. Bogotá: Temis; CARNEIRO, Athos Gusmão (2010): *Jurisdição e competência*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele (1995): *Lezioni sul processo civile*, vol. I. Bolonia: Il Mulino; DE MIDÓN, Gladis E. (1999): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Mave; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal*, tomo III, vol. I, 8ª ed. Medellín: Diké; DINAMARCO, Cândido R. (1986): *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais; GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; GOLDSCHMIDT, Werner (1987): *Introducción filosófica al Derecho - La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed. Buenos Aires: Depalma; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "La competencia". En: MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia (2004): *Derecho jurisdiccional*, tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch; LA CHINA, Sergio (2003): *Manuale di Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè; MANDRIOLI, Crisanto (2010): *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Turín: Giappichelli; MONTELBONE, Girolamo (2002): *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed. Padua: Cedam; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; SANTOS, Moacyr Amaral (1980): *Comentarios ao Código de Processo Civil*, vol. 1, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense;

SILVA, Ovidio A. Baptista (2002): *Curso de processo civil*, vol. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I. Padua: Cedam; VERDE, Giovanni (2002): *Profili del proceso civile*, vol. 1, 6ª ed. Nápoles: Jovene; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARAZI, Roland (1999): *Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; CARLI, Carlo (1963): *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La competencia que debió ser declarada por el Colegiado tuvo que tener en consideración la situación existente previa a la interposición de la demanda. La situación de hecho existente al momento de interponerse la demanda se encuentra referida en lo acordado en los últimos actos jurídicos; es decir, a lo convenido en el contrato de garantía hipotecaria de cuyo tenor se aprecia un sometimiento de las partes a los jueces y tribunales de Lima; de manera que al haberse tomado en cuenta una situación de hecho inexistente al momento de interponerse la demanda, se ha contravenido el artículo 8 del Código Procesal Civil, por lo que la denuncia debe ser amparada (*Cas. N° 1543-2001-Lima*).

Si bien el juez de la causa consideró que la vía procedimental que debe tener el proceso sea más lúta, tal hecho no hace que la competencia que tiene se modifique, pues, esta quedó determinada por la situación fáctica que existía al momento de interponerse la demanda. Las disposiciones administrativas dispuestas por los órganos de gestión del Poder Judicial, en el marco de la reforma judicial, deben interpretarse en concordancia con las normas procesales, sin afectar el derecho de las partes y sin provocar dilación de los procesos (*Exp. N° 63885-97*).

Artículo 9**Competencia por materia**

La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 9, 19 a 23, 33, 34, 85, 424 incs. 5, 6, 7 y 8, 426 inc. 3, 427 inc. 5, 511, 519, 547, 749, 750; L.P.T. arts. 1, 2, 3; L.O.P.J. arts. 17, 28 al 71.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

En la cuestión litigiosa (*quaestio litis*), tanto la cuestión de derecho (*quaestio iuris*) como la de hecho (*quaestio facti*) asumen dimensiones estrictamente procesales. Así, la pretensión procesal comprende entre sus elementos estructurales (objetivos –bien de la vida–, subjetivos –activo y pasivo–, de actividad –deprecación jurídica fundada–, *causa petendi* y *petitum*) una composición fáctica que, en una proporción, antecede al fin del proceso (ser), la sentencia, y, en otra, se proyecta a un hecho posterior a ese fin (deber ser).

Es innegable que en la actividad del legislador la cuestión de hecho está divorciada de la cuestión de derecho, en la medida en que el *Sollen* y el *Sein* kelsenianos no comulgan por la oposición entre el mundo de los hechos (del ser, de lo fáctico, de los juicios de hecho; es decir: la *quaestio facti*) y el mundo de las normas puestas por el hombre (del deber ser, de las normas, de los juicios de valor, es decir, la *quaestio iuris*). Queda claro que en el entendimiento del ordenamiento normativo no hay espacio para asumir una derivación del “deber ser” desde el “ser” ni viceversa (ley de Hume).

En la actividad del juzgador, en cambio, las cuestiones de derecho y las de hecho se unen para cerrar el lenguaje jurídico material que no obró en forma espontánea, pues sufre crisis de cooperación, con un lenguaje jurídico instrumental que permita la actuación, esta vez en forma forzosa, de esa norma material. Esto se traduce en la unión (*rectius*: interacción) silogística de la *quaestio iuris*, que hace de premisa mayor, con la *quaestio facti*, que hace de premisa menor para dar un resultado que coincide ser el fin del método instrumental empleado para la interacción o unión de esas cuestiones en un caso concreto. Ese fin es la sentencia y ese método el proceso.

2. LA IMPORTANCIA DE LA ESTRUCTURA DE LA PRETENSIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LOS FACTORES OBJETIVOS DE LA COMPETENCIA

La demanda como acto procesal de postulación que va en vía de iniciación comprende una o más pretensiones. Las partes de la demanda no deben confundirse con la estructura de la pretensión, aun cuando la relación y similitud que muestran parecieran decir que son lo mismo. Las partes de la demanda son requisitos, bien vistos como presupuestos del procedimiento, por eso su control es relativo a la admisibilidad y procedencia de la demanda; en cambio, los elementos componentes de la pretensión son determinantes de otros presupuestos procesales, propiamente de la relación jurídico-procesal y del proceso, v. gr., la legitimidad para obrar, el interés para obrar, etc., y, sobre todo, del mérito del proceso, por tanto su control es relativo a la procedencia de la demanda y su (in)corrección conducen a la (in)fundabilidad de la pretensión, nunca de la demanda.

Si esto es así, entre las partes de la demanda están los fundamentos de hecho (*quaestio facti*), los fundamentos de derecho (*quaestio iuris*) y el petitório que, en ningún caso, pueden confundirse con la *causa petendi*, ni con el *ius petitum* ni con el *petitum*, respectivamente. Los primeros, pertenecen a la demanda y, por tanto, cumplen objetivos procedimentales; y, los segundos, pertenecen a la pretensión y, en todo caso, se orientan a la fundabilidad de la pretensión.

Es muy frecuente que se confundan estos conceptos y se manejen uno y otro como sinónimos; tal vez haya contribuido a ello el que todos provienen de la inserción de la pretensión en la demanda y por ello la visibilidad de los elementos estructurales de uno frente a los requisitos del otro se hayan confundido por sus relaciones.

Según el artículo 424, incisos 5, 6, 7 y 8 del CPC, la demanda contendrá el petitório, los hechos en que se funda el petitório, la fundamentación jurídica del petitório y el monto del petitório. Aquí el concepto "petitório" bien podría entenderse como pretensión, *petitum* o cuantía.

Se trata de una parte de la demanda que enlaza o articula otros extremos de ella, que puede ser funcional desde la perspectiva del acto procesal de la demanda, pero no para el estudio de la pretensión. La misma disposición normativa señala que la demanda contendrá el petitório, el que a su vez comprende lo que se pide clara y concretamente determinado. Es decir, el petitório comprende o abarca al *petitum*.

Pero el petitório no solo cumple esa función, sino también, y tal vez antes, la de materializar la vinculación del ejercicio del derecho de acción a la función jurisdiccional para que emita un acto de resolución de la controversia, lo que, por

cierto, no es atribuible al *petitum* porque simplemente es componente de la pretensión y vincular al juez a resolver el caso concreto es propia carga genética del derecho fundamental de acción. Consecuentemente, es un inmenso error (TORIBIOS y VELLOSO, 2000: p. 142) el visualizar un aspecto en vía inmediata del *petitum*, que consiste en un pedido de resolución tangible en la declaración del derecho, la condena del demandado o un cambio jurídico.

La demanda contiene fundamentos de hecho y de derecho, no del petitório sino del *petitum* de la pretensión, porque lo que se fundamenta es la pretensión y no la demanda, de modo que el juez nunca debería declarar (in)fundada la demanda sino la pretensión.

Es lugar común en las decisiones jurisdiccionales, en sus distintas instancias, la (des)estimación de la demanda y no de la pretensión. La demanda es acto procesal continente de la pretensión, la cual no es acto procesal —que vaya por el proceso contenida en uno es otra cosa— sino objeto del proceso, pues de ella se habla, debate o controvierte en el proceso.

La (des)estimación no es de un acto procesal —a él le corresponden controles de admisión o procedencia, por eso se declara (im)procedente la demanda y no la pretensión— sino de lo que se ha pedido y fijado como objeto de tutela con la demanda y de controversia con la contestación, es decir, de la pretensión. Además esto se ajusta a un orden técnico en el manejo de la pluralidad objetiva (acumulación objetiva subjetiva simple) en que haya que estimar una pretensión y desestimar otra, lo que sería imposible si la fundabilidad recayera en la demanda.

Una clave para entender bien la funcionalidad de la pretensión es contemplar la integratividad de su composición estructural; cada componente de la pretensión está íntimamente vinculada a los demás, de modo que experimentar la funcionalidad de uno es también jalar la de los demás, claro está, en la función de la pretensión.

Si el petitório de la demanda comprende al *petitum* de la pretensión y el CPC refiere: i) al monto del petitório como contenido de la demanda, ii) a la inadmisibilidad de la demanda por petitório incompleto o impreciso, y iii) a la improcedencia de la demanda por petitório física y jurídicamente imposible (arts. 424, inc. 8, 426, inc. 3, y 427, inc. 5, respectivamente) no significa que el petitório sea el *petitum*, sino, como lo reconoce el propio Código, que lo comprende. En igual modo debe entenderse, en la lógica de continente a contenido, cuando el artículo 424, incisos 6 y 7 del CPC, dispone que la demanda contendrá los hechos en que se funde el petitório y la fundamentación jurídica del petitório, respectivamente, se hace referencia, en relación a los elementos estructurales de la pretensión, a la *causa petendi*, siendo que esta es contenido de exigencias o partes de la demanda. Conviene, entonces, diferenciar las exigencias tanto de la demanda como de la

pretensión, porque de ello depende esclarecer bien las diferencias entre la pretensión, la acción y la demanda.

Entonces, con la aclaración hecha sobre las diferencias, de un lado, entre *causa petendi* y fundamentos de hecho y, de otro, entre petitorio y *petitum*, corresponde visualizar el insumo fáctico del caso concreto en la pretensión. Este se traduce en un doble plano: uno como determinante de la sentencia y, por tanto, anticipado a ella, y otro, como consecuente de la sentencia y, por tanto, posterior a ella. El primero es la *causa petendi* y el segundo el *petitum*. Ambos con un grado de dependencia de causa y efecto sin perder su naturaleza fáctica o su base conceptual de entenderse como traducción procesal de la *quaestio facti*.

La *quaestio iuris* se traduce procesalmente en la *iuris petitum* que, para los efectos de esta explicación, reservo su tratamiento no sin afirmar mi rechazo a la teoría de la sustanciación, que explica la causa de pedir únicamente comprendida por elementos fácticos y no jurídicos, de manera que abre el *iura novit curia* a la arbitrariedad. Me afilio a la teoría de la individualización porque explica la causa de pedir comprendiendo tanto elementos fácticos como jurídicos o normativos que vinculan al juez. En esto último, con relación a los fundamentos jurídicos, importa advertir que el juez no puede apartarse del orden jurídico de la *causa petendi*, porque son los fundamentos que la parte invoca y sobre los que el *iura novit curia* funciona, constitucionalmente, solo si hubo error u omisión alguna, debiendo procurar su subsanación.

Hecha la aclaración precedente, la causa de pedir (*causa petendi*), para los efectos de su vinculación conceptual con el *petitum*, es el conjunto de hechos (constitutivos del derecho invocado por el actor –*causa petendi* activa– o lesivos del derecho invocado por el actor que generan interés para obrar –*causa petendi* pasiva–) que fundan la “premisa menor” del silogismo judicial *in casu*, pues configura la pretensión, su *petitum* y su fundabilidad, por tanto es anterior a la sentencia y gravita en su esencia fáctica como conjunto de razones de hecho y de derecho del hecho (consecuencia del derecho) que se pide. Al interior de la pretensión, estructuralmente hablando, las razones fácticas de la *causa petendi* se conectan con el *petitum* y las jurídicas con el *ius petitum*.

No se olvide que la sentencia como fin del proceso es norma material o primaria y no procesal o secundaria, pues declara derechos e impone obligaciones, pertenece al ordenamiento normativo como norma con interés particular, dada su genética judicial y no legislativa, asume como características su particularidad y especificidad. Así, la sentencia-norma no es acto procesal (sentencia-acto), por eso es el fin del proceso y solo así encaja en la tutela material de los derechos que, atención aquí, siempre es “material”. En suma, el proceso es un método de interacción litigiosa para la eficaz construcción de una norma material con interés particular.

Emitida la sentencia, esta no queda a la espera de su actuación espontánea, ello es propio de la norma legal o legislada, sino actúa en forma forzosa, pues está llamada a hacerlo así. Esa es su pretensión normativa, lo que no es sino otra de sus características dada su genética jurisdiccional. Esa ejecución o realización fáctica de la condena contenida en la sentencia es la efectividad del *petitum*, que sirve para que el juez, manejando la norma legal o legislada, que es abstracta y general y obra como “premisa mayor”, construya la sentencia. Claro está que el *petitum* no trasciende al proceso, pues es estrictamente procesal, propiamente un elemento técnico-fáctico de la pretensión que configura el orden de los hechos al que el juez debe atender como consecuencia de la estimación de la pretensión; consecuentemente, el *petitum* es la proyección del efecto fáctico de la pretensión fundada, por eso es determinante en el criterio clasificatorio de las pretensiones, v.gr., declarativas, ejecutivas, etc. Son ejemplos del *petitum* en la pretensión, los siguientes: la restitución posesoria en la reivindicación, la devolución de inmueble en el desalojo por vencimiento del plazo de arrendamiento, la disolución del vínculo matrimonial en la pretensión de divorcio por causal, etc. La idoneidad del *petitum* es el resultado de su congruencia con la *causa petendi*. Ambos son la traducción de la *quaestio facti* en la *quaestio litis*.

Cuando la doctrina no atina a diferenciar el “petitorio”, como requisito de la demanda, del *petitum*, como elemento estructural de la pretensión, suele clasificar a este último en “*petitum* inmediato” y “*petitum* mediato”; el primero –el inmediato–, es propiamente el punto al que se puede conectar el *ius petitum* y, por tanto, la declaración, constitución o condena que derivan de la estimación de la pretensión, y, el segundo – el mediato–, es el bien de la vida que se exige tener por el reparto autoritario ordenancista, lo que es, simplemente, el *petitum*. Como esta clasificación del *petitum* es poco convincente –pues parece derivar de un sentido conceptual invertido de la teorización carneluttiana sobre el “objeto inmediato” (que es el “interés” económico estimado del bien y deprecado) y el “objeto mediato” (que es el “bien” que se hace litigioso no sin traducirse en un interés económico e inmediato), ambos, de la pretensión–, se acude a otra clasificación que, esta vez, contrapone lo procesal con lo sustancial, de manera que hay un *petitum* que se considera del objeto del proceso como el contenido de la tutela deprecada, que sería un “*petitum* procesal”, y otro que se considera del objeto sustancial, o sea, del derecho subjetivo invocado por el demandante cuya efectividad intenta por el proceso, que sería un “*petitum* sustancial”. Como se puede ver una clasificación es peor que la otra, en tanto olvidan que el *petitum* tiene composición eminentemente fáctica.

3. LA MATERIA (*RATIONE MATERIAE*)

Las naturalezas de las interacciones humanas advertidas por el Derecho en su contexto regulatorio muestran una amplia circunstancialidad fáctica y, por tanto, “jurígena”. De manera que si el objeto del Derecho es la interacción humana eficaz (GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2009: p. 539 y ss.), en los trajes de sus parcelas y meandros en los que se ramifica y por los que cada una de sus ramas asume, desde la tutela de los derechos, su propio objeto marcado por el tinte de la particularidad “jurígena” advertida, se fue entendiendo, v.gr., que la interacción entre privados por un bien comercial será distinta a la que exista entre estos por un hijo menor de edad, la interacción del gobernante administrador con el administrado será distinta de la que existe entre el gobernante juzgador jurisdiccional y el justiciable, etc.; es decir, que el objeto del Derecho, en cada rama jurídica, se particulariza por una de varias esencias de la circunstancialidad de vida que anima en múltiples condiciones la interacción humana en sociedad jurídicamente organizada; de manera que el objeto del Derecho Penal es la “interacción penal eficaz”, del Derecho Procesal la “interacción litigiosa eficaz”, del Derecho Agrario la “interacción agraria eficaz”, etc. El objeto de una controversia necesariamente debe identificar su vinculación con el objeto de una rama o materia regulada jurídicamente, por la coincidencia de la genética jurídica que en ellos se identifica. Así, la competencia por la materia implica identificar el objeto de las controversias (MONTELEONE, 2002: p. 54) de modo que permita atribuir las a determinados órganos jurisdiccionales.

La competencia por la materia comprende la identificación del objeto de la controversia que permita asignarla esto se suma la necesaria consideración de la conformación del ordenamiento normativo a través de normas materiales y normas instrumentales. Las primeras, las materiales, básicamente establecen derechos y prescriben obligaciones, por eso se consideran primarias, estáticas y con una pretensión de efectividad espontánea, y, las últimas, las instrumentales, son las que posibilitan la actuación forzosa de la norma material cuando no actuó en forma espontánea, es decir, cuando su pretensión de efectividad *in natura* fue objeto de crisis de cooperación, para ello su sentido obedece a un carácter dinámico en la medida en que regulan procedimientos. Esto esclarece que no hay Derecho material (v. gr., Derechos Constitucional, Penal, Civil, Agrario, Comercial, etc.) que no esté ligado a su correlativo Derecho Procesal (v. gr., Derechos Procesales Constitucional, Penal, Civil, Agrario, Comercial, etc.) si realmente pretende ser eficaz, es decir, no solo efectivo por actuación espontánea, sino, en tanto esa espontaneidad sea truncada, también eficiente por actuación forzosa.

La competencia del juez es un asunto procesal, y no debe olvidarse que se trata de un presupuesto procesal (ATTARDI, 1999: p. 236); por eso se demarca no por la pretensión material sino por la pretensión procesal, no por la norma material

que regula el mérito sino por la norma procesal (instrumentalmente) correlativa a esa materia. La materia hace una referencia al tipo de derecho que se discute (MANDRIOLI, 2010: p. 222).

La competencia por la materia indica aquello de lo que el litigio habla, tiene que ver con “el modo de ser del litigio” (CARNELUTTI, 1944: p. 311). La materia se determina de la *causa petendi* que compone la pretensión procesal, de ella se advierte la naturaleza de la relación (ATTARDI, 1999: p. 237) (*rectius*, interacción) y de la norma material que la regula, pero no se olvide esta mirada es desde la pretensión procesal y a ella no la regula la norma material sino la procesal, de modo que cuando el artículo 9 del CPC, hace referencia a la determinación de la competencia por razón de la materia desde la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que las regulan se refiere claramente a la pretensión procesal y a las normas procesales que las regulan. En el caso del proceso civil la *causa petendi* de la pretensión identifica una relación jurídica material regulada por las normas de Derecho Civil lo que por sí mismo nada tendría que ver con la competencia procesal, esta se relaciona directamente con la norma procesal civil y es a ella a la que se une para determinar la naturaleza de la materia de la competencia procesal.

El justiciable tiene derecho a que el juez que conoce su caso concreto sea especializado en el manejo del mismo; es decir, conector del Derecho con el que imparte justicia. Nada más alejado de la Constitución que un juzgador que improvisado en la materia con que juzga. Si este es un derecho fundamental tiene su contrapeso estructural en la garantía de justicia especializada que significa un obrar positivo del juzgador que se traduce en su conocimiento especializado y, por tanto, en el ejercicio especializado de su función jurisdiccional. El artículo 17 de la LOPJ señala que la especialidad de los magistrados debe mantenerse durante todo el ejercicio de su cargo. Es más, se desprende, del segundo párrafo del numeral indicado, que el magistrado tiene el derecho a mantener la misma especialidad con la que ingresó a la magistratura. Siendo así, la organización orgánica de la judicatura es por especialidades, pues se trata de cumplir una función responsable –y, por eso especializada– que expone el conocimiento jurídico, por quien lo conoce, en la solución de los problemas de los ciudadanos. Juez natural es juez especializado en la materia con la que ejerce su función jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATTARDI, Aldo (1999): *Diritto Processuale Civile*, tomo I. Padua: Cedam; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: Uteha; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2009): “Objeto y estructura del Derecho Procesal”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons; MANDRIOLI, Crisanto (2010): *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Turín: Giappichelli; MONTELEONE, Girolamo (2002): *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed. Padua: Cedam; TORIBIOS FUENTES,

Fernando y VELLOSO MATA, M^a José (2000): *Manual práctico del proceso civil*. Valladolid: Lex Nova.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; GOLDSCHMIDT, Werner (1987): *Introducción filosófica al Derecho - La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6^a ed. Buenos Aires: Depalma; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (2004): "La competencia". En: Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Montón Redondo, Alberto; Barona Vilar, Silvia: *Derecho jurisdiccional*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch; LA CHINA, Sergio (2003): *Manuale di Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè; MANDRIOLI, Crisanto (2010): *Diritto Processuale Civile*, 5^a ed. Turín: Giappichelli; MONTELEONE, Girolamo (2002): *Diritto Processuale Civile*, 3^a ed. Padua: Cedam; MONTERO AROCA, Juan (1991): "La competencia". En: *El Derecho jurisdiccional - Parte general*, tomo I, 2^a ed. Barcelona: Bosch; MORALES, Hernando (1973): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 6^a ed. Bogotá: ABC; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis; PAYÁ, Fernando Horacio (1993): *Instituciones procesales*. Buenos Aires; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I. Padua: Cedam; TORIBIOS FUENTES, Fernando y VELLOSO MATA, M^a José (2000): *Manual práctico del proceso civil*. Valladolid: Lex Nova; VERDE, Giovanni (2002): *Profili del processo civile*, vol. 1, 6^a ed. Nápolos: Jovene; VESCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los presupuestos procesales son los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida, admitiéndose pacíficamente como presupuestos procesales la competencia, la capacidad procesal y los requisitos de la demanda. La competencia es la aptitud que tiene un determinado órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre algún asunto sometido a su conocimiento, aptitud que solo nace de la Ley. Ello guarda correlativa correspondencia con uno de los aspectos del derecho al debido proceso; esto es, el derecho al juez natural y a que este sea competente, independiente e imparcial. En tal sentido, la competencia por razón de la materia queda determinada en función a la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan, siendo de conocimiento de los Juzgados Civiles todo aquello que no esté atribuido a otros órganos jurisdiccionales, en conformidad con lo establecido por los artículos cinco y nueve del Código Procesal Civil (*Exp. N° 50-2007*).

La competencia es una institución procesal cuyo objetivo es hacer más efectiva y funcional la administración de justicia, siendo la ley la que establece las razones de su determinación. En tal sentido, la competencia por razón de la materia queda determinada en función a la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan, siendo de conocimiento de los Juzgados Civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido a otros órganos jurisdiccionales, en conformidad con lo establecido por los artículos quinto y noveno del Código Procesal Civil (*Exp. N° 330-2005*).

Artículo 10 | **Competencia por cuantía**

La competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio conforme a las siguientes reglas:

- 1. De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir oposición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y,*
- 2. Si de la demanda o sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante, el juez, de oficio, efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al juez competente.*

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 358; C.P.C. arts. 8, 10, 11, 12, 13, 32, 51, 297, 424 inc. 8, 488, 696, 750; L.P.T. art. 5; L.O.P.J. arts. 17, 46, 48, 156, 186 inc. 5.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

La importancia del proceso se determina por el nivel (MANDRIOLI, 2010: p. 222) valor económico que implica. En ningún caso la importancia del proceso puede estar referida a la acepción de lo importante de algo o de alguien por su entidad o consecuencia.

Esa importancia (económica) no solo hace que el rito sea más o menos exhaustivo y extenso, sino también la mayor o menor estructuración, funcionalidad y cualificación del órgano jurisdiccional; así, a menor importancia del proceso, que significa un menor valor económico de lo que se debate, corresponde un rito simple o más sencillo, un órgano jurisdiccional menos estructurado y menos exigido en sus conocimientos y cualificaciones profesionales, por tanto menos costoso (CARNELUTTI, 1944: p. 306); en cambio, a mayor valor o costo (*rectius*: importancia) del proceso corresponden mayores estructuras orgánicas (CALAMANDREI, 1962: p. 56), complejidades procedimentales (v.gr., la posibilidad de conocerse en casación o que el juzgador revisor sea un órgano colegiado), cualificaciones de la judicatura y, en general, costo de la función jurisdiccional. La competencia por la cuantía implica atribuir controversias a diversos jueces, atendiendo al valor económico de las mismas (MONTELEONE, 2002: p. 54) que se fijan, siempre, por los criterios que la ley establece como las reglas de la cuantía de la competencia.

2. EL *PETITUM* DE LA PRETENSIÓN Y EL FACTOR DE LA CUANTÍA EN LA COMPETENCIA

En rigor, la cuantía o criterio cuantitativo de la competencia (ORTELLS, 2010: p. 213) no se determina de la demanda (LA CHINA, 2003: p. 75), de la relación controvertida (ATTARDI, 1999: p. 237) ni de cualquier otro elemento de la pretensión que no sea, exclusivamente, el *petitum*, que es la proyección del hecho en que debe traducirse la efectividad del derecho protegido en la sentencia.

Es un error estimar la cuantía del “elemento objetivo” de la pretensión, que es un bien de la vida, pues la valoración que se le dé recaerá sobre ese bien y otras consideraciones sobre ese bien, de modo que este, por sí solo, no significa propiamente la consolidación de esa estimación o valoración.

La medición de la cuantía se obtiene del *petitum* de la pretensión que, como tal, no solo aparece del petitório de la demanda, sino también de otros extremos de la misma. Aclarado esto, no hay problema si se usa la afirmación de que el factor cuantía de la competencia se logra o asume de la pretensión.

Entonces, la cuantía se determina o estima directamente de la pretensión demandada, no del mérito del proceso, es decir, no de los derechos u obligaciones invocados por el demandante y controvertidos por el demandado, ni de la condicionalidad estructural, funcional o cualificada del órgano jurisdiccional, sino de lo que se considera por el demandante le corresponde recibir del reparto autoritario ordenancista con que concluye el proceso, que propiamente se traduce en el *petitum* de la pretensión.

Ese valor es económico, medible en dinero, de modo que requiere que su estimación sea en una cifra dineraria aun cuando la pretensión no sea una prestación dineraria deberá traducirse en esa cifra por estimación de parte sujeta a un control de objetividad (asumida de las alegaciones y/o anexos de la demanda) por el juez.

La excepcionalidad de esta regla se configura con los denominados “bienes inestimables en dinero”, frente a los que nada de esta exigencia de estimación dineraria puede funcionar, v. gr., interdicción, filiación, etc.

Aunque la realidad enseña que no hay nada en asuntos no penales, y en muchos penales, que no se remitan a interacciones económicas, de modo que, v. gr., no existe quien busque una interdicción si no es pensando en el patrimonio puesto en riesgo por el afectado por esa pretensión, no hay filiación si no es pensando en el cumplimiento de las obligaciones (GOLDSCHMIDT, 1936: p. 179) que impliquen asistencia económica del padre frente al hijo, etc. Tal vez esto confluya con la necesidad de irresistible satisfacción que significa estimar la cuantía, aun en procesos con pretensiones cuyos objetos se califican inestimables en dinero, por lo que se acude a suprimir el cálculo de la cuantía para dar por existente esta en su máxima

expresión, de modo que resulta lógico que estando en juego bienes inestimables en dinero tengan una tutela o protección como si lo fuera en la máxima medida posible porque, no cabe duda, son de la más elevada relevancia.

Lo afirmado respalda la razón por la que queda superada la posición carn-eluttiana de entender la cuantía como un factor funcional y no como uno objetivo. Pero, como el asunto no es tan sencillo como descartar esa posición y punto, debe asumirse en medio de todo el innegable influjo de la cuantía en la funcionalidad jurisdiccional. En suma, si la cuantía tiene naturaleza de factor objetivo no deja de demarcar la competencia funcional, pues por el valor del *petitum* no solo el proceso y su procedimiento se hacen más o menos importantes o complejos, sino el juez que lo conoce tendrá mayores o menores exigencias para asumirlo como autoridad en la medida de la posición que ocupe en la estructura orgánica del Judicial, en la que la LOPJ no duda en referir a “jerarquías” (arts. 17, 46, 48, 156, 186, inc. 5, y hasta de un régimen jerárquico en la carrera judicial), y allí está la colateral determinación funcional de la competencia por la cuantía.

La cuantía no solo permite establecer el valor (*rectius*, importancia) y complejidad del proceso o el juez que lo conocerá, sino determina también el punto de partida de la línea lógica entre lo que se alega, deprecia, prueba y resuelve, es decir, de la congruencia externa o exigida en el desarrollo procesal que evita pronunciamientos *extra / citra / ultra (plus) / infra petita*.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA Y LA RECONVENCIÓN

La reconvencción no altera el valor económico estimado en el factor cuantía de la competencia que es establecido en la demanda, sea que el sistema asumido sea el de nueva demanda o de contrademanda. En el primer caso, se trata de pretensiones reconvenidas inóneas con las demandadas sin afectar la vía procedimental ni los otros factores de determinación de la competencia, no existe mayor problema por la ajenidad entre las pretensiones; en cambio, en el segundo caso, que es el peruano, en el que se exige conexidad entre las pretensiones demandadas y reconvenidas, principalmente por el bien que debe ser el mismo entendido como objeto de las pretensiones, podría apreciarse falsamente que el monto de la cuantía sea el resultado de la suma de los valores económicos estimados tanto en la demanda como en la reconvencción. La equivocidad de esta idea se debe a que la reconvencción implica un nuevo proceso acumulado al de la demanda, el valor del bien es solo uno sea en el proceso de la demanda o en el de la reconvencción que, una vez más, implican una acumulación de procesos y, por tanto, también de pretensiones; finalmente, y con más peso que todo otro argumento, la ausencia de cuestionamiento de la competencia por su factor cuantía termina fijando tanto la competencia como, claro está, el valor de la cuantía.

4. PUBLICISMO, DISPOSITIVISMO Y DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Los sistemas normativos procesales son consecuencia de la ideología del legislador, de manera que el privilegio de la libertad contenida en el derecho de acción o del poder estatal de la función jurisdiccional dan cuenta de la orientación dispositivista o publicista, respectivamente, que tiene un ordenamiento normativo-procesal.

En esta línea la determinación de la cuantía de la competencia gravita: i) en los ejes de la dispositividad procesal, siendo las partes del proceso las que tienen la posibilidad de establecerla o determinarla sin que el órgano jurisdiccional tenga la posibilidad de ejercer control de objetividad en ello; o, ii) en las líneas del publicismo procesal, asumiendo el juez todo el poder de sentar en proceso la cuantía de la demanda, omitiendo espacio alguno para que la parte proponga o cuestione, de ser el caso, el monto de la misma.

Se advierte que estos sistemas procesales expuestos cada uno en un extremo siempre concluyen con serias deficiencias en la tutela eficaz de los derechos al punto de llegar a ser, en el caso de la determinación de la cuantía, insostenibles en sus concepciones puras que es como se plantean desde las corrientes del pensamiento procesal que los alimentan: el publicismo procesal, mal denominado “inquisitivismo (o activismo) procesal”, y el dispositivismo procesal, mal denominado “garantismo (o revisionismo) procesal”.

Al parecer, el asunto de las diferencias entre lo dispositivo e inquisitivo, con relación a la determinación de la cuantía, tenía en el paleoprocesalismo de la segunda mitad del siglo pasado una ruta menos complicada que la que se presentaba con sus dos últimas corrientes de finales del siglo pasado e inicios del presente (el publicismo y el dispositivismo), pues se optó por entender un sistema mixto (entre dispositivo e inquisitivo) que permitía la estimación de la cuantía por la parte demandante y el debate sobre esa estimación en un momento liminar del procedimiento, con la posibilidad de que el juez, como consecuencia del debate o por su obrar oficioso, redujera o corrigiera el monto de la cuantía de considerarlo sobrestimado.

En otros sistemas legislados el cuestionamiento de la competencia por la cuantía queda cerrado para el emplazado, quien no puede formular ninguna clase de oposición, y el juez objetiva la estimación de la cuantía considerando el monto que aparece de los medios de prueba ofrecidos en la demanda, teniendo como alternativas apartarse del proceso por inhibitoria, remitiendo los actuados al juez que considera competente por la cuantía, o corregir oficiosamente la determinación de la cuantía de considerarse competente por la misma. Precisamente esta última condición regulatoria de la determinación de la cuantía corresponde al proceso civil peruano (art. 10 del CPC) y encuentra en un control ponderativo entre poder

estatal y libertad del justiciable, en la labor del legislador, un punto de equilibrio aceptable; de manera que no es la reminiscencia del paleoprocesalismo, como un sistema mixto, la orientación que debe seguirse para conocer la regulación actual de la competencia por la cuantía, sino la que le corresponde en el Estado constitucional de Derecho, como un sistema proporcionalmente entendido, es decir, constitucionalmente equilibrado en los contenidos fundamentales comprometidos.

5. LA CUANTÍA Y LA RELACIÓN ENTRE EL BIEN Y EL INTERÉS

Un tema previo al estudio de los factores objetivos de determinación de la competencia es el referido a la estructura de la pretensión y los requisitos de la demanda. En la doctrina paleoprocesal, a partir de esta confusión, se incurre en varios equívocos, entre estos, los siguientes:

- a) No se duda en identificar con similitud la parte de la demanda consistente en los fundamentos de hecho y los de derecho con la *causa petendi* y el petitório con el *petitum*, problema que, conforme he expuesto, queda solucionado si se valoriza más la estructuración interna de la pretensión y se ve en ella la conexión fáctica interna de la pretensión existente entre *causa petendi* y *petitum*.
- b) También hice mención, no sin descartarla, a una posición teórica de enfocar un *petitum* en un doble plano: uno inmediato y otro mediato.

A este panorama de equívocos debe sumarse el de la doctrina que vincula la determinación de la cuantía de la competencia con el doble objeto de la pretensión: un “objeto inmediato” que es la estimación del valor que el bien objeto de tutela proyecta en el caso concreto, al que se denomina “interés”, y un “objeto mediato”, que es el “bien” del que se estima el interés. Según esta lógica la cuantía es consecuencia de la relación entre el objeto mediato de la pretensión, que es el bien, y la atribución de un valor a ese bien, que es el interés; entonces, la cuantía es el interés deprecado. Aquí conviene aclarar, primero, que la bifurcación referida, en “inmediato” y “mediato”, no es del *petitum*, sino del elemento objetivo de la pretensión, es decir, del objeto de la pretensión: un bien de la vida. En segundo lugar, queda claro que el elemento objetivo de la pretensión no es uno dinámico como la *causa petendi*, es solo la referencia a un derecho de alguien, el cual sí halla dinámica cuando es invocado en la *causa petendi*, pues esta es la que da cuenta de los motivos o razones de la deprecación, atención, comprendiendo el nexo entre el bien (el derecho) y la obligación del sujeto a quien se dirige la pretensión. Sin esto último nada podría decirse sobre estimación del interés, que con propiedad debe entenderse como *petitum*, pues este, entendido como el portador de la cuantía, solo emana de la *causa petendi*, por la misma conexión estructural que guarda con ella, atribuida al orden fáctico de ambos.

6. LA INMODIFICABILIDAD DE LA COMPETENCIA Y LA CUANTÍA

Que la cuantía no pueda modificarse (*perpetuatio iurisdictionis*) (TOMMASEO, 2002: p. 54 y ss.; VERDE, 2002: p. 67 y ss.; PROTO PISANI, 2010: p. 267) es consecuencia de la garantía de inmodificabilidad de la competencia, que activa la preclusión de toda injerencia del juez o de las partes para cambiar el valor de la cuantía, de manera tal que ni siquiera un cambio posterior en el objeto litigioso puede alterar la competencia fijada. Máxime que esto se refuerza con la prohibición de cambio de demanda (*mutatio libelli*), por la que, fijado el objeto del proceso queda prohibida toda alteración posterior de la demanda, salvo los casos en que la ley flexibiliza esta garantía o su delimitación no abarca los espacios de la garantía (principio) de suplencia de queja deficiente, de escasa aplicación en el proceso civil, solo a razón del artículo 358 del CC, pero de intensa aplicación en los procesos constitucionales de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATTARDI, Aldo (1999): *Diritto Processuale Civile*, tomo I. Padua: Cedam; CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tomo II. Buenos Aires: EJEA; CARNELUTTI, Francesco 1944: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: Uteha; GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; LA CHINA, Sergio (2003): *Manuale di Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè; MANDRIOLI, Crisanto (2010): *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Turín: Giappichelli; MONTELEONE, Girolamo (2002): *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed. Padua: Cedam; ORTELLS RAMOS, Manuel (2010): *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed. Pamplona: Aranzadi; PROTO PISANI, Andrea (2010): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Nápoles: Jovene; TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I. Padua: Cedam; VERDE, Giovanni (2002): *Profili del proceso civile*, vol. 1, 6ª ed. Nápoles: Jovene.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONTERO AROCA, Juan (1991): "La competencia". En: *El derecho jurisdiccional - Parte general*, tomo I, 2ª ed. Barcelona: Bosch; MORALES, Hernando (1973): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 6ª ed. Bogotá: ABC; ORTELLS RAMOS, Manuel (2010): *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed. Pamplona: Aranzadi; PAYÁ, Fernando Horacio (1993): *Instituciones procesales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; TORIBIOS FUENTES, Fernando y VELLOSO MATA, Mª José (2000): *Manual práctico del proceso civil*. Valladolid: Lex Nova; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

Artículo 11**Cálculo de la cuantía**

Para calcular la cuantía, se suma el valor del objeto principal de la pretensión, los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios, y otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda, pero no los futuros.

Si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas. Si se trata de pretensiones subordinadas o alternativas, solo se atenderá a la de mayor valor.

Si son varios los demandados, la cuantía se determina por el valor total de lo demandado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 8, 10, 83, 85; L.P.T. art. 5.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

La acumulación de pretensiones (objetiva) originaria es funcional en tanto las pretensiones tengan la condicionalidad de asumirse bajo la competencia de un mismo juez. Cuando las pretensiones son estimables en dinero el sentido regulatorio del artículo 11 del CPC determina que esa acumulación se sobreponga a la exigencia de que cada pretensión sea competente de un juez que, precisamente, sea el mismo que también resulta competente (ORTELLS RAMOS, 2010: p. 213) para otra pretensión, pudiendo ocurrir que en el caso de una u otra pretensión el valor que arroja sea diferente de modo que por sí sola la idea de que el juez sea competente se diluye.

El valor económico de las pretensiones se pone en claro, para el demandante al momento de interponer su demanda, obedeciendo la *perpetuatio iurisdictionis* (TOMMASEO, 2002: p. 54 y ss.; VERDE, 2002: p. 67 y ss.; PROTO PISANI, 2010: p. 267), por la que la consideración dineraria referida será al calor de la situación de hecho existente en el momento en que debe admitirse la demanda, considerando que más adelante ni siquiera por alteraciones de la circunstancialidad fáctica o de la jurídica se podrá alterar.

2. ACUMULACIÓN OBJETIVA ORIGINARIA Y CÁLCULO DE LA CUANTÍA

La posibilidad de debatir varias pretensiones, lo que implica un *petitum* plural en la demanda, está regulada por el artículo 83 del CPC. Esta prescripción normativa

encuentra en otra, la del artículo 85 del CPC, la consagración de cuándo resulta ser válida la acumulación objetiva originaria. Entre esas exigencias de validez de acumulación está una que tiene que ver con la competencia proyectada en un doble ámbito regulatorio: uno inicial, que señala que la referida acumulación es válida siempre que las pretensiones acumuladas sean de competencia del mismo juez y, otro final, que señala que si las pretensiones a acumularse son de competencia de jueces distintos, resulta, entre ellos, competente el de mayor grado.

Siendo así, es posible que el demandante considere en su demanda pretensiones que son de competencia de distintos jueces, con la atinencia de que, en todo caso, el competente será el de mayor grado. La previsión normativa se orienta al caso en que la pluralidad objetiva contemple pretensiones que se tramitan entre jueces no horizontalmente distintos sino verticalmente distintos, es decir, en atención al factor funcional del grado, de manera que la prescripción normativa señala que el de mayor grado será el llamado a conocer el caso concreto. Esto resulta lógico porque si se permite acumular pretensiones que por sí solas corresponden ser conocidas por jueces que se diferencian verticalmente, en ningún caso sería permisible que una pretensión que esté predestinada a ser conocida por un juez de cierta jerarquía, por la acumulación a la que se sujeta, pase a ser de conocimiento de un juez de inferior jerarquía que la de aquel que resultaba ser natural para ella. Esta situación quebraría el respeto de diversas garantías procesales con relación a la competencia; en cambio, si una pretensión estuviera predestinada a ser de conocimiento de un determinado juez y pasa, por efectos de la acumulación objetiva originaria, a ser de conocimiento de un juez de mayor jerarquía de la de aquel al que debía corresponder, no termina vulnerando contenidos fundamentales de los derechos de los justiciables.

La disposición contenida en el artículo 11 del CPC, es coherente con la acumulación objetiva originaria que no permite impedir la acumulación por diferenciación de grados entre los jueces que deberían conocer las pretensiones planteadas por sí mismas; de manera que si se diera el caso de pluralidad de jueces verticalmente diferentes la acumulación seguirá siendo permitida por ley siempre que sea el de mayor jerarquía o grado el que asuma conocimiento de la pluralidad objetiva originaria.

La primera parte del artículo 11 del CPC, exige que el demandante determine el valor económico (TOMMASEO, 2002: p. 54 y ss.; VERDE, 2002: p. 67 y ss.; PROTO PISANI, 2010: p. 267) a que se contrae cada una de sus pretensiones para, más adelante, realice una operación de liquidación total de las pretensiones (MONTELEONE, 2002: p. 54) demandadas obtenida de sumar al valor del objeto principal de la pretensión los valores de los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios y

otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda excluyendo los futuros.

3. CÁLCULO DE LA CUANTÍA Y ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES

La prohibición de estimar valores futuros encaja con la regla de determinación de la competencia que se halla en el artículo 8 del CPC, asumiendo para ello la situación de hecho existente al momento de interponerse la demanda o solicitud. Claro está que estas pautas funcionan cuando la acumulación es objetiva, es decir, presenta una pluralidad objetiva de pretensiones dinerarias o económicamente apreciables que comprenden una acumulación de varias pretensiones. Lo que significa, que si existe una acumulación sujeta a subordinación o alternatividad no debe realizarse la liquidación total de las pretensiones acumuladas, sino debe considerarse únicamente la cuantía según el valor más elevado o la pretensión de mayor valor.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTELEONE, Girólamo (2002): *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed. Padua: Cedam;
ORTELLS RAMOS, Manuel (2010): *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed. Pamplona: Aranzadi;
PROTO PISANI, Andrea (2010): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Nápoles: Jovene;
TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I. Padua: Cedam;
VERDE, Giovanni (2002): *Profili del proceso civile*, vol. I, 6ª ed. Nápoles: Jovene.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tomo II. Buenos Aires: EJE; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: Uteha; GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; GOLDSCHMIDT, Werner (1987): *Introducción filosófica al Derecho - La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed. Buenos Aires: Depalma; LA CHINA, Sergio (2003): *Manuale di Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè; MANDRIOLI, Crisanto (2010): *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Giappichelli: Turín; MONTERO AROCA, Juan (1991): "La competencia". En: *El Derecho jurisdiccional - Parte general*, tomo I, 2ª ed. Barcelona: Bosch; MORALES, Hernando (1973): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 6ª ed. Bogotá: ABC; PAYÁ, Fernando Horacio (1993): *Instituciones procesales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; TORIBIOS FUENTES, Fernando y VELLOSO MATA, Mª José (2000): *Manual práctico del proceso civil*. Valladolid: Lex Nova; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

Artículo 12

Cuantía en las pretensiones sobre inmueble

En las pretensiones relativas a derechos reales sobre inmueble, la cuantía se determina en base al valor del inmueble vigente a la fecha de interposición de la demanda.

Sin embargo, el juez determinará la cuantía de lo que aparece en la demanda y su eventual anexo. Si estos no ofrecen elementos para su estimación, no se aplicará el criterio de la cuantía y será competente el juez civil.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 358; C.R.C. art. 10.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

Las consideraciones que pone en frente este artículo se sintetizan en la cuantía para la competencia en procesos con pretensiones de derechos reales, la presencia dominante de la no modificación de la competencia (*perpetuatio iurisdictionis*), la “publicización” del proceso en la determinación de la competencia y la demanda y anexos como núcleos de determinación de la cuantía en forma oficiosa. La previsión normativa no se agota con el supuesto de estimabilidad del valor económico de un bien inmueble, pues prevé el caso en que este no ofreciera la posibilidad de estimación de valor dinerario, disponiendo dejar a un lado el factor cuantía para asumir la expresa regulación legal de la competencia del juez civil que, en todo caso, implica la regulación de la competencia de quien ofrece mayor y mejor conocimiento especializado.

2. PARTICULARIDAD DE LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA EN PRETENSIONES SOBRE DERECHOS REALES

El valor del inmueble, de conformidad con este artículo, no depende de la indicación expresa de la parte demandante, sino de la actividad del órgano jurisdiccional recaída en la evaluación de la demanda y de su eventual anexo. Esto significa que el trabajo que la parte demandante debe cumplir para el encuadre de la cuantía gravita en qué es lo que invoca en la demanda y, eventual y conjuntamente, en qué es lo que acompaña a ella en su entorno probatorio, pero no necesariamente en el señalamiento expreso de la cuantía sino en lo que permita entender de la argumentación fáctica de la demanda, claro está, siempre coherente con los medios probatorios que, eventualmente, acompañe como anexos de la demanda.

Entonces, determinar ese grado de coherencia recae no en la parte demandante sino en la función jurisdiccional.

Lo dicho da cuenta del sentido “eventual” indicado con relación a los anexos, pues estos no necesariamente pueden aparecer con la demanda y, si lo hicieran, exigirían una apreciación del juzgador que atendiera a la *perpetuatio iurisdictionis*. Esto último permite entender que la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda marca la línea por la que debe seguir la determinación de la cuantía, es decir, si un medio probatorio (v. gr., el testimonio notarial de compraventa de un inmueble) refleja un precio del inmueble que puede dar luz sobre la cuantía de la pretensión, ese valor económico determinante de la cuantía no debe establecerse considerando la fecha en que se celebró y suscribió la escritura pública de compra venta, sino la fecha de interposición de la demanda, es decir, debe estimarse un cálculo aproximado de un valor actual, al momento de interposición de la demanda, y no de otro que se remonta al momento de celebración de un acto que, queda claro, no necesariamente correspondería a la realidad y solo atentaría la correcta determinación de la cuantía y, por tanto, a los contenidos fundamentales que están detrás de todo esto, particularmente, la garantía de probidad de la justicia.

Debe aclararse que aquí funciona con carácter sobremanera determinante la asignación de idoneidad, coherencia y diligencia del demandante en la fundamentación fáctica contenida en su demanda para alcanzar al juez una referencia sobre la determinación actual (al momento de interposición de la demanda) de la cuantía, es decir, la parte actora no debe dejar de indicar en la demanda la cuantificación dineraria de la pretensión sobre derechos reales que debe determinar el juzgador sin perder de vista la funcionalidad de la *perpetuatio iurisdictionis* (TOMMASEO, 2002: p. 54 y ss.; VERDE, 2002: p. 67 y ss.; PROTO PISANI, 2010: p. 267) que es traducción de la garantía de inmodificabilidad de la competencia, que activa la preclusión de toda injerencia del juez o de las partes para cambiar el valor de la cuantía, de manera tal que ni siquiera un cambio posterior en el objeto litigioso puede alterar la competencia fijada. Esa fijación de la competencia implica que el orden fáctico existente al momento de interponerse la demanda, y que es al que debe obedecer la estimación de la cuantía, no cambia durante el resto del devenir del proceso. Máxime que esto se refuerza con la prohibición de cambio de demanda (*mutatio libelli*), por la que fijado el objeto del proceso queda prohibida toda alteración posterior de la demanda, salvo los casos en que la ley flexibiliza esta garantía o su delimitación no abarca los espacios de la garantía (principio) de suplencia de queja deficiente, de escasa aplicación en el proceso civil, solo a razón del artículo 358 del CC, pero de intensa aplicación en los procesos constitucionales de la libertad.

De otro lado, que se haya establecido legalmente que la demanda y sus eventuales anexos serán objeto de estudio del juez para que determine la cuantía no significa que se haga espacio a la exigencia de documentos declaratorios o de cumplimiento de obligaciones tributarias de los que se desprendan significados económicos de los bienes inmuebles que, en muchos casos, obedecen a la aplicación de aranceles y, por tanto, son ajenos al correcto establecimiento de la cuantía, razón por la que la octava disposición final del CPC señala que iniciar o continuar procesos no exige acreditar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

3. INAPLICACIÓN DEL FACTOR CUANTÍA

El criterio o factor cuantía para determinar la competencia pierde peso cuando no existe la posibilidad de estimar un valor dinerario que dé cuenta de la importancia (económica) de la pretensión relativa a un derecho real sobre bien inmueble para efectos procesales en la determinación de la competencia. Si bien la ley se asegura que en este caso no se aplica el criterio de la cuantía debe entenderse que al optar por el juez civil como el competente expresa y legamente designado en este caso, no deja de enseñar que se opta por el juez de mayor cuantía, es decir, ¿en verdad se deja de aplicar el criterio de la cuantía? Quienes estimen que este criterio solo funciona por indicación de parte o del juez teniendo en cuenta el valor económico del inmueble, pierden de vista que la cuantía bien puede obedecer a una ficción legal en la que, ante la imposibilidad de estimación de un valor dinerario del bien objeto de la pretensión demandada se asume que este es de la máxima cantidad para efectos procesales que permitan establecer la competencia del juez que corresponde a esa cuantía, todo ello en aras de no relajar la garantía de probidad de la justicia, que es la que motiva la regulación legal de la cuantía. Entonces, no es tan cierto que la cuantía desaparece como criterio a aplicarse en el caso de inmueble que no facilite la determinación de un valor o cuantía.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

PROTO PISANI, Andrea (2010): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Nápoles: Jovene; TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I. Padua: Cedam; VERDE, Giovanni (2002): *Profili del processo civile*, vol. I, 6ª ed. Nápoles: Jovene.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tomo II. Buenos Aires: EJE; MORALES, Hernando (1973): *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 6ª ed. Bogotá: ABC; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

Artículo 13**Costas, costos y multa por exceso en la cuantía**

Si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia, el demandante pagará las costas, costos y una multa no menor de una ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 10 incs. 1 y 2, 12, 14, 412, 457.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

Esta disposición permite advertir su funcionalidad a partir del cuestionamiento de la competencia; es decir, del ejercicio del derecho de contradicción del demandado puesto en juego y, por tanto, con exclusión del obrar oficioso del juez en la determinación de la cuantía para efectos de la condena en costas y costos y la imposición de multa a que se enfrenta el demandante si pierde ante el referido cuestionamiento y si expone una conducta reñida con la buena fe procesal. Esto significa que se debe atender a la conjunción del pago de costas y costos con el de una multa. En este caso corresponde diferenciar el sentido y destino, por un lado, de las costas y costos procesales y, por otro, de la multa. A esto se debe añadir la, por decir lo menos, paradoja en que incurre esta disposición frente a la contenida en el artículo 10, inciso 1 del CPC.

2. EL EXCESO EN LA CUANTÍA

¿Cuál es el indicador para considerar un exceso en la determinación de la cuantía? En verdad no existe una respuesta que se pueda advertir del CPC ni de la discrecionalidad del juez. La delgada línea entre una estimación elevada y otra excesiva queda librada a la idea de lo lícito y lo razonable. Todo esto en el ámbito de la alteración de la circunstancialidad en provecho del interés propio y detrimento del ajeno. Así, una estimación excesiva es aquella que permite manipular la competencia en detrimento del contrario y en beneficio propio. En esto se constata una estrategia del actor inclinada al fraude que debe traducirse en los efectos que animan el repudio de la generación del gasto indebido y de la conducta indebida.

Ahora, la referencia a lo excesivo, que aparece del rubro de este numeral, es incompleta, pues solo supone el caso en que el demandante exagera para incrementar el monto de la cuantía, de modo tal que correspondiendo la competencia de un

juez determinado puede alcanzar a manipular la situación consiguiendo que su caso concreto llegue a ser de competencia de un juez de mayor grado. Siendo así, se pasa por alto el caso en que el demandante debiendo establecer la competencia de un juez determinado propicia que la competencia llegue a otro de menor grado por haber exagerado para decrecer el valor de la cuantía. En ambos casos se atenta la garantía del juez natural, sin embargo, solo el primero tiene repercusión en los mecanismos regulatorios del CPC. Queda claro que esto último es lo que se debería entender si se sigue el rubro bajo el cual se extiende la disposición normativa del artículo comentado, que dice "costas, costos y multa por "exceso" en la cuantía", pero ello queda en nada cuando se advierte que la disposición misma hace una expresa indicación de la "manifiesta alteración de la cuantía", sin repetir la palabra "exceso" que podría llevar a la acusación de falta de completez en la redacción de la disposición del artículo 14 del CPC, de la que, muy por el contrario, bien se puede entender que significa el exceso para incrementar o para decrecer la estimación de la cuantía.

3. COSTAS, COSTOS Y MULTAS EN EL CUESTIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR EXCESO EN LA CUANTÍA

Una de las diferencias entre el reembolso de los gastos (costas y costos) procesales y la imposición de multas es que el primero se justifica por la derrota en proceso y la segunda por la conducta de mala fe. Esto determina que los gastos procesales deben tener como destino final el beneficiar a la parte vencedora y, las multas, la configuración de ingresos propios del Judicial.

Los gastos procesales se entienden como un reembolso de las costas y costos del proceso configurado como obligación, es decir, en una vinculación entre las partes u horizontal, de modo que quien se beneficia con ellos es la parte vencedora y quien carga con ellos es la parte vencida, admitiéndose excepcionalmente la declaración motivada de exoneración del pago de costas y costos.

En cambio, las multas se entienden como sanciones pecuniarias orientadas a la hegemonía de la conducta procesal debida, esa que se solventa en los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. Esta es la razón por la que las multas obedecen a una vinculación de deber, es decir, entre el justiciable y el juzgador (carácter vertical).

4. LA BUENA FE PROCESAL Y LA MULTA EN EL CUESTIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR EXCESO EN LA CUANTÍA

El Derecho Procesal no es el único ámbito del Derecho Público en el que la buena fe cobra presencia; basta recordar que en el Derecho Romano las relaciones internacionales la cobijaron primero.

En el ámbito procesal, corresponde ubicar la buena fe en la estructura normativa del principio de acción, propiamente como contenido de su garantía del proceso justo. Consecuencia de ello es que se aborda la buena fe procesal en temas como la temeridad y malicia en el proceso (GOZAÍN, 2002), la valoración judicial de la conducta procesal (SCARSELLI, 2005: *passim*), el abuso del derecho (PICÓ I JUNOY, 2003: p. 91 y ss.) o el abuso del derecho en el proceso (MAURINO, 2001) —que corresponden vincularse al tratamiento de la mala fe procesal y no de la buena fe procesal—, es más, parece pacífico tratar sobre el “deber” de obrar de buena fe en un escenario que aloja nociones como el “deber de decir la verdad”, el “deber de plenitud” (que implica no callar lo que no es favorable y, curiosamente, implicaría aliviar la carga de la prueba de la parte contraria) (SCARSELLI, 1998: p. 114 y ss.), el “deber de colaboración”, en fin, figuras que no tienen sentido procesal en tanto generan indefensión y, por tanto, atentan al derecho a la defensa.

Nada hace divisar que el contexto conceptual de la buena fe cambie para la buena fe procesal, ni mucho menos que esta sea inexistente y que aquella tenga presencia en el Derecho inclusive, en una tradicional perspectiva, como principio general del Derecho. Esa aporía se deshace cuando se contempla el objeto del Derecho Procesal, que es la *interacción litigiosa eficaz*, como expresión jurídica sectorizada del objeto del Derecho en general, que es la *interacción humana eficaz*. Si en esta la buena fe es componente de eficacia, es obvio que en aquella lo sea de eficiencia.

La buena fe procesal es la garantía correlativa del derecho a la verdad como derecho a la eficiencia del reparto; si esto es así, la buena fe procesal es contenido de la garantía del debido proceso en la medida en que el Derecho a la eficiencia del reparto es expresión del principio de verdad en el Derecho, que no es sino contenido del principio de acción en el plano de su dimensión funcional.

La garantía de la buena fe procesal es el condicionamiento de la conducta litigiosa de las partes y funcional del juez a efectos, de obrar negativo y/o positivo, que de otra manera no podrían conseguirse. Los efectos condicionados por la buena fe están contenidos en ella, de manera que también son garantías, v. g., la garantía de la convalidación del acto nulo. En consecuencia, la prohibición de las actuaciones de mala fe procesal, o simplemente la “prohibición de la mala fe procesal”, es distinta a la buena fe, porque los efectos que esta genera no son los de aquella (v.g., la buena fe procesal no trae consigo preclusiones ni sanciones o multas por prohibición de conducta de mala fe). De modo que conductas sustentadas en la mentira, en la inutilización de alguna parte del expediente y similares, deben manejarse desde la perspectiva de la prohibición de la mala fe procesal y no desde la de los efectos de la buena fe procesal.

Si esto es así, no debiéndose confundir la buena fe procesal con la prohibición de la mala fe procesal, debe esclarecerse que los efectos sancionatorios de la conducta procesal (v. g., las multas que la norma procesal establece en caso de temeridad y malicia) no son consecuencia de la buena fe procesal sino de la prohibición de la mala fe procesal, que tiene un espectro distinto al de la *buena fe*, que abarca otros ámbitos que bien vistos son lineales con la falta de probidad, temeridad o malicia en el proceso, de ahí que, por ejemplo, sea núcleo de justificación de “algunas” preclusiones o multas, que cuando se advierten equivocadamente como consecuencias de la presencia de la buena fe procesal no hacen sino distorsionar todo lo referente a ella.

De manera que el principio de la buena fe procesal, ante la ausencia de buena fe procesal, no se traduce en una sanción a la mala fe procesal, porque los efectos de la buena fe incumplida en el proceso no son sanciones, sino la neutralización de los efectos a que esa buena fe estaba llamada a realizar. La sanción de la mala fe solo se puede entender como traducción del quebrantamiento de la prohibición de la mala fe.

De otro lado, he referido a “algunas” preclusiones porque evidentemente conjurar la mala fe no implica cercar el proceso de preclusiones vulnerando la libertad de la defensa del justiciable, como ocurre en el proceso civil peruano. Hay una delgada línea entre la prohibición de la mala fe y la desproporcionalidad de las medidas que ella implica. La intensa preclusividad de la ley procesal (de alegación, de prueba, de excepciones, etc.) es la muestra de una paradójica “presunción” del legislador sobre el obrar de mala fe del justiciable, de que este siempre es malicioso en el uso de sus armas procesales.

Si en medio de algo existe la conducta humana interaccionada, no cabe duda de que la buena fe estará condicionándola para que esa interacción sea jurídica o eficaz, es decir, que produzca efectos que solo de esa manera –a través de la buena fe– podría producirlos. De ahí que la óptica de la buena fe procesal no es la de conjurar la mala fe procesal, de ser así, esta justificaría la existencia de aquella y esa no es la explicación jurídica de la buena fe procesal, porque su entendimiento parte de su ubicación estructural en el principio de verdad, es decir, de su naturaleza de garantía, y como tal imposible de desechar. Ahora, el proceso no es sino el método de interacción litigiosa eficaz; es decir, es un orden secuenciado y sistémico que también canaliza conductas; si esto es así, acaso podría pensarse válidamente que el proceso es ajeno a la buena fe. Ello sería tan poco claro como sostener, en otra ruta, que en el proceso la conducta no puede ser maliciosa, temeraria o, claro está, de mala fe.

¿Por qué la interpretación y aplicación de la buena fe procesal no comprende su interacción con la mala fe? Evidentemente porque la mala fe no tiene respaldo

principal, no pertenece a esa esfera, de ahí que se regula su prohibición. La garantía de la buena fe procesal se aplica por ponderación, es decir, en un escenario en el que interacciona con otros contenidos principales fundamentales.

Si algo agrava el problema sobre la buena fe procesal, es que la confusión que padece con la mala fe procesal y su conjuración (prohibición de la mala fe procesal) nace de la obra del legislador, de modo que se asiste a manipulaciones legislativas en las que aparece, por ejemplo, la “presunción” de la mala fe (art. 395.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil española), el “deber” de la buena fe procesal (art. IV del Título Preliminar del CPC peruano), etc. Si el problema comienza por la ley, entonces, es fácil entender que su propagación en la jurisprudencia y doctrina es masiva; consecuentemente, donde se habla de buena fe procesal se entiende que esta se atenta por la mala fe procesal y las argumentaciones son en torno a conjurar la mala fe procesal devaluando la naturaleza principal de la buena fe procesal o, peor, los argumentos “ponderativos” de la buena fe procesal se dan con relación a la mala fe; entonces se descubren tantos casos de aplicación de la buena fe que ningún pequeño rincón del proceso es ajeno a ella, porque sencillamente se entiende que el principio de buena fe procesal es conducta regular en el proceso. Nada más lejano del significado principal de la buena fe procesal.

La sanción que implica la imposición de una multa es por la mala fe de quien manifiestamente ha alterado la cuantía incrementándola o recudiéndola de manera que le sea útil para indebidamente beneficiarse con una competencia que no es la que corresponde y que, por tanto, atenta un elenco de diversas garantías relativas a la competencia, v. gr., las del juez natural y de probidad en la justicia.

5. LA IMPOSIBILIDAD DE Oponerse a LA CUANTÍA EXPRESADA EN LA DEMANDA Y EL CUESTIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA POR EXCESO EN LA CUANTÍA

El artículo 10, inciso 1 del CPC señala que la competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo a lo expresado en la demanda sin admitir oposición al demandado, salvo la ley disponga lo contrario. Es decir, existe un impedimento normativo para formular oposición contra la estimación de la competencia por la cuantía indicada en la demanda. Si esto es así, cómo se entiende que el pago de costas y costos por el vencido en juicio y de una multa por quien actuó en proceso de mala fe exijan la declaración estimatoria de un cuestionamiento de la competencia.

En el supuesto de que el inconveniente anotado no fuese obstáculo para la funcionalidad de este artículo se considerará que cuando se declare fundada una excepción de incompetencia, con el fundamento de una manifiesta alteración de la

cuantía, la multa a imponerse será no menor de una ni mayor de cinco URP, sobreponiéndose a la disposición contenida en el artículo 457 del CPC, que señala que la condena al pago de una multa del trámite de las excepciones y defensas previas será no menor de tres ni mayor de cinco URP. Es decir, desde lo dispuesto por el artículo 14 del CPC se concede al juez un margen de discrecionalidad mucho más amplio que el señalado para la parte vencida en el caso de la regulación específica de las multas para el caso de las excepciones y defensas previas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo (2002): *Temeridad y malicia en el proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; MAURINO, Alberto Luis (2001): *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: La Ley; PICÓ I JUNOY, Joan (2003): *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch; SCARSELLI, Giuliano (1998): "Lealtà e probità degli atti processuali". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. III, N° 1.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, tomo II. Buenos Aires: EJE; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: Uteha; GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

Artículo 14**Demanda a persona natural**

Cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.

Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos.

Si el demandado carece de domicilio o este es desconocido, es competente el juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de este último.

Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país.

Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el juez civil.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 33, 35, 36, 38, 41; C.P.C. arts. 5 a 8, 14 a 17, 19, 24, 25, 26, 27, 34, 560; C. de P.P. art. 19; C.D.I.P. arts. 23, 26; L.P.T. art. 6; L.C. art. 13; L.G.S.C. arts. 6, 7.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

Este dispositivo está referido a la regulación del criterio o factor territorial para determinar la competencia. Este factor se edifica sobre la base de un escenario con varios jueces, distribuidos horizontalmente, o en el mismo nivel (MANDRIOLI, 2010: p. 232; LA CHINA, 2003: p. 77), en sedes que abarcan el territorio del Estado distribuido por circunscripciones judiciales, que cumplen una igual satisfacción de los factores de materia, cuantía y grado, pero que, entre ellos, uno es más idóneo por la eficiencia, máximo beneficio con el menor costo, que significa la vecindad de la sede o espacio territorial de la judicatura, en que se ubica el ejercicio de su función jurisdiccional, a la ubicación del justiciable o a la satisfacción de subfactores de la “competencia por el territorio”. De ahí que también se denomine competencia de fueros o foros.

2. EL TERRITORIO (RATIONE LOCI)

Cuando se habla de competencia relativa, en realidad, se trata de indicar la característica mayor del factor territorial que es su relatividad, porque sus consideraciones de eficiencia, economía y técnica determinan la competencia bajo subfactores (foros o fueros) que se identifican, en un caso, con sentido principal,

exclusivo y excluyente y, en otros, con sentidos concurrentes por elección o con carácter sucesivo, generando, de un lado, la producción de atribuciones en el justiciable que demanda, para elegir al juez de su conveniencia dentro de los cánones normativos, y, de otro, la generación de espacio a la aptitud del juez que no siendo llamado a conocer un caso lo es porque el directamente competente no aparece o falta.

Estos subfactores son circunstancias fácticas de ubicación de las partes, de los bienes o de las pruebas en distintos lugares, de manera que cada ubicación territorial posible a determinarse con relación a estos componentes del proceso, es legalmente considerada (sub)factor o causa de determinación de competencia, habiéndosele denominado en doctrina como “fuero” de competencia.

La ley se asegura de establecer la exclusividad o concurrencia de estos foros. La exclusividad se expresa en la exclusión que el juez competente genera en los demás jueces porque así lo establece la ley (foro o fuero exclusivo). En el caso de la concurrencia se considera la elección final del juez competente por consideraciones de los sujetos de la pretensión (fuero concurrente por elección) o, sin que haya espacio a esta elección de parte, porque falta el juez que debería ser competente y recae la competencia en otro a falta de aquel (foro concurrente sucesivo).

Entre los fueros (también llamados foros o subfactores de competencia territorial) dominantes en la legislación procesal se tienen los siguientes: personal (el juez competente es el que resulta vecino a la ubicación domiciliaria, de actividad económica, etc., de las partes), real (el juez competente es el más próximo a la ubicación del bien *–rei sitae–* que es objeto de debate en el proceso) e instrumental (el juez competente es el más próximo a un determinado medio de prueba, lo que significa la mayor posibilidad de su actuación).

3. EL FUERO PERSONAL (*FORUM PERSONAE*)

Indica que el juez competente es el del lugar donde se encuentran las partes, de manera que el acceso a la justicia con proximidad al justiciable solventa la razón natural del foro personal. Pero la idea de parte y de proximidad de la función jurisdiccional a ella se hace compleja cuando se suma a la de pluralidad subjetiva, entonces un escenario con varios demandantes situados en distintos lugares rompe la sencillez aplicativa de este subfactor, lo que se acentuará si entre las partes demandante y demandada las distancias escapan de la circunscripción territorial de la competencia de un juez, y, como si esto fuera poco, también está el caso en que una pluralidad de demandados muestre que estos tienen ubicaciones diferentes que ponen en compromiso la competencia de varios jueces.

Ante la posibilidad de elección de la competencia del juez por la ubicación de los justiciables, particularmente por el demandante que, de permitirle la ley optar por el juez vecino a su domicilio o lugar de ubicación, seguramente sería esa su elección, corresponde hacer dos consideraciones, una favorable y otra negativa.

La consideración favorable, atiende a un demandante que si decide promover un proceso ante el juez vecino a la ubicación domiciliaria, o por cualquier otra consideración que la ley permita, del demandado, menoscabará drásticamente la posibilidad de su defensa en juicio; siendo así, si la elección o preferencia normativa es a favor del juez del domicilio del demandado, por la indefensión que esto podría generar en el actor, se estima conveniente dejar, desde la disposición legal procesal, no la obligatoriedad de acudir al juez del domicilio del demandante, sino la facultad de que este opte por ello.

La consideración negativa, se da en atención a que esa facultad concedida al demandante podría prestarse para situaciones fraudulentas o de indefensión en perjuicio del demandado, por lo que resulta lógica la inclinación del ordenamiento por la regla del *forum rei*, que determina la elección de la competencia territorial a favor del juez del domicilio del demandado.

En suma la diferenciación a la que debe atender el legislador procesal es la que establece la posibilidad de generación de indefensión en uno u otro caso, es decir, con relación al demandante o al demandado. La aplicación de estas consideraciones en nuestra legislación está expuesta, en relación con la primera, por los artículos 14-17 y 27 del CPC, y, en relación con la segunda, el artículo 560 del CPC.

Soy de la opinión de que el fuero personal no debe considerar las situaciones en las que se permite optar al demandante bien por el juez del domicilio del demandado o bien por el de su domicilio, porque este caso es, a todas luces, correspondiente a otro factor de determinación de la competencia: el factor de la ley facultativa.

4. EL FUERO REAL (*FORUM REI SITAE*)

Este foro tiene razón de ser en la necesidad probatoria (PALACIO, 2003: p. 196) de inspeccionar el bien inmueble objeto de la pretensión. Cuando este bien es mueble, el subfactor de competencia territorial a aplicarse es el personal con carácter general.

Tanto en el fuero personal como en el real las reglas a favor de la ubicación de las partes o del bien inmueble (GOLDSCHMIDT, 1936: p. 178) son aplicables con carácter general o común, pues son funcionales siempre que la ley no establezca los fueros o foros específicos (necesarios o exclusivos) de competencia que res-ten espacio a los referidos fueros comunes.

5. EL FUERO CAUSAL

Asume la determinación de la competencia por el territorio atendiendo a la sede en que se produjo el hecho (*quaestio facti*) que nutre la *causa petendi* de la pretensión, no contempla la ubicación del bien, si este fuera inmueble (*rei sitae*), tampoco el lugar del domicilio de los sujetos de la pretensión. Si el subfactor del fuero real tiene obediencia a pretensiones iusreales, el fuero causal lo tiene con relación a pretensiones obligacionales en un doble plano: el del lugar donde se contrajo la obligación (*forum obligationis*) o sus causas y el lugar donde la obligación debía cumplirse (*forum executionis*).

6. EL FUERO INSTRUMENTAL

Atiende a diversos hechos, v. gr., la muerte, la celebración de un contrato en el que se indica el lugar del cumplimiento de la prestación (*forum solutionis*), etc., que dan cuenta de un lugar del que lógicamente sería difícil apartar el material probatorio de la pretensión del caso concreto, v.gr., reivindicación de herencia, cumplimiento de obligación contractual (*forum destinatae solutionis*), etc.

7. PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

El factor territorio genera en la competencia una situación excepcional de su improrrogabilidad, es decir, la competencia por territorio, propiamente cuando el objeto debatido tiene naturaleza patrimonial, puede ser pasible de prórroga, más aun si se considera que se presenta una condicionalidad orgánica jurisdiccional que expone varios jueces competentes para un mismo asunto (foro o fuero concurrente), pero esa pluralidad de órganos jurisdiccionales se visualiza en un orden territorial, lo que no deja otra alternativa que dejar en la elección del justiciable cuál es el de su mayor conveniencia y con ello se pone en claro la relatividad de la competencia por el territorio (GOLDSCHMIDT, 1936: p. 183).

La competencia territorial, que es relativa, permite dos clases de prórroga: una convencional y otra tácita. La prórroga convencional de la competencia territorial, regulada por el artículo 25 del CPC es la que se origina en un acuerdo escrito y específico de partes para someterse, en caso de conflicto, a la función jurisdiccional de un juez designado por ellos en tanto la ley lo permita que siempre será diferente al juez natural o preestablecido por ley, excepto cuando la ley declare expresamente la improrrogabilidad de la competencia por territorio según ciertas circunstancias, como es el caso del artículo 19 del CPC, que declara improrrogable la competencia territorial en materia sucesoria, porque en estos casos, dice la ley, será competente el juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país. La prórroga tácita, regulada por el artículo 26 del CPC, es la que se

produce tanto para el demandante como para el demandado sin que exista acuerdo previo al proceso entre ellos. Se entiende que hay un acuerdo por ficción y se evalúa en forma separada con relación a cada parte. Si el demandante que se dirige o interpone su demanda a un juez que no es el natural, y ello está permitido por ley, se entiende prorrogada la competencia para el demandante, y, si el demandado comparece al proceso y no formula ninguna expresión de cuestionamiento de la competencia dentro de los plazos respectivos se entenderá que ha operado la prórroga de la competencia territorial para el demandado.

8. PRIMACÍA ENTRE LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

Los factores o criterios de determinación de la competencia, en determinadas circunstancias, colisionan. De manera que debe establecerse un orden (QUINTERO y PRIETO, 2000: p. 214) de prioridades entre ellos. Esta idea expone el orden de factores prioritario siguiente: funcional por el grado, funcional por el turno, subjetivo, objetivo por la materia (COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1995: p. 133), objetivo por la cuantía, territorial. Aclarando que para permanecer en esta jerarquía el factor subjetivo no deben ser sobre un asunto exclusivamente patrimonial y el factor territorial no debe ser prorrogable, de forma que la prorrogabilidad y reducción del asunto a un orden exclusivamente patrimonial podría alterar la jerarquía aludida enviando el factor subjetivo a una posición más baja y el factor territorial a una más elevada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele (1995): *Lezioni sul processo civile*, vol. I. Bolonia: Il Mulino; GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; MANDRIOLI, Crisanto (2010): *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Turín: Giappichelli; LA CHINA, Sergio (2003): *Manuale di Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan (1976): *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos; MORÓN PALOMINO, Manuel (1993): "La acción". En: *Derecho Procesal Civil (cuestiones fundamentales)*. Madrid: Marcial Pons; ORTELLS RAMOS, Manuel (2003): *Derecho Procesal - Introducción*. Valencia: Punto y Coma; RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1969): *Teoría de la acción*. Bogotá: Temis; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, tomo I. Buenos Aires: EJEA; ROCCO, Ugo (1969): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

Artículo 15

Acumulación subjetiva pasiva

Siendo dos o más los demandados, es competente el juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 33; C.P.C. arts. 14, 17, 18, 29, 83.

Roberto González Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de competencia relativa, en realidad, se trata de indicar la característica mayor del factor territorial que es su relatividad, porque sus consideraciones de eficiencia, economía y técnica determinan la competencia bajo subfactores (foros o fueros) que se identifican, en un caso, con sentido principal, exclusivo y excluyente y, en otros, con sentidos concurrentes por elección o con carácter sucesivo, generando, de un lado, la producción de atribuciones en el justiciable que demanda, para elegir al juez de su conveniencia dentro de los cánones normativos, y, de otro, la generación de espacio a la aptitud del juez que no siendo llamado a conocer un caso lo es porque el directamente competente no aparece o falta.

Estos subfactores son circunstancias fácticas de ubicación de las partes, de los bienes o de las pruebas en distintos lugares, de manera que cada ubicación territorial posible a determinarse con relación a estos componentes del proceso, es legalmente considerada (sub)factor o causa de determinación de competencia, habiéndosele denominado en doctrina como “fuero” de competencia. El artículo comentado se refiere al fuero o foro concurrente.

2. EL FORO O FUERO CONCURRENTE

La ley se asegura de establecer la exclusividad o concurrencia de estos foros. La exclusividad se expresa en la exclusión que el juez competente genera en los demás jueces porque así lo establece la ley (foro o fuero exclusivo). En el caso de la concurrencia se considera la elección final del juez competente por consideraciones de los sujetos de la pretensión (fuero concurrente por elección) o, sin que haya espacio a esta elección de parte, porque falta el juez que debería ser competente y recae la competencia en otro a falta de aquel (foro concurrente sucesivo).

3. PREVENCIÓN Y COMPETENCIA TERRITORIAL POR EL FORO CONCURRENTE

La prevención no es un criterio o factor de determinación de la competencia (CARNEIRO, 2010: p. 117), sino el establecimiento de un orden prioritario de ejercicio de la función jurisdiccional por la oportunidad, anticipada a la de cualquier otro oficio por un emplazamiento válido, en que se asume conocimiento del caso concreto.

Por la prevención de la competencia se atienden a dos particularidades. La primera, básicamente fáctica, la existencia de dos o más órganos jurisdiccionales cabales cumplidores de los factores para configurar la competencia que permita asumir función jurisdiccional, en un caso concreto, a todos ellos. La segunda, básicamente jurídica, la imposibilidad de que en un caso concreto existan dos o más jueces competentes ejerciendo sus funciones de jurisdicción. Aquí, la utilidad de la prevención permite que, entre los muchos jueces competentes para el caso concreto, sola y exclusivamente resulte titular de la competencia, para ejercer su función jurisdiccional en el aludido caso concreto, el que lo conoció primero. Ergo, los demás jueces quedan excluidos o apartados del caso por incompetencia. En el CPC, el artículo 29 se asegura de establecer que en caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNEIRO, Athos Gusmão (2010): *Jurisdição e competência*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor; PALACIO, Lino Enrique (2003): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En los casos en que la demanda contiene una acumulación subjetiva pasiva la competencia territorial se determina por el juez del domicilio de cualquiera de los sujetos procesales demandados, a tenor de lo dispuesto por el artículo 15 del CPC, por lo que, la competencia para el conocimiento de este proceso corresponde al Juez de Lima ante quien se ha iniciado, ya que el demandado tiene su domicilio real en esta provincia, debiéndose desestimar la excepción de incompetencia que ha deducido la otra entidad demandada, quien tiene su domicilio en la ciudad de Huaraz (*Exp. N° 2480-2001*).

Artículo 16

Acumulación subjetiva de pretensiones

Cuando por razón de conexión se demanden varias pretensiones contra varios demandados, será competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 33; C.P.C. arts. 10, 14, 15, 84, 86.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

1. INTRODUCCIÓN

Jurisdicción y competencia se distinguen no cualitativa sino cuantitativamente, de modo que la jurisdicción es el poder que compete a todos los magistrados considerados en conjunto, mientras que la competencia será la jurisdicción que en concreto corresponde al magistrado en singular (ROCCO, 1983: p. 41). Así, la competencia puede entenderse, de modo general, como la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado (ALSINA, 1957: p. 512).

La ley reglamenta la competencia dividiéndola primero **territorialmente**, ello porque un solo juez no podría hacerse cargo de todas las causas en un mismo territorio, cuando este es muy extenso. La parcelación, entonces, obedece a un criterio pragmático, y hasta de necesidad.

Luego se divide la competencia según la naturaleza del litigio de modo que la competencia se entenderá también por la **materia**, pues por la especialización que se espera de un juez para resolver los casos, no es dable que un mismo magistrado atienda, a la vez, causas civiles, comerciales, penales, administrativas, constitucionales, etc., pues la calidad en la tramitación y en la solución de los casos iría perdiendo nivel y seguridad. Por ello se dice que podrá haber jueces con la misma competencia territorial pero con distinta competencia por razón de la materia (ALSINA, 1957: p. 510).

Además la competencia se la suele conceder por razón de la **cuantía**, de tal modo que los pequeños litigios no pueden ser tratados como se tratan a las causas complejas y de envergadura, lo que desemboca en que las primeras las vean jueces inferiores, y las segundas las evalúen los magistrados especializados o superiores. Aquí los jueces tienen la misma competencia por territorio y materia, pero diferirán en la cuantía (ALSINA, 1957: p. 511); ante lo cual hay que resaltar que la determinación de esta cuantía, doctrinalmente, puede obedecer a tres criterios: la declaración que hace el actor en la demanda, la apreciación que se reserva al

juez acerca del valor de la causa, o las presunciones establecidas por ley (ROCCO, 1983: p. 53; *cf.* artículo 10 del CPC).

Conectado a lo anterior, se define también la competencia por el **grado** de los magistrados, de tal modo que a los jueces de menor jerarquía se les encarga las causas menores, mientras que a los de mayor rango se les encomienda las causas más complejas, además de la revisión de lo resuelto por los inferiores.

También existe la división de la competencia por razón de **turno**, que es un criterio para fijar la competencia de juzgados y salas de igual jerarquía y que tienen la misma competencia por razón de la materia, territorio y cuantía; división que obedece a la distribución equitativa del trabajo entre ellos, de tal manera que a un juzgador se le fija determinado ámbito temporal para la recepción de causas nuevas (ALSINA, 1957: p. 511), motivo por el cual a este tipo de competencia se la conoce como interna, porque opera al interior de una sede jurisdiccional, en contraposición a la externa, que acontece entre distintas sedes jurisdiccionales (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 107).

Por último, la competencia también se puede determinar por razón de **conexión** con otros procesos. En este tipo de competencia se toma en consideración la conexidad que existe entre las pretensiones procesales, donde está de por medio la economía procesal y la unidad de criterio. Al respecto, propiamente la conexión no es un factor de competencia ni un criterio para determinarla, sino una razón para modificarla o extenderla a casos para los cuales no la tiene el juez, individual o separadamente. Gracias a ella un juez que no es competente para una causa o para algunas de las pretensiones formuladas en una demanda, o en excepciones o reconvencciones presentadas en el mismo proceso, puede conocer de ellas, en virtud de su acumulación a otras que sí le corresponden. Esta conexión no puede modificar la competencia cuando la ley la ha asignado con el carácter de privativa o improrrogable, ni cuando las diversas pretensiones o los varios procesos no son acumulables (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 121).

Reiteramos, entonces, la conexión, en puridad, no es un criterio de competencia, sino un vínculo que media entre varios pleitos que aconseja la unión en su tratamiento, por temas de ahorro y economía, además de la evitación de emisión de fallos contradictorios. Y justamente porque la conexión de los pleitos puede influir en la competencia del juez, es evidente que esta influencia no puede ponerse de manifiesto de oficio por el magistrado, sino que es menester hacerla valer a pedido de parte (CHIOVENDA, 1922: pp. 600-601 y 604).

El artículo que nos convoca precisamente recae en un supuesto de determinación de la competencia por conexión, pero también labora sobre terreno de la acumulación; lo cual implica agregar que la competencia puede alterarse por la figura procesal de la acumulación.

En efecto, la acumulación constituye, en ciertos casos, una excepción a las reglas de competencia, ya que en virtud de ella puede un juez conocer de litigios en los cuales sería incompetente si las acciones se dedujeran separadamente (ALSINA, 1957: p. 658).

Por lo mostrado, el artículo en estudio es un típico caso de supuesto de hecho complejo. Es decir, sabiendo que la estructura clásica de la norma jurídica vincula imputativamente al supuesto de hecho con la consecuencia jurídica, el supuesto de hecho complejo se presentará cuando se refiere a diversos aspectos factuales a cumplirse simultánea o progresivamente; por lo que, a fin de cuentas, no es un supuesto simple porque exige la confluencia de más de un hecho.

En el caso en estudio, entonces, se puede ver que el supuesto de hecho exige a la vez: la pluralidad de pretensiones en un proceso, la conexidad entre tales pretensiones y, finalmente, la pluralidad de demandados; para, por último, establecer como consecuencia que el juez competente para conocer tales casos es el juez del domicilio de cualquiera de los demandados.

2. LA PLURALIDAD DE PRETENSIONES

El supuesto de hecho normativo del artículo 16 del CPC, exige que en una misma causa se ventilen cuando menos dos pretensiones distintas, sin interesar –al menos preliminarmente– el modo en que estén acumuladas. Bastará, entonces, con que se demande cuando menos dos pretensiones distintas, con lo cual se dice que pueden ser más.

Este primer requisito es esencial para poder, luego vincular, imputativamente, la consecuencia consistente en que el juez competente será el del domicilio de cualquiera de los demandados. En este caso, es decir, si no se cumpliera con este primer requisito, estaríamos más exactamente ante el supuesto, por el cual la demanda contiene una sola pretensión la cual ha sido dirigida contra una pluralidad de demandados, hipotético que ha sido previsto, en estricto, por el artículo 15 del CPC, si bien genera la misma consecuencia jurídica, toda vez que precisa que siendo dos o más los demandados, es competente el juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos.

3. LA CONEXIDAD DE LAS PRETENSIONES

Para que acontezca la consecuencia prevista por el artículo 16 del CPC, no basta con que se demande más de una pretensión, sino que el supuesto fáctico de la norma exige que entre todas las pretensiones haya un vínculo de conexidad, es

decir, el motivo por el que se acumulan las pretensiones en un solo proceso debe ser la conexión entre ellas.

Al respecto, es necesario mostrar que para el artículo 84 de nuestro Código, habrá conexidad cuando se presenten elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.

4. LA PLURALIDAD DE DEMANDADOS

Por último, el supuesto normativo del artículo 16 del CPC exige que las pretensiones acumuladas por motivo de conexión deban plantearse contra una pluralidad de demandados. Entendemos, entonces, por varios demandados, cuando hay por lo menos dos de ellos.

Queda claro que dentro de esta pluralidad no solo incorporamos a sujetos individuales sino que la pluralidad puede comprender a cualquier sujeto de derecho, incluyendo a personas jurídicas, organizaciones no inscritas, convivencias, matrimonios, el Estado mismo, etc. Este último aspecto será el determinante para la consecuencia jurídica, es decir, para señalar las pautas de la competencia jurisdiccional.

5. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA COMO CONSECUENCIA JURÍDICA

El artículo, luego de precisar su supuesto de hecho consistente en que la demanda debe contener más de una pretensión acumuladas por razón de conexión, y, además, exigir que los demandados sean más de uno, prescribe que la competencia corresponderá al juez del domicilio de cualquiera de ellos.

Esta disposición aparentemente clara encuentra su más compleja aplicación propiamente en la consecuencia jurídica, es decir, en la determinación del juez del domicilio.

6. ¿Y QUÉ ES EL DOMICILIO?

Aprovecharemos este espacio para mostrar que la noción de domicilio no se la tiene del todo clara, lo cual podría ser entendible entre sujetos comunes, pero no entre magistrados de alto nivel, peor cuando se trata de miembros del Tribunal Constitucional.

En la STC Exp. N° 02389-2009-PA/TC los magistrados constitucionales ingresaron a revisar el tema del domicilio de la persona jurídica, a propósito del asunto de la inviolabilidad de domicilio.

Allí, entre tantas cosas, se dijo que el domicilio constituye un ámbito de privacidad dentro del espacio limitado que la propia persona elige para él y su familia, y que se caracteriza por ser inmune a la injerencia, invasiones o ataques de otros privados o de alguna autoridad pública.

Se dice en el fundamento jurídico 8 que el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio es fundamentalmente negativo, es decir, garantiza la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, y de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona privada o pública.

Indudablemente, el domicilio es un derecho de la persona, y tiene como fin determinar su ubicación en el espacio a efectos de ejercitar derechos o de cumplir deberes (ESPINOZA ESPINOZA, 2003: p. 239). Y en el caso de la persona jurídica el domicilio cobra especial importancia práctica ya que se constituye en el centro de la vida social, lo que determinará, en muchos casos, la competencia y jurisdicción de los tribunales, y hasta su propia nacionalidad (DE CASTRO Y BRAVO, 1991: p. 288).

6.1. ¿Domicilio constitucional?

Lo llamativo de la mencionada sentencia es que incorpora la noción de *domicilio constitucional* (exactamente en los fundamentos jurídicos 15 y 18), desnaturalizando exabruptamente el correcto significado del domicilio.

En efecto, extrañamente, en el fundamento jurídico 11 se asevera que la expresión *domicilio* tiene más amplitud en la Constitución que en la legislación civil, pues protege, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental; así como todos aquellos espacios cerrados en donde las personas desarrollan su intimidad y personalidad separada de los terceros y sin su presencia.

Se agrega que la noción constitucional de domicilio no puede equipararse al concepto tradicional que utiliza el Derecho Privado, en el que se le concibe como punto de localización o centro de imputación de derechos y obligaciones. La noción constitucional de domicilio protege cualquier ámbito en el que la persona pueda desarrollar su vida privada, en su doble faceta de lugar en el que pueda desarrollar libremente cierta actividad y del que se excluye la entrada y el conocimiento ajeno.

En este punto, nos parece que los magistrados cometen un grueso desliz al partir de la definición de domicilio en sede civil como la propuesta. Al respecto, se ha dicho que al proteger el domicilio indirectamente se protege la vida privada de las personas. Pero como la vida privada ha cobrado mayor desarrollo jurídico autónomo, el domicilio es considerado como uno de los recintos donde el ser humano desarrolla su vida íntima, pero que no es el único, pues la vida privada rebasa las paredes de la residencia o domicilio general (ESPINOZA ESPINOZA, 2006: p. 573).

Evidentemente, el domicilio es concebido de distinto modo a como se indica en esta discutible decisión. En una palabra, la noción de domicilio con la que laboran los magistrados constitucionales no es propiamente la del derecho civil, sino más bien se trata de una concepción común o vulgar que está al alcance de cualquier lego.

Verdaderamente, el domicilio en sede civil es entendido como el lugar de la residencia habitual de las personas naturales, entendiéndose por habitualidad no solamente un aspecto objetivo de permanencia, sino, y sobre todo, un elemento subjetivo como es el *animus manendi* (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 1998: p. 273). Ello es corroborado por Albaladejo (1996: p. 329) quien nos habla de *corpus* (la residencia propiamente dicha) y *animus* (requerido por el calificativo habitual, aunque es mejor hablar de presumible para el futuro próximo o de intención de permanencia) como elementos del domicilio. En este punto, es de anotar que para Fernández Sessarego (2004: p. 128) la redacción del artículo 33 del Código Civil peruano responde a la decisión de suprimir el elemento subjetivo para la constitución del domicilio de la persona (cf. DE RUGGIERO, 1915: p. 395).

El domicilio, en un sentido civil genuino es el lugar que la ley considera como centro o sede jurídica de la persona (ALBALADEJO, 1996: p. 326). Por tanto, en la esfera civil se entiende por domicilio, no tanto una dirección preestablecida, sino un lugar amplio, por eso es que se habla de espacio donde se desarrollan las actividades cotidianas. Por ello, ya Planiol y Ripert (1927: p. 137) hablaban de la dificultad de yuxtaposición de la vivienda ordinaria y la de principal centro de negocios para aludir al domicilio.

Para cristalizar este punto, los españoles Díez-Picazo y Gullón (1998: pp. 275-276) utilizan la voz *pueblo* para referirse al domicilio, por lo que se puede afirmar que domicilio es el lugar entendido como la localidad o ciudad donde uno desarrolla sus actividades cotidianas. Y para afianzar lo dicho, por ejemplo, se asevera que el domicilio de las compañías civiles y mercantiles será el pueblo que como tal esté señalado en la escritura o estatuto respectivo.

Por consiguiente, la noción de domicilio en sede civil no solamente alude a una casa o inmueble específico, sino que hace referencia a toda una localidad donde el individuo o el sujeto de derecho despliegan sus actividades (cfr. PLANIOL Y RIPERT, 1927: p. 138). Ergo, yerra el Tribunal Constitucional al afirmar, apresuradamente, que la noción de domicilio en Derecho Civil es más reducida que la constitucional.

6.2. No es lo mismo domicilio que dirección domiciliaria

Partiendo de lo anterior, en la sentencia comentada se afirma que el domicilio y la vida privada y familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el

domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar, con lo cual parece referirse, no tanto al domicilio, sino más bien a la dirección domiciliaria (sea esta permanente o transitoria), o quizás a la residencia en sentido estricto.

Lo dicho supone corroborarse cuando en el fundamento jurídico 10 se adiciona que el término domicilio comprende aquel espacio específico elegido por el ocupante para que pueda desarrollar libremente su vida privada o familiar, es decir, es un espacio de intimidad del que él, y solo él, dispone. Y es que, según el Colegiado, el rasgo esencial que define el domicilio en sentido constitucional reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual.

En ese mismo derrotero, la vocalía añade que el objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio es proteger un espacio físico inmune a la penetración de cualquiera sin el consentimiento de su titular, por ser un espacio privado donde se ejerce libertad íntima, así como privacidad.

Ante ello, es oportuno aclarar que, en sentido estricto, no es lo mismo domicilio que dirección domiciliaria. Dirección domiciliaria será la ubicación exacta y precisa de una residencia, vivienda o inmueble en particular, entre tanto, domicilio es el espacio físico donde se despliegan las actividades cotidianas, de modo tal que el domicilio es mucho más amplio que la simple dirección domiciliaria, puesto que la contiene.

Para clarificar este desconcierto, Albaladejo (1996: p. 326) nos proporciona algunos aportes al respecto. Para él, bastará entender como domicilio o sede jurídica de la persona un lugar más o menos amplio. No obstante que se suele hablar de domicilio para indicar unas veces la vivienda que se ocupa, y otras, la población o distrito, o región o país. Sin embargo, lo más frecuente es la utilización de la voz domicilio para aludir al poblado donde se radica.

En esa línea, el domicilio no es otra cosa que un dato técnico determinado por ley y no debe de ser confundido con el de casa-habitación, ni mucho menos con el de dirección (ESPINOZA ESPINOZA, 2003: p. 241). O, como diría Coviello (1949: p. 194), el domicilio no es más que una relación legal. Aun así, la dirección puede *elásticamente* entenderse como el domicilio, desde que estaría, de una u otra manera, comprendido en él (*cf.* ESPINOZA ESPINOZA, 2003: p. 241), con mayor razón si se trata de personas jurídicas (*cf.* PLANIOL Y RIPERT, 1927: p. 143).

Fernández Sessarego (2004: p. 128) ofrece una distinción entre domicilio (espacio determinado *ex lege*), residencia (lugar donde normalmente vive la persona con su familia), y habitación o morada (lugar donde accidentalmente se encuentra una persona). Por consiguiente, no es dable confundir domicilio con otras figuras,

aunque es un tanto factible –aunque no apropiado– utilizar dicho vocablo para referirse a la dirección domiciliaria.

Con lo anotado, sobre todo al último, en sede procesal se dice que cuando estamos dentro del criterio territorial es preferible determinar que la competencia corresponde conocerla al juez del lugar donde el demandado tiene su domicilio, residencia, habitación o morada (CHIOVENDA, 1922: pp. 662-663) y ello porque, la regla general que domina la competencia territorial, es que el demandado sea normalmente citado ante el juez ante el cual le resulte menos incómodo presentarse (ROCCO, 1983: p. 75). Por lo que, en resumen, el domicilio se puede determinar por la residencia; pero la falta de ambos (de residencia y, por ende, de domicilio) se suplirá con la habitación del demandado; es decir, cuando existiendo domicilio del demandado, y este no fuera conocido del actor, se podrá escoger la habitación de aquel, o sea, el lugar en donde se halla radicado sin ánimo de permanecer en él, no de manera habitual (cfr. DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 115).

7. LA REAL CONSECUENCIA JURÍDICA

Con todo lo anotado, tenemos que cuando son varios los demandados que viven en domicilios distintos (o sea en ciudades, pueblos, centros poblados o zonas distintas), queda la elección al demandante para escoger cuál juez será el que conocerá la causa (todo ello sin perjuicio de que en sede procesal sea preferible hablar, además de domicilio, de residencia o habitación).

Por ello, en estricto, el ejemplo propuesto por la profesora Marianella Ledesma (2008: p. 124) nos parece acertado: ante una demanda de pago de deuda, tanto al obligado principal cuyo domicilio se ubica en Chiclayo como al garante que reside en Trujillo, frente a dichas pretensiones, es tan competente el juez de Chiclayo como el de Trujillo, para conocer el pago reclamado.

Por último, bastará indicar que si el demandante puede elegir entre varios jueces para la presentación de su demanda, estamos ante lo que en doctrina se conoce técnicamente como un supuesto de juez concurrente por elección (vide CHIOVENDA, 1922: p. 659; LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 124).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1996): *Derecho Civil - Introducción y parte general - Introducción y derecho de la persona*. 14ª ed. vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor S.A.; ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*. 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COVIELLO, Nicolás (1949): *Doctrina general*

del Derecho Civil, 4ª ed. italiana. Traducido por Felipe de J. Tena. México D. F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana; DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991): *La persona jurídica*, 2ª ed., 1ª reimpresión. Madrid: Editorial Civitas; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil - Introducción y parte general - Derecho de las personas, derechos reales y posesión*. Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. I. Madrid: Instituto Editorial Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN (1998): *Sistema de Derecho Civil - Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. persona jurídica*, 9ª ed., vol. I. Madrid: Editorial Tecnos; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003): "Constitución del domicilio". En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Derecho de las personas*, 5ª ed. Lima: Editorial Rodhas; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2004): *Derecho de las personas - Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*, 9ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT (1927): *Tratado práctico de Derecho Civil francés - Las personas - Estado y capacidad*. Traducido por Mario Díaz Cruz y René Savatier, vol. I. La Habana: Editorial Cultural S.A.; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En los casos en que la demanda contiene una acumulación subjetiva pasiva la competencia territorial se determina por el juez del domicilio de cualquiera de los sujetos procesales demandados, a tenor de lo dispuesto por el artículo 15 del CPC, por lo que, la competencia para el conocimiento de este proceso corresponde al Juez de Lima ante quien se ha iniciado, ya que el demandado tiene su domicilio real en esta provincia, debiéndose desestimar la excepción de incompetencia que ha deducido la otra entidad demandada, quien tiene su domicilio en la ciudad de Huaraz (*Exp. N° 2480-2001*).

Artículo 17**Demanda a persona jurídica**

Si se demanda a una persona jurídica, es competente el juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario.

En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 33, 35, 76 y ss.; C.P.C. arts. 8, 14, 16, 18; L.G.S. arts. 5, 117, 137, 139, 143, 403.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

La regulación normativa de las personas jurídicas o agrupaciones colectivas se encuentra plasmada en el CC a partir del artículo 76, aclarando que ello también puede obrar en otras leyes especiales, como sucede, por ejemplo, con la Ley General de Sociedades o la Ley General de Cooperativas.

Sabido es que una agrupación colectiva, conocida entre nosotros como persona jurídica o moral (cfr. DE CASTRO Y BRAVO, 1991: p. 266 y ss.), es un sujeto de derecho, cuyo reconocimiento se debe al ordenamiento jurídico antes que al mero arbitrio del hombre (GARCÍA MÁYNEZ, 2008: p. 294), y por tanto se le puede imputar deberes y derechos de índole jurídica. Y por la misma razón, puede formar parte de una relación jurídico-material; y al poder ser uno de los polos de una relación jurídico-sustantiva, es totalmente viable que pase a formar parte de una relación jurídico-procesal.

En el artículo 17 del CPC, se habla de la persona jurídica ubicada en el lado pasivo de una relación jurídico-procesal, es decir, como demandada.

Este artículo abarca dos supuestos distintos, en el primero entendemos a la persona jurídica que solamente cuenta con una sede principal, mientras que en el segundo supuesto entendemos a la persona jurídica que cuenta con sucursales o agencias en domicilios distintos.

Para iniciar este breve recorrido, debemos tener presente (además de lo vertido en el comentario anterior en cuanto al domicilio) que, en general, cuando hablamos de personas jurídicas el fuero ordinario (o sea la competencia general) lo constituye el lugar donde se encuentra la sede o alguno de sus establecimientos (CHIOVENDA, 1922: p. 664; ROCCO, 1983: p. 77), siendo que el sustento de ello radica en que la competencia por razón de territorio la determina la relación en que se halla o el sujeto o determinada cosa, respecto a la distribución de la jurisdicción sobre el territorio del Estado (ROCCO, 1983: p. 75).

2. LA COMPETENCIA POR EL DOMICILIO DE LA PERSONA JURÍDICA

El domicilio de una persona jurídica se suele fijar primero por las disposiciones que la rigen (en esencia por su estatuto o reglas fundacionales), en su defecto se fija por el lugar en el que se halle establecida la representación legal de la persona (o sea, la junta o directorio que la rige), y, finalmente, a falta de determinación de un domicilio en las reglas que la gobiernen, y careciendo de sede fija la representación legal de la persona, el domicilio será el lugar donde se ejerzan sus principales funciones (ALBALADEJO, 1996: pp. 427-428). Nuestro CPC se acoge a la sede principal.

En materia territorial es precepto general que la demanda corresponde conocerla al juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado (CHIOVENDA, 1922: pp. 662-663; DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 114), así lo recoge meridianamente el artículo 14 de nuestro CPC, aunque para efectos de la persona individual. Siguiendo la misma senda, el artículo 17 es claro en precisar que si la persona jurídica es la demandada, la competencia corresponderá al juez donde dicho ente tiene ubicada su sede principal.

Como habíamos anticipado, entendemos que este supuesto parte de concebir a la persona jurídica como un sujeto jurídico que cuenta con un solo establecimiento. Pensar lo contrario desnaturalizaría el segundo supuesto previsto en el segundo párrafo del mismo artículo.

Es entendible, entonces, que como la persona jurídica va a desplegar sus acciones a lo largo de un espacio, su sede se ubique en dicha localidad, por tanto, el juez competente será aquel donde se ubique la sede principal, incluso cuando las actividades desplegadas escapen del ámbito espacial de dicha ubicación. Sirve en este rubro como correlato el artículo 33 del CC que prescribe –si bien para las personas individuales– que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.

En esta parte, entonces, la norma recoge un criterio de vecindad para justificar la competencia en atención a las personas o cosas que sirven al juez para ese ejercicio porque se dice que permite crecer el rendimiento y decrecer los costos de la distancia (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 125).

En fin, entendemos que la ley alude a que esta sede principal esté ubicada dentro del territorio peruano, porque en caso contrario, la competencia no correspondería propiamente a los jueces del Perú.

Este primer supuesto, contenido en el primer párrafo del artículo en estudio, termina diciendo que este razonamiento no tendrá cabida cuando exista una disposición legal en contrario, lo cual se entiende porque la ley presume que las personas jurídicas residen de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y deberes en el lugar que consta en los estatutos aprobados por la autoridad que le reconoció personería jurídica (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 126), como se indicó al inicio de este acápite.

3. LA PLURALIDAD DE DOMICILIOS DE LA PERSONA JURÍDICA

La segunda parte del artículo habla del supuesto en que la persona jurídica cuente con sucursales, agencias, establecimiento o representantes en otros lugares distintos a donde su ubica su sede principal.

Esta regulación nace como una suerte de extensión del artículo 35 del CC previsto para las personas individuales, en virtud del cual a la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.

Para el caso de la persona jurídica no lucrativa, hay que tener presente que también es factible que cuente con sucursales, ya que el ordenamiento jurídico vigente no lo impide; aunque, en puridad, es preferible utilizar la voz *establecimientos secundarios* (o similares) antes que *sucursales* ya que esta denominación es privativa de las personas colectivas con fines de lucro (ESPINOZA ESPINOZA, 2006: pp. 756-757).

Nuevamente el CPC se ubica en la perspectiva del demandante brindándole más de una opción para determinar la competencia. Y al igual que en el caso anterior, es decir, de la regulación prevista por el artículo 16, si el demandante puede elegir entre varios jueces para la presentación de su demanda, estamos ante lo que en doctrina se conoce técnicamente como un supuesto de juez concurrente por elección (vide CHIOVENDA, 1922: p. 659; LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 124).

Así, como primera opción se permite demandar donde se ubique la sede principal, lo cual hace ver que en el primer párrafo del artículo se refiere a la persona jurídica sin sucursales, pues en caso contrario hubiese bastado con el segundo párrafo. El demandar ante el juez donde se ubica la sede principal de la persona jurídica demandada, entonces, se convierte en la primera posibilidad permitida por el legislador; entendiéndose que este demandante puede ser cualquier sujeto jurídico, incluso otra persona jurídica.

La segunda opción que plantea el codificador a favor del demandante consiste en que puede demandar en el domicilio donde se ubique la dependencia de la persona jurídica donde ocurrió el hecho que motiva la demanda. Por ejemplo, si una agencia generó un daño de índole contractual a un sujeto, este está totalmente facultado para poder incoar en el lugar donde se ubica esta agencia, sin necesidad de trasladarse hasta el domicilio de la sede principal. Si, por ejemplo, alguien tuviera alguna discrepancia jurídica con una empresa de transportes, puede demandar en el lugar donde esta discrepancia de materializó.

En este punto hacemos nuestra la corrección propuesta por la profesora Marianna LEDESMA (2008: p. 126) para quien esta segunda opción, a su vez, brinda hasta dos posibilidades al demandante, si bien el artículo en estudio no lo expresa de ese modo. Así, en caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, se podrá demandar a la persona jurídica ante el juez del domicilio de cualquiera de ellos. Ello basado en que por mandato del artículo 14 del Código, el demandado puede ser emplazado en cualquiera de sus domicilios. Y como una subsiguiente posibilidad, se podría demandar ante el juez del lugar donde ocurrió el hecho que motiva la demanda. Por tanto, no es adecuada la conexión que hace el codificador entre la pluralidad de domicilios y el lugar donde ocurrió el hecho que motiva la demanda; pues, es totalmente viable que este último lugar no coincida con el domicilio de alguna de las sucursales o agencias.

En fin, la última opción con la que cuenta el demandante es la de iniciar el proceso judicial en el lugar donde previsiblemente se ejecutaría la pretensión reclamada que, por lo general, coincide con el lugar donde se ha generado el hecho que motivó la demanda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, Manuel (1996): *Derecho Civil - Introducción y parte general - Introducción y derecho de la persona*, 14^a ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor S.A.; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3^a ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: REUS; DE CASTRO y BRAVO, Federico (1991): *La persona jurídica*, 2^a ed., 1^a reimpresión. Madrid: Editorial Civitas;

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Derecho de las personas*, 5ª ed. Lima: Editorial Rodhas; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (2008): *Introducción al estudio del Derecho*, 60ª ed. - reimpresión. México: Editorial Porrúa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Vol. I. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil - Introducción y parte general - Derecho de las personas, derechos reales y posesión*. Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. I. Madrid: Instituto Editorial Reus; Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN (1998): *Sistema de Derecho Civil - Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía privada, persona jurídica*, 9ª ed., vol. I. Madrid: Editorial Tecnos; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003): "Constitución del domicilio". En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica Editores; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2004): *Derecho de las personas - Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 9ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley; PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT (1927): *Tratado práctico de Derecho Civil francés - Las personas - Estado y capacidad*. Traducido por Mario Díaz Cruz y René Savatier, vol. I. La Habana: Editorial Cultural S.A.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 17 del Código Procesal Civil establece que cuando se demanda a una persona jurídica, es competente el juez del domicilio en donde tiene su sede principal salvo disposición legal diferente. En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada (INH. N° 15-2003-Lima-Cusco).

Artículo 18

Persona jurídica irregular

Tratándose de demandas contra asociaciones, fundaciones, comités y sociedades no inscritas o de cualquier otra entidad cuya constitución, inscripción o funcionamiento sea irregular, es competente el juez del lugar en donde realizan la actividad que motiva la demanda o solicitud.

Se aplica la misma regla en caso de demandarse directamente a su representante, administrador, director u otro sujeto por actos realizados en nombre de la persona jurídica.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 41, 77, 124, 128, 130, 131, 161; C.P.C. arts. 8, 17.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

Entre los sujetos de derecho se suele ubicar como un rubro a las agrupaciones colectivas en vías de formación o, como las llama el CC, las personas jurídicas no inscritas. Parte de ellas se encuentran reguladas en el CC desde el artículo 124 en adelante.

La regulación de este tipo de agrupaciones se hace necesaria desde que una persona jurídica de Derecho Privado solamente tiene existencia como tal –salvo disposición legal distinta– desde el día de su inscripción en el registro respectivo, tal y como manda el artículo 77 del CC; ello porque para su existencia y extinción es menester la publicidad (DE CASTRO Y BRAVO, 1991: p. 273). Este acto de inscripción es un caso de lo que se conoce como un reconocimiento genérico por el ordenamiento una vez satisfechas las circunstancias exigidas, pues es factible que el reconocimiento de la personalidad a una agrupación colectiva se pueda materializar de modo singular, es decir, caso por caso, como ocurre en algunos sistemas normativos distintos al nuestro (vide ALBALADEJO, 1996: p. 391).

El reconocimiento desde la inscripción obedece a que la personalidad jurídica será siempre creación del Derecho, lo que significa que, a fin de cuentas, las personas jurídicas no pueden ser creadas por el mero arbitrio del hombre, lo que implica que este reconocimiento hecho por el ordenamiento jurídico desde su inscripción es constitutivo de la personalidad (GARCÍA MÁYNEZ, 2008: p. 294).

En este mismo artículo 77 del CC se señala que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Y se añade que si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitadamente responsables frente a terceros.

Toda esta regulación sustantiva sirve de base para entender el modo de reglamentación previsto procesalmente para determinar la competencia en estos casos.

Para iniciar este breve estudio partiremos de recordar que, en la doctrina, estas personas jurídicas no reconocidas cuentan con un fuero general, el cual se basa en el lugar donde despliegan de modo continuo sus actividades (Rocco, 1983: p. 77).

2. LAS AGRUPACIONES COLECTIVAS NO INSCRITAS Y LAS ENTIDADES IRREGULARES

En el CC se ha previsto una regulación muy general para las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, que son conocidas entre nosotros como personas jurídicas no inscritas.

Como el CC solamente regula a las asociaciones, las fundaciones y los comités no inscritos, hace bien el artículo 18 en análisis en agregar a las sociedades no inscritas como sujetos jurídicos susceptibles de ingresar a una relación jurídico-procesal en calidad de demandados; ello sin perjuicio de que esta reglamentación sea posible de extensión a otras entidades colectivas no inscritas o —como se dice en el propio artículo— de cualquier otra entidad cuya constitución, inscripción o funcionamiento sea irregular.

Con lo dicho, el artículo parece diferenciar a las entidades colectivas *no inscritas* de las entidades colectivas *irregulares*, comprendiendo en las primeras a las asociaciones, fundaciones, comités y sociedades no inscritas, y abarcando dentro de las segundas a cualquier otra entidad cuya constitución, inscripción o funcionamiento fuese irregular. Estas entidades irregulares, según la redacción del artículo en estudio, serían aquellas que no han culminado su proceso formativo sea en la fase de constitución o inscripción, o aquellas donde la irregularidad se manifiesta en su funcionamiento.

Como sea, en ambos casos, el artículo en análisis las trata del mismo modo, generándoles la misma consecuencia jurídica.

3. LOS REPRESENTANTES DE LAS AGRUPACIONES NO INSCRITAS O IRREGULARES

Por sistematicidad, debe entenderse que el representante al que alude el segundo párrafo del artículo es al apoderado de la persona jurídica no inscrita o de la irregular; aunque dicho vocablo técnicamente no sea el correcto pues al no estar debidamente formadas, no contarían propiamente con un representante.

Y ello lo decimos porque si se lee aisladamente el segundo párrafo del artículo 18, tenemos que sería de aplicación para todo representante de cualquier persona jurídica en general, incluyendo las inscritas.

En este caso, entonces, como la agrupación colectiva no está inscrita o es irregular, y es evidente que como ella no ha podido actuar por sí sola, porque no está plenamente constituida, es algún sujeto individual el que ha debido desplegar actividades en nombre de ella, por lo que, este sujeto sería susceptible de ingresar a la relación procesal en calidad de demandado.

Este sujeto al mando de esta agrupación colectiva por inscribir o irregular puede tomar varios nombres, como representante, administrador, director, etc. Sin interesar la denominación que se atribuya, este sujeto será quien deba responder en el proceso judicial en caso de haber actuado a nombre de esta agrupación colectiva.

El sustento de por qué tendría que responder quien ha actuado a nombre de la organización no inscrita se puede encontrar en la figura del *falsus procurator* regulada en el artículo 161 de nuestro CC, en virtud de la cual responde personal, ilimitada y solidariamente por los daños que genere con su conducta (ESPINOZA ESPINOZA, 2006: p. 961).

En fin, no hay que perder de vista que es viable que ese sujeto que actúa a nombre de una persona jurídica en formación o irregular sea, a su vez, otra persona jurídica, si bien se trata de un supuesto de poca probabilidad de materialización.

4. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

La regla general que domina la competencia territorial, es que el demandado sea normalmente citado ante el juez ante el cual le resulte menos incómodo presentarse, es decir, en el lugar de su domicilio, residencia o morada (ROCCO, 1983: p. 75).

Para todos estos entes sin personalidad –como los denomina ALBALADEJO (1996: p. 444 y ss.)–, o sea para las agrupaciones colectivas no inscritas así como para las personas jurídicas irregulares el artículo en estudio establece que la

competencia corresponde al juez del lugar donde ellas, como sujetos jurídicos, desarrollan la actividad que motiva la demanda o solicitud.

Como se puede observar, el artículo indica que en estos casos, no se opta por señalar el domicilio de la persona jurídica como factor para determinar la competencia, sino más bien el lugar donde despliegan sus actividades; lo cual se entiende desde que, si bien una agrupación de esta naturaleza puede ubicarse territorialmente hablando en algún lugar específico, solamente se podrá tener certeza de tal ubicación o establecimiento cuando la agrupación se haya inscrito y haya fijado su domicilio de modo formal. En caso contrario, estamos ante un aparente domicilio, y ello puede ser utilizado de modo fraudulento por estas entidades, negándose a recibir las notificaciones, so pretexto de no contar con domicilio definido.

Por tratarse las agrupaciones colectivas irregulares y no inscritas, entonces, de una realidad social abrumante (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 130; FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2004: p. 369), era menester que el CPC estableciera pautas claras y viables, motivo por el cual es saludable que haya prescrito que la competencia corresponde al lugar donde se desplegó la actividad que da origen a la pretensión.

Y ello es correcto porque –si bien ayudaría por extensión el artículo 41 del CC que establece (para las personas naturales) que a la persona que no tiene residencia habitual se la considera domiciliada en el lugar donde se encuentre–, en puridad, en el caso de las personas irregulares el criterio que se toma como referencia para determinar la competencia no es la presencia de las partes en el lugar, sino el lugar donde se realiza la actividad que motiva la pretensión; pues conviene al juez hallarse próximo a aquello que pueda tener que ser sometido a inspección, por la presencia o facilidad de la producción de las pruebas, y por ser el lugar en el que ocurrió la actividad donde racionalmente deben encontrarse los medios probatorios del proceso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 131).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991): *La persona jurídica*, 2ª ed., 1ª reimpresión. Madrid: Editorial Civitas; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (2008): *Introducción al estudio del Derecho*, 60ª ed. - reimpresión. México: Editorial Porrúa; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006): *Derecho de las personas*, 5ª ed. Lima: Editorial Rodhas; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2004): *Derecho de las personas - Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 9ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, vol. I. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil - Introducción y parte general - Derecho de las personas, derechos reales y posesión*. Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. I. Madrid: Instituto Editorial Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN (1998): *Sistema de Derecho Civil - Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. persona jurídica*, 9ª ed., vol. I. Madrid: Editorial Tecnos; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003): "Constitución del domicilio". En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (2008): *Introducción al estudio del Derecho*, 60ª ed. - reimpresión. México: Editorial Porrúa; PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT (1927): *Tratado práctico de Derecho Civil francés - Las personas - Estado y capacidad*. Traducido por Mario Díaz Cruz y René Savatier, vol. I. La Habana: Editorial Cultural S.A.

Artículo 19**Materia sucesoria**

En materia sucesoria, es competente el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 663; C.P.C. art. 9, 25, 26; C.D.I.P. art. 327.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que el artículo 19 del CPC se refiere a la sucesión mortis causa y no a cualquier tipo de transferencia, que es como podría ser entendida la voz sucesión (vide LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 132; FERRERO COSTA, 1987: p. 29). Lo dicho queda claro desde que al interior del texto del artículo en mención se utiliza la voz causante, *nomen* que es privativo del Derecho Sucesorio.

Este artículo no hace sino redundar en el mandato previsto por el artículo 663 del CC, donde con bastante claridad se dispone que corresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión.

Al respecto hay que tener presente que uno de los defectos en la redacción de las disposiciones jurídicas que conlleva a problemas interpretativos serios lo constituye la redundancia (cfr. NINO, 1991: p. 279 y ss.) que consiste en que más de un dispositivo regula de modo muy similar o idéntico el mismo supuesto de hecho, generando una consecuencia jurídica equivalente. Cuando ambas normas son absolutamente idénticas, las dificultades se diluyen, pero cuando entre ambas hay alguna diferencia, las dificultades se acrecientan. No hay que olvidar que la norma procesal mantiene las características de generalidad y abstracción, en virtud de las cuales, respectivamente, ordena un comportamiento a todos los individuos y no a uno en particular, y no regulan eventos ya ocurridos, sino a supuestos que se pueden presentar en la realidad (CALAMANDREI, 1973: p. 122).

Entre los problemas de índole interpretativa que genera la redundancia están, por ejemplo, el no saber a ciencia cierta si la norma posterior ha derogado tácitamente o no a la anterior, bajo el criterio de temporalidad, pues se está regulando la materia prevista por la primera norma; o, en su defecto, el desconocer cuál de ellas se preferirá a la otra bajo el criterio de especialidad (BOBBIO, 2013: p. 180 y ss.).

Pareciera ser, entonces que el artículo 19 del CPC habría derogado el artículo 663 del CC, primero por temporalidad y luego por especialidad; sin embargo, es totalmente viable que alguien entienda que este artículo sigue vigente.

2. ALGUNAS PRECISIONES NECESARIAS DE LA MATERIA SUCESORIA

En esta parte del comentario queremos aprovechar para dar a conocer nuestro pensamiento respecto de dos puntos al interior del tema sucesorio. El primero refiere la finalidad u objeto de la regulación normativa sucesoria, es decir, cuál es el fundamento de las normas jurídicas sucesorias, y el segundo punto tiene que ver con lo que se denomina en la doctrina, la relación jurídico-sucesoria.

Para empezar sobre el fundamento de las normas sucesorias, recordemos que en esta materia queda en claro que la muerte del causante, como hecho jurídico, genera efectos que tienen que ser regulados por el legislador.

Ciertamente, al morir una persona deja una herencia, la cual si bien por lo regular cuenta con un acervo patrimonial, puede también contener aspectos no patrimoniales de importancia para los causahabientes, como sucede por ejemplo con los derechos nacidos de la propiedad intelectual o el reconocimiento de algún hijo.

Y como la persona se acaba de extinguir como sujeto jurídico, es menester, entonces, regular esa salida. Dicho de mejor modo y parangonando, así como en materia concursal, cuando una persona jurídica ha caído en insolvencia y no es posible ya su salvataje, se determina que las normas concursales regulen su salida ordenada del mercado (pues en caso contrario los acreedores podrían apropiarse del patrimonio sin respeto alguno); igualmente, en materia sucesoria, cuando una persona muere, además del dolor que puede generar su partida, es indispensable contar con reglas claras sobre el destino de su herencia, es decir, hay que procurar —analógicamente— una salida ordenada (y menos dolorosa) del *de cuius* de nuestro mundo. Justamente las normas del Derecho Sucesorio se encaminan a cumplir esta importante y delicada misión, pues en el aspecto emotivo, el Derecho poco o nada puede hacer.

Ahora bien, ingresando al segundo punto, como se conoce, la gran dificultad existente en materia sucesoria consiste en determinar cuál es la relación jurídica que se crea. Sin ingresar a discutir a fondo las soluciones procuradas hasta la fecha, somos enfáticos en señalar que debe quedar en claro que la muerte de una persona no genera relación jurídica alguna; y en el peor de los casos, solo las extingue o las modifica.

Y esto lo decimos porque cuando una persona fallece, lo que genera es que sus sucesores ingresen en su lugar al polo de la relación que tenía antes de fallecer. Es decir, una persona en vida puede formar parte de diversas relaciones jurídicas (reales o personales), y cuando fallece, es tarea del legislador, por un tema de seguridad, mantener –en la medida de lo posible– estas relaciones, a fin de no afectar a los demás integrantes de la relación. Ello se funda en la idea de invariabilidad de la relación jurídica transmitida (vide ZANNONI 1999: p. 2; ARMAZA GALDOS, 2004: p. 30).

Ergo, si se trata de una relación *intuitu personae*, la muerte no hace sino extinguirla, pues el deber o poder que tenía el causante no puede ser exigido contra, ni por sus herederos. Así, por ejemplo, si un casado muere, sus herederos no pueden ingresar a cumplir por él su deber jurídico de fidelidad o de cohabitación, ni mucho menos exigir al cónyuge supérstite fidelidad para ellos o el cumplimiento del deber de cohabitación. Simplemente esa relación, en cuanto a esos deberes, se extinguió.

Lo mismo sucede en una relación obligatoria donde el causante fue contratado por sus cualidades personales; en este caso, a su muerte no se puede exigir a sus herederos que cumplan la prestación por él.

Y si se tratase de relaciones jurídicas no estrictamente personales, los herederos simplemente ingresan reemplazando a su causante en la relación jurídica, ubicándose en el polo respectivo. Así, por ejemplo, si el causante le debía dinero a un acreedor, al fallecer sus herederos ingresan en el lugar de su causante, por lo que ellos serán los deudores del mismo acreedor. Desde la otra orilla, si el causante era acreedor de alguien, al fallecer, sus causahabientes ingresan en su lugar y ahora ellos son los acreedores del mismo deudor. Por ello se ha dicho con acierto que la sucesión emplaza al adquirente de los derechos transmitidos en la misma posición jurídica en que, respecto de ellos, se hallaba el transmitente (ZANNONI 1999: p. 2; cfr. ARMAZA GALDOS, 2004: p. 28).

En este espacio, la muerte genera el mismo efecto que la cesión de posición contractual, es decir, donde uno de los polos contractuales le cede el paso a otro sujeto. Por ello nosotros concebimos que la muerte genera una suerte de *cesión de posición negocial* (para abarcar a todos los actos jurídicos posibles), por imperio legal o testamentario.

Evidentemente las diferencias más saltantes son que en la sucesión la cesión de posición negocial, por lo regular, se genera por imperio legal al devenir la muerte de uno de los integrantes de la relación; pues, la cesión de posición vía testamento se la puede asimilar a la cesión de posición contractual, pues para que opere la transmisión vía testamento es menester contar con la aceptación de la herencia. Pero,

además, en la cesión de posición negocial sucesoria no se requerirá aceptación de la contraparte, como acontece en el caso de la cesión de posición contractual.

Desde la perspectiva real, si el causante tuviese una propiedad, partiendo de que estamos ante una relación jurídica mixta (donde un polo lo constituye un sujeto y el otro polo, un objeto), al morir el causante, sus causahabientes ingresan en el mismo polo de la relación, de tal modo que todos ellos en conjunto son propietarios del bien.

Por ello mismo es que nos ratificamos en que la muerte de una persona o extingue las relaciones jurídicas (cuando son estrictamente personales) o las modifica. Excepcionalmente las podría regular, lo cual podría acontecer cuando estamos ante una sucesión testada. Y por ello mismo es que nos ratificamos en que la visión con la que se viene trabajando la relación jurídica sucesoria –donde inexplicablemente aún se incluye a un muerto como sujeto– no es la más adecuada.

3. LA MUERTE COMO SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO

Para entender a cabalidad la norma contenida en el artículo 19 tenemos que partir de detectar el supuesto de hecho al que se le agregará la consecuencia jurídica.

En este caso, el supuesto de hecho, implícito en la norma, es la muerte de algún sujeto, con el cual se da la apertura de la sucesión. Por tanto, abierta la sucesión es cuando corresponde determinar al juez competente para la causa, pues recién desde ese momento se puede hablar propiamente de sucesión.

Evidentemente, por extensión debe comprenderse dentro del supuesto de hecho no solo a la muerte propiamente dicha –que en términos jurídicos refiere la muerte cerebral– sino también a la declaración de muerte presunta cuyo efecto principal es el de extinguir formalmente al sujeto individual, restándole la calidad de tal.

En resumen, al morir una persona o al declarársele muerto presunto, se abre su sucesión y es allí cuando corresponde delimitar la competencia judicial, para todas las causas al respecto.

4. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PARA EL CASO SUCESORIO

El proceso sucesorio será el trámite judicial cuyo fin es el de asegurar que la transmisión (o adquisición) hereditaria se opera a las personas cuya vocación resulta de la ley o del testamento válido del causante o testador (ZANNONI, 1999: p. 52).

Siempre en doctrina se ha dicho que el juez competente en materia sucesoria es el del lugar del último domicilio del causante (ALSINA, 1957: p. 674; CHIOVENDA, 1922: p. 676) y eso es lo que recoge nuestro CPC.

Como ya anotamos líneas arriba, se entiende por domicilio el lugar donde el sujeto desplegó sus actividades de manera habitual por última vez dentro del Perú.

Con lo dicho, entonces, si un sujeto vivió en la ciudad de Lima, y luego se fue a vivir al extranjero, y posteriormente vino de viaje a Perú, por ejemplo, a conocer el Cusco, y fue allí donde encontró la muerte, queda en claro que no será competente el juez cusqueño, sino que lo será el magistrado de Lima, porque fue allí donde tuvo su último domicilio.

Bastará agregar que, como el CC permite que un sujeto cuente con varios domicilios a la vez, es totalmente viable que un sujeto con estas características vaya a vivir al extranjero. Por ejemplo, un sujeto desplegó sus actividades en Arequipa, Cajamarca y Abancay, a la vez, por tanto tenía a los tres lugares como domicilios. Luego de ello fue a vivir a Honduras, donde falleció. La pregunta es ¿cuál de los domicilios se aplicará para determinar la competencia? En este caso, como el mismo CC permite contar con más de un domicilio, será competente el juzgador de cualquiera de los tres lugares, por haber sido todos ellos los últimos domicilios del causante en el país.

5. LA IMPRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA EN MATERIA SUCESORIA

La única diferencia saltante entre el CC y el CPC al regular la competencia en materia sucesoria consiste en que en el segundo se determina fehacientemente que este tipo de competencia es improrrogable.

Por lo regular, la competencia fijada por factores o criterios territoriales es prorrogable, es decir, puede ser suplida por acuerdo expreso de las partes conformantes de la relación jurídico-procesal o por determinación tácita, cuando ninguno de ellos reparó en que la competencia le correspondía a otro juez, sea por la presentación de la demanda o por su contestación sin cuestionamiento, tal y como se dispone en los artículos 25 y 26 del CPC. El caso previsto en el artículo 19 es una clara excepción a esta regla.

En efecto, cuando se trata de materia sucesoria la competencia está fijada por el codificador de modo absoluto sin posibilidad de que las partes puedan alterarla, pues tal normativa goza de la cualidad de imperatividad al tratarse de normas *cogentes*.

La explicación nos la brinda la profesora Marianella LEDESMA (2008: p. 133) para quien la limitación en la prórroga de la competencia para este caso es la figura conocida como *desplazamiento por atracción*. Ciertamente, en los procesos universales como el sucesorio (además del concursal), se presenta la peculiaridad del desplazamiento de la competencia sobre las pretensiones que se ejerciten contra el patrimonio del causante. En tal sentido, los procesos sucesorios atraen todas aquellas causas que se encuentran vinculados al patrimonio considerado como universalidad jurídica, lo que origina el llamado *fuero de atracción*. Este *fuero de atracción* se fundamenta en que jurídicamente el patrimonio hereditario es la prenda general de los acreedores, por lo que su liquidación debe ser realizada ante un solo juez, facilitando con ello la distribución del caudal relicto, es decir, de la masa de bienes entre los causahabientes, una vez que ha sido depurada, como resultado de deducir los pasivos (vide DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 122).

Precisando los alcances del *fuero de atracción* en la esfera sucesoria, se ha dicho que corresponde al juez que entiende en el proceso universal de sucesión, el conocimiento de las acciones personales pasivas contra el causante; por lo tanto, no ejerce la atracción de las acciones personales activas y las reales, que deberán ser iniciadas ante el juez del domicilio del demandado o del lugar de la situación del inmueble, respectivamente (ALSINA, 1957: pp. 673-674).

En resumen, la unidad sucesoria provoca la necesidad de que un solo juez sea el que entienda todas las cuestiones que hayan de plantearse con ocasión o consecuencia de la transmisión hereditaria. Por esta razón se establece la virtualidad que dicho proceso tiene de *atraer* un sinnúmero de acciones que suponen procesos vinculados a la transmisión sucesoria, para ser resueltas por el mismo juez. Ello es el *fuero de atracción* (ZANNONI, 1999: p. 52).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. 7 vols. Buenos Aires: Ediar. ARMAZA GALDOS, Javier (2004): *Derecho Civil - Sucesiones - De la sucesión en general*. Arequipa: Editorial Adrus; BOBBIO, Norberto (2013): *Teoría general del Derecho*, 4ª ed. Traducido por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; FERRERO COSTA, Augusto (1987): *Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil peruano*. Lima, Perú: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed. Barcelona: Ariel; ZANNONI, Eduardo A. (1999): *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARMAZA GALDOS, Javier (2007): *De la sucesión testamentaria*. Arequipa: Adrus; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; MIRANDA CANALES, Manuel (1996): *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés - Las sucesiones*, tomo cuarto. Traducción española del doctor Mario Díaz Cruz con la colaboración del doctor Eduardo Le Riverend Brusone y el concurso de Pablo Esmein. La Habana: Cultural; GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter. Director (2003): *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. 1976. 1ª reimpresión, vol. I. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La disposición contenida en el artículo 19 del Código Procesal Civil, en el sentido de que en materia sucesoria el juez competente es el del lugar donde tuvo su último domicilio el "de cuius" debe ser interpretada de manera restrictiva, por tratarse de una excepción a la regla general que señala la prorrogabilidad de la competencia territorial (*Exp. N° 211-95*).

No resulta procedente acumular en una misma solicitud el pedido de sucesión intestada de las personas fallecidas en distinta fecha, que corresponde a distinto orden y sin revisar si ambos tuvieron el mismo domicilio a efectos de determinar la competencia (*Exp. N° 826-95*).

Artículo 20

Expropiación

Tratándose de bienes inscritos, es competente el juez del lugar en donde el derecho de propiedad se encuentra inscrito.

Si la expropiación versa sobre bienes no inscritos, es competente el del lugar donde el bien está situado, aplicándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 24, inciso 1.

CONCORDANCIAS:

C. art. 70; C.C. art. 928, 2019; C.P.C. art. 24 inc. 1.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día queda en claro que ningún derecho tiene la característica de ser absoluto, en el sentido en que no cuenta con limitación alguna (y no tanto en el sentido de la posibilidad de defensa o ejercicio *erga omnes*). Todos, incluso los derechos a la vida y a la libertad, considerados los derechos supremos, tienen límites como sucede, *verbi gracia*, con la pena de muerte o la pena privativa de libertad, respectivamente.

El derecho de propiedad, aquella potestad que un privado ejerce sobre los bienes, encuentra sus principales limitantes en la vida de la comunidad, pues en caso de conflicto entre un bien jurídico privado y uno colectivo se prefiere, evidentemente, al segundo, tal y como se prescribe en el artículo 70 de nuestra Constitución Política, donde se señala que si bien el derecho de propiedad es inviolable y el Estado lo garantiza, su ejercicio debe hacerse en armonía con el bien común y dentro de los límites legales.

La expropiación justamente es el mecanismo a través del cual el Estado priva total o parcialmente de la propiedad a un particular, basado exclusivamente en un interés o utilidad de la sociedad. Obviamente, dicha privación requiere algunas garantías mínimas, ya que estamos en una relación de Derecho Público, o sea, donde el Estado ingresa con sus potestades exorbitantes. Y como con tales potestades se genera un desnivel en la relación Estado-privado, es menester conceder estas garantías mínimas al particular, a fin de evitar algún ejercicio abusivo por parte de la Administración Pública.

Al respecto se ha dicho que en el campo de las afecciones de los derechos patrimoniales de los ciudadanos, la figura de la expropiación se sitúa como las más

incisiva de la prerrogativas administrativas y, a su vez, como una de las más sensibles al sistema de garantías que consagra el Estado de Derecho (LÓPEZ MENUDO, CARRILLO DONAIRE, y GUICHOT REINA, 2006: p. 19).

Justamente por ello es que hay que colocar unas garantías mínimas a favor del particular perjudicado por un proceso expropiatorio. En esa senda, de conformidad con el artículo 70 de nuestra Carta Magna, a nadie puede privársele de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya la compensación por el eventual perjuicio, permitiendo al privado accionar ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Como se puede ver, en este artículo se colocan como garantías a favor del privado que la expropiación debe estar señalada en la ley, teniendo como fundamento la seguridad nacional o la necesidad pública, pero, además, el pago del justiprecio se debe efectuar de modo previo y en efectivo, además de la posibilidad de cuestionar la tasación hecha al bien por parte de la Administración Pública.

Por último, es necesario agregar que la voz expropiación cuenta procesalmente con una connotación distinta a la aludida, pues refiere el desplazamiento de una situación jurídica material, quitando al deudor un derecho para invertir de él a otra persona, donde el juez sustituye la propia iniciativa a la del deudor, al cual solamente, de ordinario, corresponde el ejercicio de sus derechos. Un ejemplo claro es el de la negación de un vendedor de una cosa fungible a proveer a la especificación necesaria para el traspaso de la propiedad, caso en el cual el juez, si tiene el poder de sustituirse a él en el cumplimiento de tal acto, la potestad jurisdiccional le consiente ejercitar ese derecho del deudor (CARNELUTTI, 1971: pp. 337-338).

2. LA DIVISIÓN EN BIENES INSCRITOS Y NO INSCRITOS

El artículo 20 del CPC en estudio parte de romper el esquema con el que trabaja el CC. En efecto, en el CC la división postulada, con la que se labora todo el libro de Derecho Reales, es el de bienes muebles e inmuebles, según si la cosa se puede o no trasladar de un lugar a otro, respectivamente.

Este artículo, en avanzada a comparación del tratamiento sustantivo, labora con la división de los bienes en inscritos y no inscritos, sin interesar si ellos son inmuebles o no. Por tanto, al tratarse de divisiones distintas, es totalmente viable encontrar bienes muebles inscritos (p. e. los autos) como bienes inmuebles no inscritos (una computadora), así como bienes inmuebles inscritos (una fábrica) e inmuebles no inscritos (un terreno rural no registrado).

Al respecto es menester precisar que esta clasificación difiere en algo de aquella que separa los bienes en registrables y no registrables, pues en esta, estamos ante la potencialidad o no de inscripción, en cambio, en la clasificación tomada por el artículo 20 se habla ya de bienes que cuenten o no con la inscripción hecha, sin que ingresemos a ver su potencialidad registral (cfr. RAMÍREZ CRUZ, 2004: pp. 124-125).

En este punto es necesario traer a colación la regulación prevista en el inciso 1 del artículo 24 del CPC, donde facultativamente se dispone que, además del juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante, el juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de procesos de expropiación. Y si la demanda versara sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el juez de cualquiera de ellos.

3. LA COMPETENCIA PARA BIENES INSCRITOS

El artículo en estudio es claro en establecer que cuando estamos ante la expropiación de bienes inscritos, la competencia le corresponde al juez del lugar en donde el derecho de propiedad se encuentra inscrito.

Es decir, no interesa que se trate de bien inmueble o mueble inscrito, sino el lugar donde se llevó a cabo la inscripción del derecho de propiedad perjudicado, ahora, con la expropiación.

Por lo regular un bien inmueble se inscribe en el lugar donde se encuentra ubicado, por tanto, coincidirá el lugar de su ubicación con el lugar donde se ha inscrito. Ciertamente, para nuestro caso, en el artículo 2019 del CC se señalan una serie de actos de obligatoria inscripción en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado el inmueble.

No sucederá ello siempre con los bienes muebles, pues, por ejemplo, ante un auto registrado en la ciudad de Iquitos, que luego fuera trasladado a la ciudad de Chachapoyas, no será competente para la expropiación el juez de Chachapoyas sino el de Iquitos porque allí fue donde se inscribió el derecho de propiedad, no interesando si el bien se encuentra fuera de la circunscripción de la oficina registral. Aunque es evidente que es poco probable encontramos con una expropiación de un bien mueble, pues la mayoría de veces se trata de inmuebles (vide LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 135).

4. LA COMPETENCIA PARA BIENES NO INSCRITOS

El artículo en estudio indica que si la expropiación versa sobre bienes no inscritos, es competente el juez del lugar donde el bien está situado.

Nuevamente aquí nos encontramos con que un bien no inscrito puede ser, a su vez, mueble o inmueble. En efecto, la mayoría de bienes muebles no se inscriben, por lo que queda en claro que es viable chocarnos con un mueble no inscrito. Por el otro lado, es factible encontrar inmuebles no inscritos, como sucede en gran parte de nuestro territorio rural, donde el acceso al registro o no se hace por un asunto atribuible al sujeto (desidia, altos costos, desconocimiento, etc.), o en otro caso, por un tema de exclusiva responsabilidad del sistema registral, como sucede, *verbi gracia*, cuando el catastro no está bien implementado.

Por lo dicho, cuando el bien sea inmueble y no esté inscrito, el juez competente será el que ejerza en el espacio donde este inmueble se ubique. En cambio, como el bien mueble tiene la característica de ser trasladado, al no estar inscrito, el juez competente será aquel donde se encuentre el bien; operando en estos supuestos la determinación de la competencia por la situación de la cosa, es decir, *rationes personae vel loci* (ALSINA 1957, p. 514).

Como es de fácil entender, este criterio se explica por la conveniencia de que el juzgado se halle próximo a aquello que pueda ser sometido a inspección y valoración judicial, sobre todo si la pretensión se refiere a inmuebles, dado que los muebles pueden ser llevados usualmente ante el juez con facilidad (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 135).

Evidentemente, para el tema de los bienes muebles, la dificultad que trae consigo la posibilidad de desplazamiento en la determinación de la competencia es alta. En efecto, ¿qué sucede si luego de ingresada la demanda el bien es trasladado a otro lugar? En este caso creemos que el juez competente -por prevención- sería aquel donde se ingresó la demanda cuando el bien estaba en dicho lugar, sin interesar si se materializó un traslado posterior; todo ello sin perjuicio de que vía cautelar se pueda paralizar el traslado del bien a otro lugar. Obviamente, toda esta dificultad se diluye cuando recordamos que la posibilidad de una expropiación de un bien mueble es remota.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. 7 vols. Buenos Aires: Ediar; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LÓPEZ MENUDO, Francisco, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio (2006): *La expropiación forzosa*. Valladolid: Lex Nova; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos Reales - Teoría general de los Derechos Reales - Bienes - Posesión*, vol. I. Lima: Rodhas.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santal, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, vol. I. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

Artículo 21**Incapacidad**

En materia de patria potestad, tutela y curatela, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el juez del lugar donde se encuentra el incapaz.

Para instituir las curatelas de bienes a que se refieren los artículos 597 al 600 del CC, es competente el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes, observándose, en su caso, la regla establecida en el artículo 47 del CC.

Para las curatelas especiales a que se refiere el artículo 606 del CC se observará lo dispuesto en el artículo 23 de este Código.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 37, 43 inc. 2, 44 incs. 2 a 8, 47, 418, 419 párr. 2, 471, 502, 564, 565, 568-A, 569, 573, 597 a 601, 606, 1007; C.P.C. arts. 23, 25, 61, 66, 560; C.N.A. arts. 74 al 84 y 98 al 103.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

El CC ha previsto un sistema de amparo a favor de los niños, adolescentes e incapaces, por el cual se encarga a la familia el cuidado de la persona y de sus bienes. En este esquema la patria potestad constituye la figura básica y es a falta de ella que entran a funcionar las figuras supletorias de la tutela y la curatela (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 360).

Este artículo regula la definición de la competencia para los casos de incapaces sujetos a patria potestad, tutela o curatela, y por extensión a las variantes de curatelas previstas en nuestra codificación civil.

Para ello es menester recordar que, de conformidad con el artículo 418 de nuestro CC, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos menores. A la patria potestad se la concibe como una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de estos (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 317).

Por su parte, la tutela es la institución prevista por nuestro CC (a partir de su art. 502), consistente en la designación de un representante para un menor cuando este no se encuentre bajo un supuesto de patria potestad. A través de la institución

de la tutela, como institución supletoria de la patria potestad, se provee a la guarda de la persona y de los bienes de los incapaces por razón de edad que carecen de padres expeditos (CORNEJO CHÁVEZ, 1998: p. 356).

Para el caso de la curatela, por disposición de los artículos 564 y siguientes del CC, se trata de una figura supletoria de amparo familiar, consistente en la designación de un representante para los casos de incapaces absolutos resultado de la pérdida de discernimiento por cualquier causa (ver el art. 43, inc. 2 del CC), así como para los incapaces relativos que incluyen a los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los malos gestores, los ebrios habituales, los toxicómanos, y los que sufran pena que anexa de interdicción civil (ver el art. 44, inc. 2 a 8 del CC).

Pero si bien la curatela nace como una institución para proteger al incapaz mayor de edad, nuestro CC, en su artículo 565, además de este supuesto, regula la recurrencia a la curatela para la administración de bienes y para asuntos determinados, que son los otros dos supuestos previstos por el artículo 21 del CPC, a efectos de determinar la competencia judicial. Por ello se puede concluir en que la curatela es una institución del derecho familiar destinada a cuidar tanto de la persona como de los bienes de los incapaces mayores de edad (VÁSQUEZ GARCÍA, 1998: p. 342).

2. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD, DE TUTELA Y CURATELA DEL INCAPAZ

Como punto de partida tenemos que en el artículo 37 del CC se estatuye que los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes. Pero, en sede procesal el artículo *sub examine* es claro en prescribir que en materia de patria potestad, tutela o curatela el juez competente es el del lugar donde se encuentre el incapaz. Inspira, entonces, esta regulación el criterio personal para determinar la competencia, pues se define por la presencia de las partes en el lugar (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 135).

La aplicación de este artículo no genera mayor problema cuando el incapaz está permanentemente ubicado en un solo lugar. Pero hay que tener en cuenta que ello no siempre es así, y que algunos procesos referidos a la patria potestad, justamente, pueden involucrar situaciones que discutan esta ubicuidad estable.

Dicho de otro modo, este problema de ubicuidad puede traer más de un dolor de cabeza a la judicatura, pues no debe perderse de vista que el incapaz puede ser trasladado de un lugar a otro, dificultando la determinación de la competencia. Nos explicamos, ¿qué sucede si un incapaz está ubicado en la ciudad de Piura, y luego de la presentación de la demanda es trasladado a Tumbes?, ¿será procedente una

excepción de incompetencia?, ¿el juez piurano deberá declinar su competencia? Al respecto, no debe perderse de vista que un incapaz es sencillo de ser trasladado de un lugar a otro, con mayor razón tratándose de menores de edad.

Para un caso como el planteado estimamos que la solución sería idéntica a la propuesta al comentar el artículo anterior para el caso de bienes muebles. Es decir, el juez competente –por prevención– sería aquel donde se ingresó la demanda cuando el incapaz estaba en dicho lugar, sin interesar si se materializó un traslado posterior; todo ello sin perjuicio de que vía cautelar se pueda paralizar el traslado del incapaz a otro lugar.

3. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE CURATELAS DE BIENES

Entre los artículos 597 y 600 del CC se regula la figura de la curatela de bienes. Vamos a dar una mirada rápida a dichas normas para comprender mejor la regulación referida a la competencia.

En el artículo 597 se prevé la curatela para los bienes del ausente o del desaparecido. Allí se dice que cuando una persona esté ausente o haya desaparecido, ignorándose su paradero según lo previsto en el artículo 47 del CC, se proveerá a la curatela interina de sus bienes.

Si recordamos, el artículo 47 del CC establece que cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de un curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público.

Para esta curatela, el mismo artículo 597 del CC estipula que se deberá observar lo dispuesto en los artículos 569 y 573 del mismo cuerpo normativo. Así, el artículo 569 consagra un orden de prelación para la designación del curador, siempre y cuando el propio adulto mayor, con pleno ejercicio de sus derechos civiles, no hubiese nombrado directamente a su curador; supuesto que ha sido introducido por el artículo 568-A del CC, de tal modo que, además, puede señalar también quién no puede llegar a ser curador suyo.

Según esta prelación (prevista solamente para los casos de incapaces absolutos privados de discernimiento por cualquier causa, así como para los incapaces relativos resultado de retardo mental o de deterioro mental que impida expresar la libre voluntad) la curatela corresponde al cónyuge (no separado y que cumple con el deber de cohabitación), luego a los padres, a los descendientes (prefiriéndose el

más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo según el juez), a los abuelos y demás ascendientes (prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo según el juez), y a los hermanos. Por su parte, en el artículo 573 se consagra que a falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia. Termina el artículo 597 estableciendo que a falta de las personas llamadas por estos dos artículos (el 569 y el 573), ejercerá la curatela la persona que designe el juez.

En el artículo 598 se regula la curatela del hijo póstumo, de tal modo que, a pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público, los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido.

Hacia el artículo 599 se regula la curatela especial de bienes. Allí se prescribe que el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier interesado, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, e instituir una curatela cuando los derechos sucesorios sean inciertos, y cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando, sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo; o cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o de escoger mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador.

Por último, el artículo 600 del CC contempla el caso de la curatela de bienes en un supuesto de usufructo, de manera tal que, cuando el usufructuario no preste las garantías a que está obligado conforme al artículo 1007 de tal cuerpo normativo, el juez, a pedido del propietario, nombrará curador. Este artículo 1007 nos refiere que el usufructuario está obligado a prestar la garantía señalada en el título constitutivo de su derecho o la que ordene el juez, cuando este encuentre que puede peligrar el derecho del propietario.

Ahora bien, ingresando a la esfera procesal, el artículo del CPC en estudio —o sea el 21— prescribe que para el caso de la institución de curatelas de bienes la competencia corresponde al juez del lugar donde se encuentren todos los bienes o la mayor parte de ellos, repitiendo la regulación establecida en el artículo 601 del CC. Sin embargo, es menester aclarar que el anotado artículo 601, prescribe, además, que pueden ser varios los curadores cuando lo exija la administración de los bienes.

Rige, entonces, para este caso un criterio de índole real para fijar la competencia, como es el lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes, siendo que este fuero real se explica por la conveniencia de que el juez se halle próximo a aquello que tenga que ser sometido a inspección (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 138).

Reiteramos, entonces, por mandato del artículo 21 es competente el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes.

En el primer supuesto no hay mayor problema, pues si todos los bienes están ubicados en un solo lugar, queda claro que la definición de la competencia será más sencilla. Sin embargo, puede ser que si bien todos los bienes están en una misma localidad, por ejemplo, no siempre estarán ubicados en un mismo lugar generando que más de un juez de la misma localidad sea el competente. Por ejemplo, en la ciudad de Lima, donde los distritos están conectados, es totalmente factible que existan bienes en distritos contiguos, generando la dificultad de la competencia. Un caso como el narrado creemos que se soluciona con la segunda parte de la regulación, es decir, por el criterio de la mayoría de los bienes.

Continuando lo dicho, el artículo, como segunda hipótesis, parte de entender que los bienes pueden estar ubicados en diferentes lugares, caso en el cual será competente el magistrado donde se hallen la mayor parte de los bienes.

Aquí la consecuencia jurídica no dice que la competencia recae en el juez donde se hallen los bienes de mayor valor (criterio cualitativo), sino que utiliza un criterio eminentemente cuantitativo, sin interesar el valor de los bienes, lo cual si bien podría ser discutible, es la solución plasmada por el legislador. Así, por ejemplo, si los bienes fuesen un auto y una computadora ubicados en un lugar, y unos diez utensilios de limpieza; por el criterio cuantitativo, contraproducentemente sería competente el juez donde se ubican los utensilios de limpieza.

En fin, termina este artículo 21, en esta parte, estableciendo que, de ser el caso, es de observancia la regla establecida en el artículo 47 del CC. Como ya indicamos previamente, en el referido artículo 47 se establece que cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de un curador interino, aunque también puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público, no procediendo la designación de curador si el desaparecido tuviese representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en los Registros Públicos.

4. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE CURATELAS ESPECIALES

El artículo bajo examen culmina su regulación con la determinación de la competencia para los casos de curatelas especiales. Estas curatelas especiales están reguladas en el artículo 606 del CC, y los supuestos previstos por el legislador son los siguientes:

- Cuando los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.
- Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres.
- Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos.
- Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común.
- Los menores o incapaces tengan bienes lejos de su domicilio que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador.
- Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél.
- Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.
- El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones.
- Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.

Como se puede ver todos estos supuestos versan sobre casos en los que se materialice un riesgo a los intereses del menor por parte de quien ejerza o deba ejercer su representación. Como se trata de supuestos puntuales, era menester que el codificador civil estableciera algunas pautas precisas y especiales para su regulación.

Así las cosas, al tratarse de casos muy especiales, también el CPC nos reenvía a su artículo 23 para la verificación de la competencia en estos casos. En efecto, el artículo 23 del CPC regula la delimitación de la competencia para los asuntos no contenciosos, y siendo la determinación de la curatela especial un asunto no contencioso, es evidente que el juzgador competente será el que tenga que conocer estos casos ausentes de litis.

Como se verá de modo detallado líneas adelante, el artículo 23 prescribe que para estos casos será competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo solicita, o el juez del lugar donde se ubique el incapaz en cuyo interés se promueve la causa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998): *Derecho familiar peruano - Sociedad paterno filial - Amparo familiar del incapaz*, 9ª ed., vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2001): *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica; VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda (1998): *Derecho de Familia - Sociedad paterno-filial. Amparo familiar del incapaz. Jurisprudencia*. Lima: Huallaga.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHIANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (1996): *Derecho de Familia en el Código Civil*, 2ª ed. Lima: Moreno S. A.; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La patria potestad es una institución reguladora de la relación paterno filial, no pudiendo ser objeto de convenio o renuncia por los padres. Se admite la suspensión o privación de la misma, solo por mandato legal y con carácter de sanción. No debe confundirse con la tenencia ni con la representación legal del hijo. Corresponde al juez fijar, en caso de separación convencional, el régimen de la patria potestad y acoger en la sentencia la propuesta del convenio, siempre que asegure adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad (*Exp. N° 1547-97*).

Las resoluciones sobre tenencia pueden ser modificadas por el mismo juzgado atendiendo a su función tuitiva, por circunstancias debidamente comprobadas, transcurridos seis meses de haber quedado consentidas, salvo que esté en peligro la integridad del menor. El juzgador debe exhortar a los padres para que depongan actitudes de egoísmo y resentimiento que redunden en perjuicio de la estabilidad emocional de su menor hija (*Exp. N° 447-97*).

Artículo 22

Quiebra y concurso de acreedores (DEROGADO)

El juez del lugar donde el comerciante tiene su establecimiento principal es competente para conocer la quiebra y el concurso de acreedores que se solicite.

Si el deudor no es comerciante, es competente el juez del lugar del domicilio del demandado.

Lo expuesto en los párrafos precedentes no obsta la declaración de quiebra por el juez de la ejecución en el caso contemplado en el artículo 703. ()*

(*) Este artículo fue derogado expresamente por el inciso 2) de la primera disposición final del Decreto Legislativo N° 845 (Ley de Reestructuración Patrimonial), publicado el 21 de setiembre de 1996, norma que a su vez fue derogada expresamente por la única disposición derogatoria de la Ley N° 27809 (Ley General del Sistema Concursal), publicada el 8 de agosto de 2002. No obstante, en aplicación de lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, el artículo 22 del CPC no recobró vigencia, manteniendo su situación de norma derogada.

Artículo 23 | Proceso no contencioso

En el proceso no contencioso es competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 21, 749, 750.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

Entre las clasificaciones de los procesos al interior del Poder Judicial, hay una que versa sobre la existencia o no de litis, de tal modo que las causas se dividen en contenciosas o no contenciosas, según si contienen un asunto litigioso o no, respectivamente. En el proceso contencioso el juez actúa como solucionador de la controversia, en cambio en el proceso no contencioso el juez actúa como un simple funcionario que da fe de las peticiones de los justiciables.

Ciertamente, el proceso según se dirija a la reglamentación de un conflicto de intereses *en acto* o *en potencia*, se distingue en proceso *contencioso* o en proceso *voluntario*, jurisdicción a la que tradicionalmente se conoce como no contenciosa, cuya finalidad específica es la prevención de la litis, pues sería para el proceso contencioso lo que la higiene es para la curación de las enfermedades (CARNELUTTI, 1950: pp. 23, 45; 1971: pp. 71, 443 y ss.).

Antiguamente se denominaba a los procesos no contenciosos como de jurisdicción voluntaria, entendiéndose por tales a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida. Sin embargo, propiamente en tales casos no hay ni jurisdicción ni voluntariedad, pues propiamente no se dice derecho, ya que no se resuelve una controversia, y además, la intervención de los jueces se halla impuesta por ley (COUTURE, 1958: p. 46 y ss.; cfr. CARNELUTTI, 1971: pp. 468-469; MONROY GÁLVEZ, 1996; p. 231 y ss.).

En las causas no contenciosas el peticionario persigue la obtención de una decisión que integre, constituya o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica, y cuyo objeto está constituido por una o más peticiones emanadas, no de sujetos privados que actúan como partes, sino como peticionarios o solicitantes, pues la voz parte es utilizable solamente en una contienda con contradictorio. En

una palabra, el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolización de un nuevo estado jurídico (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: pp. 141-142).

Estando, entonces, a que el proceso no contencioso se caracteriza por atender simples solicitudes de los justiciables, antes que demandas, el artículo 23 del CPC parte de colocar una regla general para todos estos casos, y, justamente por ser general, prescribe en su parte final, la posibilidad de que la legislación o el pacto entre los particulares, de ser el caso, establezcan una medida distinta para la determinación de una competencia distinta.

2. EL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO PARA EL CASO DE LOS PROCESOS NO CONTENCIOSOS

El supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 23 del CPC es claro y simple, pues refiere el caso de la instalación de un proceso no contencioso al interior del Poder Judicial.

Por tanto, en este supuesto recaen absolutamente todas las causas que, según la normativa, tengan la característica de ser materias no contenciosas, es decir, que no generan pleito o litis entre las partes.

Por ejemplo, en el artículo 749 del CPC se prescribe que son causas no contenciosas las siguientes: el inventario, la administración judicial de bienes, la adopción, la autorización para disponer derechos de incapaces, la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, el patrimonio familiar, el ofrecimiento de pago y consignación, la comprobación de testamento, la inscripción y rectificación de partida, la sucesión intestada, y el reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.

No obstante, en los dos últimos incisos del mismo artículo se precisa que también se conocerán en vía no contenciosa las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del juez, carezcan de contención, y los demás casos que la ley señale, como sucede por ejemplo con la autorización para viaje de menor, la determinación de curatelas especiales, entre otras.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

Llenado el supuesto de hecho normativo, es decir, tratándose claramente de un proceso no contencioso, la consecuencia es la determinación de la competencia para tales casos.

En esa senda, el artículo 23 del CPC en examen señala que la competencia corresponde al juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario, operando aquí una regla de competencia especial basada en el *forum domicilii* (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 142).

Aquí, entonces, fluyen dos claros supuestos que vienen a completar el supuesto normativo estudiado en el acápite anterior. Por el primero, el competente será el juez que del lugar donde radica la persona que promueve la causa, es decir, la que presenta la solicitud. Para el segundo caso, el juez competente será el del lugar donde se ubique la persona en cuyo interés se promueve.

Por tanto, hay que entender que la consecuencia puede variar, pues si bien el domicilio del solicitante con el de la persona en cuyo interés se promueve, pueden coincidir, también es cierto que no pueden concordar, por ejemplo, como cuando se solicita una curatela de un incapaz ubicado en un lugar distinto al solicitante.

Entonces, podríamos rearmar las normas contenidas en el artículo bajo dos supuestos:

En el primero, que a nuestro parecer sería el preferente, se dirá:

N1: Si se promoviese un proceso no contencioso a favor del interés de algún sujeto, deberá ser competente el juez del lugar del domicilio de este sujeto en cuyo favor se promueve la causa.

Para el segundo supuesto tenemos:

N2: Si se promoviese un proceso no contencioso por parte de cualquier interesado, deberá ser competente el juez del lugar del domicilio de este sujeto que promueve la causa.

La pregunta obvia es, entonces, y ¿que pasa cuando un sujeto domicilia en un lugar, y se promueve en interés de otro sujeto que domicilia en otro lugar? ¿quién es el juez competente? La norma bajo examen parece decir que cualquiera de los dos jueces, es decir, el del lugar del solicitante, o el del lugar del sujeto en cuyo interés se promueve. Es decir, pareciera ser que estamos ante una consecuencia alternativa.

Sin embargo, nos parece que ello no es así, y justamente por eso decimos que la norma N1 es la preferente. Para nosotros cuando estemos en el supuesto de la primera norma reconstruida N1, siempre deberá ser competencia del juez del lugar del domicilio del sujeto en cuyo favor se promueve, sin interesar si el solicitante radica en otro lugar. Por consiguiente, la norma N2 solamente será viable cuando

la causa se promueva en interés del propio solicitante o el sujeto en cuyo favor se solicitase radicase en el mismo domicilio del peticionante.

Para terminar, por tratarse de casos especiales, y porque las causas contenciosas son múltiples y no pueden ser abarcadas taxativamente, es totalmente válido que la propia legislación disponga para una causa no contenciosa puntual otro tipo de competencia; y lo mismo puede suceder en algunos otros asuntos con la voluntad de los particulares, motivo por el cual la salvedad en contra de la regulación general es entendible y necesaria.

Dicho de otra manera, la competencia de la norma N1 seguida de la norma N2 solamente sería concebible como disposición general, la cual, evidentemente, podrá tener múltiples excepciones. Es decir, se recurrirá a la regulación general únicamente cuando el pacto o la ley no dispongan otro modo de establecer la competencia.

Ergo, el artículo 23 del CPC, según nuestra percepción, podría ser reconstruido del siguiente modo:

“Salvo disposición legal o pacto en contrario, en un proceso no contencioso promovido en interés de algún sujeto, será competente el juez del lugar del domicilio de este sujeto en cuyo interés se promueve. En los demás casos, será competente el juez del lugar del domicilio del sujeto que lo promueve”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis - De Belaúnde & Monroy.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar;

ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

De acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Civil, en materia de prueba anticipada es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33 del mismo cuerpo legal, el juez que por razón de cuantía y territorio deberá conocer el futuro proceso; es con esa norma específica que debe definirse la competencia del juez, para este tipo de procesos, aplicándose las demás reglas generales de la competencia de modo complementario y no excluyente de la norma especial; la regla contenida en el artículo 23 del Código Adjetivo es aplicable para los procesos no contenciosos, mas no así para la prueba anticipada (*Exp. N° 343-98*).

La prueba anticipada consiste en la actuación de medio probatorio antes del inicio del proceso, correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso; siendo esto así, es obvio que no contiene pretensión específica de la parte solicitante y tampoco se declara derecho alguno para esta a la culminación del trámite (*Exp. N° 706-98-Lima*).

Artículo 24**Competencia facultativa**

Además del juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:

1. *El juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el juez de cualquiera de ellos;*
2. *El juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad;*
3. *El juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias;*
4. *El juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación;*
5. *El juez del lugar en donde ocurrió el daño, tratándose de pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual;*
6. *El juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación, tratándose de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido; y,*
7. *El juez del lugar donde se desempeña la administración de bienes comunes o ajenos al tiempo de interponerse las demandas de rendición, de aprobación o de desaprobación de cuentas o informes de gestión.*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 36, 295, 921, 931, 1238, 1267, 1594, 1950, 1954, 1956, 2019; C.P.C. arts. 8, 12, 14, 20, 21, 480, 486 incs. 1, 2 y 4, 504 inc. 1, 511, 520, 546 incs. 1, 2, 4 y 5, 560, 655, 774; C.D.I.P. arts. 323, 324, 325, 326; R. 097-2013-SUNARP/SN art. 16.

Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

CARNELUTTI (2006: p. 211 y ss.; p 218 y ss.) enseña que la *facultas* es un poder jurídico en virtud del cual el ordenamiento jurídico concede a un particular un poder de obrar para desarrollar el propio interés, es decir, la facultad no tiende a desarrollar la conducta ajena. Y como contrapartida a este poder se encuentra

el deber jurídico llamado *vínculo*, el cual implica estar ligado a fin de que no se impida a otro hacer lo que le place, es decir, no poder impedir que otro haga, porque el Derecho impide ese impedimento.

Con lo dicho lo que se quiere mostrar es que cuando uno tiene una facultad, es porque se encuentra en situación de alternativa y, por lo tanto, cuenta con, cuando menos, dos opciones entre las cuales elegir. El deber de todos los demás –llamado *vínculo*– consiste en dejar que el sujeto facultado elija lo que crea conveniente, y una vez que así lo decida, no nos podemos oponer a tal decisión, porque justamente el ordenamiento prohíbe que nos oponamos a la toma de esa decisión. Esa es la característica principal de la facultad en contraposición al *vínculo*.

Ahora bien, las reglas generales de la determinación de la competencia enseñan que la competencia territorial se determina, en las pretensiones personales por el domicilio del demandado, y en las pretensiones reales, por el lugar de la situación de la cosa. Entre tanto, la competencia por razón de la materia se determina entre jueces de un mismo territorio según la naturaleza de la cuestión debatida. El turno, se establece por la fecha de iniciación de la causa entre los jueces de la misma competencia. Y en la competencia por grado, la que corresponde al superior jerárquico dependerá de la clase y forma de la interposición de los recursos (ALSINA, 1957: pp. 514-515).

El artículo 24 del CPC regula algunos supuestos puntuales de lo que se conoce como competencia facultativa, entendiéndose por tal aquella en donde queda a total discrecionalidad del demandante la elección del juez competente, si bien la pauta general en este rubro se encuentra contenida en el artículo 14 del Código (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 145).

Ciertamente, como punto de partida se tiene que el demandante puede decidirse por la competencia del juez del lugar del domicilio del demandado, como canon ordinario; pero el artículo en mención le permite en algunos casos puntuales decidirse por otro fuero. De allí la denominación de fuero facultativo, como indicamos al inicio.

Como se verá a continuación, el recorrido que hace el artículo 24 a lo largo de sus siete incisos, intenta abarcar los principales temas del Derecho Civil, recordando que la competencia se puede establecer a base, esencialmente, de tres aspectos: la presencia de las partes (elemento personal), la presencia de los bienes (elementos real), o los instrumentos del proceso para la facilidad probatoria (elemento instrumental o procesal probatorio) (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 145). Estos fueros sirven para indicar que un órgano jurisdiccional es competente, por razón de territorio, para conocer de determinada causa (ROCCO, 1983: p. 75).

2. LA COMPETENCIA PARA LOS DERECHOS REALES

Como se conoce los derechos reales son aquellos en donde se vincula un sujeto con un objeto o cosa, de tal modo que implica un poder del sujeto sobre la cosa, oponible, por lo regular *erga omnes* y que concede al titular múltiples atributos respecto del bien.

El inciso 1 del artículo 24 del CPC prescribe que cuando estemos ante pretensiones sobre derechos reales será competente el juez del lugar donde se encuentre el bien o bienes materia de la relación jurídico-real o mixta. Se trata del llamado *forum rei sitae*. En este caso la solución normativa es la adecuada porque, aun cuando puede discutirse la naturaleza de la acción, a los efectos de determinar la competencia se la considera como real (ROCCO, 1983: pp. 77-78; cfr. ALSINA, 1957: p. 672).

Entiéndase, entonces, que el Código no diferencia si se trata de bienes muebles o inmuebles, y en tanto no precise esa diferenciación, se debe comprender a ambos tipos de bienes en la norma, bajo el conocido adagio: *No se debe distinguir donde la ley no distingue* (cfr. CHIOVENDA, 1922: p. 670).

Este primer inciso recurre a un criterio de determinación de la competencia de índole real, lo cual se explica por la conveniencia de que el juez se halle próximo a aquello que pueda tener que ser sometido a inspección. Este criterio cobra relevancia para los inmuebles, ya que los muebles, por lo general, pueden ser trasladados ante el juzgador sin mayor inconveniente (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 145).

Por otro lado, el mismo artículo es contundente al precisar que para los casos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos, el competente será el juez donde se ubique el inmueble.

Al respecto hay que precisar que, aunque el Código se refiera solamente a bienes inmuebles, es totalmente viable que alguna de estas instituciones se materialicen respecto de bienes muebles, como por ejemplo, el retracto (ver art. 1594 del CC), el título supletorio (ver art. 504 inc. 1 del CPC), la prescripción adquisitiva (ver art. 951 del CC), la expropiación (ver art. 520 y ss. del CPC) o los interdictos (ver art. 921 del CC), supuestos en los cuales sería de aplicación la misma regla, o sea la competencia correspondería al magistrado donde se ubicase el bien mueble.

No hay que perder de vista que el artículo 20 prevé una regulación especial para el caso de la expropiación, tal y como ya se mostró líneas atrás. Ciertamente, el artículo 20 del CPC señala que para la expropiación, tratándose de bienes inscritos, es competente el juez del lugar en donde el derecho de propiedad se encuentra

inscrito, y si la expropiación versara sobre bienes no inscritos, es competente el del lugar donde el bien está situado.

Por tanto, se siembra la duda en el caso de los inmuebles inscritos, pues según el artículo 20 es competencia del juez donde se hubiese inscrito el derecho de propiedad, mientras que según el artículo 24 es competencia del juez donde se ubique el inmueble. Esta incertidumbre se despeja desde que todo inmueble se debe inscribir en el Registro del lugar donde se encuentra ubicado (cfr. art. 2019 del CC), con lo cual coincidiría plenamente con el lugar de ubicación.

Conectado a ello es posible que un inmueble se ubique dentro del ámbito territorial de más de una oficina registral, caso en el cual se permite la inscripción en cualquiera de las oficinas a solicitud del interesado, tal y como se dispone en el artículo 16 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. En este caso la duda resurge si es que sobre el inmueble recae más de una competencia territorial judicial. Al respecto, a fin de unificar criterios, estimamos que será de competencia del juzgador donde se hubiese inscrito el inmueble.

Por último, el inciso prescribe que si se comprendiese dentro de la demanda a una multiplicidad de inmuebles situados en diversos lugares, el proceso será de competencia del juez del lugar de cualquiera de ellos. En fin, aunque el Código no lo precise debe entenderse que cuando se tratase de varios bienes pero muebles situados en diversos lugares, se tendría que aplicar la misma regla, o sea la de que la competencia recae en el juez del lugar de cualquiera de ellos.

3. LA COMPETENCIA PARA ASUNTOS CONYUGALES

El inciso 2 del artículo 24 en estudio refiere que en general, para el caso de temas conyugales el juez competente será el del último domicilio conyugal. El artículo se dedica a precisar las pretensiones de este tipo y abarca la nulidad del matrimonio, el régimen patrimonial del matrimonio, la separación de cuerpos, el divorcio y la patria potestad.

Esto se relaciona estrechamente con el mandato establecido en el artículo 36 del CC que prescribe que el domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.

Como se sabe la nulidad del acto matrimonial refiere un supuesto de ineficacia estructural del matrimonio, es decir, de un defecto severo al momento de su celebración. Por lo regular se demanda esta pretensión en el lugar donde se celebró el acto nupcial, pero el legislador ha dispuesto que la competencia recae en el juez del lugar del último domicilio conyugal. Es decir, si una pareja se casó en

Ancash, pero vivió los últimos días de convivencia en Trujillo, será el juez de este lugar el competente.

En el caso del régimen patrimonial, se refiere a que es posible vía judicial alterar el régimen patrimonial del matrimonio, el cual comprende dos supuestos: el de la separación de patrimonios y el de gananciales. Por mandato legal (art. 295 del CC), cuando no se precise el régimen elegido al inicio de la vida matrimonial, se presume que se ha optado por el régimen de sociedad de gananciales. Cuando se intente alterar este régimen, sea pasando al de gananciales o al de separación de patrimonios, es necesario recurrir al juez del lugar del último domicilio conyugal.

El proceso de separación de cuerpos implica que los cónyuges tienen como deber jurídico la cohabitación, y si desean seguir casados pero eliminar este deber, es necesario recurrir donde el juez para que declare viable la separación de derecho. En este caso, el artículo manda que dicho trámite será competencia del juez del último domicilio conyugal.

Conectado a lo anterior, el divorcio ya no solo rompe el deber de cohabitación sino que concluye con el vínculo matrimonial; por eso nuestro CC permite ir directamente al divorcio o transitar preliminarmente por la separación de cuerpos para ulteriormente disolver el vínculo. En ambos casos el juez competente será el del último domicilio conyugal.

Y como el artículo es claro en señalar que para los casos de divorcio la competencia será siempre del juez del último domicilio conyugal, debe entenderse que dicha disposición comprende tanto al divorcio por mutuo consenso como al divorcio por causal. No obstante, en este último caso —o sea del divorcio por causal— se ha dicho, no sin discusión, que el cónyuge demandante podría recurrir al juez del último domicilio conyugal, o, basado en el artículo 14 del CPC, al juez donde domicilia el cónyuge demandado (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 146; ALSINA, 1957: p. 667).

Por último, este inciso refiere que todos los temas conectados con la patria potestad también se ventilarán ante el juez del último domicilio conyugal. En este rubro, nos parece que no hay coherencia entre el supuesto y la consecuencia normativa, porque la patria potestad es independiente del matrimonio, pues es totalmente factible que una pareja tenga hijos sin necesidad de estar casados, peor aún sin necesidad de convivir, por lo que es totalmente viable que exista un caso de patria potestad donde los progenitores no hayan convivido, o que hayan convivido sin casarse, y por ende, no tengan, en puridad, último domicilio conyugal.

El asunto se torna más incierto cuando recordamos que en el artículo 21 del CPC se prescribe que en materia de patria potestad, tutela y curatela, se trate o no

de asuntos contenciosos, es competente el juez del lugar donde se encuentra el incapaz. Por tanto, la interrogante que surge consiste en saber por qué se da esta aparente contradicción.

A nuestro parecer la respuesta, partiendo de una interpretación armonizadora del ordenamiento normativo, sería que preliminarmente en casos de patria potestad la competencia sería del juez del lugar donde se encontrase el incapaz, a menos que se trate de temas conectados a la patria potestad ejercida por una pareja de cónyuges, supuesto en el cual se aplicará el artículo 24 inciso 2, es decir, que la competencia corresponde al juez del lugar del último domicilio conyugal.

4. LA COMPETENCIA PARA ALIMENTOS

Ya se conoce que los alimentos refieren lo necesario para que un sujeto pueda desenvolverse en su vida cotidiana. Por ello abarca propiamente la alimentación o sustento, pero también el vestido, la habitación, la educación, la salud y asistencia médica, la educación e instrucción, la capacitación para el trabajo y hasta la recreación (PLÁCIDO VILCACHAGUA, 2001: p. 350). A lo dicho hay que añadir que por la modificación introducida por la Ley N° 30292 del 28 de diciembre de 2014, dentro del rubro de los alimentos se considera hoy a los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto.

El inciso 3 del artículo 24 del CPC en estudio, es claro en establecer que además del domicilio del demandado, el demandante puede elegir al juez del domicilio del demandante para el caso de las pretensiones alimenticias que, como sabemos, comprenden los casos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos (cfr. ALSINA, 1957: p. 667).

Sobre este tema basta precisar que, de modo concordante, por mandato del artículo 560 del CPC, corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de este, añadiendo que el juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio.

5. LA COMPETENCIA PARA OBLIGACIONES

Las obligaciones son relaciones intersubjetivas de contenido patrimonial, es decir, a través de ellas se vinculan cuando menos dos sujetos en donde –hablando siempre en plano estático– uno de ellos, llamado deudor, tiene que cumplir una prestación a favor del acreedor, que viene a ser el otro polo de la relación. Dicha prestación tiene como característica esencial la de tener contenido patrimonial, o sea, susceptible de reducirse finalmente a un aspecto monetario.

En tal sentido, el inciso 4 del artículo 24 del CPC establece que para el caso de obligaciones el juez competente será el del lugar donde se haya fijado el cumplimiento de la obligación, o más exactamente, el lugar para la ejecución de la prestación materia de la obligación (vide CHIOVENDA, 1922: p. 666; ROCCO, 1983: p. 77).

Es este un supuesto del llamado fuero convencional, por cuanto, el lugar fijado por las partes para el cumplimiento de la obligación determina antefadamente la competencia ante un eventual litigio por tal motivo (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 146).

Para terminar, como para nuestro CC en caso no señalarse el lugar del cumplimiento de la obligación, se deberá entender que ella debe cumplirse en el domicilio del deudor (cfr. art. 1238), a menos que el pacto, la ley o las circunstancias digan lo contrario, será competente el juez del lugar del domicilio del deudor.

6. LA COMPETENCIA PARA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad civil extracontractual implica la responsabilidad de un sujeto por la generación de un daño efectivo a otro sin mediar un pacto previo entre ellos cuya inexecución sea la causa del menoscabo. O sea, en estos casos el daño es resultado del deber genérico de no dañar, el cual es incumplido por alguno de los factores de atribución de responsabilidad previstos en la ley, sean estos subjetivos u objetivos. Este daño debe estar conectado causalmente de modo adecuado al hecho ilícito generador por el agente dañante, a efectos de que este se vea en el deber de indemnizar el perjuicio irrogado.

Justamente el inciso 5 del artículo 24 del CPC precisa que para los casos de responsabilidad civil extracontractual la competencia para las pretensiones indemnizatorias se la confiere al juez del lugar donde ocurrió el evento dañoso.

Sirve aquí la regla del fuero especial por la cual la determinación de la competencia será resultado del lugar de la generación de la obligación aunque esta haya emanado de un delito (Rocco, 1983: p. 77).

En este caso se recurre a un criterio instrumental que atiende a la presencia o facilidad de la producción de las pruebas, pues el lugar donde ocurrió el hecho dañoso es la sede donde racionalmente deben encontrarse las pruebas del proceso; por ello, este quinto inciso de la norma considera como competente al juez del lugar donde ocurrió el daño (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 146).

7. LA COMPETENCIA PARA LOS ASUNTOS GENERADORES DE OBLIGACIONES

Las obligaciones suelen tener su fuente o en la legislación o en la voluntad de los privados manifestada a través de contratos. Esa obligación, entonces, se materializa o nace en un lugar o momento determinado, sea por el pacto entre los privados o por la subsunción del hecho generador en el supuesto de hecho de la norma legal correspondiente.

Precisamente, el inciso 6 del artículo 24 del CPC prescribe de modo diáfano que la competencia corresponde al juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación, tratándose de prestaciones derivadas de la gestión de negocios (ver art. 1950 y ss. del CC), enriquecimiento indebido (ver art. 1954 y ss. del CC), promesa unilateral (ver art. 1956 y ss. del CC) o pago indebido (ver art. 1267 y ss. del CC).

Al respecto anotaremos que la competencia en materia de obligaciones tiene como soporte el *forum contractus*, es decir, el lugar donde nació la relación jurídica sustantiva patrimonial vía contrato; sin embargo, hoy en día este criterio se ha expandido de modo que comprende también a la obligación nacida *ex contractu*, es decir, la surgida de modo no contractual, en particular, las nacidas de delito o cuasi delito, por lo que estamos ante lo que se conoce como *forum commissi delicti* (vide CHIOVENDA, 1922: p. 668). Es decir, se comprende no solo al lugar donde ha surgido la obligación de modo contractual, sino también el lugar donde ha nacido una obligación cualquiera emanada de un delito (Rocco, 1983: p. 77).

Como se puede ver, los supuestos previstos bajo este inciso propiamente no tienen como fuente generadora de la obligación al pacto entre los particulares. Por ejemplo, en el enriquecimiento indebido y el pago indebido, la fuente generadora que exige el deber de devolver lo obtenido sin causa es el mandato legal. Igualmente en la promesa unilateral, si bien hay una voluntad manifestada, ella no es vinculante en tanto no haya una respuesta de otro sujeto desde el otro polo, caso en el cual la ley misma establece el deber de cumplimiento de lo prometido. Y otro tanto acontece con la gestión de negocios, pues la asunción de las funciones se las ejerce careciendo de facultades de representación y sin estar obligado a ello.

8. LA COMPETENCIA PARA LOS ASUNTOS DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES

El artículo 24 del CPC culmina precisando en su inciso 7 que la competencia corresponde al juez del lugar donde se desempeña la administración de bienes comunes o ajenos al tiempo de interponerse las demandas de rendición, de

aprobación o de desaprobación de cuentas o informes de gestión (vide CHIOVENDA, 1922: p. 672).

El sustento de la determinación de la competencia, en este caso, es el criterio instrumental, pues la competencia corresponde al juez donde se hallan los elementos de la administración donde se encuentren las pruebas de lo que pueda convertirse (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 146).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; CARNELUTTI, Francesco (2006): *Teoría general del Derecho*. Lima: ARA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. (2001): *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpression inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel (1994): *Derecho Civil III - Derecho de bienes - Parte general y derecho de propiedad*, 8ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor S.A.; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1997): *Derecho Civil II - Derecho de las Obligaciones - La obligación y el contrato en general*, vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor SL; ALPA, Guido (2001): *Responsabilidad civil y daño - Lineamientos y cuestiones*. Traducción a cargo de Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica Editores; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José A. (1986): *Curso de Derechos Reales - Propiedad y posesión*, vol. I. Madrid: Civitas; AREÁN, Beatriz (1994): *Curso de Derechos Reales*, 3ª ampliada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; ALZAMORA, Lizardo (1946): *Derecho Romano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; BORDA, Guillermo A. (1998): *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, 8ª ed. actualizada, vols. I y II. Buenos Aires: Editorial Perrot; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998a): *Derecho familiar peruano - Sociedad conyugal*, 9ª ed., vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1998b): *Derecho familiar peruano - Sociedad paterno filial - Amparo familiar del incapaz*, 9ª ed., vol. II. Lima: Gaceta Jurídica; COLMO, Alfredo (1944): *De las obligaciones en general*, 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda.; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de*

Derecho Civil - Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión. Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. I. Madrid: Instituto Editorial Reus; DIEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial - Las relaciones jurídico-reales - El Registro de la Propiedad - La posesión*, 4ª ed., vol. Tercero. Madrid: Civitas; DÍEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial - Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., vol. II. Madrid; ESCOBAR ROZAS, Freddy (2002): *Teoría general del Derecho Civil - 5 ensayos*. Lima: ARA. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011): *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 6ª ed. Lima: Rodhas; FERRERO COSTA, Raúl (1999): *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Editora Jurídica Grijley; GONZALES BARRÓN, Gunther (2005): *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores; GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter y otros (2004): *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, vol. VI. Lima: Gaceta Jurídica Editores; LEÓN HILARIO, Leysser Luggi (2007): *Derecho de las relaciones obligatorias - Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores E. I. R. L.; MARADIEGUE RÍOS, Roberto (2000): *Derecho de Obligaciones - Manual teórico práctico*, vol. I. Trujillo: Empresa Editora Nuevo Norte S. A.; MARADIEGUE RÍOS, Roberto (2001): *Derecho de Obligaciones - Manual teórico práctico*, vol. II. Trujillo: Empresa Editora Nuevo Norte S. A.; MARADIEGUE RÍOS, Roberto (2002): *Derecho de Obligaciones - Manual teórico práctico*, vol. III. Trujillo: Empresa Editora Nuevo Norte S. A.; MAZEAUD, Henri, León MAZEAUD y Jean MAZEAUD (1960): *Lecciones de Derecho Civil - Derechos reales principales: El derecho de propiedad y sus desmembraciones*. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol. IV. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y Jean MAZEAUD (1960): *Lecciones de Derecho Civil - Parte segunda: cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones*. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol. III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; OSTERLING PARODI, Felipe (1994): *Tratado de las Obligaciones*, 9 vols. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y NÚÑEZ SÁENZ, Ysmael (2004): *Teoría de las Obligaciones - concepto, estructura e incumplimiento*. Lima: Jurista Editores EIRL; PERALTA ANDÍA, Javier Rolando (1996): *Derecho de Familia en el Código Civil*, 2ª ed. Lima: Moreno S. A.; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex F. (2001): *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés - Los bienes*. Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, vol. III. La Habana: Cultural S.A.; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés - Las obligaciones - Primera y segunda parte*. Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, vols. VI y VII. La Habana: Cultural S. A.; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio (1997): *Curso de obligaciones*. Lima: Editorial San Marcos; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2004): *Tratado de los Derechos reales - Teoría general de los Derechos reales - Bienes - Posesión*, vol. I. Lima: Rodhas; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001): *Elementos de la responsabilidad civil - Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual*. Lima: Grijley; TAMAYO JARAMILLO, Javier (1999): *De la responsabilidad civil*, tomos I, II y III. Bogotá: Temis; VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda (1998): *Derecho de Familia - sociedad paterno filial. Amparo familiar del incapaz. Jurisprudencia*. Lima: Huallaga; VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador (2004): *Derecho de Obligaciones*. Arequipa: Editorial Adrus.

Artículo 25

Prórroga convencional de la competencia territorial

Las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1, 34; C.P.C. arts. 5, 6, 7, 8, 14, 25, 35; C.D.I.P. arts. 318, 320, 322.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

La competencia, como potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano (Rocco, 2005: p. 29), por regla general, es de interés público, y ello en razón de que mira a la organización de la función judicial y hace referencia a la distribución y asignación de funciones entre los varios funcionarios que componen uno de los órganos del Estado (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 104). Por ello, en el artículo 6 del CPC se dispone como precepto ordinario que la competencia civil no puede renunciarse ni modificarse.

Sin embargo, sabemos que la competencia puede ser absoluta o relativa. Será absoluta o improrrogable cuando su observancia se torna en irrestricta e ineludible, producto de normas vinculantes o *cogentes*; en cambio, será relativa cuando su observancia no sea rígida pudiendo las partes prorrogarla. Con ello se suele determinar a la competencia por diversos rubros, los cuales refieren la materia, la cuantía, el territorio, la función, la conexión y el turno.

El artículo 25 del CPC regula la posibilidad de relativizar la competencia territorial a través de un pacto entre las partes de la relación jurídico-sustantiva, quienes vendrían a ser, potencialmente, los polos de la relación jurídico-sustantiva.

2. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

Como ya anotamos la competencia se suele determinar a través de algunos criterios, de los cuales se desprende la posibilidad o imposibilidad de prorrogarla.

Por materia, se trata de una especie de competencia absoluta pues tiene carácter definitivo e inmodificable, aun por las partes y se determina por la naturaleza de la pretensión procesal y por las disposiciones legales que la regulan.

Por cuantía, se toma en consideración el monto de las pretensiones procesales que se plantean en la demanda; por un lado, para determinar el juez que debe conocer la demanda, y por otro, para establecer el procedimiento en que se debe substanciar el asunto. También es un supuesto de competencia absoluta.

Por territorio, se refiere al ámbito territorial donde va a ejercer su función jurisdiccional el titular de la decisión. En este caso se trata de una competencia relativa, pues este tipo de competencia ha sido prevista para economía de las partes, por lo que puede ser prorrogada.

Por función o razón de grado, se trata, primero, de la competencia que tiene que ver con la jerarquía de los organismos jurisdiccionales. Por lo que, si por la naturaleza de la pretensión u otra análoga, no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, el asunto es de competencia del juez civil. Es un tipo de competencia absoluta.

Por razón de conexión con otros procesos, en este tipo de competencia se toma en consideración la conexidad que existe entre las pretensiones procesales, donde está de por medio la economía procesal y la unidad de criterio. Al respecto, propiamente la conexión no es un factor de competencia ni un criterio para determinarla, sino una razón para modificarla o extenderla a casos para los cuales no la tiene el juez, individual o separadamente. Gracias a ella un juez que no es competente para una causa o para algunas de las pretensiones formuladas en una demanda, o en excepciones o reconveniciones presentadas en el mismo juicio, puede conocer de ellas, en virtud de su acumulación a otras que sí le corresponden. La conexión no puede modificar la competencia cuando la Ley la ha asignado con el carácter de privativa o improrrogable, ni cuando las diversas pretensiones o los varios procesos no son acumulables (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 121).

En fin, por razón de turno, es un criterio para fijar la competencia de juzgados y salas de igual jerarquía y que tienen la misma competencia por razón de la materia, territorio y cuantía.

3. LA PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

La prórroga no versa sino sobre un fuero dispositivo por las partes (CHIOVENDA, 1922: p. 679). Como acabamos de decir, uno de los criterios para determinar la competencia es el territorio. En este caso se trata de una competencia

relativa, pues este tipo de competencia ha sido prevista para economía de las partes, por lo que puede ser prorrogada (cfr. art. 34 del CC).

En efecto, como la competencia territorial se determina por el domicilio de la persona o la situación de la cosa, se puede inferir que ella es relativa y, por consiguiente, renunciable por las partes; mientras que la competencia por materia, valor, turno y grado deviene en absoluta, porque se funda en una división de funciones que afecta al orden público y, por lo tanto, no modificables por las partes ni por el juez (ALSINA, 1957: p. 515; CHIOVENDA, 1922: pp. 602-604; ROCCO, 1983: pp. 46-48).

No obstante, si bien la regla general es que la competencia territorial pueda ser prorrogada, ello requiere una precisión. La prórroga de la competencia territorial debe operar cuando el litigio verse sobre asuntos patrimoniales, pues el interés protegido es el de las partes, por lo que el legislador les procura el juez que más cómodo les resulte, por ello se admite el libre despliegue de la autonomía de la voluntad privada, sea a través de las cláusulas procesales de contratación o de la prórroga tácita. Empero, si no versa sobre aspectos patrimoniales, se entiende que la competencia territorial interesa al orden público, porque es la administración de justicia la protegida, por ende, en estos casos, el régimen se torna en imperativo. De lo que debemos colegir que no todo supuesto de competencia territorial es prorrogable (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 133).

El artículo 25 del CPC en estudio justamente habla de la posibilidad de prorrogar convencionalmente la competencia territorial. Pero como se trata de un acuerdo convencional, se requiere que las partes a través de un escrito decidan voluntariamente someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que corresponde según las reglas generales de la competencia. Es lo que se conoce como *pactum de foro prorrogando* (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 106; ROCCO, 1983: p. 48).

Con lo dicho, más que un supuesto de alteración de la competencia territorial a través de la prórroga, se ha dicho que estamos ante un supuesto por el cual las partes, dentro de su autonomía de voluntad permitida por el ordenamiento jurídico, se aseguran un determinado juez como el competente para sus eventuales litigios (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 148).

Al respecto, nos parece necesario traer a colación la opinión de Hugo ALSINA (1957: p. 515), para quien, en puridad, en estos casos, no es la competencia, sino la incompetencia la que puede ser absoluta o relativa, y así se dice que un juez tiene incompetencia relativa cuando la persona demandada o la cosa objeto del litigio están fuera de su circunscripción territorial, porque su incompetencia nace de una circunstancia relativa a la persona o a la cosa, en tanto que tiene incompetencia absoluta para conocer de una cuestión por materia, con independencia de la persona o del objeto litigioso.

Por último, el mismo artículo 25 del CPC en su parte final establece que esta permisión de prórroga convencional no será permisible en caso de que la ley declare taxativamente que dicha competencia para un caso puntual es improporrogable. Y ello es así porque la voluntad de los privados no puede estar por encima de una norma jurídica de naturaleza imperativa, tal y como se precisa en el artículo V del Título Preliminar del CC.

Dicho de modo más sencillo, las partes, voluntariamente pueden modificar la competencia determinada por materia de territorio, siempre y cuando no existe mandato legal en contra.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*. Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es improcedente la demanda que solicita el otorgamiento de escritura pública respecto de acciones y derechos que le corresponden a los codemandados sobre inmuebles ubicados en Arequipa y adquiridos mediante transacción extrajudicial en Lima, pues, le corresponde conocer al juez del lugar del domicilio de la demandada, salvo que hubieren convenido someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que le corresponde (*Exp. N° 36592-99*).

Artículo 26

Prórroga tácita de la competencia territorial

Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 141; C.P.C. arts. 5, 7, 8, 14, 25, 35; C.D.I.P. arts. 318, 320, 322.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina de los actos jurídicos procesales hunde sus raíces en la construcción doctrinal elaborada para el acto jurídico sustantivo. En esta esfera se puede ver que los modos de manifestación de la voluntad son expresos o tácitos (ver art. 141 del CC), aunque, con algo de discusión, se pueden agregar los presuntos. La expresión de voluntad tácita, que es la que nos interesa en este rubro, implica el despliegue de una conducta de la cual se infiera indubitablemente la voluntad interna del actor.

Entre los múltiples actos procesales desplegados por las partes, sabemos que constituyen actuaciones estelares o fundamentales en el proceso la presentación de la demanda y su contestación o comparecencia del demandado.

El artículo 26 del CPC habla justamente de la prórroga de la competencia como un supuesto de manifestación de voluntad tácita. Esta figura es lo que se conoce como *forum destinatae solutionis* (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 119).

2. EL SUPUESTO DE PRÓRROGA TÁCITA DE LA COMPETENCIA PARA EL DEMANDANTE

El artículo 26 del CPC en estudio señala algunos supuestos de hecho para que estemos ante un supuesto de prórroga tácita, dependiendo desde la perspectiva activa o pasiva de la relación jurídico-procesal, es decir, desde el demandante o demandado.

Para el caso del demandante, se estima como un supuesto para que opere la prórroga tácita la sola presentación de la demanda ante un juzgador incompetente para su cognición. Queda en evidencia el razonamiento del codificador en este punto, pues si el demandante no interpuso la demanda ante el juez competente,

el legislador asume que ha querido prorrogar la competencia con la presentación de la demanda en otro juez. Es decir, no ha querido someter su causa a un juez sino a otro.

Claro está que el legislador no parte del supuesto en el cual el demandante desconozca del asunto de la distribución de la competencia, y no la asume como cierta porque la demanda –salvo en casos muy puntuales como en la ausencia de defensa cautiva– requiere siempre firma de letrado, y es inobjetable que el letrado deberá conocer el asunto de la determinación de la competencia al momento de la presentación de la demanda. Ergo, se ratifica que si el demandante presenta su escrito en un juez distinto, ha decidido que sea otro juez quien conozca su caso, pero con ello también se corre el riesgo de que el demandado cuestione la competencia a través de la excepción correspondiente.

3. EL SUPUESTO DE PRÓRROGA TÁCITA DE LA COMPETENCIA PARA EL DEMANDADO

En efecto, por mandato expreso del artículo 446 del CPC entre las excepciones procesales que el demandado puede deducir tenemos a la de incompetencia. Como se conoce, las excepciones se dirigen, en esencia, a cuestionar aspectos de procedibilidad de la demanda, buscando llevar a cabo una defensa técnica que genere la paralización del proceso debido a un cuestionamiento de un presupuesto procesal o de una de las condiciones de la acción.

Un presupuesto procesal es la competencia del juzgador la cual es atacada justamente por la excepción llamada de incompetencia, de tal modo que si el demandado estima que el juez que ha admitido la demanda no es el competente, podrá deducir esta excepción a efectos de paralizar la controversia. En este punto es necesario resaltar que llama poderosamente la atención que la primera excepción prevista por el artículo 446 del Código discuta la competencia del juzgador, cuando del artículo 427 se ha retirado tal supuesto. Es decir, la competencia es un presupuesto procesal, y si recordamos que un presupuesto procesal se entiende como una condición a fin de que pueda darse un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia, sea favorable o desfavorable sobre la pretensión en discusión, no es del todo sistemático que se la haya descartado como supuesto de improcedencia y se la siga manteniendo como supuesto de excepción.

Así las cosas, en el mismo derrotero y bajo el mismo razonamiento utilizado para la actuación tácita del demandante, tenemos que si el demandado al momento de comparecer, sea contestando la demanda, deduciendo alguna excepción o a través de cualquier acto procesal, no hiciera reserva o dejase transcurrir el plazo correspondiente sin cuestionar la competencia, generaría con su accionar el

entendimiento de que tácitamente ha aceptado la prórroga de la competencia propuesta por el demandante, pues pudiendo discutirla no lo hizo (vide CHIOVENDA, 1922: pp. 601 y 680).

En una palabra, el demandado prorroga la competencia por el simple hecho de hacer cualquier gestión, después de apersonarse en el juicio, que no sea la de proponer en cualquier forma la declinatoria (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 105).

Este supuesto de sumisión –pues a través suyo las partes exteriorizan su voluntad para que el juez que defina el litigio sea uno diverso al llamado legalmente– es conocido doctrinariamente como prorrogación o pacto de foro prorrogado (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 150), pero haciendo hincapié en que se trata de un pacto de índole tácita.

4. LA CALIDAD DE COMPETENCIA RELATIVA COMO PRESUPUESTO

Aunque el artículo 26 del CPC en estudio no lo diga expresamente, debe quedar en claro que la regulación propuesta solamente será viable para el caso de una competencia prorrogable o relativa, como sucede, verbi gracia, con la territorial, no siendo susceptible de utilización frente a supuestos de competencias absolutas o improrrogables, pues ellas han sido establecidas de modo imperativo por el legislador, de modo tal que ningún accionar, menos aun de un particular, puedan alterarlas (cfr. LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 150).

Se llega a este resultado por sistematicidad, ya que el artículo anterior nos habla de la prórroga convencional de la competencia territorial, y, además, porque la sumilla colocada por el propio legislador para este artículo es la de prórroga tácita de la competencia territorial. Es decir, no todos los códigos han venido con sumillas que ayuden a la orientación de su contenido; no obstante, el CPC, en el año 1994 traía al interior de su texto oficial las sumillas colocadas al inicio de cada artículo, y para el caso del artículo 26 la sumilla refiere la prórroga tácita no de cualquier competencia sino de la territorial, con lo cual se ilustra su contenido.

En resumen, iniciada la litis ante un juez territorialmente incompetente, el demandado puede eventualmente callar, y su silencio, –o sea, cuando en la comparecencia de respuesta, o en general, en el primer acto defensivo del juicio, no denuncie la incompetencia– implica una adhesión a la competencia del juez que se ha acudido. Por ello, si denunciase la incompetencia es deber suyo designar al juez que considera competente (Rocco, 1983: pp. 48-49).

Por último, se ha dicho que esta posibilidad de prórroga debe admitirse, no sólo bajo el criterio territorial, sino que además es menester que los conflictos sean

de naturaleza patrimonial, por cuanto, en estos casos, el interés protegido es el de los privados, admitiéndose el ejercicio de la autonomía de la voluntad; pues, en caso contrario (o sea, si no versa sobre aspectos patrimoniales), la competencia territorial interesa al orden público, siendo la protegida la administración de justicia, generando un régimen imperativo con la consecuente improrrogabilidad de la competencia (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 151).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. 3 vols. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. 1976. 1ª reimpresión, vol. I. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*. 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Lo que en esencia pretende la entidad impugnante es cuestionar la competencia del órgano jurisdiccional, cuando a lo largo del proceso, no ha deducido la excepción correspondiente, por el contrario, ha contestado la demanda, sometiéndose a la competencia del juzgador (*Cas. N° 1959-2012-Lima*).

La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud, y que cuando se emplaza a una persona natural es competente el juez del lugar de su domicilio y si se tratase de dos o más demandados lo será el del domicilio de cualquiera de ellos, siendo ello así, al haber tomado en cuenta las instancias de mérito una situación de hecho inexistente al momento de interponerse la demanda, se ha configurado la contravención denunciada, debiendo decretarse la nulidad de la recurrida, puesto que la demanda fue incoada ante el juez del domicilio de los demandados, dos de los cuales no aparecen haber cuestionado su competencia, produciéndose su prórroga tácita según lo dispuesto por el artículo 26 del Código Adjetivo, resultando, por tanto, competente el Juez de Maynas, conforme a la regla prevista en los artículos 14 y 15 del Código Procesal Civil (*Cas. N° 333-2004-Loreto*).

Artículo 27

Competencia del Estado

Es juez competente el del lugar donde tenga 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.

Cuando el conflicto de intereses tuviera su origen en una relación jurídica de Derecho Privado, se aplican las reglas generales de la competencia.

Las mismas reglas se aplican cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. VI, 14, 50, 64.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

1. INTRODUCCIÓN

El Estado puede ser concebido como un sujeto de derecho o un ente centro de imputación de deberes y atributos. Sin embargo, hay que precisar que el Estado, comprende dentro de sus componentes al poder (los otros son el territorio y la población), el cual se materializa a través de los entes que justamente detentan el poder público.

Por ello mismo se designa como relación de Derecho Público, el vínculo en donde uno de los polos de la relación es el Estado, o más exactamente, un ente gubernamental, el cual actúa con lo que se conoce en Derecho Administrativo como *potestades exorbitantes* (vide GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2013: p. 51 y ss.).

Es decir, en una relación de Derecho Público la Administración Pública ingresa con una posición privilegiada, pues la ley le concede estas potestades exorbitantes que no están presentes en una relación jurídica de Derecho Privado. Este conjunto de potestades y prerrogativas que caracterizan en gran parte el estatus de la Administración Pública ha sido denominado como autotutela administrativa y es consecuencia tanto del proceso de su formación histórica como de su vocación de servicio de naturaleza superior.

Y justamente porque el Estado aparece en la relación con estos poderes, es necesario generar un mínimo de garantías a favor del otro polo de la relación, que suele ser un privado, a fin de equilibrar meridianamente la relación.

En efecto, una de las clasificaciones de las personas jurídicas las divide en públicas y privadas, siendo las primeras las entidades que teniendo personalidad, están encuadradas en la organización estatal formando parte de ella en uno u otro sector (ALBALADEJO, 1996: p. 381).

El artículo 27 del CPC cumple con precisar las reglas a tener en cuenta para determinar la competencia en un caso en donde uno de los polos de la relación sea el Estado, o mejor dicho, un ente gubernamental.

Basta agregar que todo ente gubernamental actúa siempre a través de sus representantes que no son sino los funcionarios públicos a cargo de la administración.

2. LA COMPETENCIA ANTE HECHOS DE UN ENTE GUBERNAMENTAL

Antiguamente uno de los criterios para distribuir la competencia obedecía al tipo de actores, es decir, ciertos sujetos, por alguna característica especial tenían ciertos privilegios de los que no gozaba un sujeto común y corriente. Evidentemente este criterio fue superándose a medida de que se entendió a la igualdad de trato ante la ley procesal (cfr. artículo VI del CPC). Sin embargo, se mantiene en algunas esferas muy puntuales, como sucede por ejemplo con el antejuicio o las medidas previas por las que tiene que pasar una autoridad de alto nivel, como un congresista o el Presidente de la República, antes de ser sometido a un fuero común.

Una de esas pocas excepciones en donde se utiliza el criterio subjetivo para determinar la competencia mira a la calidad de públicas de las personas que conforman las partes de un proceso: nación, municipios, etc., cuando la ley señala jueces especiales para conocer de sus litigios (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 101).

Así las cosas, sabemos que el Estado puede desplegar sus actividades en distintos ámbitos: nacional, regional o local. En el primer caso, o sea para el ámbito nacional, los entes gubernamentales representantes del Estado, por lo regular tienen su sede en la capital de la República, o sea, en Lima. Sin embargo, pueden ellos contar con organismos desconcentrados a lo largo de todo el territorio nacional. Para el caso regional ocurre lo propio, pues por lo regular los entes de gobierno regional tienen su sede en la capital de la Región, pero no hay óbice para contar con oficinas en todo el territorio regional. El asunto de los departamentos, entendible en la fecha de dación del CPC, no es ya aplicable por cuando los departamentos dieron paso a las regiones, de modo tal que, en puridad, el Perú, políticamente

se divide en regiones y ya no en departamentos. Por último, en el ámbito local, son las municipalidades las que detentan el poder estatal y, a de modo similar a los anteriores, sus sedes se encuentran en las capitales de provincia o distritos, según sea el caso.

El artículo 27 del CPC es claro en prescribir que cuando sea Estado el que forme parte de la relación jurídico-procesal en calidad de demandado, será el competente el juez donde se ubique la oficina o repartición del gobierno estatal respectivo.

Dicho de otra manera, el Estado, a través de sus distintos niveles de gobierno, puede generar hechos o actos dignos de reclamo o tutela ante el órgano judicial. Para estos casos se precisa que el juez competente será el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional Local o ente de Derecho Público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama.

3. LA COMPETENCIA ANTE HECHOS DE UN ENTE GUBERNAMENTAL DESPROVISTO DE SUS POTESTADES EXORBITANTES

Hemos dicho al inicio de este comentario, que el Estado puede ingresar a formar parte de las relaciones jurídicas con particulares, llevando consigo sus potestades exorbitantes (cfr. ALBALADEJO, 1996: p. 384), lo cual genera un desnivel en la relación que es necesario sopesar a través de un conjunto mínimo de garantías a favor del privado.

Pero también el Estado puede ingresar a formar parte de relaciones jurídicas privadas, es decir, donde ingresa como un sujeto más, ya que se encuentra desprovisto de tales potestades exorbitantes, como sucede, por ejemplo, cuando un ente estatal necesita arrendar un inmueble donde instalar su local de atención.

Cuando estamos bajo uno de estos supuestos, no es de aplicación la primera parte del artículo 27 del CPC, sino las disposiciones generales estatuidas para la competencia, pues, como lo antelamos, el Estado actúa como un particular más. Es por tal razón que en el segundo párrafo del anotado artículo se precisa que cuando el conflicto de intereses tuviera su origen en una relación jurídica de Derecho Privado, se tendrán que aplicar las reglas generales de la competencia.

4. LA COMPETENCIA PARA ÓRGANOS CONSTITUCIONALMENTE AUTÓNOMOS Y FUNCIONARIOS

La función estatal también puede ser ejercida a través de organismos constitucionalmente autónomos, que no son sino aquellos entes estatales cuya existencia y regulación nacen del propio texto constitucional; es decir, es la propia Constitución

Política la que les ha dado vida y establece de modo general sus funciones. Entre tales entes tenemos al Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la ONPE, el JNE, el Reniec, el Consejo Nacional de la Magistratura, etc.

El artículo 27 del CPC termina señalando que las mismas reglas se aplican cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones.

Ello quiere decir que cuando un órgano constitucionalmente autónomo forma parte de la relación jurídica con potestades exorbitantes (es decir, estamos inmersos en una relación de Derecho Público) se aplicará la primera parte del referido artículo 27, o sea, será competente el juez del lugar donde tiene su sede el organismo constitucionalmente autónomo. Pero si actuara como un sujeto privado más, será de aplicación la segunda parte del artículo 27, es decir, la competencia se regula según las normas generales, pues el órgano autónomo constitucionalmente estará actuando como un sujeto cualquiera, sin privilegio alguno.

Todo este mismo razonamiento se utilizará para el caso del funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o en ejercicio de sus funciones, pues al hacerlo no actúa como un sujeto privado sino como un representante del Estado. Por tanto, al ingresar a formar parte de una relación jurídica ingresará con todas las potestades exorbitantes a su favor, motivo por el cual le es de aplicación la primera parte del artículo 27, es decir, será competente el juez del lugar donde tiene su sede el organismo constitucionalmente autónomo. Y como contrapartida, si el funcionario ingresase a la relación jurídica sin esos privilegios, pero en representación siempre de la entidad pública, la competencia se determinará por las reglas generales, pues el funcionario actúa como un simple representante de un ente privado cualquiera.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1996): *Derecho Civil - Introducción y parte general - Introducción y derechos de la persona*, 14ª ed., vol. I. Barcelona: José María Bosch Editor S.A.; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2013): *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., vol. I. Madrid: Civitas; VERAS PEÑA, Rosemary E. (2013): "Regulación en la República Dominicana del poder de autotutela de la Administración Pública". En: *Gaceta Judicial*. Julio. Disponible en: <http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/potestades+exorbitantes/WW/vid/516280038>.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*. 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del Proceso Civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El Derecho Constitucional establece que el Estado tiene dos formas de manifestación; una cuando lo hace en su condición de gobernante en relación a sus ciudadanos, lo cual se conoce como Derecho Público, y la otra cuando contrata con sus ciudadanos, que lleva el nombre de Derecho Privado, donde no ejerce autoridad alguna sino que sus relaciones se rigen bajo las normas jurídicas civiles en igualdad de condiciones (*Exp. N° 175-2001*).

Si los autos no fueron remitidos en primera instancia al Ministerio Público a efecto que se cumpla con el dictamen correspondiente, por imperio de la Ley N° 17537, en razón de ser el Estado parte en este proceso; sin embargo, acorde con el principio de trascendencia, aquella omisión en modo alguno causa perjuicio a los justiciables, por el contrario, tal declaración significaría contravenir la finalidad concreta y abstracta del proceso; así como atenta contra los principios de economía y celeridad procesal. El dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal en los casos establecidos, conforme lo señala el inciso b del artículo 89 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (*Exp. N° 4435-2000*).

La indemnización por inexecución de prestaciones derivadas de una norma legal laboral dictada por el Estado, como acto de gobierno, para regular la relación de una empresa del Estado con sus servidores, corresponde conocerla al juez laboral, al amparo del artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 4 de la Ley Procesal del Trabajo, por no ser materia contractual civil (*Exp. N° 212-99*).

Artículo 28**Determinación de la competencia funcional**

La competencia funcional queda sujeta a las disposiciones de la Constitución, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de este Código.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2 inc. 24 lit. f, 139, 143, 173; C.C. arts. 138, 143, 402 inc. 6; C.P.C. arts. X, 5, 7, 14, 35, 47, 488, 546, 547, 750; C.P. Const. arts. 93, 95; L.P.T. art. 4; L.O.P.J. arts. 26, 27, 32, 33, 35-37, 39, 40, 43-A, 46, 47, 49, 52-A, 53, 54, 57, 58, 60.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

1. INTRODUCCIÓN

Ya se dijo que la competencia, como potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano (Rocco, 2005: p. 29), puede ser absoluta o relativa. Será absoluta o improrrogable cuando su observancia se torna en irrestricta e ineludible, en cambio será relativa cuando su observancia no sea rígida pudiendo las partes prorrogarla. Con ello, se suele determinar a la competencia por diversos rubros, los cuales refieren la materia, la cuantía, el territorio, la función, la conexión y el turno.

Por función o razón de grado se trata, primero, de la competencia que tiene que ver con la jerarquía de los organismos jurisdiccionales, por lo que, si por la naturaleza de la pretensión u otra análoga, no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, el asunto es de competencia del juez civil (ver art. 14 del CPC *in fine*).

La competencia por grados encuentra sustento en nuestro Código Político (art. 139, inc. 6) que exige cuando menos una doble instancia en las causas, como componente de un debido proceso (cfr. art. X del CPC).

Haremos hincapié en que esta competencia funcional comprende tanto el grado como la etapa procesal en la que se desarrolla, de tal modo que la designación del juez competente se cumple no por causa de una cualidad del litigio sino por una cualidad de la actividad del cargo, o sea, de la función que está llamado a ejercer el juez. Así, los jueces se dividen por jerarquías de modo que se determina quién hará el primer examen y quién el segundo por vía de impugnación o consulta, siendo esta competencia de índole vertical antes que horizontal, como ocurre bajo el espectro territorial (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 155).

A diferencia de los demás criterios de determinación de la competencia que miran al modo de ser del litigio, el criterio funcional mira al modo de ser del proceso (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 101).

Ciertamente, propuesto el pleito ante un juez de los varios de primer grado que se pudieron elegir, la apelación no puede llevarse ante un juez de segundo grado de aquellos que hubieran podido ser competentes si el pleito hubiese sido iniciado en su jurisdicción; sino que debe llevarse ante el juez de segundo grado que ejerce esta función en la circunscripción territorial a que pertenece el juez de primera instancia, enlazando así el criterio territorial con el funcional. Pero si bien la competencia funcional se conecta estrechamente a la materia y al territorio, se trata de un tipo de competencia absoluta e improrrogable (CHIOVENDA, 1922: p. 648).

Con todo lo dicho es totalmente factible que una causa se inicie en un juzgado de paz letrado, en un juzgado especializado o en una sala superior, e, incluso, en una sala suprema; siendo que en la Corte Suprema, para cumplir con el principio de doble instancia, ella, a su vez, se divide en dos salas, siendo la Sala de Derecho Civil la primera instancia, y la Sala de Derecho Constitucional y Social, la segunda. El órgano de primera instancia se conoce como *iudex a quo* y el de segunda, como *iudex a quem*.

En el artículo 28 del CPC en estudio se establece que la competencia funcional o por razón de grado queda sujeta a las disposiciones de la Constitución, de la LOPJ y del mismo CPC.

2. LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE COMPETENCIA

Fuera del caso de la doble instancia, son pocos los artículos de nuestra Constitución Política que hablan de la competencia, y peor aún, de la competencia funcional. Más bien existen otros tantos referidos a la jurisdicción que bien podrían encajar en este rubro. Así vamos a dar una mirada muy breve a los artículos que estimamos se conectan más o menos directamente con esta parte del Código.

En el artículo 2, inciso 24, literal f) de nuestra Constitución se prescribe que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, siendo que el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, salvo en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, cuyo plazo es no mayor de quince días naturales, debiendo dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir *jurisdicción* antes de vencido dicho término.

En el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución se establece como uno de los principios de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad, no existiendo ni pudiendo establecerse *jurisdicción* alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral, por ende, no puede haber proceso judicial por comisión o delegación (cfr. art. 7 del CPC).

En el mismo artículo 139, el inciso 2 prescribe la independencia en el ejercicio de la *función jurisdiccional*, en virtud de la cual ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

El inciso 3 del mismo artículo 139 regula la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, por las cuales ninguna persona puede ser *desviada de la jurisdicción* predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas tal efecto, cualquiera sea su denominación.

Y por último, siempre dentro del artículo 139, tenemos al inciso 19 que prohíbe ejercer *función judicial* por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley, por lo que los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.

Hacia el artículo 143 se establece que el Poder Judicial está integrado por los órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, así como por los órganos que ejercen su gobierno y administración; siendo órganos jurisdiccionales la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.

En el artículo 173 de la Constitución se establece que en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al *fuero* respectivo y al Código de Justicia Militar, por tanto, estas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina.

Por último, en el artículo 202 inciso 3 se reconoce como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional conocer los *conflictos de competencia*, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

3. LAS DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

En el texto de la LOPJ podemos encontrar gran cantidad de artículos referidos a la competencia. En este rubro, daremos una mirada rápida a gran parte de ellos, haciendo hincapié en los conectados con la competencia funcional.

Para empezar, en el artículo 27, conectado al artículo 28 del CPC, se dice que los órganos jurisdiccionales cumplen su función con las especialidades y los procedimientos que establecen la Constitución y las leyes.

Ya en el artículo 26 se precisan que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial son la Corte Suprema de Justicia de la República; las cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales; los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas; los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede; y los juzgados de paz.

Hacia el artículo 32 se establecen las competencias de la Corte Suprema, siendo tales: los recursos de casación, las contiendas de competencia entre jueces de distritos judiciales distintos, las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso, las apelaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior, y la apelación y la consulta prevista en los artículos 93 y 95 del CPConst., respectivamente.

Siempre al interior de la Corte Suprema, las competencias de las salas civiles están previstas en el artículo 33 y son los recursos de apelación y de casación de su competencia, y las contiendas de competencia conforme al CPC. Y en el artículo 35 se precisan las competencias de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, entre las que tenemos: las consultas conforme al CPConst., los recursos de casación en materia de Derecho Laboral y Agrario cuando la ley expresamente lo señala; la apelación prevista en el artículo 93 del CPConst., y el recurso de casación en las acciones de expropiación, conforme a ley.

Desde otro lado, en el artículo 36 se prescribe que las cortes superiores tienen su sede en la ciudad señalada por la ley, y su competencia comprende el distrito judicial correspondiente. Conforme al artículo 37, cada Corte Superior cuenta con las salas especializadas o mixtas que señala el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Según el artículo 39, estas salas de las cortes superiores resuelven en segunda y última instancia, con las excepciones que establece la ley; y según el artículo 40, las salas civiles conocen los recursos de apelación de su competencia conforme a ley, y las quejas de derecho y contiendas de competencia que les corresponde también conforme a ley.

En el artículo 43-A se habla de las competencias de las salas de familia que, como se sabe, están estrechamente ligadas a la materia procesal civil. Ellas conocen en grado de apelación, los procesos resueltos por los juzgados de familia, las contiendas de competencia promovidas entre juzgados de familia del mismo distrito judicial y entre estos y otros juzgados de distinta especialidad de su jurisdicción territorial, y las quejas de derecho por denegatoria del recurso de apelación.

Desde el artículo 46 se habla de los juzgados especializados, estando dentro de ellos los juzgados civiles, los de familia y los de tránsito y seguridad vial, además de los mixtos, todos ellos con la misma jerarquía. Conforme al artículo 47, en cada provincia hay cuando menos un juzgado especializado o mixto, y su sede es la capital de la provincia y su competencia provincial. Los juzgados civiles, según el artículo 49, conocen los asuntos en materia civil que no sean de competencia de otros juzgados especializados, las acciones de amparo, los asuntos que les corresponden a los juzgados de familia, de trabajo y agrario, en los lugares donde no existan estos; los asuntos civiles contra el Estado, en las sedes de los distritos judiciales, y en grado de apelación los asuntos de su competencia que resuelven los juzgados de paz letrados.

En el artículo 52-A, conectedó a nuestro comentario, se fijan las competencias de los llamados juzgados especializados de tránsito y seguridad vial, y entre ellas tenemos a los procesos civiles relacionados con la determinación de responsabilidad e indemnizaciones por conductas peligrosas o lesivas realizadas en el contexto del tránsito vehicular.

Hacia el artículo 53 se determinan las competencias de los juzgados de familia, los cuales conocen, en materia civil, las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del CC y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del CNA; las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños y adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del CC, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del CNA y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402, inciso 6 del CC, las pretensiones referidas al derecho alimentario, contenidas en el Capítulo I del Título I de la Sección Cuarta del Libro III del CC y en el Capítulo IV del Título I del Libro Tercero del CNA; los procesos no contenciosos de inventarios, administración judicial de bienes, declaración judicial de desaparición, ausencia o muerte presunta y la inscripción de partidas a que se refiere la Sección Sexta del CPC, si involucran a niños o adolescentes; así como la constitución de patrimonio familiar si el constituyente es un menor de edad; las acciones por intereses difusos regulados por artículo el 204 del CNA; las autorizaciones de competencia judicial para viaje con niños y adolescentes; y las medidas cautelares y de protección y las demás de naturaleza civil.

Conocen, además, en materia tutelar, la investigación tutelar en todos los casos que refiere el CNA; las pretensiones referidas a la adopción de niños y adolescentes, contenidas en el Título II del Libro Tercero del CNA; las pretensiones relativas a la prevención y protección frente a la violencia familiar; las pretensiones referidas a la protección de los derechos de los niños y adolescentes contenidas

en el CNA, con excepción de las que se indican en el artículo 5; las pretensiones concernientes al estado y capacidad de la persona, contenidas en la Sección Primera del Libro I del CC; y las pretensiones referidas a las instituciones de amparo familiar, con excepción de las concernientes al derecho alimentario, contenidas en la Sección Cuarta del Libro III del CC y en los Capítulos V, VI y VII del Título I del Libro Tercero del CNA.

A partir del artículo 54 se regula a los juzgados de paz letrados, los cuales pueden conocer asuntos civiles, penales y laborales. Y entre los temas civiles, previstos en el artículo 57, tenemos: las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles dentro de su cuantía; las acciones de desahucio y de aviso de despedida conforme a su cuantía; los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la Ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros; las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados previamente; las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento, a menos que en estas no se disponga el levantamiento del embargo; los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito dentro de su cuantía; los procesos ejecutivos hasta su cuantía; y las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402, inciso 6 del CC.

Y en materia familiar conocen: las acciones relativas al derecho alimentario y el ofrecimiento de pago y consignación de alimentos, siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda; la oposición al matrimonio, de la confirmación del matrimonio anulable del impúber y de la conformación y funcionamiento del consejo de familia para un incapaz.

Por último, conforme al artículo 58, los juzgados de paz letrados, cuya sede se encuentra a más de diez kilómetros de distancia del lugar de residencia de un notario público, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del notario por más de quince días continuos, tienen, además, las funciones notariales de escrituras imperfectas, protestos y legalizaciones.

Para ir terminando tenemos que, en virtud del artículo 60, en los lugares donde coexistan un juzgado de paz letrado y uno de paz –cuya ubicación jerárquica se encuentra establecida por el artículo 26– y la ley les asigne las mismas competencias, el demandante podrá recurrir indistintamente a cualquiera de las dos instancias. En los demás casos, se someterán a lo dispuesto por la ley para cada caso.

4. LAS DEMÁS DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA EN EL CPC

Evidentemente las disposiciones del CPC estrechamente ligadas a este artículo son las referidas a la competencia, las cuales se ubican entre los artículos 5 y 47, justamente bajo el Título de Competencia.

Pero de entre todos los artículos del resto del Código, estimamos necesario mostrar algunos que pueden ayudar a entender mejor el mandato del legislador.

Por ejemplo, en el artículo 488 del CPC se prescribe que son competentes para conocer los procesos abreviados los jueces civiles y los jueces de paz letrados, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales, siendo que estos últimos serán competentes cuando la cuantía de la pretensión sea mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal, pues cuando supere este monto la competencia es de los jueces civiles.

En el artículo 547 se establece detalladamente la competencia para los casos comprendidos en el carril sumarísimo. Allí se dice que son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2 y 3 del artículo 546, los jueces de familia. En los casos de los incisos 5 y 6, son competentes los jueces civiles. Los jueces de paz letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1 del artículo 546. En el caso del inciso 4 del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los jueces civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los jueces de paz letrados. Y en el caso del inciso 7 del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez Unidades de Referencia Procesal, es competente para sentenciar el juez de paz y hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal para resolver mediante conciliación; cuando supere esos montos, es competente el juez de paz letrado.

Por último, en el artículo 750 se señala que son competentes para conocer los procesos no contenciosos, los jueces civiles y los de paz letrados, salvo en los casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales o a notarios. La competencia de los juzgados de paz letrados es exclusiva para los procesos de inscripción de partidas y para los que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal. Los procesos de rectificación de partidas podrán ventilarse ante los juzgados de paz letrados o ante notario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Alfredo (2005): *La sentencia civil*. Traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1957) *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La competencia funcional solo podrá ser declarada de oficio o a pedido de parte hasta antes de expedirse el auto de saneamiento procesal, de no ser así precluye todo pronunciamiento al respecto (*Cas. N° 2620-98-Loreto*).

Sí bien constituye una facultad de los jueces evaluar y declarar en cada caso concreto la existencia o no de la competencia funcional, también lo es que dicha declaración tiene que estar fundada en ley expresa, en mérito al principio de legalidad (*Cas. N° 725-97-Arequipa*).

Artículo 29**Casos de prevención**

Previene el juez que emplaza en primer lugar al demandado. En caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 8, 15, 428; L.G.S.C. art. 8.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

Las reglas generales de la competencia se aplican a los casos ordinarios o comunes, es decir, cuando existe un actor y un demandado y la litis no es objeto sino de un solo proceso. Pero no pueden ser las mismas cuando las situaciones son distintas y en lugar de dos partes intervienen otras varias (proceso con pluralidad de partes) o existen varios procesos que se refieren a la misma litis (pluralidad de procesos) o las relaciones en el proceso presentan modalidades que obligan a considerarlas de distinta manera (ALSINA, 1957: pp. 657-658).

Por regla general, una causa que tenga unos mismos e idénticos elementos subjetivos y objetivos no puede, una vez iniciada ante cierto órgano jurisdiccional, ser simultánea o sucesivamente llevada al examen de otro órgano jurisdiccional del mismo grado. Para ello existe la figura de la prevención (*forum praeventionis*) consistente en la prohibición impuesta al órgano jurisdiccional al que posteriormente se ha acudido, de juzgar sobre una causa que teniendo unos mismos elementos haya sido instaurada ya ante otro órgano jurisdiccional. Esta prevención también es la solución ante los casos de continencia, es decir, de dos causas en donde una es continente y la otra contenida, en donde no proceda la absorción (ROCCO, 1983: pp. 81-82).

Así, la competencia preventiva surge cuando dos o más jueces son competentes para conocer de una misma pretensión. El juez que primero conoce se convierte en competente exclusivo, siempre y cuando hubiere efectuado el primer emplazamiento, caso contrario no opera la exclusión de los demás (LEDÉSMA NARVÁEZ, 2008: p. 159).

En virtud de la prevención, el Estado, al haber fallado en la determinación precisa de un solo juez competente, es quien debe, a través de sus órganos

jurisdiccionales, asumir el costo de tal error, debiendo cualquiera de esos tribunales entrar a conocer del asunto cuando sea así requerido por los particulares (LUCCO, 2002: p. 15).

Esta regulación se hace necesaria de precisar por cuanto la regla general de la competencia es que ella se determina no en el momento de nacer la relación jurídica, sino cuando se reclama su protección al juez. Es decir, para fijar la competencia es necesario considerar el estado de cosas existentes al tiempo de trabarse la litis por la demanda y la contestación (ALSINA, 1957: p. 518; CHIOVENDA, 1922: pp. 612-613); aunque también se ha dicho que, por el principio *perpetuatio jurisdictionis*, es la situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda la determinante de la competencia para todo el curso del juicio, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarle (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 101; ROCCO, 1983: p. 46); no obstante que una variante del principio anotado es el *per citationem perpetuatur iurisdictio*, o sea, “por la citación se perpetúa la jurisdicción”.

Precisando, para el caso nuestro, el artículo 8 del Código ha determinado que la competencia se fija por la situación de hecho existente al 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 que la ley disponga expresamente lo contrario.

Y esto es necesario tenerlo en cuenta porque una vez presentada la demanda y hasta antes de que se notifique, sabemos que ella puede ser modificada o ampliada (ver art. 428 del CPC), con lo cual, el artículo 8 ya anotado se reafirma al precisar que es la presentación de la demanda la que determina la competencia.

2. LA PREVENCIÓN COMO SUPUESTO PARA LA EXCLUSIÓN COMPETENCIAL

Según las disposiciones que estamos viendo, es totalmente factible que una causa pueda recaer en la competencia de más de un juez; dicho de otra manera, ante un proceso, es totalmente viable que más de un magistrado pueda tener competencia para su conocimiento. En estos casos es cuando aparece la figura de la prevención que consiste en que uno de los jueces potencialmente competente inicia con el conocimiento de la causa antes que los demás.

Ciertamente, el fuero de la prevención implica que cuando dos o más fueros conexos fueron propuestos separadamente, cada uno ante el juez competente y se pide su reunión, deviene competente para conocer de todos el juez al que se acudió primeramente (CHIOVENDA, 1922: p. 694).

En los casos de varios domicilios del demandado o de varios demandados, la competencia preventiva del juez de todos esos lugares desaparece en el momento de aprehender uno de ellos el conocimiento. Así, es la notificación, y no la simple admisión de la demanda, lo que convierte en privativa la competencia preventiva del juez (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 114).

Siguiendo ese derrotero, nuestro CPC ha dispuesto que el acto que genera la prevención es el emplazamiento al demandado, el cual –obviamente– habrá tenido que hacerse de modo válido. Ergo, una vez que un magistrado ha logrado emplazar al demandado, la competencia le corresponde a él y con ello se genera la exclusión de los demás magistrados potencialmente competentes, quienes pierden, a partir de este momento, esta cualidad, quedando excluidos de conocer la causa.

3. LA PREVENCIÓN EN LA PLURALIDAD DE DEMANDADOS

Todo lo dicho hasta ahora no tiene mayor complicación porque estamos ante el supuesto de un solo demandado. Sin embargo, es totalmente factible que nos encontremos con más de una causa en donde exista una pluralidad de demandados y donde sea viable que más de un juzgador puede avocarse a su conocimiento.

El artículo en estudio ha previsto también la solución para un caso como este, señalando que en caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento. Dicho de otro modo, basta con que se llegue a notificar válidamente a uno de los demandados para que el juzgador que logró ello sea el competente para toda la causa.

Para terminar, aunque el código no lo exprese, estimamos necesario comentar que el fenómeno de la prevención también puede operar no solo entre jueces sino entre salas, lo cual se genera cuando más de una sala civil es la competente para conocer de una misma pretensión o causa. En estos casos, la sala que conoce antes que las demás es la que se convierte en competente de modo único y permanente, excluyendo a las demás (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 159).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LUCO, Nicolás (2002): "Naturaleza de las reglas del turno y distribución de causas y sanción

a su infracción". En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XCIX - N° 2. Junio. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile; Rocco, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Dado que el presente cuaderno de apelación debió ser elevado a la Segunda Sala Civil de Lima, por haber prevenido en el presente caso la Sala de Procesos Ejecutivos y Cautelares, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones administrativas N° 298-2003-P-CSJLI-PJ y N° 202-2001-P-CSJLI-PJ. Se concluye que la Sala Civil con Subespecialidad Comercial no resulta competente sino la Segunda Sala Civil de Lima; por cuyas razones, y en atención a los Principios de Celeridad y Economía Procesal; debe ser remitida a la sala antes mencionada (*Exp. N° 1484-2005*).

Artículo 30 | **Efectos de la prevención**

La prevención convierte en exclusiva la competencia del juez en aquellos casos en los que por disposición de la ley son varios los jueces que podrían conocer el mismo asunto.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 6, 29.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

1. INTRODUCCIÓN

Ya vimos que un mismo evento litigioso puede recaer –potencialmente hablando– en más de un fuero. Y como es viable que se inicie más de un proceso ante distintos magistrados, preliminarmente competentes, no es dable, para la organización judicial que una misma causa esté siendo ventilada o conocida por dos jueces distintos, pues ello degeneraría en supuestos de litispendencia (CARNELUTTI, 1950: pp. 413-414).

Para ello se ha creado la figura de la prevención, en virtud de la cual solamente uno de los jueces preliminarmente llamados a la competencia de la causa será quien deba conocer y resolver finalmente el litigio.

Dicho de mejor modo, si se sabe que la misión del Estado es asegurar, mediante las reglas de la competencia, la debida y precisa determinación del juez natural con fuero para conocer de un asunto determinado, no se puede menos que poner de cargo del Estado las imprecisiones que se produzcan una vez aplicadas esas reglas. Es decir, si resulta que el Estado, a través de este conjunto de reglas no logra precisar un tribunal específico para resolver un asunto, es el Estado, y no los particulares, quien debe hacerse cargo de tal situación, manteniendo a los individuos indemnes y al Principio de la Inexcusabilidad plenamente vigente. Ese es justamente el objetivo de la institución procesal conocida como prevención (LUCO, 2002: pp. 14-15).

Ya vimos que por mandato del artículo 29 del CPC previene, es decir, será definitivamente el competente, el magistrado que logró emplazar en primer lugar al demandado, o a uno de ellos en caso de pluralidad procesal pasiva (CARNELUTTI, 1950: p. 414).

2. LA EXCLUSIÓN COMO EFECTO DE LA PREVENCIÓN

Al empezar a hablar sobre la competencia preventiva en el comentario anterior se mostró que es factible que más de un juzgador puede ser llamado potencialmente a conocer una causa judicial. La prevención es el mecanismo a través del cual la ley establece que solamente uno de ellos debe ser competente excluyendo a los demás.

Acabamos de ver que la prevención, según el mandato de nuestro Código, se cristaliza a través del emplazamiento al demandado, de modo que si uno de los jueces lograra notificar antes al demandado que otro de los jueces, aquel habría logrado la competencia sobre la causa.

El artículo 30 del CPC no hace más que mostrar el efecto evidente de la prevención como es el de excluir al magistrado que potencialmente podía haber conocido también de la causa. Es por ello que en su tenor consagra que la prevención convierte en exclusiva la competencia del juez en aquellos casos en los que por disposición de la ley son varios los jueces que podrían conocer el mismo asunto.

En resumidas cuentas, la prevención implica que frente a la concurrencia de juzgadores para la misma causa, surge un criterio de temporalidad y primacía, que va a generar el efecto de la competencia exclusiva (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 160), descartando definitivamente la participación de los demás magistrados originalmente competentes.



BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LUCO, Nicolás (2002): "Naturaleza de las reglas del turno y distribución de causas y sanción a su infracción". En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XCIX - N° 2. Junio. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casás y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del*

Derecho Procesal Civil, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª ed. Madrid: Civitas; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La competencia es una institución procesal cuyo objetivo es hacer más efectiva y funcional la administración de justicia, surgiendo a partir de la necesidad de un Estado de distribuir el poder jurisdiccional entre los distintos jueces con los que cuenta. Dentro de las disposiciones que hacen objetivo el ejercicio de la referida facultad por parte del Estado, se encuentra la prevención, entendida como la "Anticipación que en el conocimiento de una causa toma un juez con relación a otros competentes también" (*Exp. N° 239-2005*).

La prevención convierte en exclusiva la competencia de un juez en aquellos casos en los que por disposición de la ley son varios los jueces que podrían conocer el mismo asunto (*Exp. N° 665-2005*).

Artículo 31 | **Prevención de la competencia funcional**

En primera instancia la prevención solo es procedente por razón de territorio.

En segunda instancia previene el órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso. Este conocimiento se tiene efectuado por la realización de la primera notificación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. X, 28 a 30.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

1. INTRODUCCIÓN

En los dos anteriores artículos, el 29 y el 30, hemos visto que un mismo evento litigioso puede recaer potencialmente bajo la competencia de más de un magistrado.

Esta pluralidad de fueros inicial exige de parte de las normas procesales una solución ya que no es dable para la organización judicial que una misma causa esté siendo ventilada o conocida por dos o más jueces distintos, puesto que ello puede desencadenar en supuestos de litispendencia (CARNELUTTI, 1950: pp. 413-414).

Para solucionar este evento nocivo existe la institución procesal conocida como prevención gracias a la cual solamente uno de los jueces preliminarmente llamados a la competencia de la causa será quien deba conocer y resolver finalmente el litigio. Sin embargo, no es menos cierto que la prevención es, a su vez, una evidencia de la falla del sistema que puede provocar graves complicaciones en la labor jurisdiccional desarrollada por los tribunales que se ven afectados por su aplicación (LUCO, 2002: p. 15).

Nuestro CPC ha resuelto que previene –es decir, será definitivamente competente–, el magistrado que logró emplazar en primer lugar al demandado en caso de ser uno solo, o quien consiguió emplazar primero a uno de ellos en caso de ser varios los demandados, excluyendo definitivamente a los demás.

2. LA PREVENCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

El artículo 31 del CPC prescribe que en primera instancia la prevención solamente es procedente por razón de territorio. Esto quiere decir que, para nuestro codificador, ante la posibilidad de que más de un magistrado pueda conocer una

causa, la figura de la prevención opera únicamente en el supuesto de concurrencia de magistrados por razón de territorio, con lo cual se excluye definitivamente otros supuestos de concurrencia de jueces que pudieran acontecer.

Por consiguiente, si más de un magistrado territorialmente hablando es el llamado a conocer la causa, previene—es decir se torna en el competente— el juez que emplaza primero al demandado, tal y como lo manda el artículo 29 ya comentado, generando la exclusión de los demás magistrado de conocer el caso.

La explicación de por qué el codificador reserva la figura de la prevención en primera instancia para factores territoriales obedece a que la competencia por el criterio de territorio, como venimos diciendo, generalmente es relativa, o sea, prorrogable. Por tanto, es bastante probable que más de un juez—territorialmente hablando— puedan concurrir para conocer una causa, situación que se torna en poco probable cuando hablamos de los otros criterios de la delimitación de la competencia, como son la materia, la cuantía, la función, la conexión y el turno.

3. LA PREVENCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

A diferencia del caso de la primera instancia, cuando estamos ya en segunda instancia, la prevención opera a favor del órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso.

Es decir, si, por ejemplo, en una causa ante un juez de paz letrado, se presentaran dos apelaciones de autos distintos, y existiesen dos o tres juzgados especializados, y una apelación fuese donde uno de los juzgados y la otra apelación, donde el otro magistrado, aquel que conozca primero la causa, ese será el competente de aquí en adelante para todas las incidencias que tengan que ver con la causa tramitada ante ese juzgador de paz letrado.

Pero como existe siempre sería duda sobre quién es el que conoce primero el proceso, el codificador, ha establecido una regla para determinar este asunto con meridiana claridad. En efecto, el artículo en comentario termina diciendo que el conocimiento por parte del órgano de segunda instancia se tiene efectuado por la realización de la primera notificación. Por tanto, no se trata del juez o sala a quien llegó primero el escrito de alzada, sino de aquel que logró notificar primero, a quien corresponderá finalmente el conocimiento de la causa.

El mismo razonar se utiliza para las salas que actúan en segunda instancia. Efectivamente, en el caso de los jueces superiores, la competencia preventiva se determina por quien realiza la primera notificación, esto significa que si una sala civil conoció en un primer momento la causa, ella seguirá conociendo esta para las sucesivas incidencias que se deriven del proceso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 162).

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; LUCCO, Nicolás (2002): "Naturaleza de las reglas del turno y distribución de causas y sanción a su infracción". En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XCIX - N° 2. Junio. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpression inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

A que la Sala Civil Permanente de este Supremo Tribunal ha prevenido en el conocimiento de la presente causa mediante la resolución que obra en copia certificada a fojas cuatrocientos sesenticinco, de fecha diecisiete de noviembre del dos mil cuatro; tornando en exclusiva su competencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo treintinueve del Código Procesal Civil (*Cas. N° 4312-2006-Piura*).

Artículo 32**Pretensiones de garantía, accesorias y complementarias**

Es competente para conocer la pretensión de garantía, así como de la pretensión accesorio, complementaria o derivada de otra planteada anteriormente, el juez de la pretensión principal, aunque consideradas individualmente no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del juez o de su competencia territorial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 5, 85, 104, 430; C. de P.P. art. 20 y ss.

***Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

1. INTRODUCCIÓN

La vinculación es un criterio que se suele tener en cuenta para la determinación de la competencia, de modo que, por lo regular, altera las reglas habituales, generando excepciones.

Por esta vinculación que tienen con el objeto principal de la litis, ciertas cuestiones deben corresponder a la competencia del juez que conoce de ella, aun cuando por su monto o naturaleza pudieran ser de la competencia de otros jueces (ALSINA, 1957: p. 676).

En este espacio es indispensable precisar que la conexión propiamente no es un criterio de competencia, sino un vínculo que media entre varios pleitos que aconseja la unión en su tratamiento (CHIOVENDA, 1922: pp. 600-601), por temas de ahorro y economía, además de evitación de emisión de fallos contradictorios.

Así tenemos que el desplazamiento de la competencia es la figura que permite que un mismo juez resuelva varias pretensiones, aun cuando una de ellas no sea de su competencia; y su sustento radica en que –como adelantamos– con ello se busca evitar sentencias contradictorias, además de efectivizar el principio de economía procesal al producir ahorro de costo, de esfuerzos, evitando repetir los mismos actos, producir las mismas pruebas y requerir idéntica actividad de juzgados diferentes (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 164).

Con lo anotado, el artículo en análisis parte de una acumulación de pretensiones subjetiva sucesiva, desplazando la competencia de un juzgado a otro, produciendo con ello una modificación a la regla general y haciendo competente un

juzgado que no lo era, siendo que dicha competencia es tolerable solo en lo territorial y en la cuantía (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 166).

2. LA COMPETENCIA PARA LA PRETENSIÓN DE GARANTÍA

Según el artículo 32 del CPC en estudio para el caso de la pretensión referida a una garantía, la competencia le corresponde al juez de la pretensión principal. No importa, entonces, que entre ambas pretensiones o no se alcance o se exceda del límite de la cuantía prevista para la competencia del juez, o incluso si la pretensión referida a la garantía escapase de su competencia territorial.

En efecto, se enseña que –a base del criterio de accesoriedad– en materia de garantía el juez competente será el que lo sea para conocer de la demanda contra el deudor principal. Así, la demanda contra el fiador deberá iniciarse ante el juez que le corresponda conocer de la demanda contra el deudor principal. Esta excepción al principio *actor sequitur forum rei* se funda en razones de economía procesal (ALSINA, 1957: p. 673).

La demanda de garantía, entonces, puede proponerse ante el juez competente para la causa principal, aunque exceda de su competencia por razón del valor. En una palabra, por el criterio *accessorium sequitur principale*, para estas pretensiones será competente el fuero de la demanda principal (ROCCO, 1983: pp. 85-86).

Sin embargo, es menester una precisión. Por la descripción del supuesto de hecho de la norma, estamos ante el caso en el cual la pretensión de garantía es posterior a la pretensión principal, por lo que se tratará más exactamente de pretensiones sobrevenidas o sucesivas, como sería el caso del aseguramiento de pretensión futura o llamamiento en garantía, prevista en el artículo 104 del Código (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 164). Aunque se ha dicho que la relación entre el pleito principal y el llamamiento a un tercero en garantía no puede propiamente decirse de accesoriedad, ya que es también una relación de subordinación (CHIOVENDA, 1922: p. 690).

Como sea, el supuesto en estudio en una clara excepción a la exigencia prevista en el artículo 85 del Código, en virtud del cual uno de los requisitos para la procedibilidad de la acumulación es que sea de competencia del mismo juez y se tramite en una misma vía procedimental (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 165).

Par terminar este rubro, la regulación final prevista por el Código se sustenta en que, en cuanto a las pretensiones accesorias, aunque son distintas exteriormente de la pretensión principal, persiguen el mismo interés económico por lo que no debe hacerse suma alguna para la determinación de la cuantía y con ello de la competencia, precisamente porque nos encontramos ante un interés único (CHIOVENDA, 1922: p. 615).

3. LA COMPETENCIA PARA LA PRETENSIÓN ACCESORIA, COMPLEMENTARIA O DERIVADA

La demanda accesoria puede proponerse ante el juez territorialmente competente para la demanda principal, a fin de que sea decidida en el mismo proceso (Rocco, 1983: p. 85).

El artículo 32 del CPC es contundente en señalar que cuando estamos ante pretensiones accesorias, complementarias o derivadas de otra planteada anteriormente, es decir, cuando nos encontremos ante una pluralidad de pretensiones en donde una de ellas sea la principal, la competencia corresponde siempre al juzgador que conoce la pretensión principal. Ergo, no interesa si aunando la pretensión principal con la otra (accesoria, complementaria o derivada) o no se alcanza o se supera el límite de la cuantía prevista para la competencia del mismo juez.

Igualmente, si la pretensión que no es principal (o sea la accesoria, complementaria o derivada) no corresponde al mismo juez por un asunto de territorialidad, igualmente, el artículo en estudio consagra que la competencia la mantenga el juez que conoce de la pretensión principal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte general*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimposición inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. TBogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar.

Artículo 33

Medida cautelar y prueba anticipada

Es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso y para la actuación de la prueba anticipada, el juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 2 párr. 2; C.P.C. arts. 29-31, 284, 297 párr. 1, 299, 608, 636.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso cautelar implica que en el interín entre la tramitación del proceso hasta la emisión de la sentencia final, puede la demora perjudicar los intereses del justiciable que probablemente vaya a ganar la litis. Para ello la medida cautelar busca justamente la evitación de un perjuicio irreparable al justiciable con alta probabilidad de salir airoso en el proceso.

De hecho, desde que se interpone la demanda hasta que se dicta la sentencia, media un espacio de tiempo cuyas consecuencias no deben ser soportadas por quien tenía razón para litigar, sino por quien infundadamente sostuvo una pretensión contraria. Entonces, si el Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede, en estas situaciones, desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, debiendo, por tanto, proveer los mecanismos necesarios para prevenirlas, colocándolas en manos del juez y de los litigantes. Tales mecanismos son las llamadas medidas precautorias o cautelares (ALSINA, 1962: pp. 447-449).

Dicho de otro modo, es claro que impedir un cambio probable, eliminar un cambio ya ocurrido, anticipar un cambio posible, no se puede más que mediante un mandato del juez, quien inhibe que algo se haga, o bien ordena que algo ya hecho se deshaga o bien que se haga algo todavía no hecho, siendo la finalidad de tal mandato disponer las cosas del modo más idóneo para alcanzar el fin del proceso. Por ello se habla de providencia cautelar, aludiendo precisamente a diligencia, previsión o precaución (CARNELUTTI, 1971: p. 413).

Justamente una de las variantes de estas medidas cautelares es la solicitada antes de iniciar el proceso cognitivo que previsiblemente dará la razón final al justiciable peticionante. Evidentemente, para tener acceso a una medida cautelar

formulada fuera del proceso se debe cumplir con todos los requisitos exigidos para tales figuras, pero, además, se debe tomar en cuenta que lo expuesto en la demanda cautelar evidencie o convenza al magistrado de la necesidad de dictarla (HURTADO REYES, 2006: p. 216).

Por su parte, por la figura de la prueba anticipada entendemos que toda persona legitimada puede solicitar la actuación de un medio probatorio antes del inicio de un proceso, para lo cual deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada. Evidentemente su sustento radica también en que el peligro en la demora puede perjudicar la consecución del medio de prueba y, consecuentemente, su ulterior actuación.

La prueba anticipada implica la actuación de un medio de prueba pero con la particularidad de que tal actuación se la efectúa fuera de un proceso, pero con miras a aportarla en una futura relación procesal. Esta próxima relación jurídico-procesal se entablará entre el sujeto que solicitó su actuación y el sujeto en contra de quien se la solicitó o, eventualmente, contra un tercero; por lo que refiere exactamente una actividad jurisdiccional absolutamente concreta: la actuación de un medio de prueba previa al proceso, con el objeto de anticipar algo que en circunstancias normales se debe hacer dentro del proceso, pero que por factores de urgencia y prevención, se deben activar fuera de él; pero que, sin embargo, servirá para hacerla valer en un futuro proceso (HURTADO REYES, 2006: pp. 443-444).

Tanto la prueba anticipada como la medida cautelar están orientadas a remover los obstáculos que puedan presentarse respecto de la eficacia del proceso principal, pero evidentemente hay diferencias notorias entre ellas (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 167).

El artículo 33 del CPC que nos convoca ha querido regular la competencia para estos dos supuestos de modo que ha precisado que el fuero corresponderá al juzgador competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse.

2. LA COMPETENCIA EN LA MEDIDA CAUTELAR FUERA DE PROCESO

El artículo 33 del CPC es claro en señalar que en el caso de una medida cautelar antes de la iniciación del proceso la competencia para su conocimiento le corresponde al juez que por razón de grado será quien conocerá la demanda próxima a interponerse.

Esto hay que concordarlo con el artículo 608 del CPC que dispone que el juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado

para conocer de las pretensiones de la demanda, quien puede dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso. Allí mismo se precisa que todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas, por tanto, el solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.

Igualmente es necesario indicar que en el artículo 636 del CPC se regula expresamente el supuesto de la medida cautelar fuera de proceso donde se dice que, ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto, pero cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

En resumen, una característica saltante, entonces, de la emisión de una medida cautelar, es que en virtud a ella opera la figura de la prevención (cfr. art. 29 al 31 del CPC), de manera que la medida cautelar fija la competencia de un juez cuando existe más de uno dentro de la circunscripción territorial. En una palabra, la iniciación previa de una precautoria ante el juez competente para entender en el principal, fija la competencia del juez que debe intervenir en el proceso consecuente (HURTADO REYES, 2006: pp. 217-218).

3. LA COMPETENCIA EN LA PRUEBA ANTICIPADA

El mismo tratamiento previsto para la medida cautelar fuera de proceso es el previsto para la prueba anticipada. En efecto, según el artículo 33 del CPC, para el caso de la prueba anticipada, el juez competente será el que deba conocer de la demanda a interponerse ulteriormente.

Obviamente, cuando se trate de una medida conservatoria de prueba requerida con posterioridad a la interposición de la demanda, la competencia está preestablecida con el juez del proceso (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 168).

El tema de la prueba anticipada empieza a regularse en el CPC a partir del artículo 284 que establece que toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso, para lo cual deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada.

La prueba anticipada no es sino una expresión de las diligencias preliminares, que tiene por objeto la producción de ciertas medidas probatorias frente al

riesgo que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo antes del proceso o durante el periodo procesal correspondiente (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 167).

En este rubro, en el artículo 297 del CPC se habla de la competencia y se prescribe que es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33, el juez que por razón de cuantía y territorio debería conocer el futuro proceso, precisando que la prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso.

Por último, en el artículo 299 del CPC se señala que actuada la prueba anticipada, se entregará el expediente al interesado, conservándose copia certificada en el archivo del juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del secretario de juzgado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1962): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Ejecución forzada y medidas precautorias*, 2ª ed., vol. V. Buenos Aires: Ediar; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; HURTADO REYES, Martín (2006): *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Mariannella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; HERRERA NAVARRO, Santiago (2010): *La prueba anticipada en el proceso civil: teoría, práctica y jurisprudencia*. Lima: Marsol; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La actuación anticipada de una determinada prueba tiene por objeto, por sí misma o como parte del caudal probatorio, preparar los fundamentos que han de sustentar la causa petendi de la futura pretensión a interponerse en el proceso correspondiente, por lo que en dicha actuación anticipada no se resolverá en sí el conflicto de intereses, sino en aquel proceso en el que se discuta el fondo de la litis, mediante sentencia o auto que en revisión ponga fin al proceso (*Casación N° 1261-99-Lima*).

Artículo 34

Procesos de ejecución

Los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia, salvo disposición distinta de este Código.

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. 14, 688, 690-B.

*Yuliana Guisela Arce Cárdenas
Reynaldo Mario Tantaleán Odar*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho al debido proceso comprende que la sentencia emitida que da la razón al justiciable sea eficaz, es decir, que llegue a cumplirse en la vida real, porque de muy poco valdría que alguien gane un proceso cognitivo si después no va a poder lograr que dicho fallo se cumpla en la realidad (vide GONZÁLEZ PÉREZ, 2001: p. 337 y ss.). Justamente los procesos ejecutivos son las tramitaciones a través de las cuales se busca hacer efectivas realmente las resoluciones.

De lo dicho tenemos que según la reglamentación ocurra en el campo de la *formación* o en el de la *actuación* del derecho, se distingue el proceso *cognitivo* del proceso *ejecutivo* (CARNELUTTI, 1950: p. 23).

Como bien se ha dicho, entre el proceso de cognición y el de ejecución, la distribución de los cometidos se hace por ley, en armonía con la función propia de cada uno de ellos, de manera que corresponde al primero, juzgar sobre la razón o sobre la falta de razón de las partes; al segundo, dar fuerza y vigor práctico a la sentencia, ello de modo general; pues es posible el proceso cognitivo sin el de ejecución y viceversa (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: pp. 170-171).

2. EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Como lo ha simplificado espléndidamente CARNELUTTI (1971: p. 327): el proceso de cognición transforma el hecho en derecho, mientras que el proceso ejecutivo transforma el derecho en hecho. Aclarando siempre que estamos dentro de la potestad jurisdiccional, pues no se debe perder de vista que la *executio* es el último gran componente de la jurisdicción (los otros son: *notio*, *vocatio*, *coertio* y *judicium*) (vide ALSINA, 1957: p. 426 y ss.; PAINE, 1944: p. 123; CARRIÓN LUGO, 1995: p. 52).

Estos procesos –que en puridad operan solo con las pretensiones de condena, esto es con las que ordenan o impiden la ejecución (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 171)– se encuentran regulados desde el artículo 688 del CPC, siendo que la actual denominación de esa parte es la de proceso único de ejecución.

Justamente por mandato del artículo 688, solamente se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial, entre los cuales tenemos a las resoluciones judiciales firmes, los laudos arbitrales firmes, las actas de conciliación, los títulos valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria o con su prescindencia de ser el caso, la constancia de inscripción y titularidad expedida por la institución de compensación y liquidación de valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, la prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido, la copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolució de posiciones, expresa o ficta, el documento privado que contenga transacción extrajudicial, el documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual, y el testimonio de escritura pública.

3. LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

Pareciera ser que el proceso de ejecución sería como una continuación del proceso de conocimiento, y constituiría la etapa final de una actividad encaminada a la realización del derecho. Sin embargo, ello es inexacto porque el proceso de ejecución no es consecuencia necesaria del proceso de conocimiento (pues hay sentencias que no se ejecutan), ni el proceso de conocimiento es antecedente necesario del proceso de ejecución (pues puede basarse en un acto jurídico al que la ley atribuye calidad ejecutiva). Así, el proceso de conocimiento solo tiene vinculación con el de ejecución en cuanto se propone crear un título ejecutivo mediante una sentencia de condena (ALSINA, 1962: pp. 35-36).

Por consiguiente, la ejecución tiene sus presupuestos de competencia autónomos, por consiguiente la ejecución de la sentencia no corresponde necesariamente al tribunal que la ha dictado. Hay, pues, un tribunal del conocimiento y un tribunal de la ejecución, por lo que no todo tribunal es competente en la ejecución; por tanto, también aquí se reproduce la distribución de la ejecución con arreglo a criterios objetivos y territoriales (CHIOVENDA, 1922: pp. 648-649).

Así como en la esfera penal se separa el conocimiento de la causa penal, de la ejecución de la pena impuesta, en el campo civil se hace sentir la necesidad de

desvincular el proceso ejecutivo de la necesaria procedencia del proceso de cognición (CARNELUTTI, 1971: p. 350).

En esa senda, el artículo en estudio es claro en indicar que todos los procesos de ejecución se someten a las reglas generales previstas para la competencia, lo cual obedece a la necesidad de garantizar la imparcialidad de las providencias en las cuales se desarrolla la potestad ejecutiva (CARNELUTTI, 1971: p. 339).

Y termina el artículo diciendo que esta aplicación de las normas generales de la competencia a los procesos de ejecución cuenta con la salvedad en que el propio texto del Código establezca algo contrario.

No obstante, al respecto hay que tener en cuenta que, por mandato del artículo 690-B incorporado en el año 2008, es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza extrajudicial el juez civil y el de paz letrado, siendo que el juez de paz letrado es competente cuando la cuantía de la pretensión no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal, mientras que las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del juez civil. Además, es competente para conocer los procesos con título ejecutivo de naturaleza judicial el juez de la demanda, y, finalmente, es competente para conocer los procesos de ejecución con garantía constituida, el juez civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1957): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Organización judicial - Jurisdicción y competencia*, 2ª ed., vol. II. Buenos Aires: Ediar. ALSINA, Hugo (1962): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Ejecución forzada y medidas precautorias*, 2ª ed., vol. V. Buenos Aires: Ediar; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*, 5ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Derecho y proceso*. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; CARRIÓN LUGO, Jorge (1995): "Acción, jurisdicción y competencia en materia civil". En: *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. II. Trujillo: Fondo de Cultura Jurídica; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. italiana. Traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; PAINE, Roberto (1944): *Principios de Derecho Procesal*, vol. I. Michigan: Editorial Dovile.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CALAMANDREI, Piero (1973): *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2ª ed. italiana. Traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires:

Ediciones Jurídicas Europa-América; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique (2008): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Ecoe Ediciones; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión inalterada. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá - Buenos Aires: Temis - Depalma; MORA G., Nelson R. (1973): *Procesos de ejecución*, vol. I. Bogotá: Temis.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se observa que la Sala Superior ha dispuesto que en ejecución de sentencia se verifique si realmente hicieron o no los abonos que alude la ejecutada, lo que correspondía que la misma apreciara y decida conllevando lo resuelto a que en ejecución se produzca un nuevo debate probatorio, lo que no corresponde afectándose así el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (*Cas. N° 3293-2012-Lima*).

CAPÍTULO II CUESTIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA

Artículo 35

Incompetencia

La incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio, esta última cuando es improrrogable, se declarará de oficio al calificar la demanda o excepcionalmente en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 6 a 11, 19, 28, 26, 36, 37, 121, 446 inc. 1, 511; C.D.I.P. arts. 333 a 339, 397; L.P.T. art. 7; L.P.A.G. art. 81; LEY 27809 art. 8 inc. 3; L.O.P.J. arts. 40 inc. 4, 67.

Marianella Ledesma Narváez

1. COMPETENCIA Y DIVISIÓN DE TRABAJO

La competencia es una sencilla aplicación del principio de la división del trabajo a la función jurisdiccional. Esta competencia se distribuye entre los jueces en atención a diversos atributos (materia, territorio, cuantía, turno, etc.) de tal manera que hay jueces que pueden intervenir en unos asuntos y no en otros. Si bien, todos los jueces ejercen jurisdicción, cada uno de ellos tiene delimitado el campo que la ejerce. Para VÉSCOVI, la competencia es la porción o parte de la jurisdicción de los diversos órganos jurisdiccionales y, a la vez, la aptitud de ellos para juzgar determinados asuntos.

2. COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS PROCESALES

La competencia es un presupuesto necesario a contemplar para la validez de una relación procesal. Ella es materia de examen por las partes y por el propio juez. Cuando es examinada por las partes, se recurre a las excepciones y al cuestionamiento de la competencia (ver el art. 36 e inc. 1 del art. 446 del CPC); en cambio cuando es cuestionada por el juez, esta puede invocarse de oficio –en

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

cualquier estado y grado del proceso— siempre que se refiera a razones de materia, cuantía, grado y turno.

El texto legal pone énfasis sobre el momento en que se puede cuestionar la competencia. Ya no es suficiente asumir que será en cualquier estado y grado del proceso, como regla general, sino que se pone énfasis a que la incompetencia se pueda evidenciar, de oficio, desde el primer acto procesal luego de interpuesta la demanda, como es, la calificación de la demanda; como regla general, pero de manera excepcional puede operar en cualquier estado y grado del proceso. Como se puede advertir, antes de la modificación del texto de este artículo, la posibilidad de invocar la incompetencia, de oficio, operaba en cualquier estado y grado del proceso; sin embargo, con el nuevo texto legal, el momento inicial se invierte para enfatizar que se puede cuestionar de oficio la competencia “al calificar la demanda o excepcionalmente en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción”.

A pesar de que se hubiere declarado el saneamiento positivo de la relación procesal, si hay infracción a la competencia por las razones citadas, el juez de oficio está llamado a declararla, pues el reparto de la actividad judicial no es disponible ni tampoco se puede convalidar su infracción aún bajo el argumento que no se cuestionó oportunamente. Por citar, si se aprecia que la pretensión en discusión se refiere a la indemnización por la enfermedad de la silicosis de un extrabajador minero, dicha pretensión no corresponde a la competencia del juez civil sino al juez laboral; pero si esta no se advirtió al momento de calificar la demanda ni en el saneamiento procesal, puede el juez luego, en cualquier estado del proceso, declarar su incompetencia porque por regla general la competencia no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa, de tal forma que la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta e insubsanable. Sin embargo, excepcionalmente se ofrece una competencia dispositiva, llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación.

El examen de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, resulta coherente, además, lo regulado en el artículo 121 del CPC, permite al juez (de manera excepcional) pronunciarse sobre la validez de la relación procesal.

Esta situación no es extensiva, al cuestionamiento de la competencia territorial, pues la regla general señala que esta es disponible (prorrogable) por las partes, salvo situación excepcional que expresamente prohíba la prórroga, como en materia sucesoria a que refiere el artículo 19 del CPC.

Nótese que no procede declarar la incompetencia de oficio, cuando el cuestionamiento se refiere a la competencia territorial relativa, porque puede ser sometida

a la prórroga tácita de la competencia o al cuestionamiento a través de la excepción. En este caso, la incompetencia no puede promoverse de oficio sino a instancia de la parte interesada, sea como excepción o como contienda, porque se trata de una competencia disponible, situación que no es extensiva a la competencia funcional y objetiva (materia y cuantía).

Un juez es competente funcionalmente no por causa de una cualidad del litigio (llámese criterios de materia o cuantía) sino por una cualidad de la actividad del cargo o sea de la función que está llamado a ejercer. Esta competencia permite distribuir la actividad del proceso en atención al principio de la pluralidad de instancias. La competencia funcional comprende el grado, como la etapa procesal en la que se desenvuelva el acto; por citar, el órgano competente funcionalmente para el proceso de responsabilidad civil de un juez de paz es el juez especializado en lo civil o el juez mixto, en su caso (ver art. 511 del CPC). Este criterio asumido para el reparto de la competencia, no puede modificarse por voluntad de las partes, cabe aquí la incompetencia absoluta. Vemos pues, que se trata de una competencia vertical frente a la competencia territorial que es horizontal.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Como lo señala expresamente el actor tanto en su escrito de demanda como en el de apelación, su pretensión la sustenta en el artículo 1222 del Código Civil —una disposición del Código Sustantivo— y no en alguna de las pretensiones regidas por la Ley de Títulos Valores. En ese sentido, los órganos jurisdiccionales de la subespecialidad comercial son incompetentes por razón de la materia para conocer de la pretensión demandada; debiendo confirmarse la alzada por estos fundamentos (*Exp. N° 1384-2005*).

El artículo 35 del Código Procesal Civil, establece enfáticamente que la incompetencia por razón de la materia se declara de oficio en cualquier estado y grado del proceso, en consecuencia dentro del marco constitucional descrito, el vicio por incompetencia resulta de tal trascendencia que el órgano jurisdiccional al advertir su existencia no debe realizar nuevas actuaciones procesales sino cumplir inmediatamente el mandato legal, sin que sea necesario esperar un estado procesal específico o un grado particular para declarar la nulidad (*Cas. N° 1579-2004*).

La incompetencia, por razón del territorio, solo puede ser invocada por el demandado como excepción o como inhibitoria. En los procesos de ejecución de garantías no se permite la deducción de excepciones o defensas previas como fundamento de la contradicción, como sí lo hace la ejecución de obligación de dar suma de dinero, más aún, tampoco se permite la apelación al mandato de ejecución, como sí lo es al mandato ejecutivo, razón por la cual, a través de la nulidad, debe valorarse la competencia del juzgado, teniendo en cuenta, lo pactado expresamente sobre la competencia de los jueces (*Exp. N° 523-99*).

Artículo 36**Efectos de la incompetencia**

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 35 el juez al declarar su incompetencia lo hace en resolución debidamente motivada y dispone la inmediata remisión del expediente al órgano jurisdiccional que considere competente.

Si en los casos indicados en el artículo 35 el juez a quien se remite el proceso se declara incompetente, se observan las siguientes reglas:

- 1. Tratándose de un conflicto por la materia, se remite el proceso al órgano jurisdiccional superior de la especialidad.
Si los órganos jurisdiccionales en conflicto pertenecen a distintos distritos judiciales, se remite a la sala correspondiente de la Corte Suprema.*
- 2. Tratándose de la cuantía, se remitirá el proceso a la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente.*
- 3. Tratándose del territorio, se remite el proceso a la Sala Civil correspondiente de la Corte Superior o de la Corte Suprema, según corresponda. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 6, 19, 35, 36, 37, 41, 50, 309; L.P.A.G. arts. 82, 83.

Marianella Ledesma Narvéz

1. COMPETENCIA Y DECLARACIÓN OFICIOSA

Este artículo está directamente vinculado con lo regulado en el artículo 35 del CPC, pues permite que en el supuesto que se declare la incompetencia se proceda a materializar de manera inmediata los efectos de dicha decisión, los cuales no son el archivo del proceso sino todo lo contrario, la remisión de este ante el juez competente. El artículo 36 del CPC precisamente señala que “el juez al declarar su incompetencia (...) dispone la inmediata remisión del expediente al órgano jurisdiccional que considere competente”. Es una posibilidad que permite materializar el principio de economía procesal en caso de incompetencia, bajo la observancia de las siguientes reglas:

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

- a) Tratándose de un conflicto por la materia, se remite el proceso al órgano jurisdiccional superior de la especialidad. Si los órganos jurisdiccionales en conflicto pertenecen a distintos distritos judiciales, se remite a la sala correspondiente de la Corte Suprema.
- b) Tratándose de la cuantía, se remitirá el proceso a la sala civil de la Corte Superior correspondiente.
- c) Tratándose del territorio, se remite el proceso a la sala civil correspondiente de la Corte Superior o de la Corte Suprema, según corresponda.

2. INCOMPETENCIA Y NULIDAD

Un efecto de la probada incompetencia, al margen que se cuestione vía excepción o por contienda, antes de la modificación de este artículo era la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso, ello como respuesta al principio de legalidad e irrenunciabilidad que rige la competencia (ver el art. 6 del CPC) que dice: “la competencia solo puede ser establecida por ley. La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo aquellos casos previstos en ley o en convenios internacionales”.

El efecto nulificante se apartaba del tratamiento que se venía dando a la incompetencia por razón de territorio, pues se permitía que una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada la excepción de competencia territorial relativa, remitir los actuados al juez que corresponda. Este efecto modificaba los alcances del texto primigenio del artículo 451 del CPC, permitiendo que se remita los actuados al juez que corresponda y no se concluya el proceso; sin embargo, ese tratamiento no era generalizado a todos los supuestos de incompetencia, pues solo estaba focalizado a la incompetencia territorial relativa. El juez territorialmente competente continuará con el trámite del proceso en el estado en que este se encuentre. Si lo consideraba pertinente, aun cuando la audiencia de pruebas hubiera ocurrido, podría renovar la actuación de alguno o de todos los medios de prueba, atendiendo a lo dispuesto en la última parte del artículo 50 del CPC.

Nótese que esta excepción solo operaba para la infracción a la competencia territorial relativa, mas no para el cuestionamiento de la competencia absoluta, por ser improrrogable. Véase el caso cuando las partes al contratar pactan que en caso de incumplimiento del contrato, se someterán a los jueces de la ciudad de Lima, renunciado al juez de sus domicilios; sin embargo, ante la inexecución se procede a demandar ante el juez del domicilio del demandado (Huacho) y no ante el de Lima, como se pactó. Si producido esto, el demandado al interponer la excepción de incompetencia, por considerar que no es competente el juez de Huacho sino el de Lima, tal como se pactó, el efecto de excepción será el de remitir los actuados

al juez de ley, esto es, al de Lima, el mismo que continuará con el trámite en el estado en que se encuentra; situación que no es extensiva para el cuestionamiento de la competencia territorial absoluta, como sería en materia de sucesiones (ver el art. 19 del CPC), pues aquí, en el supuesto de ampararse la excepción, se concluye el proceso y se archiva definitivamente este.

La redacción del texto del artículo 35 del CPC sigue reafirmando la posibilidad de declarar de oficio la incompetencia territorial siempre y cuando sea prorrogable.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 37

Cuestionamiento exclusivo

La competencia de los jueces de paz letrados y de paz solo se cuestiona mediante excepción. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 26, 35, 36, 38-41, 446; L.P.A.G. art. 84.

Marianella Ledesma Narváez

1. CUESTIONAMIENTO DE LA COMPETENCIA

El cuestionamiento a la competencia comprende el examen de los criterios que sirven para determinarla, como la materia, cuantía, territorio y grado. Concurren los siguientes instrumentos para su cuestionamiento por las partes: la excepción y la contienda de competencia; sin embargo, la norma restringe el cuestionamiento de la competencia mediante excepción, cuando se refiera a los jueces de paz letrados y de paz.

Este criterio restrictivo —a la excepción— se explica por lo sumario de su trámite. Véase, en ese sentido, que las excepciones se interponen al contestar la demanda y la actividad probatoria se restringe a las pruebas de actuación inmediata; luego de la contestación, el juez fija plazo para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia; situación diversa al trámite de la contienda de competencia que recoge los artículos 38 al 41 del CPC.

2. INCOMPETENCIA, PRÓRROGA Y EXCEPCIÓN

La limitación descrita líneas arriba, no impide que el juez —de oficio— pueda declarar en cualquier estado y grado del proceso, su incompetencia, si fuere el caso tal como lo refiere el artículo 35 del CPC, siempre que se refiera a razones de materia, cuantía, grado, turno y territorio, cuando esta última sea improrrogable. Nótese que no procede declarar la incompetencia de oficio, cuando el cuestionamiento se refiere a la competencia territorial relativa, porque esta puede ser sometida a la prórroga tácita de la competencia o al cuestionamiento a través de la excepción. En este caso, la incompetencia no puede promoverse de oficio sino a instancia de la parte interesada, como excepción porque se trata de una competencia disponible, situación que no es extensiva a la competencia funcional y objetiva (materia y cuantía).

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

En el supuesto que pasara inadvertida esta contingencia y el demandado no hubiere planteado la excepción en su momento, ello no impide que el juez la declare, salvo que se trate de la territorial relativa.

Debe tenerse en cuenta que la competencia –por regla general– no puede modificarse ni renunciarse porque es imperativa, de tal forma que la vulneración de sus reglas se sanciona con nulidad absoluta o insubsanable; sin embargo, excepcionalmente –como ya hemos señalado líneas arriba– se ofrece una competencia dispositiva llamada territorial, confiada a la autonomía de la voluntad privada, que puede ser materia de renuncia o modificación, generando con ello una nulidad relativa sujeta a convalidación. Bajo este último supuesto, el artículo 26 del CPC consagra la prórroga tácita de competencia. Esta opera cuando el demandante vulnera la norma de competencia y el opositor o demandado se somete a esa vulneración sin impugnar. Hay una actitud pasiva de quien pudiendo impugnar el defecto de competencia no lo hace y de esta manera se da la prórroga.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 38

Contienda de competencia

La incompetencia territorial relativa puede ser invocada, exclusivamente, como excepción o como contienda.

La contienda de competencia se interpone ante el juez que el demandado considere competente, dentro de los cinco días de emplazado y ofreciendo los medios probatorios pertinentes.

El juez rechazará de plano la contienda propuesta extemporáneamente o cuando es manifiestamente improcedente o temeraria. Cuando la temeridad consista en la creación artificial de una competencia territorial, la parte responsable será condenada al pago del monto máximo de la multa prevista por el artículo 46, y el juez, de oficio o a pedido de parte, oficiará al Ministerio Público, de ser el caso.

Si el juez admite la contienda oficiará al juez de la demanda, pidiéndole que se inhiba de conocerla y solicitando, además, la remisión del expediente.

Con el oficio le anexa copia certificada del escrito de contienda, de sus anexos, de la resolución admisorio y de cualquier otra actuación producida. Adicionalmente al oficio, el juez de la contienda dará aviso inmediato por fax u otro medio idóneo. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 14, 15, 36-41, 46, 112, 148, 688 inc. 3.

Marianella Ledesma Narváez

1. CONFLICTO DE COMPETENCIA POR TERRITORIO

Los conflictos de competencia se producen cuando jueces de igual grado tratan de conocer o están conociendo de un mismo asunto o ambos pretenden ser incompetentes para conocer de él. Esto nos lleva a decir que la contienda de competencia reviste dos formas: i) positiva, cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio; y, ii) negativa si ambos jueces pretenden ser incompetentes en igual caso.

La delimitación de la competencia se presenta como un conjunto de limitaciones cuantitativas, no frente a la jurisdicción sino frente a otros órganos jurisdiccionales. Ella se hace necesaria para deslindar los posibles conflictos de competencia, cuando jueces de igual grado están conociendo de un mismo asunto

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

(conflicto positivo) o ambos pretenden ser incompetentes para conocer de él (conflicto negativo); circunstancia que se muestra como una verdadera denegación de justicia. En este último extremo, véase el siguiente pronunciamiento emitido por la Sala Civil de Lima “si bien los juzgados y sala laboral han declarado la improcedencia de la demanda de ejecución de resolución judicial, por considerarse que no son competentes para conocer de la ejecución de una sentencia dictada en un proceso de amparo, por cuanto conforme al artículo 714 del CPC, los títulos de ejecución judicial se ejecutarán ante el juez de la demanda, dicha negativa de los juzgados laborales nos lleva ante un conflicto de competencia que debe ser dilucidado por la sala suprema a fin de impedir la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”.

El artículo en comentario se ocupa de la contienda por el territorio. Nótese que la contienda no comprende a la competencia funcional porque los grados inferiores no pueden conocer de los recursos que corresponden a los superiores, ni estos de las demandas que se interponen ante aquellos.

El pronunciamiento final sobre las cuestiones de competencia corresponde generalmente a las salas --sea de la Corte Superior o de la Corte Suprema-- según el distrito judicial al que pertenezcan los órganos judiciales de la contienda, tal como lo regula el artículo 41 del CPC.

Hay que precisar el caso en el que un demandante interpone contienda de competencia a fin de que se notifique al juez que viene conociendo del proceso, el pedido de inhibición; para lo cual debe tenerse en consideración lo señalado en el artículo 14 del CPC que dice: cuando se demanda a una persona natural es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal; por tanto, es válido que la demanda se haya presentado en el lugar donde se encuentra el domicilio real del demandado. Aún más, en el supuesto que hubieran varios codemandados con domicilios reales diferentes, en aplicación del artículo 15 del CPC, es competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos; por tanto si un codemandado domicilia en Lima y los otros en diferentes departamentos del país, el actor tiene la facultad de interponer la demanda en cualquiera de los domicilios de los emplazados, por existir disposición legal expresa.

2. INCOMPETENCIA TERRITORIAL

La incompetencia territorial relativa puede ser invocada, excluyentemente, como excepción o como contienda. En el primer supuesto, el demandado la interpone siempre que no se haya producido la prórroga de esta; sin embargo, especial situación merece el caso que plantea la siguiente ejecutoria, en relación a la incompetencia: “En los procesos de ejecución de garantías no se permite la deducción de excepciones o defensas previas como fundamento de la contradicción, como

sí lo hace la ejecución de obligación de dar suma de dinero, más aún, tampoco se permite la apelación al mandato de ejecución, como sí lo es al mandato ejecutivo, razón por la cual, a través de la nulidad debe valorarse la competencia del juzgado, teniendo en cuenta lo pactado expresamente sobre la competencia de los jueces”.

Apréciase que si bien la norma permite la concurrencia de los dos mecanismos para el cuestionamiento, no se puede recurrir simultáneamente –ni sucesivamente– a dichos mecanismos porque ello implicaría un fraude a la ley. Se permite que el sujeto legitimado pasivo –vía elección– excluya una de otra.

La contienda de competencia es uno de los mecanismos que dispone el legitimado pasivo de la relación procesal para exigir la intervención del juez competente. No opera de oficio, sino a pedido de parte y busca que la demandada solicite al juez que considera competente su intervención y requiera al incompetente, se inhíba del conocimiento de la causa y transfiera el expediente al solicitante. Como dice la norma: “Si el juez admite la contienda, oficiará al juez de la demanda, pidiéndole que se inhíba de conocerla y solicitando además, la remisión del expediente”.

Como se trata de una comunicación entre jueces, esta se realiza mediante oficios, como lo regula el artículo 148 del CPC; sin embargo, adicionalmente a dicho medio puede el juez solicitante dar aviso inmediato al otro juez, por otros medios idóneos y confiables para la comunicación. En ese sentido, el artículo 38 del CPC, señala: “Adicionalmente al oficio, el juez de la contienda dará aviso inmediato por fax u otro medio idóneo”.

3. OPORTUNIDAD PARA PLANTEAR LA CONTIENDA DE COMPETENCIA

El pedido se interpone dentro de un plazo determinado y con los medios probatorios que sustenten la exigibilidad de la competencia; caso contrario, el juez rechazará de plano por extemporáneo o por temeraria.

El artículo 112 del CPC, regula algunos presupuestos a considerar en la temeridad y mala fe, a la que debemos incorporar la causal de “creación artificiosa de competencia territorial”. En ese caso, la norma señala que la parte responsable será condenada al pago del monto máximo de la multa prevista en el artículo 46 del CPC, esto es, 15 URP.

4. COMPETENCIA NEGATIVA

Una de las deficiencias que tiene la actual redacción del CPC en el tema del cuestionamiento de la competencia, es la ausencia de regulación sobre el conflicto de competencia negativa.

El texto originario del artículo 36 del CPC, modificado expresamente, lo regulaba e incluso establecía ciertas reglas para el procedimiento, como las siguientes: si el conflicto de competencia era por la materia, se remitía el expediente al órgano jurisdiccional superior de la especialidad. Si los órganos jurisdiccionales en conflicto pertenecían a distintos distritos judiciales, se remitía a la sala correspondiente de la Corte Suprema. Cuando el conflicto de competencia estaba referido a la cuantía, se remitía el expediente a la sala civil de la Corte Superior correspondiente; y cuando la contienda estaba vinculada con el territorio, se remitía a la sala civil correspondiente de la Corte Superior o de la Corte Suprema, según correspondía.

Lamentablemente las modificaciones legislativas realizadas a posteriori no han contemplado la competencia negativa generando un vacío normativo, al cual se tiene que dar alguna respuesta a partir de los pronunciamientos judiciales frente a casos como el siguiente: señala el inciso 3 del artículo 688 del CPC que se puede promover ejecución, con los acuerdos conciliatorios extrajudiciales pues ellos tienen la calidad de títulos ejecutivos. El juez competente para ello es el juez especializado en lo comercial; sin embargo, si el contenido del acuerdo está referido a pretensiones sobre alimentos, tenencias u otra de índole familiar, el juez comercial se pregunta: ¿debe ser conocido por el juez en lo comercial o por el juez de familia?

Esta disyuntiva viene generando que las ejecuciones de estos acuerdos conciliatorios con pretensiones dinerarias, derivadas de conflictos familiares, sean rechazadas para su conocimiento por los jueces comerciales derivando ello a los jueces civiles; por su parte, los jueces civiles, invocan el inciso 3 del artículo 688 del CPC y la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial que fija la subespecialidad en temas comerciales para los "procesos de ejecución". Como se puede apreciar, concurre en este cuestionamiento una competencia negativa por parte de los juzgados comerciales y civiles, la misma que es dilucidada por la sala comercial del mismo distrito judicial. Como se puede advertir, es materia de este acuerdo, pretensiones de índole familiar como son los alimentos, la tenencia del menor y el régimen de visitas, las mismas que deben ser conocidas por el juez especializado en dicha materia (competencia objetiva); por tanto, la sala superior al dilucidar el conflicto, definitivamente no se va orientar a dirimir la contienda de competencia entre los jueces civiles y comerciales sino que tendrá que derivar el conocimiento del acuerdo conciliatorio al juez especializado en familia; esto es, la competencia objetiva prima sobre el modelo de proceso al que se quiera recurrir para la satisfacción del derecho. Posiblemente, algunos podrían argumentar que no se ha resuelto ninguna contienda, pues, la controversia entre A y B termina siendo definida hacia C, quien para nada participó del debate y que además se han vulnerado los derechos del juez C, a quien para nada se le escuchó en este debate, pero se decidió en torno a su competencia.

No compartimos esos criterios, porque la discusión de jueces sobre su reparto de actividades es una discusión de puro derecho, que es definida por una instancia superior a todos los jueces confrontados. La discusión es de puro derecho y extraordinaria, pues, el conflicto en debate es el reparto de la competencia en atención a la competencia objetiva (materia). Aquí no se trata de partes y que cada una de ellas haga uso de la defensa, sino de posiciones jurídicas donde cada una de ellas afirman o niegan su competencia para intervenir. Su conflicto provoca la intervención de un tercero, juez con mayor rango en la organización judicial, para definir en la esfera del propio distrito judicial el juez competente. Si el juez superior en ese análisis percibe que ninguno de los confrontados son los competentes, no puede dejar de definir la competencia positiva, al margen que este futuro juez haya o no participado en el debate; pues, el análisis no ha sido a las “posiciones” sino a las reglas del Derecho Procesal para conocer una determinada materia.

El actor interpone contienda de competencia con el propósito de que se notifique al juez Mixto de Aplao-Arequipa a fin de que se inhiba de conocer el expediente y remita el mismo; sin embargo, no ha tenido en consideración lo señalado en el artículo 14 del CPC, que dice: cuando se demanda a una persona natural es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal; sosteniendo que la demanda debió haber sido presentada en la jurisdicción de Lima, lugar donde se encuentra su domicilio real.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Como compensación a la no apreciabilidad de oficio de la competencia territorial salvo cuando sea improrrogable, el demandado tiene dos medios concurrentes y excluyentes para hacer valer la regla del *forum re*. 1) a través de la excepción de incompetencia (*declinatoria*), o, 2) a través de la contienda de competencia (*inhibitoria*) (*Exp. N° 778-2005*).

“Los conflictos –o cuestiones o contiendas– de competencia tienen lugar cuando los órganos jurisdiccionales de igual grado pretenden conocer un mismo proceso o ambos se declaran incompetentes; por lo que existe incompetencia si dicho órgano jurisdiccional excede su competencia e invade la de otro Juez” (*INH. N° 47-2004-Lima-Piura*).

Artículo 39**Reconocimiento de incompetencia**

Si recibido el oficio y sus anexos, el juez de la demanda considera que es competente el juez de la contienda, le remitirá el expediente para que conozca del proceso. Esta decisión es inimpugnable. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 37, 38, 40; C. de P.P. art. 23; L.P.A.G. arts. 82, 85.

Marianella Ledesma Narváez

La contienda es uno de los mecanismos que dispone el legitimado pasivo de la relación procesal, para exigir la intervención del juez competente en el conocimiento de la demanda, para lo cual le requerirá al juez incompetente se inhiba del conocimiento de la demanda y transfiera al requiriente o solicitante el expediente.

Si con los medios probatorios que adjunta el demandado a su pedido de contienda de competencia, el juez requerido no se considera competente, procederá a inhibirse del caso, en decisión inimpugnable. Esto no impide que dicha decisión sea comunicada a la parte que ha promovido la acción, para luego remitir el expediente al juez requiriente. Apréciase que la contienda de competencia no está sujeta a la contradicción del demandante, debiendo el juez requerido evaluar su permanencia en el proceso, en atención a los medios probatorios con el que sustente el demandado su cuestionamiento, los que forman parte de los anexos del oficio que remite el juez de la contienda.

Por otro lado, apréciase que la decisión que tome el juez ante el requerimiento de su inhibitoria es inimpugnable, ello porque dicho cuestionamiento no proviene por efecto de la excepción de incompetencia, sino por una contienda entre jueces; y, en el supuesto que hubiere diferencias o resistencias entre ambos jueces sobre la contienda planteada, será el superior jerárquico en grado, el que tendrá que dilucidar dicha contienda; mal podría permitirse que además de este mecanismo que tiene el juez de la contienda, permitirse a la actora la posibilidad de la impugnación.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

Artículo 40

Conflicto de competencia

Si el juez de la demanda se considera competente suspenderá el proceso y remitirá todo lo actuado, inclusive el principal, al superior que deba dirimir la competencia, oficiando al juez de la contienda. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 37, 38, 39, 42, 714; C. de P.P. arts. 24, 25.

Marianella Ledesma Narváez

1. PROCEDIMIENTO EN CASO DE ACEPTACIÓN DE PEDIDO DE CONTIENDA

En el supuesto que el juez ante quien se ha interpuesto la contienda se considere competente, este comunica mediante oficio al juez que inicialmente conoce del proceso para pedirle se inhíba seguir conociendo y remita el expediente.

Planteado así los hechos, concurren las siguientes respuestas: i) el juez solicitado se considera que no es competente –coincide con el pedido del demandado– se inhíbe y remite el expediente al juez solicitante; y, ii) el juez se considera competente, por tanto, aquí remitirá todo lo actuado –inclusive el principal– al superior para que dirima la competencia comunicando dicha posición al juez solicitante.

2. CONFLICTO DE COMPETENCIA: POSITIVO Y NEGATIVO

Los conflictos de competencia se producen cuando jueces de igual grado están conociendo de un mismo asunto o ambos pretenden ser incompetentes para conocer de él. Es natural que en ambos casos hay una verdadera contienda entre dos órganos jurisdiccionales, que en general es sometido a un órgano superior para que resuelva la situación y declare, en definitiva, cuál es el juez competente en cuanto al asunto que se trata.

La contienda sobre competencia reviste dos formas: positiva, cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio y negativa si ambos jueces pretenden ser incompetentes en igual caso. En este último extremo, véase la contienda negativa a que refiere el siguiente pronunciamiento emitido por la Sala Civil de Lima “si bien los juzgados y sala laboral han declarado la improcedencia de la demanda de ejecución de resolución judicial, por considerarse que no son competentes para conocer de la ejecución de una sentencia dictada en un proceso

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

de amparo, por cuanto conforme al artículo 714 del CPC, los títulos de ejecución judicial se ejecutarán ante el juez de la demanda, dicha negativa de los juzgados laborales nos lleva ante un conflicto de competencia que debe ser dilucidado por la Sala Suprema a fin de impedir la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (LEDESMA, 2005: pp. 358-359).

Las cuestiones de competencia generalmente son definidas por los órganos superiores a los cuestionados, como las salas, sea de la Corte Superior o de la Corte Suprema, según el tipo de cuestionamiento. El procedimiento que se utiliza es sencillo: sin necesidad de informe oral, el superior dirime el conflicto. El contenido de esa decisión importa dos expresiones concretas: la remisión del expediente al juez que considere competente y la comunicación –mediante oficio– al otro juez. Sobre el particular véase el caso en el que un juez civil se considera incompetente para conocer la pretensión disponiendo que se remitan los autos al juez de familia; sin embargo, el juez de familia también se había considerado incompetente disponiendo que se remitan los autos al juez civil de Lima; por tanto, la inhibitoria de ambos jueces ha dado lugar al conflicto negativo de competencia. La pretensión demandada se dirige a declarar la nulidad de varias cláusulas que sustituyen el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales por la separación de patrimonios. En tal sentido, la controversia competencial se centra en determinar si la nulidad de los actos jurídicos contenidos en las escrituras públicas sobre la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales por la separación de patrimonios, con adjudicación de acciones y derechos. Pese al caso, lo que se cuestiona es la nulidad del acto jurídico de sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, lo que no es un asunto del Derecho de Familia, pues se refiere a la validez de los actos privados de eficacia jurídica, lo que exige analizar su concordancia con el ordenamiento jurídico, por tanto se trata de una materia propia del Derecho Civil, ajena a la especialidad de Derecho de Familia, en tal sentido fue dirimida la contienda de competencia a fin de que sea el juez civil el que continúe con el trámite correspondiente (Exp. N° 30188-2013, 1ª Sala Civil de Lima, Res. N° 01, del 09/12/2013).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA, Marianella (2005): *Jurisprudencia actual*, tomo 6. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 41

Resolución de la contienda ante el superior

La contienda de competencia entre jueces civiles del mismo distrito judicial la dirime la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente. En los demás casos, la dirime la Sala Civil de la Corte Suprema.

El superior dirimirá la contienda dentro de cinco días de recibido los actuados, sin dar trámite y sin conceder el informe oral. El auto que resuelve la contienda ordena la remisión del expediente al juez declarado competente, con conocimiento del otro juez. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 35-37; L.P.A.G. art. 85.

Marianella Ledesma Narváez

1. IMPROCEDENCIA DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA

Los conflictos de competencia son positivos cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio.

No procede su discusión si este conflicto versa entre órganos judiciales de distinto nivel jerárquico porque los grados inferiores no pueden conocer de los recursos que corresponden a los superiores, ni estos de las demandas que se interponen ante aquellos.

Corresponde, por lo general, a las salas sea de la Corte Superior o de la Corte Suprema la resolución de las cuestiones de competencia sobre territorio, cuantía y materia; pero en el caso de la competencia por grado, será el propio órgano superior quien fije su propia competencia, de oficio, a pedido de parte o a solicitud del juez inferior.

2. RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA

Los conflictos de competencia revisten dos formas: i) positiva, cuando dos jueces pretenden asumir el conocimiento del mismo litigio; y, ii) negativa, si ambos jueces pretenden ser incompetentes en igual caso.

La norma señala el ente que tendrá a su cargo la definición de la controversia sobre la competencia, para lo cual toma como referencia el espacio de la contienda

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

–el distrito judicial– y su relación de los protagonistas con él, esto es, que pertenezcan al mismo distrito. De tal forma, que si el conflicto de competencia tiene como protagonistas a jueces civiles del mismo distrito judicial, le corresponderá dirimir al superior jerárquico inmediato, como son las salas de la Corte Superior. Véase el caso de conflicto de competencia positivo, entre los jueces de Lima con relación a los jueces del distrito de San Juan de Lurigancho. Como ambos pertenecen al mismo distrito judicial corresponderá a la Sala Civil de Lima dirimir tal conflicto.

La norma considera que en los demás casos, ajenos al enunciado, le corresponde dirimir a la sala civil de la Corte Suprema. En esta posibilidad podríamos citar el caso de conflicto de competencia entre las diversas salas civiles de las cortes superiores. En los casos de los juzgados de paz o paz letrados su competencia se cuestiona vía excepción (ver el art. 35 del CPC).

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El presente caso se trata de un conflicto –o cuestión o contienda– de competencia que tiene lugar cuando los órganos jurisdiccionales de igual grado pretenden conocer o están ventilando un mismo proceso, o ambos se declaran incompetentes, por lo que existe incompetencia si dicho órgano jurisdiccional excede su competencia e invade la de otro juez; (...) que la contienda negativa de competencia se configura entre el Cuarto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Cuadragésimo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del mismo Distrito Judicial; no obstante este último, mediante Resolución del 11 de agosto del 2008, dispone remitir en consulta los autos a la Sala Civil de la Corte Suprema a fin que dirima la competencia; con lo demás que contiene; sin haber considerado la aplicación supletoria al caso de autos de la primera parte del artículo 41 del Código Procesal Civil, por tratarse de un conflicto negativo de competencia por razón de la materia entre Jueces de distinta especialidad y del mismo Distrito Judicial de Lima (*Ejecutoria N° 103-2008*).

Artículo 42

Conservación de la eficacia cautelar

La medida cautelar otorgada por el juez de la demanda, antes de recibir el oficio del juez de la contienda, conserva su eficacia aunque se suspenda el proceso. Suspendido el proceso, no se otorgarán medidas cautelares. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 37, 40, 318.

Marianella Ledesma Narváez

La contienda de la competencia, constituye una de las tantas situaciones que provocan alteraciones en el desarrollo normal del proceso. Nos encontramos ante la llamada crisis procesal, que va a provocar la suspensión legal del proceso, bajo el supuesto que señala el artículo 40 del CPC.

La vida de la relación procesal permanece en suspenso por un periodo más o menos largo. Todos los actos procesales realizados con anterioridad conservan íntegramente su validez. La actividad del juez y las partes es nula durante ese periodo, pues no puede pertenecer a una relación que de momento no existe. La inactividad durante la suspensión del proceso no permite el abandono; sin embargo, se permite que “la medida cautelar otorgada por el juez de la demanda, antes de recibir el oficio del juez de la contienda, conserva su eficacia aunque se suspenda el proceso”.

Antes de la modificación de este artículo, se regulaba la posibilidad que “cualquiera de los dos jueces dicten medidas cautelares, si a su criterio la omisión pudiera provocar perjuicio irreparable para las partes o terceros”. A diferencia de la redacción originaria, hoy se dice “suspendido el proceso, no se otorgarán medidas cautelares”.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

Artículo 43**Continuación del proceso principal**

Recibido el expediente, el juez competente continuará el trámite del proceso volviendo a conceder el plazo para contestar la demanda. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 36 inc. 1, 37, 41, 309, 318; L.O.P.J. art. 33 inc.2.

Marianella Ledesma Narváez

Una de las interrogantes que surge, luego que se levanta la suspensión y se reanuda el proceso, es el cómputo del plazo.

El artículo 318 del CPC señala que la suspensión, a diferencia de la interrupción, es la inutilización de un periodo de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal.

En la doctrina surgen dos posiciones al respecto. Una sostiene que se compute de nuevo todo el plazo concedido por la ley para la realización del acto; y la otra que plantea el descuento del lapso transcurrido antes de la paralización.

Frente a ello, el CPC considera el cómputo de un nuevo plazo para la contestación de la demanda, siempre y cuando el juez competente sea el de la contienda. La norma solo hace referencia a la contestación, guardando silencio frente al cómputo de otros plazos suspendidos por la contienda entablada.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

Artículo 44

Convalidación de la medida cautelar

A pedido de parte, y siempre que la competencia fuera decidida a favor del juez de la contienda, este deberá efectuar, como juez de primer grado, un reexamen de los presupuestos de la medida cautelar preexistente. El pedido de reexamen es procedente cuando no se ha apelado la medida, o cuando la parte se ha desistido de dicho recurso. ()*

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 37.

Marianella Ledesma Narváez

El proceso no se agota en un instante. El tiempo que tome desde que se inicia el proceso hasta que se logre una sentencia en definitiva, que dirima el conflicto, podría llevar a buscar tutela para conservar o para innovar la situación de hecho existente, prohibiendo su transformación o imponiendo la mutación de ese estado; pero también la tutela puede orientarse a asegurar a futuro la ejecución forzada de una sentencia, como sería el caso del embargo, que busca inmovilizar el patrimonio del obligado. Hay una razón de eficacia que justifica la existencia de la medida cautelar, pues si bien el proceso es un instrumento al servicio del Derecho, la medida cautelar asume el rol de ser una herramienta del proceso, orientada a garantizar la realización de la solución que pone fin a este.

En atención a ello, la norma en comentario faculta al juez de la contienda decidida a su favor, realice un reexamen sobre los presupuestos de la medida cautelar dictada, siempre y cuando no se hubiera apelado la medida o cuando la parte se ha desistido de dicho recurso. Con dicha liberalidad se permite que el nuevo juez verifique, lo necesario o no de la medida, en atención a los presupuestos de la ya existente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

Artículo 45**Costas y costos**

Si el incidente se resuelve a favor del juez de la contienda, las costas y costos debe pagarlas el demandante.

Si se dirime a favor del juez de la demanda, serán pagadas por quien promovió la contienda. ()*

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. 35, 37, 412.

Marianella Ledesma Narváez**1. COSTAS Y COSTOS: LA TESIS OBJETIVA**

Exigir un derecho a través del proceso judicial requiere tiempo y gasto que no puede volverse contra quien acude a este en busca de razón, mucho menos si la tiene, de manera que la justificación de la condena de los gastos procesales (llámese costas y costos) no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de quien se realiza.

El gasto procesal es una obligación estrictamente procesal que nace a partir de una condena expresada en la sentencia o resolución judicial.

El CPC para regular los gastos procesales opta por la tesis objetiva, esto es, la derrota procesal. El vencimiento puro y simple, prescindiendo de la intención o del comportamiento procesal de las partes, es lo que justifica el artículo 412 del CPC. El reembolso de los gastos del proceso se sustenta en el hecho objetivo de la derrota, esa es la regla general, no interesa si la parte ha dado motivo a la condena de dichos gastos, o si ha sostenido un proceso sin justa razón, lo que interesa es el hecho objetivo de la derrota o el vencimiento.

2. COSTAS Y CONTIENDA DE LA COMPETENCIA

La intervención de un juez incompetente puede ser cuestionada a través de los mecanismos que regula el artículo 35 del CPC. El efecto de la incompetencia es la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, pero adicionalmente a ello, el juez está obligado a la condena de los gastos procesales. Estos no se reembolsan en atención a la teoría objetiva del vencimiento sino a la mala práctica del litigante, que de manera artificiosa ha alterado las reglas de la competencia.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo I de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

Bajo este criterio la norma en comentario hace extensivo los gastos a los resultados de la contienda de competencia. Si el conflicto se dirime a favor del juez requiriente, los gastos los asume el demandante por no salir vencedor de esta discusión; en cambio si se resuelve a favor del juez originario requerido, los gastos son pagados por el demandado que promovió la contienda sin mayor éxito.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 46**Multas**

La parte que, con mala fe, promueve una contienda será condenada por el órgano jurisdiccional dirimente a una multa no menor de cinco ni mayor de quince Unidades de Referencia Procesal. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. IV, 53 inc. 1, 413.

Marianella Ledesma Narváez

1. CONTIENDA DE COMPETENCIA Y MALA FE

La parte que con malicia, artificio o engaño promueva una contienda de competencia, será condenada por el órgano jurisdiccional dirimente a una multa; esto es que adicionalmente al reparto de los gastos procesales que consagra el artículo que precede, se prevé la posibilidad de una condena pecuniaria –llamada multa– como sanción por la mala práctica del litigante que mediante engaño o malicia promueve la inhibitoria.

2. MULTAS

Las multas no tienen como destinatario a la parte afectada con la inhibitoria sino que constituyen ingreso propio del Poder Judicial. A diferencia de los gastos procesales que contempla la posibilidad de la exoneración (ver el artículo 413 del CPC), en el caso de la multa no procede ella.

Las multas son sanciones pecuniarias que se imponen a los sujetos procesales en atención a su conducta asumida en el proceso. No solo los jueces la imponen para asegurar el orden y buen trámite de los procesos, bajo un rol conminatorio, como se aprecia del inciso 1 del artículo 53 del CPC, sino que asumen un rol represivo, que mira al pasado y es pronunciada por el juez, de oficio. Responde a un procedimiento coactivo que se ejerce sobre los bienes del resistente (véase sobre el particular lo normado en el Reglamento de Cobranza de Multas impuestas por el Poder Judicial, aprobado por la Resolución Administrativa N° 177-2014-CE-PJ del 12/07/2014).

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28544 del 16/06/2005.

La medida de la condena se expresa en Unidades de Referencia Procesal (URP), que oscilan entre un monto mínimo y máximo, dejando la fijación de esta a la discrecionalidad del juez. Como la URP está en directa relación con la Unidad de Referencia Tributaria, la que varía cada año, la norma precisa que será aplicable la URP vigente al momento que se haga efectivo el pago de la multa.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima: Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO III

COMPETENCIA INTERNACIONAL

Artículo 47 | Competencia del juez peruano

Es competente el juez peruano para conocer los procesos en los casos señalados en el Título II del Libro X del Código Civil.

CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 33-41, 1373, 2051-2053, 2057 a 2067, 2076; C.P.C. arts. 6, 8;
L.O.P.J. arts. 4, 5.*

Alonso Gurmendi Dunkelberg^()*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 47 del CPC, no es más que una remisión al Título II del Libro X del CC, referente a la competencia jurisdiccional del juez peruano en materia de Derecho Internacional Privado. Esta rama del Derecho estudia el tráfico jurídico entre sujetos vinculados con más de un ordenamiento jurídico (TOVAR, 1987: p. 30). Así pues, para tratarse de un caso internacional, la controversia en cuestión debe tener un elemento internacional jurídicamente relevante.

El Derecho Internacional Privado regula la determinación de competencias y la determinación de una ley aplicable a través de lo que se denomina “norma de conflicto”. Una norma de conflicto es un tipo de norma jurídica en donde el supuesto de hecho es una categoría jurídica específica (en el caso del Título II del Libro X, vinculada a la competencia del juez) y la consecuencia es un factor de conexión, es decir, un hecho o concepto que permita dilucidar qué ordenamiento es el que regula esa categoría en particular.

Para entender este concepto tomemos como ejemplo el caso del artículo 2076 del CC, el cual señala que “la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración”. En este caso, la categoría jurídica (el supuesto) en cuestión sería “la forma del matrimonio” y el factor de conexión (la consecuencia) sería “la ley del lugar de su celebración”. El Derecho Internacional Privado, por ende, no siempre nos da una solución específica, en la medida en que a veces tendrá que interpretarse el factor de conexión: ¿dónde es que se celebró el matrimonio específico?

(*) El autor agradece a Germán Gómez Gallegos por su ayuda en la elaboración de este comentario.

Entendido el concepto de una norma de conflicto, podemos pasar entonces a describir el régimen de competencia jurisdiccional internacional del juez peruano bajo el Libro X del CC. En concreto, el CC regula dos formas típicas de competencia, cada una con sus particularidades: i) competencia para casos de personas domiciliadas en el Perú; y, ii) competencia para casos de personas domiciliadas en el extranjero. A continuación se explicarán ambas formas.

2. COMPETENCIA PARA DOMICILIADOS

La regla general de competencia jurisdiccional internacional es que los tribunales peruanos son siempre competentes para conocer acciones en contra de personas domiciliadas en el Perú. La norma asume que toda persona que tiene su residencia habitual en el Perú debe tener acceso a los tribunales nacionales a fin de poder defenderse y no incurrir así en costos exorbitantes en el extranjero.

En estos casos, sin embargo, surge la pregunta de cuándo puede considerarse domiciliada a una persona para efectos del Derecho Internacional Privado. Después de todo, si bien la noción de domicilio tal cual se encuentra regulada en los artículos 33 al 41 del Libro I del CC, resulta adecuada en casos en los que haya que notificar una resolución judicial, existen otros en los que puede ser muy inadecuada para el concepto de factor de conexión y las realidades del tráfico jurídico internacional.

Tomemos, por ejemplo, el caso de la pluralidad de domicilios: una persona vive en una casa los fines de semana, pero en otra el resto de días. De acuerdo con el artículo 35 del CC, dicha persona se encontraría domiciliada en ambos lugares y se le podrá notificar con una demanda en cualquiera de ellos. Esta noción, sin embargo, no resulta adecuada para casos internacionales, cuando, en lugar de dos casas en un mismo país, hablamos de dos casas en países diferentes. Allí, las consecuencias de considerar domiciliado a una persona en cualquier lugar, al azar, son demasiado grandes pues de allí se determinará en buena cuenta qué normas de conflicto se utilizarán para regir su devenir internacional. Lo que se desea en estos casos no es pues favorecer la pluralidad de domicilios, sino establecer cuál de los dos domicilios es el que tiene más vínculos con esta persona y cuál es el ordenamiento o el foro más razonable para la persona en cuestión (CALVO CARAVACA; CARRASCOSA, 2014: p. 325).

Así, en el Derecho Internacional Privado se distingue el domicilio nacional del domicilio internacional (TOVAR, 1987: pp. 61-66), a pesar de que el Libro X del CC no contenga una definición independiente. De este modo, en aquellos supuestos en donde la regulación nacional de domicilio en el Libro I del CC, resulte inadecuada a las necesidades de su Libro X, la determinación final del domicilio tendrá que

realizarse a través de la aplicación de los principios generales del Derecho Internacional Privado. Por ende, el juez deberá determinar el domicilio internacional atendiendo a factores auxiliares que aclaren cuál domicilio es el más conexo a la persona, siendo ejemplos de esto la existencia de un centro principal de negocios, la nacionalidad, el *animus*, etc.

3. COMPETENCIA PARA NO DOMICILIADOS

Cuando el demandado no se encuentra domiciliado en el Perú, el juez deberá revisar los artículos 2058, 2061 y 2062 del CC, para dilucidar su competencia en las tres grandes categorías en las que el Derecho Internacional Privado peruano divide nuestro ordenamiento: acciones de i) contenido patrimonial; ii) estado, capacidad civil y relaciones familiares; y, iii) universalidad de bienes. Cada categoría viene acompañada de uno o más factores de conexión diferentes que deben ser analizados independientemente. A continuación se explicará cada uno.

3.1. Acciones de contenido patrimonial

El artículo 2058 del CC, menciona que los tribunales peruanos son competentes para conocer acciones de contenido patrimonial en casos de no domiciliados en tres circunstancias: i) derechos reales; ii) obligaciones y contratos; y, iii) supuestos de sumisión expresa o tácita. En este acápite se explicarán únicamente los dos primeros, dejando el tercero para la siguiente sección.

En materia de derechos reales, el inciso 1 del referido artículo menciona que el juez peruano será competente cuando el bien en cuestión se encuentre en el Perú al momento en que se inicie la acción. Se trata pues del principio *lex rei sitae*, amparado en la mayoría de ordenamientos del mundo.

En materia de obligaciones y contratos, la figura es un poco más complicada. El inciso 2 del mencionado artículo 2058 señala que existirá competencia “cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que deriven de contratos celebrados o de hechos realizados en dicho territorio”. En doctrina, autores como los hermanos TOVAR desglosan este texto de la siguiente forma: existe competencia internacional del juez peruano cuando la parte demandante reclama al demandado el cumplimiento de una obligación específica que deba ejecutarse en el Perú, incluso si el contrato en general fuera celebrado en otro país. Así, si un domiciliado peruano celebra un contrato de compraventa con un domiciliado ecuatoriano en Ecuador, señalando que tanto el pago como la entrega del bien deben realizarse en Ecuador, entonces el vendedor peruano no podrá demandar en el Perú al comprador ecuatoriano por el pago del precio, pues es un no domiciliado el que ha celebrado un contrato

en el extranjero y la obligación de pago no se ejecuta en el Perú. Ahora bien, si el contrato en su conjunto se ha celebrado en el Perú, todas las obligaciones que de él deriven están sujetas a la competencia del juez peruano. Así, en el ejemplo anterior, si el contrato de compraventa se celebra en el Perú y la entrega y el pago deben realizarse en Ecuador, el vendedor peruano sí podrá reclamarle a su comprador el pago del precio ante los tribunales peruanos, aun cuando se trate de un no domiciliado. Finalmente, el último supuesto se refiere a hechos realizados en el territorio peruano; es decir, supuestos de responsabilidad extracontractual y actos unilaterales.

Un tema específico que cobra importancia en estos casos es el de la contratación entre ausentes (TOVAR, 1987: p. 199) ¿Qué sucede cuando dos partes ubicadas en países diferentes celebran un contrato por vía telefónica o correo electrónico? En el Perú, la contratación entre ausentes queda regulada por el artículo 1373 del CC, que establece que un contrato “queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”. De esta forma, para efectos del artículo 2058 del CC, un contrato entre ausentes queda celebrado en el Perú siempre que la aceptación sea conocida por el oferente cuando se encuentre en el Perú.

3.2. Estado, capacidad y relaciones familiares

El artículo 2062 del CC recoge dos formas para determinar la competencia del juez peruano en materia de estado civil, capacidad y relaciones familiares. La primera es lo que autores como los hermanos TOVAR han denominado la “inversión del método” y, la segunda, el sometimiento. Al igual que con las acciones de contenido patrimonial, dejaremos el tema del sometimiento para el siguiente acápite.

La “inversión del método” consiste en que –a diferencia de lo que normalmente se hace en casos de Derecho Internacional Privado, en donde primero el juez determina su competencia y solo después evalúa la ley aplicable– el juez solo se declarará competente una vez que determine que la ley peruana es aplicable. Por ejemplo, supongamos que se trata de un caso de divorcio. Antes de poder determinar su competencia, el juez deberá revisar el artículo 2081 del CC (referido no a competencia jurisdiccional, sino ley aplicable). Este artículo dice: “el derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal”. En este sentido, el juez peruano será competente únicamente cuando el domicilio conyugal en cuestión se encuentre en el Perú.

3.3. Universalidad de bienes

El mismo principio que encontramos en el artículo 2061 del CC se repite en el artículo 2062. Por universalidad de bienes el artículo 2061 hace mención

principalmente a situaciones relacionadas al Derecho de Sucesiones y Derecho Concursal. Este artículo señala que será competente el juez peruano, aun contra domiciliados en el extranjero, cuando el Derecho peruano sea aplicable para regir el asunto. Esto implica que, para poder determinar la competencia del juez peruano según el Título II del Libro X, habrá que revisar primero la ley aplicable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2068 a 2111 del CC.

4. COMPETENCIA EN SUPUESTOS DE SUMISIÓN

Los artículos 2058 inciso 3 y 2062 inciso 2 del CC, así como los artículos 2059 y 2060, incluyen, además de las causales de jurisdicción ya vistas, la noción de jurisdicción por sometimiento. De acuerdo con el artículo 2058-3, las partes pueden someterse tácita o expresamente a la jurisdicción peruana en casos de contenido patrimonial. Se somete tácitamente a la jurisdicción peruana quien “se apersona en el juicio sin hacer reserva” (art. 2059 del CC).

Por su parte, el artículo 2062 inciso 2 regula también la jurisdicción por sometimiento para asuntos de estado, capacidad y relaciones familiares, pero haciendo la atinencia de que, en estos casos, la causa requiere de una efectiva vinculación con el territorio del Perú.

5. COMPETENCIA EXCLUSIVA Y NEGATIVA

Por lo general, la competencia de los jueces peruanos es facultativa para las partes en conflicto; es decir, el juez peruano obtiene jurisdicción por el accionar de sus normas de conflicto, pero no se reserva para sí el derecho a ser el único juez competente. Existen otras contadas situaciones, sin embargo, en donde la ley peruana declara que el juez peruano, y solo el juez peruano, puede conocer determinada materia. En estas instancias, llamadas instancias de jurisdicción peruana exclusiva, el Derecho peruano se negará a darle reconocimiento jurídico a una sentencia que provenga de un juez del extranjero. Asimismo, existen otras situaciones en donde el Derecho peruano reconoce que sus jueces no serán nunca competentes para conocer determinadas controversias. A estas últimas se las llama situaciones de competencia negativa. A continuación se procederá a estudiarlas en mayor detalle.

La jurisdicción exclusiva está recogida en el artículo 2058 del CC y lidia con tres temas, cada uno relacionado con los tres incisos de dicho artículo. En ese sentido, existe jurisdicción exclusiva peruana para:

- a) Derechos reales sobre predios ubicados en el territorio peruano.
- b) Acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetradas o cuyos resultados se hayan producido en el Perú. Se trata pues de las reparaciones civiles

de delitos vinculados con el Perú. Lo que se busca es evitar que otra jurisdicción pueda cuantificar el daño económico que ocasiona un delito que debe ser sancionado penalmente por el poder punitivo peruano.

- c) Supuestos de sumisión a la jurisdicción peruana. Se trata de aquellas circunstancias en que las partes se someten tácita o expresamente a la jurisdicción peruana de acuerdo con el artículo 2058 inciso 3 y el 2060. En estos casos, salvo pacto en contrario antes o al momento de la sumisión, el ordenamiento peruano asume que la elección es exclusiva y que, por ende, será imposible reconocer una sentencia extranjera sobre el mismo caso.

Por su parte, la jurisdicción negativa se encuentra regulada en el artículo 2067 del CC. En este artículo quedan reguladas cuatro situaciones de competencia negativa:

- a) *Acciones relativas a derechos reales sobre predios situados en el extranjero.* De la misma forma como el Derecho peruano busca excluir a los predios ubicados en el Perú de las jurisdicciones extranjeras, por motivos de reciprocidad, se abstiene de decidir sobre derechos reales en predios extranjeros.
- b) *Asuntos sometidos a jurisdicción extranjera.* Como señalamos antes, la elección de un tribunal es exclusiva salvo convención en contrario. En este sentido, cuando las partes acuerdan que un tribunal que no sea el peruano decida sobre la controversia, el juez peruano debe abstenerse de asumir jurisdicción sobre esta.
- c) *Acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales o sus relaciones familiares no vinculadas efectivamente con el territorio de la República.* Se trata pues del correlativo a lo dispuesto por el artículo 2062 inciso 2.
- d) *Inmunidad jurisdiccional.* Este es quizás el supuesto más complejo de jurisdicción negativa. El artículo 2067 señala a este respecto que “la competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer de las acciones intentadas contra estados extranjeros o sus jefes, representantes diplomáticos, organismos internacionales y sus representantes, se regula por lo dispuesto en los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú”. En estricto, entonces, como puede verse, el artículo no señala los supuestos en los que los jueces peruanos deben denegar su jurisdicción.

En estos temas, el Perú ha ratificado diversos tratados. Por ejemplo, el Perú es parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que regula los privilegios e inmunidades que han de reconocerse a las misiones

diplomáticas extranjeras en el país; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que es el equivalente para las misiones consulares, y la Convención de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas. Además de estos tratados multilaterales, el Perú ha firmado acuerdos de sede con numerosos organismos internacionales en donde se regulan sus respectivos privilegios e inmunidades.

Sin embargo, no todas las normas sobre privilegios e inmunidades se encuentran reguladas en tratados. Como ha señalado la propia Corte Internacional de Justicia, la inmunidad de jurisdicción es una regla general de Derecho Internacional consuetudinario que se encuentra sólidamente enraizada en la práctica de los Estados (ICJ REPORTS, 2012). Así, si solamente se toman en cuenta los tratados ratificados por el Perú, estaremos dejando de lado una serie de asuntos jurisdiccionales que se encuentran regulados por la costumbre internacional, pero no en tratados específicos, como, por ejemplo, la inmunidad entre Estados y la inmunidad de jefes de estado y de gobierno (la única excepción a esta situación es la inmunidad absoluta regulada por el Código de Bustamante de 1928).

Sería contradictorio con las obligaciones del Perú ante la comunidad internacional alegar que el artículo 2067 del CC, permite a nuestro país denegar inmunidad de jurisdicción a otros Estados o sus líderes. El Perú, en tanto integrante de la comunidad internacional, se encuentra obligado a cumplir con todo el *corpus* del Derecho Internacional, independientemente de su fuente, sea convencional o consuetudinaria. Así, el Derecho Internacional obliga al Perú a reconocerle inmunidad a otros Estados y sus jefes de Estado, independientemente de si esta inmunidad se encuentra o no reflejada en algún tratado.

La inmunidad de los Estados, sin embargo, no es absoluta, sino que diferencia a aquellos actos que el Estado realiza *iure imperii* de aquellos que realiza *iure gestionii*. Bajo esta distinción, existirá inmunidad para los actos que el Estado realiza en ejercicio de su autoridad pública (*iure imperii*), pero no para aquellos que realiza en calidad de comerciante privado (*iure gestionis*) (HIGGINS, 2007: p. 79.; FAWCETT; CARRUTHERS, 2008: pp. 493-494).

Algo similar sucede con los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, quienes gozan de inmunidad mientras se encuentran ejerciendo sus cargos y, una vez que los abandonan, retienen inmunidad para aquellos actos oficiales que hayan realizado durante su gestión, más no para actos de índole personal o actos realizados antes o después de asumir funciones (ICJ REPORTS, 2002).

6. COMENTARIO SOBRE LA LEY APLICABLE

Antes de concluir este comentario es importante aclarar que el hecho de que el juez peruano logre determinar su competencia en el marco de las normas de conflicto del Título II del Libro X del CC, no implica, en lo más mínimo, que la ley peruana será en consecuencia la ley aplicable a la controversia en cuestión. La determinación de la ley aplicable es, salvo las instancias de inversión del método ya mencionadas antes, una etapa completamente diferente a la determinación de competencia. Así, será perfectamente posible que un juez peruano competente según el Título II del Libro X, termine utilizando normas extranjeras en la controversia bajo análisis, en aplicación del Título III del Libro X. El juez peruano simplemente no puede escapar de esta situación, incluso en el supuesto de que las partes no la aleguen, pues es un mandato expreso del artículo 2051, el cual señala que “el ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio”.

Una vez determinada la aplicación de la ley extranjera, el juez peruano competente podrá solicitar a las partes que prueben la existencia y el contenido de la ley aplicable, al amparo del artículo 2052 del CC, o, conforme al artículo 2053, solicitar al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga un informe sobre los mismos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2014): *Derecho Internacional Privado*, vol. 1. Granada: Comares; FAWCETT, James; CARRUTHERS, Janeen M. (2008): *Private International Law*. Nueva York: Oxford University Press; HIGGINS, Rosalyn (2007): *Problems and process: International Law and how we use it*. New York: Oxford University Press; TOVAR GIL, María del Carmen; TOVAR GIL, Javier (1987): *Derecho Internacional Privado*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente; ICJ REPORTS (2002): *Orden de arresto del 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica). Corte Internacional de Justicia, Sentencia; ICJ REPORTS (2012): *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: Grecia interviniendo)*. Corte Internacional de Justicia, Sentencia.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DELGADO BARRETO, César (2012): *Introducción al Derecho Internacional Privado*, vols. 1 y 2. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; BRIGGS, Adrián (2013): *The conflict of law*. Oxford: Oxford University Press; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2008): *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado: el reglamento “Roma II”*. Granada: Editorial Comares; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2001): *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*. Madrid: Editorial Colex; REVOREDO MARSANO, Delia (1985): *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil*, tomo VI. Lima: Okura Ediciones S.A.; RIGAUX, François (1985): *Derecho Internacional Privado: Parte general*. Madrid: Editorial Civitas.

SECCIÓN SEGUNDA
SUJETOS DEL PROCESO



SECCIÓN SEGUNDA SUJETOS DEL PROCESO

TÍTULO I ÓRGANOS JUDICIALES Y SUS AUXILIARES

CAPÍTULO I JUZGADOS Y CORTES

Artículo 48

Finalidad

Las funciones del juez y de sus auxiliares son de Derecho Público. Realizan una labor de conjunto destinada a hacer efectiva la finalidad del proceso. El incumplimiento de sus deberes es sancionado por la ley.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. II, III, IV, V, VII, 49, 384; L.O.P.J. arts. 4, 5, 16, 20, 25, 184, 259, 263, 266, 272.

Rosa Vásquez Rodríguez

Antes de entrar en detalles acerca de la función de los magistrados, así como de los servidores judiciales, no podemos dejar de mencionar al proceso en donde estos actores cumplen un papel fundamental dentro del organigrama jurídico del país. Y es que, solamente la efectivización de los derechos procesales se reviste a aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción de un proceso judicial.

El maestro ALSINA (1963: pp. 400-401) sostiene que:

*“(...) la palabra *proceso* es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba la de *juicio*, que tiene su origen en el Derecho Romano y viene de *iudicare*, declarar el derecho. El término proceso es más amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que juicio supone una controversia, es decir, una especie*

dentro del género. Por otra parte, este segundo concepto excluye la ejecución forzada, que no requiere de una declaración y constituye sin embargo, uno de los modos del ejercicio de la función jurisdiccional” (pp. 400-401).

El término “proceso” deriva del latín *processus* o *procederé*, que representa la acción de progresar o avanzar hacia un determinado fin, el cual a tenor de lo expresado en el artículo III del Título Preliminar del CPC, prevé la resolución de un conflicto de intereses o la eliminación de una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, procurando lograr la paz social en justicia. Es así que el proceso judicial no solamente debe verse desde una óptica netamente *procedimental*, en el cual se transite, a lo largo de su desarrollo, por sendas etapas para lograr un pronunciamiento de fondo, sino debe ser visto como aquel instrumento de pacificación social que protege al justiciable frente al derecho que considera vulnerado.

Como lo ha señalado claramente MONROY (2004: p. 223), el proceso civil existe cuando se presenta un conflicto de intereses o incertidumbre con relevancia jurídica y que la necesidad de que estas sean resueltas o despejadas está dada por la búsqueda de la paz social. Precisando, además, que el conflicto de intereses constituye la confluencia de intereses contrapuestos sobre un mismo bien jurídico y el intento de primar uno frente al otro, quien a su vez ofrece resistencia a ese interés. Finalmente, que la incertidumbre jurídica, otro de los elementos del proceso, es la falta de convicción o reconocimiento social en torno a la vigencia o la eficacia de un derecho.

Este vocablo se emplea en diferentes ciencias y disciplinas, existiendo por ende diferentes tipos de procesos (químicos, físicos, fisiológicos, patológicos, orgánicos, etc.). Así, en tal sentido, ROCCO (1969: p. 113) postula que el término proceso es genérico, ha sido tomado del lenguaje común, no siendo propio ni exclusivo del lenguaje jurídico, sirve para representar un momento de evolución de una cosa cualquiera.

En tal sentido, cuando nos referimos al proceso judicial de manera directa nos direccionamos al juez y los auxiliares, conformados por los secretarios de sala, relatores, secretarios de juzgado, auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial. Asimismo, el Código considera al perito, depositario, interventor, martillero público, curador procesal y policía como órganos de auxilio judicial.

Según COUTURE el proceso “es un cúmulo de actos, por su orden temporal, su dinámica, la forma de desenvolverse, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”, es decir, la secuencia de actos destinados a resolver aquel conflicto de intereses urgidos por las partes en un proceso (1979: p. 122).

Por otro lado, CARNELUTTI, explica que el proceso civil es una serie de hechos relacionados a los hombres “más bien de actos: unos hombres, que se llaman partes y defensores, piden algo a otros, que se llaman jueces; para hacer lo que a ellos se les pide; los jueces escuchan, observan, razonan, administran, condenan. El proceso civil, por tanto, es, no solo un sector de la realidad, sino también de la actividad, entendida como realidad determinada por la acción (humana)” (1971: p. 1).

En la doctrina nacional, LEDESMA (2009: p. 32), en la misma tendencia de los autores antes citados, destaca el carácter del proceso, esto es, un deber ser del proceso, como un conjunto de actos ordenados, señalando que son sistematizados en tanto se encuentran coordinados, enlazados y reglados, cuya orientación persigue el logro de un predeterminado fin de resolver en justicia. La autora sostiene que el proceso no se agota en un instante y que más bien responde a una secuencia de etapas, imprimiéndole ese carácter dinámico que da vida y permite el movimiento del proceso hasta llegar a su objetivo final; y además, indica que todo proceso tiene una vocación de arribo, el proceso no sirve para privilegiarse en un fin en sí mismo que es teleológico; y comenta que en el proceso civil, la finalidad está orientada a terminar o acabar con el conflicto de intereses permitiendo el logro de la finalidad abstracta, esto es la paz social en justicia por medio de la actividad jurisdiccional.

La abundante doctrina en materia de Derecho Procesal Civil ha definido de múltiples formas al proceso civil, y es especial, al proceso civil peruano; sin embargo, ello no es excusa para establecer que esta institución va ligada a la actividad jurisdiccional de un Poder del Estado, bajo un manto de autonomía con fines, objetivos, principios, garantías y reglas propias, que buscan la protección de los derechos fundamentales.

En tal sentido, cuando nos referimos al proceso judicial de manera directa nos direccionamos al juez y los auxiliares, conformados por los secretarios de sala, relatores, secretarios de juzgado, auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial. Asimismo, el Código considera al perito, depositario, interventor, martillero público, curador procesal y policía como órganos de auxilio judicial.

Todas esas funciones son de Derecho Público porque se encuentran previstas dentro de nuestra Carta Magna. Estos sujetos se relacionan entre sí y con las partes con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, según el rol que asuman cada uno frente al proceso. Lo importante es que todos realizan una labor en conjunto para hacer realidad los fines privados y públicos del proceso judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

COUTURE, Eduardo J. (1979): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; CARNELUTTI, Francesco (1971): *Instituciones del proceso civil*,

trad. de la 5ª ed. italiana por Santiago Sentis Melendo, vol. 1. Buenos Aires: EJE; LEDESMA, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; Rocco, Ugo (1969): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El desempeño funcional tiene como objetivo y finalidad la resolución de los conflictos no solo con transparencia, profesionalismo, justicia y garantizando un debido proceso, sino también dentro de los plazos legales fijados en el ordenamiento procesal civil o, en todo caso, dentro de unos razonables que evidencien la voluntad del Poder Judicial del Estado de otorgar tutela efectiva a los justiciables dentro de un escenario de seguridad jurídica (*Exp. N° 190-2005*).

Artículo 49**Órganos judiciales en el área civil**

La justicia civil es ejercida por los jueces de paz, de paz letrados, civiles, de las cortes superiores y de la Corte Suprema.

CONCORDANCIAS:

C. art. 138; C.P.C. art. 5; L.O.P.J. arts. 25, 26, 27, 33, 36, 40, 46, 49, 54, 55, 57, 61, 64.

Rosa Vásquez Rodríguez

El artículo en mención regula la competencia por grado o jerarquía de los jueces con especialidad en materia civil, la cual se relaciona con la materia y la cuantía, siendo en el caso particular el turno.

Cabe mencionar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional requiere de una organización, la cual se encuentra formada en el Poder Judicial, es decir dicha estructura está constituida por una serie de grados, que determinan la distribución de la competencia objetiva y funcional tanto de la justicia de paz, paz letrado, juzgados especializados, las salas superiores y supremas.

Dichas actividades jurisdiccionales se realizan bajo influencia de los principios básicos de independencia e imparcialidad de los magistrados, los cuales se encuentran respaldados en nuestra Carta Magna.

En ese sentido, es preciso resaltar que si bien dichos órganos jurisdiccionales son parte de un organigrama judicial, ello no significa que todos se encuentren dentro de la carrera judicial, siendo que ello abarca en primer lugar a los jueces de paz, quienes son magistrados pero no letrados que administran justicia tomando como referente las costumbres de la comunidad del cual se encuentran desarrollando.

Dentro de la organización de los órganos jurisdiccionales comprendidos en la estructura de cada Corte Superior de Justicia, se tiene:

- Los jueces de paz
- Los jueces de paz letrados
- Los jueces civiles
- Los jueces de familia
- Las salas civiles de las Cortes Superiores
- Las salas de familia
- La sala civil de la Corte Suprema

Juez de paz.- Es aquel que es elegido por los ciudadanos de manera directa y democrática, el cual interviene como conciliador y contribuye a que las personas resuelvan sus conflictos de una forma directa, de no llegar a un acuerdo, el juez de paz podría dictar sentencia judicial.

Por lo general, el juez de paz no requiere ser abogado para ejercer el cargo porque, preferentemente, resuelve de acuerdo al sentido común y en equidad a fin de restablecer los vínculos vecinales y mantener la paz social, en ese sentido normalmente quien ocupa ese cargo es aquel que ha ganado la mayor confianza de su comunidad, es decir, ha cumplido con ciertos requisitos para poder ejercer el cargo. Los jueces de paz son importantes en la comunidad porque se mantienen como una gran opción para resolver conflictos y para que se sancionen o corrijan diversos actos.

Los requisitos para ser candidato como juez de paz según el artículo 5, Ley N° 28545 que regula la elección de los jueces de paz son:

- Ser peruano de nacimiento y mayor de 25 años.
- Acreditar que reside por más de 3 años continuos en la circunscripción a la que postula.
- Saber leer y escribir.
- No estar incurso en ninguna incompatibilidad establecida por ley.
- Tener ocupación conocida.
- Tener dominio, además del idioma castellano, del quechua, del aimara o la lengua que predomine en el lugar donde va a ejercer el cargo.
- Tener conducta intachable y reconocimiento de su comunidad.

El ámbito jurisdiccional donde funcionan los juzgados de paz no letrados así como su competencia territorial son determinados por cada Corte Superior de Justicia del distrito judicial pertenecientes, considerando las poblaciones y las necesidades respecto a la administración de justicia en las aéreas rurales (art. 61 de la LOPJ).

El juez de paz debe resolver los procesos, sentenciándose de conformidad a su leal saber y entender, motivando debidamente sus resoluciones sin la obligatoriedad de fundamentar sus fallos jurídicamente.

Jueces de paz letrados.- Conforme al artículo 57 de la LOPJ, los juzgados de paz letrados conocen diversas acciones en materia civil, penal, laboral y de familia, debiendo agregar que además de ello cuentan con funciones notariales a las que se contrae el artículo 58 de la LOPJ. Dicha competencia comprende:

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles.
2. De los procesos de desalojo y demás que contiene.
3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la ley, diligencias probatorias y legalización de libros contables y otros.
4. De las acciones comprendidas dentro del derecho alimentario.
5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas del proceso de conocimiento, si en estas no se dispone el levantamiento del embargo el juez de paz letrado remite lo actuado al juez especializado que corresponda, a efectos que prosiga su trámite.
6. De los asuntos comprendidos en la indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito.
7. De los proceso ejecutivos (entiéndase proceso únicos de ejecución).
8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 del CC.

Dichos procesos en materia civil y/o alimentos se ventilaran con el referido juez con los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Por su parte los jueces especializados, o cuando estos no existieran, los jueces mixtos, también conocen casos civiles según la naturaleza jurídica o el monto de su pretensión, los mismos que según las circunstancias pueden ventilarse en los procesos de conocimiento, abreviados, sumarísimo, no contencioso, ejecutivos y cautelares. En ese sentido los casos civiles son sometidos a conocimiento de los jueces especializados y entre estos se encuentran aquellos que están taxativamente enumerados por los incisos 2, 3, 5 y 6 del artículo 546 del CPC, incluso en el caso del inciso 1 del referido artículo cuando existe prueba indubitable del vínculo familiar.

Respecto a los vocales superiores de las salas civiles o mixtas conocen los casos civiles señalados en el artículo 40 de la LOPI, y los Vocales Supremos de las salas civiles permanentes o transitorias conocen a su vez aquellos casos a los que se refiere el artículo 33 de la ley en mención.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, Lima: Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO II

DEBERES, FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE LOS JUECES EN EL PROCESO

Artículo 50 Deberes

Son deberes de los jueces en el proceso:

1. *Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal;*
2. *Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga;*
3. *Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada;*
4. *Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia;*
5. *Sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude;*
6. *Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.*

El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 2; C.P.C. arts. II, III, IV párr. 3, V, párr. 3, VI 109, 119, 121 párrs. 2 y 3, 122 inc. 3, 124, 125, 141, 145, 203, 350, 359, 509; C.P. arts. 395, 422; C.T. arts. 102, 103; C.P. Const. arts. VII, VIII, 13; L.P.A.G. art. 3 inc. 4; L.O.P.J. arts. 12, 154, 184, 202, 289 inc. 7.

Rosa Vásquez Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

MONROY (1996: p. 60) señala que el juez es el director del proceso y, por tanto, es el que debe dirigir las audiencias que se realicen en todos aquellos procesos en que sea competente; de esta forma, no solo debe estar atento a las discusiones

sobre la pretensiones propuestas por las partes, sino además debe hacer suyo todo tipo de información que se filtre en el interior de las audiencias.

Por su parte, según ALFARO (2007: p. 81).

“Por este principio se le asigna al juez un rol activo, dirigiendo el proceso de modo eficaz para que este cumpla su *función pública*, es decir, como medio utilizado por el estado para hacer efectivo el derecho objetivo o concretar finalmente la paz social en justicia. Este principio de *dirección judicial del proceso* es la expresión que mejor caracteriza al sistema procesal *publicista* (opuesto al *privatista*, donde el juez asumía un rol pasivo ‘de convidado de piedra’).”

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha señalado que:

“Si bien es cierto que el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil referido al principio de dirección e impulso oficioso del proceso, privilegia su importancia desde la perspectiva de su función pública, sin embargo, no es menos cierto, que este principio no descarta la actividad procesal de las partes, dado que estas en ningún momento dejan de ser las principales interesadas en lo que se resuelva, constituyéndose de esta manera en las impulsadoras naturales del proceso, cuya iniciativa deviene en indispensable no solo para solicitar al juez la providencia que corresponda al estado del proceso sino también para exponerle los hechos en que sustentan su petición” (Exp. N° 1645-2002, 1ª Sala Civil de Lima, 05/11/2002, en: LEDESMA, 2005: p. 511).

De igual forma, los deberes y las facultades genéricas, disciplinarias y coercitivas del juez reguladas en los artículos 50 al 53 del CPC, según especifican las mencionadas normas, le otorgan al proceso civil aquel interés público que lo hará prevalecer por encima incluso de los intereses de las partes. Se entiende que es deber público, siendo esta una consolidación del sistema de justicia en nuestra comunidad, mediante el cual se resuelven los conflictos con equidad, justicia y eficacia. Estos deberes y facultades son el instrumento que, coordinados con los principios recogidos por nuestro sistema procesal, pueden hacer del proceso civil la base de la construcción de una sociedad más justa.

2. DEBERES DE LOS JUECES

- a) *Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal.*

Estos deberes se encuentran regulados por un conjunto de normas que disciplinan la relación entre los protagonistas del proceso. El Código, estableciendo una tendencia abiertamente publicista, reconoce que siendo el juez director del proceso, este ostenta una calidad especial que lo coloca en un lugar preferente respecto de los otros protagonistas.

Con la reforma procesal de 1993 se logró una sustancial reducción de la duración de los procesos civiles. La instalación de un severo régimen preclusivo, el otorgamiento al juez de poderes de dirección, la amplitud de sus poderes instructorios, así como la sumarización procedimental y cognitiva de muchos procedimientos (por ejemplo, la tripartición operada en el plano de los procesos de conocimiento en *pleno*, *abreviado* y *sumarísimo*), permitieron que los catorce años a los que se prolongaba, en promedio, la duración un procedimiento cognitivo pleno, según los cánones del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, fuera reducido a no más de dos años y medio en el procedimiento más largo (incluyéndose la expedición de la resolución casatoria). En los últimos años, a pesar de la inexistencia de datos estadísticos confiables, es fácil verificar que la duración de los procesos se ha duplicado y que va en progresivo aumento. Y es que una reforma normativa que no se encuentre acompañada de una radical del reforma del sistema de justicia está condenada al fracaso; difícilmente puede concretar la eficaz tutela procesal de los derechos que todos aspiramos.

Por su parte, en el plano de los costos procesales la situación continúa resultando problemática. Una gran franja de la población peruana (y ello va en número creciente) sigue viviendo en estado de pobreza o de pobreza extrema. La justicia nacional se encuentra desprovista de un sistema de *legal aid* que permita que estos amplios sectores de la sociedad puedan acceder, al menos en las condiciones mínimas necesarias, a una justicia adecuada a sus necesidades. A ello se suma el hecho de que la justicia estatal niega la posibilidad de que las personas con escasos recursos económicos puedan ejercer sus derechos directamente, es decir, con prescindencia de la asistencia profesional por parte de un abogado, cuyas remuneraciones se encuentran regidas únicamente por las reglas de un mercado cada vez más liberal y menos acorde con la situación de amplios sectores de la sociedad peruana. El resultado continúa siendo el mismo del verificado desde hace ya varias décadas: *que la igualdad sustancial de las partes en el proceso continúa siendo una aspiración antes que una realidad.*

- b) *Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga.*

Tal situación le permite al juez disciplinar la actuación de las partes; así, un juez tiene el poder de multar u ordenar la detención de aquél que no acate una decisión suya (donde, ciertamente, se incluye la sentencia) o que le falte el respeto debido durante una actuación judicial.

- c) *Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada.*

Como sabemos todo justiciable sufre permanentemente, de manera directa o a través de sus abogados, la ineficiencia crónica del sistema judicial peruano, la cual la mayoría de las veces es por motivos injustificados.

En efecto, la eterna respuesta proporcionada por los jueces y por los servidores públicos a su cargo que trabajan en los juzgados de todo el país, ante la pregunta de las partes o de sus abogados, sobre cuándo se resolverá su escrito, es siempre más o menos así: “no sabemos, hay sobrecarga procesal, regrese usted en unos 20 días”.

Ocurrió que el ciudadano fue en vano al juzgado, perdió tiempo, dinero y no logró nada; y, lo que es peor, no obtuvo tampoco una respuesta mínimamente esperanzadora y satisfactoria a su inquietud.

Nótese, entonces, que para resolver o proveer los escritos el juzgador debe hacerlo en el orden que ingresan al despacho, lo cual debe entenderse en la práctica que ocurre una vez que sus asistentes le alcanzan el proyecto de resolución para su revisión, aprobación u observaciones y, finalmente, el dictado de esta. En la práctica y al amparo de la propia norma legal, el magistrado tiene libertad de proveer los escritos en el orden que a él le apetezca, dado que este y sus colaboradores deciden el orden de “ingreso a despacho” de los proyectos de resoluciones elaborados por los segundos: especialistas legales (antes secretarios de juzgado), asistentes, practicantes, secyristas y demás amanuenses judiciales.

Debemos anotar en este punto que, en nuestra opinión, dicha “mecánica” constituye libertinaje que vendría a ser la madre del cordero, es decir, de muchos de los males del Poder Judicial.

Lo anterior provoca desorden, ineficiencia, poca transparencia, preferencias fundadas en causas no justificadas por razón de la materia u otras excepciones, que por lo general consisten en “caerle” bien o en gracia al juez, al especialista legal u otros subalternos que pululan por prebendas; o, en el mejor de los casos, “celeridad procesal” obtenida como resultado de esta gran cantidad de veces requiriendo de manera directa y personal al juez de la causa, no una sino varias veces repetimos, para solicitarle siempre lo mismo. Ergo, el justiciable que no tiene o no puede cumplir dichos “requisitos” o “condiciones”, simplemente espera su turno incierto y de nunca acabar.

- d) *Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia.*

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

Ante ello se suele citar la anécdota del juez que aburrido por las disquisiciones del abogado, técnico jurídico, le exige a este que explique los hechos, dado que (el juez) conoce el Derecho (*venite ad factum, tabo dibiis*). Este aforismo, se le conoce con el nombre de: *iura novit curia*. Su esencia: permite al juez que aplique la norma jurídica que corresponda a la situación concreta, cuando las partes la hayan invocado erróneamente o no lo hayan invocado.

La última parte del párrafo final contiene uno de los puntos más importantes e interesantes del Derecho Procesal, el principio de congruencia. Se entiende por congruencia o consonancia al principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben emitirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, a efectos de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones propuestas.

Este no es un principio exclusivo para las sentencias, sino a toda resolución judicial que deba responder a una instancia de parte, y así lo encontramos en las apelación de autos, que solo da competencia al superior para decidir sobre el punto objeto del recurso y en lo desfavorable al recurrente, por el principio de la *reformatio in pejus* (reforma en peor).

Es en la sentencia en donde este principio reviste su mayor importancia, por tratarse del acto procesal del juez que satisface la obligación de proveer, que como representante del Estado le impone el ejercicio de la acción y del derecho de contradicción, y que resuelve sobre las pretensiones incoadas en la demanda. Esa identidad jurídica debe existir entre la sentencia y las pretensiones contenidas en la demanda.

En relación con las pretensiones, la incongruencia tiene tres aspectos:

- i) Cuando se otorga más de lo pedido (*plus petita* o *ultra petita*).
- ii) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (*extra petita*), y;
- iii) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (*citra petita*).

El significado de estas expresiones se entiende como:

- *Plus petita o ultra petita*: significa que la sentencia no debe otorgar cuantitativamente más de lo pretendido en la demanda. Se refiere a la armonía cuantitativa.

En cambio, no se afecta al principio de congruencia cuando la sentencia concede menos de lo pretendido por el demandante, porque entonces está resolviendo sobre la totalidad de la pretensión, aunque limitándola a lo que el juez considera probado. Si esta decisión es equivocada, se habrá violado la ley como resultado de errores en la apreciación de la prueba o en la aplicación de las normas sustantivas o materiales, pero no habrá incongruencia, como tampoco la hay cuando el juez niega la totalidad de la pretensión.

- *Extra petita*: cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra o cuando además de otorgar las primeras concede algo adicional, y cuando se otorga lo pedido, pero por *causa petendi* diferente a la invocada. Pero no la hay si el juez decreta una medida que es consecuencia legal de lo pedido, como la entrega del bien materia del contrato de venta que se anula o se resuelve.

Se incurriría en *citra petita*, si se deja de resolver sobre el punto pedido; pero puede ocurrir que este sea negado, en cuyo caso no existirá *citra petita*, y que se otorgue en su lugar algo distinto, por lo que habrá *extra petita*.

- *Citra petita*: cuando se deja de resolver sobre el litigio o no se resuelve algún punto de la pretensión.

e) *Sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude.*

Si el protagonista de la conducta inadecuada es el abogado, puede inclusive ordenar la suspensión de su ejercicio profesional por un plazo determinado, poniendo ello en conocimiento de la institución que lo agrupa.

f) *Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.*

El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias si lo considera indispensable.

La prestación del servicio jurisdiccional se obtiene cuando después de un proceso o de los trámites que correspondan, el juez o tribunal expide una sentencia que pone fin a la instancia; resolución que implica un acto decisorio que a través de un juicio racional y voluntario conlleva la apreciación

subjetiva de conformidad o disconformidad con la pretensión ejercida por los sujetos de derechos con el Derecho objetivo, otorgando o denegando esta.

Entonces mediante esta resolución –la sentencia– se materializa la tutela judicial efectiva y, esta tiene y debe reunir una serie de requisitos, es decir, debe estar motivada y fundamentada en Derecho.

3. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA MOTIVACIÓN

El juez encargado de administrar justicia resuelve los conflictos de intereses y restablece la paz social, partiendo desde la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho que corresponda; en esa labor de resolución de conflictos el juez se convierte en un creador de Derecho aplicando la norma que corresponde al caso concreto, tanto más que el derecho material está previsto en abstracto y el juez resuelve en concreto.

RODRÍGUEZ SANTANDER (2007: p. 53) sostiene que: “El laboratorio del Derecho entonces está en los tribunales: el Derecho se pone a prueba, se desarrolla y se transforma a impulso de concretos conflictos reales que reclaman solución”, agrega que “el *civil law* también ha cedido en una concepción formalista y abstracta de la juridicidad, reconociendo el esencial rol de la jurisdicción (particularmente, de la constitucional) en la creación del Derecho”.

Debemos resaltar que el juez no es solo director del proceso, es la autoridad en el proceso judicial, a quien corresponde cumplir la finalidad del proceso, solucionar, componer conflictos, realizar la actuación de la ley, resolver pretensiones con relevancia jurídica, aplicar la voluntad de la ley, crear una norma de derecho individual; coincidiendo muchos de los procesalistas citados, en la instrumentalidad del proceso y su razón de ser en el derecho material.

Cuando el juez resuelve en el proceso lo realiza con base en los hechos que le orientan a establecer la norma de Derecho que va a solucionar el conflicto, esta norma es extraída de la fundamentación de la resolución, constituyendo la conclusión amparada en la argumentación del juez, que como indica GONZALES LAGIER: “toda argumentación parte de una pretensión, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar. Si esa pretensión es puesta en duda, debe estar apoyada por medio de razones, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión” (p. 121).

Es una garantía de todo proceso judicial sin excepción, y como tal se erige como un derecho de todos los intervinientes en el proceso a recibir respuestas motivadas, así como un deber de todos los jueces de motivar sus decisiones que corresponden a dos tipos de resoluciones, los autos y sentencias, con las excepciones en los casos de decretos que son de mero trámite.

La importancia de este derecho-principio reside en la necesidad de que las decisiones judiciales se encuentren justificadas evitando así arbitrariedades y excesos; mas cabe anotar que en el proceso, por lo general, no hay una sola decisión, por el contrario, en el desarrollo del proceso se emiten múltiples decisiones que tienen vinculación con las anteriores y efectos en las posteriores, también a nivel interno de una resolución se toman varias decisiones en correlación a los hechos determinados y al derecho aplicado, todas las cuales deben estar debidamente justificadas (autos y sentencias, con excepción de los decretos de mero trámite); para la doctrina las decisiones judiciales comportan dos decisiones fundamentales adicionales y que sustentan la decisión final: “la primera se refiere a la solución de la *quaestio iuris*, donde a su vez se podrían distinguir múltiples tipos de decisiones, y la segunda tiene por objeto la *quaestio facti*, que también presupone diversas decisiones por parte del juez”(REDONDO, 2008).

Estas decisiones además de estar justificadas requieren una justificación correcta, esto es, que los argumentos utilizados sean correctos formal y sustancialmente, permitiendo que la decisión judicial se encuentre amparada en una correcta justificación interna y externa.

Sobre ello conviene anotar que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, ha fijado como un principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional; en tal sentido, el debido proceso garantiza que en el proceso judicial se respeten los procedimientos y normas de orden público previamente establecidas; así el debido proceso se constituye como un derecho abierto y de amplio fuste, el cual comprende a su vez un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, la actividad probatoria, la motivación de las resoluciones judiciales, entre otros (ver: Cas. N° 4883-2009-La Libertad, 2010: p. 29147).

Es así que en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

De lo expuesto se colige que las resoluciones judiciales deben estar informadas del principio de congruencia procesal, según el cual debe existir correlación entre la pretensión principal, alegaciones de las partes y decisión del juez la que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho que corresponda al proceso aunque no

haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente; no pudiendo ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados. Asimismo, las resoluciones judiciales deben estar informadas del principio de motivación que constituye no solo un principio sino un derecho de la función jurisdiccional que involucra la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes, esto es, motivación de hecho *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma) y la motivación de derecho o *in iure* (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de esta) (ver: Cas. N° 605-2009-Cuzco, 2010: p. 28475).

Es así que, en esa línea se ha señalado que: “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso” (STC Exp. N° 04493-2008-PA/TC-Lima, F.j. 06).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALTARO PINILLOS, Roberto (2007): *Teoría general del Derecho Procesal Constitucional*. Arequipa: Adrus; GONZÁLES LAGIER, Daniel (s/a): “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos)”. En: *Materiales de la Academia de la Magistratura. Curso de razonamiento jurídico*; LEDESMA NARVÁEZ, Mariannella (2005): *Jurisprudencia actual*, Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Themis-De Belaúnde & Monroy; REDONDO María Cristina (2008): “Sobre la justificación de la sentencia”. En: *Texto de la Jornada XXI Reglas y principios en el Estado de Derecho. La justificación de decisiones judiciales (18/12/2008)*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger (2007): “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En: *Estudios del precedente constitucional*. Lima: Palestra.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o 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 de la relación procesa. Asimismo, las resoluciones contienen la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. 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 (Cas. N° 1754-2004-Lima).

Artículo 51**Facultades genéricas**

Los jueces están facultados para:

1. *Adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación;*
2. *Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;*
3. *Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados;*
4. *Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, este pudo ser alegado al promoverse el anterior;*
5. *Ordenar, si lo estiman procedente, a pedido de parte y a costa del vencido, la publicación de la parte resolutive de la decisión final en un medio de comunicación por él designado, si con ello se puede contribuir a reparar el agravio derivado de la publicidad que se le hubiere dado al proceso;*
6. *Ejercer la libertad de expresión prevista en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución Política del Perú, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y,*
7. *Ejercer las demás atribuciones que establecen este Código y la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 4; C.P.C. arts. 48, 50, 52, 53, 109 inc. 5, 194, 426, 427; L.O.P.J. arts. 185, 24 DF.

Rosa Vásquez Rodríguez

1. FACULTADES DE LOS JUECES

Las facultades de los jueces que establece el artículo 57 del CPC son las siguientes:

1.1. Adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación

La intervención del juez, según nuestro modelo procesal, responde al principio de autoridad, influenciado por una concepción publicista que confiere poderes vastos y hasta discrecionales al juez para el desarrollo formal del proceso, conservando siempre las partes su poder dispositivo sobre el objeto litigioso y su pertenencia sobre el tema *decidendum*. En tal sentido, el juez tiene la facultad de ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el

derecho de defensa de las partes. Véase el caso de la controversia acerca del sentido de circulación vehicular de una calle. El actor sostiene que corresponde de norte a sur y, para demostrar ello, solicita el reconocimiento judicial en dicha zona.

1.2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes

La razón del texto legal estriba en el hecho de que, en más de una ocasión, el seguir los procedimientos normales, habituales, por decirlo de alguna manera, no nos lleva a la solución justa, o advierte el magistrado que existe una complejidad de temas, que él prefiere resolver de otra manera que la que resulta de las resoluciones dictadas durante el curso de un proceso judicial cualquiera.

Vale decir, y en otras palabras, por seguir la letra de los procedimientos, no necesariamente se llega al valor justicia. No es una estación necesaria, como que por seguir los procedimientos, siga una sentencia justa. Por ello, estos artículos prevén las posibles fallas que el mismo procedimiento puede originar.

1.3. Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados

Esto tiene que ver con la celeridad procesal, la economía de tiempos y la concentración de los actos procesales, al mismo tiempo que se realiza una inmediación judicial en los hechos de manera más directa.

Pero también a veces nos encontramos con el hecho de que nos citan a esa audiencia, o ejercen o mandan ejercer ciertas facultades, o deberes, como lo queremos llamar, estamos cerca de la sentencia, y las partes son citadas a esa audiencia.

Se encuentra dentro de la posibilidad de que podamos ser citados en cualquier etapa del proceso, porque esa inmediación, un conocimiento más directo o acabado de parte de los juzgadores previo al dictado de la sentencia nos ofrece mayor seguridad en cuanto al valor justicia de la sentencia a dictarse.

1.4. Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, este pudo ser alegado al promoverse el anterior

El CPC en materia de verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad de la demanda ha previsto tres momentos claramente diferenciados, los que constituyen filtros para que se presente una relación jurídico-procesal válida. Siendo el primero de ellos en la calificación de la demanda, momento en que el Juez debe verificar se cumplan con las exigencias de ley para admitirla, y si se está

incurso en alguno de los supuestos de improcedencia previstos por el artículo 427 del CPC, el segundo momento en la etapa de saneamiento procesal, en el que ya sea por existir cuestionamientos de parte como por advertirlo de oficio, puede decretar la existencia de un defecto que invalida la relación procesal, con las consecuencias que decreta el artículo 465 del CPC, y un tercer momento, que es la emisión de la sentencia a través de la “sentencia inhibitoria”, esto es, sin pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, pudiendo advertirse defectos que conlleva la invalidez de la relación jurídico-procesal, el que podrá sancionar conforme lo permite el artículo 121, último párrafo del CPC.

Debemos destacar el desarrollo relativo a los orígenes o antecedentes en el Derecho comparado de los artículos 426 y 427 del CPC, como es el caso del Código brasileño de 1939 (art. 160), a decir también de los autores del Proyecto de Código Tipo para Iberoamérica (art. 33, inc. 1); en el fin de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso, en definitiva, en el inútil dispendio de actividades procesales.

En el artículo 33, inciso 1, del Código Tipo se propuso que: “[E]l Tribunal está facultado para rechazar *in limine* la demanda cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y este haya vencido”, cuyo antecedente lo encontramos en el Código brasileño de 1939 (art. 160). En resumen, representa una innovación al tratarse no solo de los requisitos de admisibilidad sino además, la fundabilidad, lo que constituye un paso muy importante en el aumento de las facultades del juzgador.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiteradas oportunidades que el uso del rechazo *in limine* de la demanda constituye una alternativa a la que solo cabe acudir cuando no exista ningún margen de duda respecto del desarrollo de un proceso en el que se hayan respetado los derechos fundamentales, lo que supone, por el contrario, que cuando existan elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, la aplicación del dispositivo que establece tal rechazo liminar resulta impertinente (ver: STC Exp. N° 05037-2007-PA/TC).

1.5. Ordenar, si lo estiman procedente, a pedido de parte y a costa del vencido, la publicación de la parte resolutive de la decisión final en un medio de comunicación por él designado, si con ello se puede contribuir a reparar el agravio derivado de la publicidad que se le hubiere dado al proceso

El inciso 5 del artículo 5 del CPC está relacionado con artículo 2, inciso 7, de la Constitución, referido al derecho constitucional de toda persona al honor y a la buena reputación.

1.6. Ejercer la libertad de expresión prevista en el artículo 2, inciso 4 de la Constitución Política del Perú, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial

Nuestra Constitución establece en el artículo 2, inciso 4, que toda persona tiene derecho a la libertad de información y de opinión, a la expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

A ese respecto, es cierto que en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social; sin embargo, ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos –como lo alega el recurrente al invocar una abierta protección de su derecho a la libertad de opinión y de expresión–, toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado.

Sentada esta premisa, es necesario señalar que si bien el ejercicio de la libertad de expresión también debe ser aplicado al ámbito de la administración de justicia, es posible admitir restricciones a este derecho en el caso de los jueces cuando con ellas se resguarde la confianza ciudadana en la autoridad y se garantice la imparcialidad del Poder Judicial.

En estos casos, los límites a la libertad de expresión de los jueces deben ser interpretados de manera restricta y debidamente motivada –al igual que toda restricción al ejercicio de derechos fundamentales–; por ello, cualquier posible limitación solo encontrará sustento si deriva de la propia ley o cuando se trate de resguardar el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

2. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA AL MOMENTO DE RESOLVER

Por tales razones, la neutralidad y la prudencia constituyen parte de los estándares mínimos que demuestran frente a la sociedad la imparcialidad e independencia de los jueces en las causas que le toca resolver. Ello por cuanto el rol de un juez no es el de representar políticamente a la sociedad y hacer las críticas en su nombre, y por lo mismo tampoco puede emitir libremente opiniones, como lo haría cualquier ciudadano común; sin embargo, ello no puede ser visto como una interferencia en la labor jurisdiccional, que por su parte el Tribunal Constitucional señaló:

“11.2. La importancia del principio de independencia judicial en una sociedad democrática implica percibirlo como una garantía, orgánica y funcional, a favor de los órganos y funcionarios a quienes se ha confiado la prestación de tutela jurisdiccional y constituye un componente esencial del modelo constitucional de proceso diseñado por la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido que la independencia judicial debe ser aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. ‘Se exige así que se adopten las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse a cada caso. La independencia debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política o económica o de procedencia jerárquica al interior de la organización que ejerce jurisdicción” (STC Exp. N° 02465-2004-AA/TC).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 5765-2007-AA/TC estableció de manera clara y precisa que el órgano de control –OCMA– no tiene la facultad de cuestionar la opinión o criterio plasmado en las resoluciones judiciales. Así, el fundamento 7 establece que:

“(…) por lo que dicho pronunciamiento constituye una decisión de carácter jurisdiccional, no pudiendo este Órgano de Control revisar ni investigar las decisiones jurisdiccionales ni puede ejercer influencia ni interferir en las decisiones jurisdiccionales, correspondiéndole al recurrente cuestionar dicha decisión mediante las vías idóneas, en razón a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional recogida en el numeral dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo ciento cinco, inciso noveno de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

En tal sentido, MORALES (2009: pp. 129-142) señala que el órgano de control no puede convertirse en una suprainstancia revisora de las resoluciones judiciales expedidas dentro de un proceso, que invadiendo competencias exclusivas del órgano jurisdiccional superior, abre procesos disciplinarios por no estar de acuerdo con los fundamentos o el sentido de la decisión jurisdiccional, revisando las resoluciones judiciales como si fuera un tribunal de apelación o una Corte de Casación, actuación que implica una clara intervención arbitraria en la independencia judicial, pues en la actualidad el modelo clásico, ideado por LOCKE y MONTESQUIEU, según el cual el juez no era más que la “boca de la Ley” ha sido ampliamente superado, dando paso a un juez intérprete de la norma (MORALES, 2009), quien en el desempeño de sus labores jurisdiccionales debe determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas a efectos de que sea aplicado al caso concreto, tarea que no fuera posible si no se le concediera al magistrado un ámbito de libertad (independencia) para interpretar el Derecho respetando los principios que nuestra Constitución protege.

Además de ello, el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete de nuestra Carta Magna, ha precisado que “el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: (...) b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes (...)” (STC Exp. N° 02147-2009-PA/TC); así como la “a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión” (STC Exp. N° 04348-2005-PA/TC). Por lo tanto, los órganos de control del Poder Judicial solo están facultados –dentro del procedimiento disciplinario– al análisis externo de la resolución judicial cuestionada, quedando totalmente prohibido evaluar la extensión de la motivación, la interpretación del derecho o el sentido de la decisión emitida por el juez, pues dicho análisis, en todo caso, corresponderá realizar a los sujetos involucrados en el proceso (demandante o demandado) quienes podrán cuestionar lo resuelto a través de la interposición de los remedios procesales y medios impugnatorios que habiliten legalmente su revisión y corrección.

No obstante, a juicio nuestro, estas exigencias adquieren un mayor grado de relevancia y, por tanto, su observación debe ser más rigurosa cuando se trata de procesos que generan mayor expectativa pública, como es el caso de los procesos por corrupción de la década pasada, pues la ciudadanía se encuentra más sensible a la correcta actuación del Poder Judicial en su conjunto y, como ya se ha señalado en anterior jurisprudencia, el juez no solo debe actuar con imparcialidad, neutralidad, mesura y prudencia, sino que debe cuidar de dar una imagen de credibilidad frente a la opinión pública.

En consecuencia, las opiniones sobre el proceso –por parte de los propios miembros del Poder Judicial–, cuando aún no ha adquirido la calidad de cosa juzgada o no se encuentre en la etapa de juicio público y revista trascendencia social, constituyen un elemento negativo para garantizar la imparcialidad de aquellos jueces encargados de emitir la decisión final, pues es claro que podría afectar a las partes involucradas en el proceso y, en el peor de los casos, tales declaraciones podrían generar en la ciudadanía y en la prensa un filtro de conciencia contrario a lo que finalmente podría ser el fallo, de modo que pueden ser flanco de presiones públicas y/o generar expectativas para la resolución del caso en una determinada línea, antes que expectativas sobre la mejor actuación que puedan brindar como tercero imparcial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GABALDÓN LÓPEZ, José (2004): “Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces”. En: *Revista del Poder Judicial*. Número especial XVII. Madrid: Iberjus; MORALES GODO, Juan (2009): “Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma judicial en el Perú”. En: *Revista PUCP*, N° 62, Año 2009.

Artículo 52**Facultades disciplinarias del Juez**

A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los jueces deben:

- 1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;*
- 2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le impondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y,*
- 3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 50, 51, 53, 109 inc. 3, 232; L.O.P.J. arts. 8, 9, 135, 184 inc. 12, 185 inc. 3.

Rosa Vásquez Rodríguez

Destacamos, desde el inicio, que es sabido que todos los jueces –aún los de jerarquía funcional más modesta– poseen facultades disciplinarias, quienes pueden usarlas no solo para corregir faltas de las partes y sus defensores sino también para reprimir inconductas cometidas por los auxiliares de la justicia (peritos, testigos, etc.) y también por *penitus extranei* que se relacionen con un proceso de manera accidental o temporal, cual podría ser el supuesto de un comprador en subasta judicial.

Asimismo, es doctrina corriente que las sanciones disciplinarias impuestas para preservar el buen orden y el decoro en los procesos son de índole administrativa y no de naturaleza penal. Ello determina que puedan ser retroactivas, que se puedan imponer sin necesidad de juicio previo y sin perjuicio de la aplicación de verdaderas sanciones penales. Igualmente, hay consenso acerca de que puedan ser decretadas oficiosamente aunque los tribunales no pueden crear correcciones disciplinarias previstas por el legislador. Dado que desde siempre se ha sostenido la naturaleza administrativa de la sanción disciplinaria, ello viene a excluirla de la influencia del Derecho Penal, por lo que no puede ser materia de prescripción.

**BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 53

Facultades coercitivas del juez

En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52, el juez puede:

1. *Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.*

La multa es establecida discrecionalmente por el juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y,

2. *Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.*

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este artículo.

Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 51, 52, 232; L.P.A.G. art. 199; L.O.P.J. arts. 4, 8, 185 inc. 3.

Rosa Vásquez Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

En un gran número de casos judiciales se vive un clima de fuerte tensión y de contienda. Incluso, en ocasiones, las partes y los terceros convocados al proceso llegan a faltar el respeto a los jueces o a desacatar sus órdenes, lo que suele derivar simplemente en una llamada de atención o en el apercibimiento de una sanción que nunca se produce.

Todo esto hace imposible un clima sereno y de respeto entre el magistrado y los demás sujetos procesales, que en un tribunal o juzgado debe imperar. Acorde a la búsqueda de dicho clima, las legislaciones procesales suelen otorgar al juez diversos deberes y facultades.

Por tales razones, nuestro ordenamiento procesal nacional ha provisto a los magistrados de diversas facultades y prerrogativas para conminar a las partes a que respeten sus decisiones y guarden una conducta acorde a los fines del proceso. Estas facultades se clasifican en genéricas, disciplinarias y coercitivas, encontrándose entre estas últimas la aplicación de una multa e incluso la imposición de una

detención máxima de veinticuatro (24) horas a quien sin justificación resiste el mandato judicial.

Sin embargo, es muy conocido que nuestros jueces no suelen aplicar estas facultades coercitivas, pese a que la ley los faculta a hacerlo para disuadir a las partes a cumplir sus dictados. En este artículo, procuraremos describir cuáles son los alcances y el contenido de estas facultades coercitivas, así como cuál es el límite que no debe traspasarse para que dichas sanciones sean aplicadas válidamente.

2. FACULTADES COERCITIVAS DEL JUEZ

A fin de acatar las decisiones del juez y de conservar una adecuada conducta procesal, los jueces cuentan con facultades coercitivas que pueden aplicar en forma sucesiva, de modo que se pueda aplicar una sanción seguida de otra, en caso de que la primera sea ineficiente, individual o conjunta, en consideración de la trascendencia y/o de la urgencia del mandato judicial respectivo.

Conforme al artículo 53 del CPC, son dos las facultades coercitivas que se le otorgan al juez: i) ordenar la detención; y, ii) la imposición de una multa.

2.1. Detención

Es una de las facultades sancionatorias de las que dispone el juez y está prevista tanto en la LOPJ como en el CPC.

2.1.1. En la Ley Orgánica del Poder Judicial

La LOPJ, aprobada por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, en su artículo 185, inciso 3, señala que una de las facultades del magistrado es ordenar la detención, hasta por veinticuatro (24) horas, de quien en su despacho o con ocasión de las actuaciones judiciales, lo injurie, agravie, amenace o coaccione por escrito o de palabra; también puede ordenar la detención de aquel que promueva desórdenes en el despacho judicial o en una actuación procesal.

Entonces, la LOPJ faculta al juez para ordenar la detención de aquel que, en su despacho o en una actuación judicial, genere desórdenes o lo afecte en su honor o integridad física por escrito o verbalmente, ya que con la injuria se ofende o ultraja con palabra o gestos, pero con el agravio se puede mellar verbalmente el honor hasta vulnerar la integridad física.

La LOPJ no solo faculta al juez a decidir si aplica o no la detención, sino que lo obliga de cierta manera, ya que en su artículo 8 señala que el magistrado está obligado a sancionar a aquel que no se conduzca con lealtad, probidad, veracidad y buena fe.

Esto nos lleva a decir que aquel que hace desmanes o injuria al juez (elementos que como vimos anteriormente “facultaban” al juez a detenerlo) no tiene conducta proba porque el significado de este término, de acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, es actuar de manera íntegra o con rectitud de ánimo. En consecuencia, se podría decir que aquel que hace desmanes o afecta en su honor o integridad física al juez en su despacho judicial o en una actuación procesal no solo “faculta” al juez a sancionarlo, sino que lo “obliga” a ordenar su detención de hasta veinticuatro (24) horas.

El hecho de que la norma faculte u obligue al magistrado a ordenar la detención resulta vital, porque el respeto que deben infundir los magistrados y las actuaciones procesales en general se debe a que “(...) el juez es el director del debate dialéctico que es, en esencia, el proceso, el respeto a su propia investidura y el recíproco que se deben las partes le imponen una vigilante actuación”. En consecuencia, el juez está en la obligación de hacer respetar, primero sus decisiones, y segundo su honorabilidad, y para ello, el Derecho le da una herramienta de gran efecto coercitivo, que es ordenar la detención del sancionable.

2.1.2. En el Código Procesal Civil

El artículo 53, inciso 2, del CPC establece que el juez está facultado para disponer la detención, en el mismo límite de tiempo que el indicado en la LOPJ, de aquel que resista su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

Entonces, se faculta al juez para ordenar la detención bajo dos causales concurrentes: que se incumpla el mandato judicial sin justificación y que este incumplimiento produzca agravio a la parte o al magistrado.

Finalmente, conforme a una interpretación sistemática de las normas antes referidas, cabe señalar que el CPC amplía la facultad del juez de ordenar la detención, porque en la LOPJ, como se vio, dicha sanción está prevista para casos de agravio verbal o escrito al juez y/o que promuevan desórdenes. En cambio, por el artículo 53 del CPC, además de los supuestos anteriores, se añade la posibilidad de detención en caso de incumplimiento de mandato judicial sin justificación.

2.2. Multa

Esta sanción coercitiva consiste en ordenar el pago de una suma de dinero, a efectos de lograr el acatamiento del mandato judicial. El artículo 53, inciso 1 del CPC faculta al juez a disponer de esta medida ante el incumplimiento de su mandato.

Las multas o “astreintes”, término de origen francés, se caracterizan por ser compulsivas y progresivas. Se dice que son compulsivas porque se dirigen a compeler

u obligar, al destinatario de esta, a acatar la orden judicial de que se trate. Y se dice que son progresivas porque el juez puede aplicar esta sanción considerando que el monto impuesto como multa se irá incrementando paulatinamente hasta que el destinatario de la sanción cumpla el mandato judicial. Este incremento, conforme al artículo 423 del CPC, se puede lograr con los intereses legales que genere el monto de la multa o mediante otro sistema dispuesto por el juez en la resolución respectiva.

Con este tipo de multa se puede conminar el cumplimiento de lo reclamado, condenando a pagar una unidad dineraria al primer día de desacato, dos al segundo, cuatro al tercero, ocho al cuarto, etc. Sin embargo, hay jueces que se niegan a aplicar la multa de este modo con el pretexto de que resultaría demasiado oneroso para el deudor. Pero si consideramos que el fin de la multa es perturbar el patrimonio del sancionado, entonces no importaría qué tanta es la cantidad que debe el sancionado, sino qué tan eficaz resulta la autoridad judicial para hacer efectivo el cobro o el cumplimiento de su mandato.

Estas multas tienen un carácter discrecional porque hacen posible que el juez pueda reajustar su monto e incluso pueda revocar la sanción, siempre y cuando el juez adquiriera el convencimiento de que el incumplimiento del mandato judicial no fue deliberado o intencional, sino que obedeció a causas justificantes.

Desde otra perspectiva, cabe señalar que el TUO de la LOPJ, en el artículo 185 inciso 4, hace referencia al hecho de que el juez puede pedir a cualquier persona, autoridad o entidad pública o privada los informes que considere pertinentes para el esclarecimiento bajo su jurisdicción.

El incumplimiento de dicho mandato faculta al juez para interponer una multa no mayor del 5 % de la URP y, considerando que una URP actualmente tiene valor de S/ 395.00 (año 2016), la multa, entonces, sería un monto no mayor de S/ 58.00, cifra ínfima e irrisoria, carente de sentido. Por esto consideramos que es un error que se establezca dicho límite a la multa como sanción de la referida causal, ya que da lo mismo acatar el mandato del juez, colaborar con la justicia brindando información, que pagar la multa.

En consecuencia, la multa tal como está prevista en la LOPJ pierde su carácter sancionatorio, ya que no ocasiona un desmedro en el patrimonio del sancionado. Esperamos que los jueces, aplicando la facultad prevista en el CPC de aplicar multas progresivas, puedan conminar a los justiciables el cumplimiento de sus mandatos.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO III AUXILIARES JURISDICCIONALES Y ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

Artículo 54 | **Auxiliares de la jurisdicción civil**

Son auxiliares de la jurisdicción civil: los secretarios de sala, los relatores, los secretarios de juzgado, los oficiales auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 48, 55, 56, 135, 315; C.P. arts. 396, 423; L.O.P.J. arts. 218 inc. 5, 249 a 283; R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ arts. 1 y 22.

Ary H. Terrones Meléndez

1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo bajo análisis se indica quienes forman parte de los auxiliares de la jurisdicción civil, quienes se encargan del trámite del proceso judicial hasta su conclusión –entiéndase trámite y ejecución– concurriendo para su realización diferentes sujetos, dentro de los cuales se encuentran los secretarios de sala, los relatores, los secretarios de juzgado, los oficiales auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial, cargos que también se encuentran identificados dentro de la LOPJ, específicamente en el artículo 249.

De los auxiliares de la jurisdicción civil señalados en el párrafo precedente, algunos de ellos necesariamente se exige como requisito el ser abogado, siendo el caso para el secretario y relator judicial, tanto a nivel de la Corte Superior de Justicia como de la Corte Suprema, conforme se regula en los artículos 250, 251 y 252 de la LOPJ.

Los auxiliares de la jurisdicción civil forman parte de los llamados auxiliares jurisdiccionales por la LOPJ; pues a excepción de los órganos de auxilio judicial, estos son parte de la carrera de auxiliar jurisdiccional, la misma que se encuentra prevista por la LOPJ, específicamente en los artículos 249 a 272, los cuales regulan de manera clara los requisitos para obtener el cargo, el procedimiento para ser nombrado y las funciones, obligaciones y atribuciones de cada uno de los funcionarios o servidores públicos.

Conforme se encuentra estructurado nuestro sistema judicial, es importante conocer los cargos jurisdiccionales que conforman las cortes de justicia; puesto

que, ello importa necesariamente, conocer la función que ejerce cada auxiliar de la jurisdicción civil, lo cual conlleva a que los litigantes así como los mismos funcionarios que ocupan cada cargo, conozcan cuáles son las atribuciones, responsabilidades, deberes y derechos con que cuentan y así evitar omitir algún deber o excederse dentro de las atribuciones correspondientes de acuerdo al cargo.

Entonces, los auxiliares de la jurisdicción civil resultan piezas importantes dentro del trámite del proceso; puesto que, a través de ellos se conseguirá la celeridad procesal pertinente a fin de que el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica que generó el inicio de un proceso judicial pueda ser resuelto oportunamente.

2. DEFINICIÓN

Los auxiliares de la jurisdicción civil son personas naturales que desempeñan una función dentro del sistema jurisdiccional a fin de coadyuvar a tramitar o resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica materializada dentro de un proceso judicial.

Razón por la cual tenemos:

- a) Secretario de sala: Son funcionarios públicos nombrados previo concurso convocado por el Consejo Ejecutivo de cada distrito judicial correspondiente (ver art. 258 de la LOPJ). Este cargo corresponde a las salas de las cortes superiores y de la Corte Suprema.
- b) Relatores: Son funcionarios públicos letrados adscritos a las salas de la Corte Suprema o cortes superiores y son nombrados por el Consejo Ejecutivo del distrito Judicial correspondiente, previo concurso (ver art. 262 de la LOPJ).
- c) Secretarios de juzgado: Son funcionarios públicos nombrados mediante concurso por el Consejo Ejecutivo distrital correspondiente, previo concurso (ver art. 265 de la LOPJ). Este cargo se encuentra dentro de los juzgados de paz letrado y juzgados especializados o mixtos de acuerdo a cada distrito judicial.
- d) Oficiales auxiliares de justicia: Son servidores y empleados que se hallan al servicio del Poder Judicial, son nombrados por el Consejo Ejecutivo distrital respectivo, previo concurso. Estos oficiales auxiliares asisten a cada secretario de sala, relator y secretario de juzgado, cuyo número es determinado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (ver art. 271 de la LOPJ).

- e) Órganos de auxilio judicial: Son personas que van a coadyuvar a realizar un determinado acto procesal, debido a la función o especialidad con la cual cuentan. Esta figura será objeto de análisis en el comentario que se realizará en el siguiente artículo; pues la misma se encuentra regulada en el artículo 55 del CPC.

3. FUNCIONES

3.1. De los secretarios de sala

Conforme al artículo 259 de la LOPJ tenemos que son funciones de los secretarios de sala, los siguientes:

- a) Atender en su oficina dentro del horario establecido.
- b) Recibir mediante mesa de partes, los expedientes que los magistrados o salas envíen en grado o en consulta y los escritos o recursos que entreguen los interesados.
- c) Consignar al margen de las notas de remisión y de los escritos y recursos cuando sean de término o lo pida el interesado, bajo su firma o la del empleado que los recibe, la fecha y hora que llegan a la mesa de partes y anotar en la correspondiente libreta los procesos y copias que sean entregados.
- d) Entregar diariamente a la sala los expedientes que están al despacho.
- e) Refrendar las resoluciones el mismo día que se expidan y autorizar las actas de comparendos, poderes y declaraciones en el acto en que se lleven a cabo, después de obtener las firmas de las personas que intervengan en dichas diligencias.
- f) Recibir de relatoría, bajo cargo, el despacho de cada día para la prosecución de su trámite.
- g) Devolver inmediatamente a los juzgados y cortes superiores de su procedencia los expedientes resueltos, después que estén vencidos los términos de ley, sin retardo alguno, bajo responsabilidad.
- h) Vigilar que se cumplan en el menor tiempo posible, las peticiones y devoluciones de expedientes en trámite para mejor resolver.
- i) Informar diariamente al presidente de la sala sobre los procesos en que hayan vencido los términos, para que sean resueltos.
- j) Guardar secreto de lo que ocurra en la sala.

- k) Facilitar a los interesados y a sus abogados, en la oficina de la secretaría, el estudio de los expedientes.
- l) Cuidar que se notifiquen las resoluciones en los términos y formas de ley.
- m) Ejercer las demás atribuciones que señala la ley.

3.2. De los relatores

Conforme al artículo 263 de la LOPJ, tenemos que son funciones de los relatores, los siguientes:

- a) Concurrir a las cortes antes de que comience el despacho.
- b) Guardar secreto de lo que ocurre en la sala.
- c) No dar razón del despacho antes de que las resoluciones hayan sido autorizadas.
- d) Recibir, bajo constancia, los procesos que deben ser tramitados o resueltos durante las horas de despacho, dando cuenta a la sala el mismo día.
- e) Hacer presente a la sala y al vocal ponente en su caso, las nulidades y omisiones que advierta en los autos y las insuficiencias de los poderes.
- f) Hacer presente a la sala, antes de empezar la audiencia, si de autos resulta que alguno de los vocales está impedido.
- g) Hacer relación verbal de las causas en el acto de su vista.
- h) Escribir las resoluciones que expide la sala.
- i) Cuidar que no quede ninguna resolución sin ser firmada por los magistrados, el mismo día que se dicta.
- j) Cuidar que la nominación de los vocales, al margen de las resoluciones corresponda exactamente a los miembros de la sala que las hayan dictado, bajo responsabilidad que les es exclusiva y que hace efectiva la misma sala aplicando la medida disciplinaria que corresponda.
- k) Devolver los expedientes a la secretaría, el mismo día en que son despachados bajo cargo firmado en el libro respectivo.
- l) Registrar en los libros respectivos, con el visto bueno del presidente de la sala, la distribución de las causas entre los ponentes y su devolución, así como los votos en caso de discordia.

- m) Llevar un registro en que se anota diariamente, con el visto bueno del vocal menos antiguo de la sala, las partidas relativas a los autos y sentencias que se dicten, extractando la parte resolutive e indicando los nombres de los litigantes objeto de la causa y los nombres de los magistrados.
- n) Comunicar de palabra a los magistrados llamados a dirimir discordia, el decreto por el que se les llama y poner en autos la constancia respectiva.
- o) Presentar semanalmente al presidente de la sala una razón de las causas que hayan quedado al voto, con indicación de la fecha en que se vieron.
- p) Concurrir a las audiencias e informes orales y leer las piezas del proceso que el presidente ordene.
- q) Llevar un libro en que se anote el día y hora señalados para las audiencias o informes orales, con indicación del nombre de las partes, su situación procesal, del fiscal que debe actuar, si fuera el caso, y de los defensores designados, así como el juzgado del que procede la causa.
- r) Las demás que correspondan conforme a la ley y al reglamento.

3.3. Secretarios de juzgado

Conforme al artículo 266 de la LOPJ, tenemos que son obligaciones y atribuciones de los secretarios de juzgado, los siguientes:

- a) Actuar únicamente en su juzgado y residir en la localidad donde aquel funciona.
- b) Cumplir estrictamente el horario establecido y atender personalmente a abogados y litigantes.
- c) Guardar secreto en todos los asuntos a su cargo, hasta cuando se hayan traducido en actos procesales concretos.
- d) Vigilar se coloque al margen de los escritos y recursos el día y hora en que se reciben, firmando la constancia respectiva cuando no existe control automático de recepción.
- e) Dar cuenta al juez de los recursos y escritos a más tardar dentro del día siguiente de su recepción, bajo responsabilidad.
- f) Autorizar las diligencias y las resoluciones que correspondan según la ley y el reglamento.

- g) Actuar personalmente en las diligencias a que están obligados, salvo en los casos en que por disposición de la ley o mandato del juez pueda comisionarse a los oficiales auxiliares de justicia u otro personal de auxilio judicial.
- h) Vigilar que se notifique la resolución al día siguiente de su expedición, salvo el caso de sentencia en que la notificación se debe hacer dentro de dos días de dictada.
- i) Emitir las razones e informes que ordene su superior.
- j) Facilitar el conocimiento de los expedientes a las partes y a sus abogados, y a las personas que tienen interés legítimo acreditado, con las respectivas seguridades. En el caso de expedientes archivados, pueden facilitar el conocimiento a cualquier persona, debidamente identificada, que los solicite por escrito.
- k) Vigilar la conservación de los expedientes y los documentos que giran a su cargo, siendo responsables por su pérdida, mutilaciones o alteraciones, sin perjuicio de las responsabilidades del personal auxiliar.
- l) Llevar los libros o tarjetas de control que establece el consejo ejecutivo distrital, debidamente ordenados y actualizados.
- m) Expedir copias certificadas, previa orden judicial.
- n) Remitir los expedientes fenecidos, después de cinco años, al archivo del juzgado.
- o) Admitir, en casos excepcionales, consignaciones en dinero efectivo o cheque certificado a cargo del Banco de la Nación, con autorización especial del juez, que contiene al mismo tiempo, la orden para que el secretario formalice el empoce a la entidad autorizada, el primer día útil.
- p) Cuidar que la foliación de los expedientes se haga por orden sucesivo de presentación de los escritos y documentos, y que las resoluciones se enumeren en orden correlativo.
- q) Guardar los archivos que por orden judicial reciban de otros secretarios.
- r) Atender con el apoyo de los oficiales auxiliares de justicia del juzgado, el despacho de los decretos de mero trámite y redactar las resoluciones dispuestas por el juez.
- s) Confeccionar trimestralmente la relación de los procesos en estado de pronunciar sentencia, colocando la tabla de causas cerca de la puerta de la sala de actuaciones del juzgado.

- t) En los juzgados penales, confeccionar semanalmente una relación de las instrucciones en trámite, con indicación de su estado y si hay o no reo en cárcel. Dicha relación se coloca también cerca de la puerta de la sala de actuaciones del juzgado.
- u) Confeccionar trimestralmente la relación de las causas falladas y pendientes, con las referencias que sirven para distinguirlas, a fin de que oportunamente sean elevadas por el juez al consejo ejecutivo distrital.
- v) Compilar los datos necesarios para la formación de la estadística judicial, en lo que respecta al juzgado, con indicación del número de causas ingresadas, falladas y pendientes; de las sentencias que hayan sido confirmadas, revocadas o declaradas insubsistentes por la Corte Superior y de aquellas en las que la Corte Suprema interviene conforme a ley, consignando el sentido de las resoluciones.
- w) Cuidar que los subalternos de su dependencia cumplan puntualmente las obligaciones de su cargo, dando cuenta al juez de las faltas u omisiones en que incurran en las actuaciones, y de su comportamiento en general, a fin de que aquel imponga, en cada caso, la medida disciplinaria que corresponda.
- x) Cumplir las demás obligaciones que impone la ley y el reglamento.

3.4. Oficiales auxiliares de justicia

Conforme al artículo 272 de la LOPJ tenemos que son obligaciones y atribuciones de los secretarios de juzgado, los siguientes:

- a) Actuar únicamente en la sala, el juzgado o en la secretaría a la que se encuentran adscritos y residir en el lugar en que aquellos funcionan.
- b) Cumplir estrictamente el horario establecido.
- c) Asistir a los jueces, secretarios y relatores de sala y a los secretarios de juzgado, en las actuaciones o diligencias que se realizan en o fuera del local jurisdiccional respectivo.
- d) Emitir las razones e informes que se les soliciten.

3.5. Órganos de auxilio judicial

Las funciones de cada órgano de auxilio judicial será detallado en el comentario del artículo 55 del CPC.

4. CONCLUSIONES

Es importante conocer las funciones, obligaciones y atribuciones de cada auxiliar jurisdiccional a fin de que, los litigantes, usuarios o quienes buscan ocupar y desempeñar cualquiera de estos cargos puedan identificar exactamente qué funciones les corresponden y así exigir el cumplimiento de las mismas al funcionario o servidor (en caso de ser litigante o usuarios) o evitar omisión alguna o exceder las atribuciones conferidas y adquiridas por el desempeño del cargo.

El que cada funcionario conozca sus funciones y competencias, coadyuva directamente en el desarrollo del proceso judicial, ya que, serán menos frecuentes los actos procesales que tengan alguna causal de nulidad.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edward (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista.

Artículo 55

Órganos de auxilio judicial

Son órganos de auxilio judicial: el perito, el depositario, el interventor; el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 34, 36, 61, 66, 108, 262-271, 315, 410, 435, 610 inc. 5, 649, 655, 662, 663; LEY 27728 art. 2, 12, 16; D.S. 008-2005-JUS arts. 16, 19, 26; L.O.P.J. arts. 273 a 282; R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ arts. 1, 22, 26.

Ary H. Terrones Meléndez

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los auxiliares jurisdiccionales se encuentran los órganos de auxilio judicial, habiendo nuestra normativa procesal civil destinado un artículo en concreto a fin de identificar quienes son parte de los órganos de auxilio judicial.

A diferencia de los demás auxiliares jurisdiccionales, los órganos de auxilio judicial tienen una labor distinta dentro de cada proceso judicial, pues tienen como finalidad apoyar a los órganos jurisdiccionales a realizar un acto procesal determinado, dada la función o especialidad con la que cuenta cada órgano de auxilio. Además de ello, estos no forman parte de la carrera auxiliar jurisdiccional; pues en estricto, solo contribuirán en la realización de actos procesales que serán asignados específicamente por cada órgano jurisdiccional de acuerdo a su necesidad y por un tiempo determinado.

Es importante destacar la función que desempeña cada órgano de auxilio judicial; pues la labor prestada a los órganos jurisdiccionales ayuda a desarrollar el proceso judicial dentro de las garantías procesales pertinentes, evitando así cualquier afectación a los derechos de los justiciables.

Es así que resulta necesario identificar quiénes forman parte de los órganos de auxilio judicial, cuáles son sus atribuciones y cuándo se puede solicitar su intervención dentro de un proceso judicial; precisamente por la labor que realizan dentro de un proceso judicial y por el cual es requerido por nuestro sistema judicial.

2. ALCANCES Y DEFINICIONES

Los órganos de auxilio judicial son personas naturales o jurídicas que desempeñan una función ajena a la función jurisdiccional propiamente dicha; pues su finalidad es coadyuvar a desempeñar una determinada labor o función designada

por un órgano jurisdiccional de acuerdo a la necesidad que requiera cada caso en concreto.

Razón por la cual tenemos:

- i) *Perito*: Es aquella persona especializada en un determinado conocimiento respecto de un oficio, arte o ciencia a fin de que informe o auxilie al órgano jurisdiccional que lo requirió, acerca de un hecho que necesite de su conocimiento para ser esclarecido; y así exponga los exámenes realizados con sus respectivas conclusiones. Este conocimiento será materializado dentro de un documento denominado dictamen o informe pericial, el cual ayudará a resolver la litis; sin embargo, el mismo no es determinante como prueba ni tampoco puede ser considerado como prueba absoluta; pues esta queda sujeta a la valoración del magistrado encargado de resolver el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

En atención a ello podemos señalar que, los peritos judiciales son capaces de ejecutar, aplicar y utilizar todas las técnicas y recursos de una forma científica para un correcto empleo de lo que requiere su especialidad laboral.

Asimismo, cabe destacar que los peritos pueden ser designados mediante dos modalidades, a través de la designación por el mismo órgano jurisdiccional o representante del Ministerio Público o en todo caso mediante propuesta por una o ambas partes del proceso –esta modalidad debe ser aceptada por el juez o fiscal– cualquiera de estas modalidades tiene la misma influencia en el proceso judicial.

La LOPJ regula lo concerniente a los peritos en el Capítulo I (peritos) del Título II (órganos de auxilio judicial) de su Sección Sexta (órganos auxiliares) en los artículos 273 a 280. De otro lado, nuestra normativa procesal civil prevé la figura jurídica de la pericia en el Capítulo VI (pericia) del Título VIII (medios probatorios) de su Sección Tercera (actividad procesal), en los artículos 262 a 271.

- ii) *Depositario*: Es la persona a quien se le entrega un determinado bien ajeno –mueble o inmueble no inscrito– que ha sido objeto de embargo en forma de depósito, teniendo esta la obligación de cuidarlo, conservarlo y devolverlo cuando el órgano jurisdiccional lo requiera.

Conforme a lo regulado por el artículo 649 del CPC, el depositario será siempre el afectado con la medida cautelar de embargo, puesto que de encargarse tal función a un tercero para que la ejerza, este tendría la condición de custodio.

- iii) *Interventor*: Es aquella persona designada por un órgano jurisdiccional ante el supuesto de concederse una medida cautelar específica para futura ejecución forzada en la modalidad de embargo en forma de intervención, teniendo a su cargo la obligación de recaudar ingresos (interventor recaudador) u obtener información (interventor informador) sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica. Es decir, el interventor recaudador es aquel que recaudará los fondos o frutos; mientras que, el interventor informador apoyará al juzgado investigando el estado de bienes, negocios u operaciones sin interferir en la administración de la misma o persona física afectada.
- iv) *Martillero público*: Es aquella persona que realiza una función de intermediario entre aquella persona cuyo bien es objeto de ejecución forzada en un proceso judicial y compradores a través de la oferta pública, facilitando de esta manera la enajenación y obtener el mayor precio de los mismos mediante las pujas que se produzcan en el acto procesal de remate.
- v) *Curador procesal*: Es aquella persona natural que cuenta con título de abogado y se encuentra adscrito a un colegio de abogados; y que es designada por el órgano jurisdiccional a solicitud de la parte interesada en el proceso o –de ser el caso–, de oficio, interviniendo dentro del proceso judicial como sujeto procesal en representación de una de las partes no apersonadas.

Sobre la presente figura jurídica y conocido el concepto, se considera que *la participación del curador procesal en la litis no garantiza todos los derechos de la persona a quien representa*; puesto que, si bien el curador procesal puede ser cualquier persona designada por el juzgado, este como abogado y representante de una de las partes, debe necesariamente considerar un pago por los servicios prestados, contraprestación dineraria que en estricto la efectúa quien es la contraparte en la litis.

La parte no apersonada y representada en el proceso judicial por un curador procesal, que es remunerado por la contraparte –casi siempre el demandante– *genera necesariamente un cuestionamiento sobre la debida protección de los derechos del representado por curador*; ya que, su labor es en la práctica cancelada por su otra parte, es decir, por quien en el proceso tiene una pretensión contraria.

Lo expuesto crea una incertidumbre respecto del debido ejercicio del derecho de defensa del representado (no apersonado en la litis) y el salvaguardo de las garantías que ofrece el proceso al mismo; esto debido a que *nuestro sistema jurídico en estricto no regula cuáles deben ser los deberes y obligaciones de los curadores procesales a fin de verificar que*

efectivamente deben proteger a la parte que representan. Ejemplo de ello es que no existen prohibiciones expresas para que pueda allanarse a la demanda o, que dentro de los fundamentos de hecho acepte la pretensión que postula su contraparte, generando así una indefensión tácita respecto de quien representa.

- vi) *Policía judicial*: Es aquel órgano de auxilio que tiene por objeto realizar las citaciones y detenciones dispuestas por los órganos jurisdiccionales; esto con la finalidad de que comparezcan los procesados, acusados, testigos y peritos; así como practicar las diligencias propias de sus funciones, tal como así lo regula el artículo 282 de la LOPJ. Asimismo, la Policía Nacional tiene bajo su responsabilidad, la custodia y seguridad de los magistrados e instalaciones del Poder Judicial, así como el traslado de imputados y sentenciados.
- vii) *Traductor*: Es aquella persona encargada de traducir oficialmente y en forma escrita todo documento redactado en un idioma distinto al oficial de la zona donde se encuentra el proceso judicial. Es decir, en el caso concreto el castellano.
- viii) *Intérprete*: Es aquella persona que se encarga de traducir al idioma castellano una lengua desconocida para los sujetos procesales y para quien habla dicho idioma durante el desarrollo de un acto procesal realizado en forma oral.

3. FUNCIONES

3.1. Peritos

Conforme al artículo 26 de la Resolución Administrativa N° 351-98-SE-TP-CME-PJ, Reglamento de Peritos Judiciales, se tiene que las obligaciones de los peritos judiciales son:

- a) Cumplir con las disposiciones emitidas por los órganos de gobierno del Poder Judicial.
- b) Expedir informes periciales expresos y categóricos, técnicamente sustentados.
- c) Presentación oportuna del informe pericial.
- d) Otras que se puedan establecer por norma expresa.

3.2. Depositarios

Conforme a lo regulado por el artículo 655 del CPC, se puede concluir que son obligaciones de los depositarios:

- a) Cuidar y conservar el bien de manera responsable.
- b) No transmitir, deteriorar, perder o destruir el bien.
- c) No desplazar el bien, salvo expreso mandato del órgano jurisdiccional o por razón de necesidad.
- d) Poner en conocimiento del juzgado las condiciones del bien o en qué condiciones se encuentra a fin de que se realicen las medidas correspondientes.
- e) Entregar el bien al ser requerido.

3.3. Interventor

Conforme a lo regulado por los artículos 662 y 663 del CPC, se puede concluir que son obligaciones del interventor:

3.3.1. Interventor recaudador

- a) Verificar el funcionamiento y conservación de lo intervenido, sin interferir ni interrumpir sus labores propias;
- b) Llevar control de ingresos y de egresos;
- c) Proporcionar, de los fondos que recauda, lo necesario para la actividad regular y ordinaria de lo intervenido;
- d) Poner a disposición del juez dentro del tercer día las cantidades recaudadas, consignándolas a su orden en el Banco de la Nación. A pedido propio o de parte, puede el juez modificar el plazo para consignar; y,
- e) Informar, en los plazos señalados por el juzgado, el desarrollo regular de la intervención, especialmente los hechos referidos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 662 del CPC.

El interventor recaudador debe informar, de inmediato, sobre aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos y la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación.

3.3.2. Interventor informador

- a) Informar por escrito al juez, en las fechas señaladas por este, respecto de las comprobaciones sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida.
- b) Dar cuenta inmediata al juez sobre los hechos que considere perjudiciales al titular de la medida cautelar, o que obsten el ejercicio de la intervención.

3.4. Martillero público

Conforme a lo regulado por el artículo 12 de la Ley N° 27728, Ley del Martillero Público, se tiene que las funciones del martillero público son:

- a) Efectuar en forma personal y con sujeción a las normas sobre la materia, la venta, permuta, gravamen o alquiler de bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones, valores y semovientes de procedencia lícita en remate público.
- b) Presentar informes.
- c) Recabar directamente de las oficinas públicas y de toda institución financiera, pública o privada, los informes o certificados necesarios para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 16 de la Ley N° 27728.
- d) Solicitar a las autoridades competentes las medidas necesarias para garantizar el normal desarrollo del acto de remate.

El artículo 16 del Decreto Supremo N° 008-2005-JUS, Reglamento de la Ley del Martillero Público, precisa que los informes que debe presentar el martillero público, según lo establecido en el numeral 2) del artículo 2 de la ley, comprende a los siguientes:

- a) Informe ante la entidad o persona que solicitó su actuación, una vez cumplido el acto público para el cual se le encargó; el cual deberá contener por lo menos el nombre de la persona o entidad que solicitó el remate, la indicación del número de expediente cuando corresponda, el lugar, la fecha y hora del remate, y un resumen del acto efectuado, acompañando además la respectiva acta de remate.
- b) Informe anual ante el órgano desconcentrado de la Sunarp, que contenga la relación de los remates efectuados en el año anterior a la fecha de su presentación.

El artículo 19 de la misma norma, respecto de las obligaciones de los martilleros públicos establecidas en el artículo 16 de la Ley, señala que:

- a) Para el cumplimiento fiel y diligentemente de los mandatos judiciales, no pueden extralimitarse en su contenido a las instrucciones del juez.
- b) A fin de verificar la aptitud legal del comitente, deberán constatar que este sea propietario o tenga la facultad para disponer del bien objeto del remate.
- c) Las condiciones de las actuaciones que convengan con el comitente se efectuarán por escrito.
- d) En toda publicación que emitan, deberán consignar además de los datos establecidos en la Ley y este Reglamento, su nombre completo y el número de matrícula o inscripción correspondiente.
- e) La rendición de cuentas que deban hacer al funcionario o comitente, la realizarán dentro de los plazos previstos en la Ley N° 27728.
- f) Corresponde al martillero público responder por el buen estado de conservación de los libros y documentos que por ley está obligado a llevar.

3.5. Curador procesal

Conforme a lo regulado por el artículo 61 del CPC, el requerimiento de un curador procesal es necesario:

- a) Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el artículo 435.
- b) Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal.
- c) Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, según lo dispuesto por el artículo 66. Aquí es importante destacar que, el artículo 66 del CPC regula: en caso de falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, se aplican las siguientes reglas: 1) Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o este estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo. 2) Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o este se halle ausente, el juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si

lo considera idóneo; 3) El juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por este, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si fuere idóneo; y, 4) También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal, o confirmará el propuesto por el incapaz relativo.

- d) Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108 del CPC. Al respecto, el artículo 108 del CPC regula: Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando: 1) Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, salvo disposición legal en contrario; 2) Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso; 3) El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor; o, 4) Cuando el plazo del derecho discutido vence durante el proceso y el sujeto que adquiere o recupera el derecho, sucede en el proceso al que lo perdió.
- e) Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.

3.6. Policía judicial

Conforme a lo regulado por el artículo 282 de la LOPJ, son funciones de la policía judicial:

- a) Notificar las disposiciones emitidas por un órgano jurisdiccional que contengan un mandato de detención.
- b) Notificar las citaciones que impliquen una la inmediata conducción compulsiva del procesado, testigos, peritos e intérpretes.
- c) Practicar las diligencias propias de sus funciones.

4. CONCLUSIONES

Conforme a la labor específica con la que cuentan cada órgano de auxilio judicial se evidencia que, su intervención dentro del trámite de un proceso judicial, donde su conocimiento o función se hace necesaria, resulta evidente la importante función que desempeñan como auxiliares de la jurisdicción civil.

A partir de lo comentado se hace necesario que la intervención de los curadores procesales dentro de los procesos judiciales se encuentre de algún modo reglamentada. Esto debido a que conforme a la normatividad vigente, es evidente que la misma es insuficiente, considerando aquí que, su intervención es trascendente en la litis ya que, representan los intereses de una de las partes en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ZVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2003): *Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. Lima: Rhodas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La defensa que debe ejercer el curador procesal respecto de su representado ausente, no se ha de agotar ni concluir con el acto procesal de contestación de la demanda. La representación que ejerce ha de extenderse hasta la conclusión del proceso en su etapa de cognición. El proceso ejecutivo se encuentra limitado por la Ley Procesal, atendiendo a la brevedad de los plazos, el reducido número de actuaciones judiciales y las restricciones que establece la ley para la contradicción a la acción; no obstante ello, la representación que ejerce el curador procesal cuenta con las mismas responsabilidades que si se tratara de un proceso más lato y con mayor actividad jurisdiccional (*Exp. N° 709-2001*).

El fallecimiento de un emplazado no es causal para manifestar la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Corresponde al juez de la causa ordenar se notifique a los sucesores del demandado fallecido para que contesten la acción bajo apercibimiento de nombrarles curador procesal (*Exp. N° 36129-99*).

Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fije el juez, siendo el peticionante responsable de su pago, con cargo a la liquidación final. El curador procesal debe ser retribuido económicamente por su trabajo, por cuanto toda persona debe ser remunerada, conforme lo prescribe el artículo 23 de la Constitución del Estado. Si bien es cierto, uno de los conceptos de gastos procesales es el honorario de los órganos de auxilio judicial, también lo es que su pago no debe efectuarse después que se liquide y haga efectivo el cobro de las costas, pues se infringe el mandato del artículo 632 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 12281-99*).

Los peritos judiciales son órganos de auxilio judicial. Deben colaborar con la administración de justicia, cumpliendo el encargo encomendado dentro de los lineamientos fijados. No pueden variar, en base a criterios propios, lo sentenciado y pendiente de ejecución, porque incurrirían en responsabilidad (*Exp. N° N-719-97*).

Artículo 56**Deberes y responsabilidades de los auxiliares jurisdiccionales**

Los deberes y responsabilidades de los auxiliares de la jurisdicción civil se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normas respectivas.

Los órganos de auxilio judicial se rigen por las leyes y demás disposiciones pertinentes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 54, 55, 305, 307; L.O.P.J. arts. 259, 263, 266; R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ art. 27 y ss.

Ary H. Terrones Meléndez

Cada uno de los auxiliares jurisdiccionales que asisten al desarrollo de los procesos judiciales iniciados, cumplen una función durante el trámite judicial por imperio de la ley (entiéndase por secretarios, relatores y oficiales auxiliares de justicia) o una específica que es requerida por mandato del órgano jurisdiccional (órganos de auxilio judicial).

Entonces, al desempeñar una función dentro de un proceso judicial, estos tienen atribuciones, obligaciones y deberes propios de la labor que ejercen; por lo que, resulta necesario el conocimiento de cada uno de ellos respecto de las responsabilidades en las cuales podrían recaer.

Es así que, la LOPJ regula las posibles sanciones administrativas en los cuales podrían incurrir los auxiliares jurisdiccionales (excepto los órganos de auxilio judicial), siendo dentro de esta vía el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial el encargado de resolver las mismas en última instancia. Asimismo, conforme se ha venido explicando en los comentarios precedentes, los órganos de auxilio judicial se rigen por sus propias leyes especiales.

Sobre lo señalado cabe agregar que, aparte de la responsabilidad de carácter administrativo en que pudieran caer los auxiliares jurisdiccionales, ello en nada enerva que pudieran incurrir también en uno de naturaleza civil o penal; ello dependiendo del hecho cometido y que este pueda ser tipificado como falta, infracción, daño o delito.

De otro lado, cabe resaltar que los auxiliares jurisdiccionales, aparte de cumplir con las funciones respectivas al cargo desempeñado a fin de poder resolver el problema judicial instaurado por los justiciables, tienen el deber de abstenerse del trámite de un proceso judicial por alguna causal de impedimento o recusación

previstas por el CPC (arts. 305 y 307); por ejemplo, que una de las partes se encuentre dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

En atención a lo expuesto es importante siempre considerar que, todo auxiliar jurisdiccional ejerce una función significativa cuyo fin es brindar un servicio a nuestra sociedad para resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; lo cual necesariamente importa, el cumplimiento de los deberes de cada funcionario, servidor o tercero que brinda un apoyo al sistema judicial; ya que de lo contrario –aparte de incurrir en responsabilidad– afectaría las garantías procesales de los justiciables, quienes concurren a la sede judicial con el único propósito de resolver un problema.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edward (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista; ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2003): *Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. Lima: Rhodas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el curador procesal no ha concurrido a la audiencia y la contestación de la demanda no se ha efectuado en forma plena en defensa de los intereses de la parte que representa, en aplicación del artículo 52.3 del CPC, se dispone imponer multa al curador procesal, formando el cuaderno correspondiente (*Exp. N° 29287-2009*).

El auxiliar jurisdiccional, bajo responsabilidad, dentro de cinco días de notificado el concesorio de una apelación sin efecto suspensivo, deberá remitir al superior copia completa y legible de las piezas indicadas por el juez; por lo que el incumplimiento del auxiliar jurisdiccional no puede llevar a la conclusión de que el apelante ha actuado con negligencia o renuencia a formar el cuaderno incidental, habida cuenta que esta es obligación del auxiliar jurisdiccional y para ello el apelante ha abonado el arancel correspondiente (*Cas. N° 972-99-Arequipa*).

Los peritos judiciales son órganos de auxilio judicial. Deben colaborar con la administración de justicia, cumpliendo el encargo encomendado dentro de los lineamientos fijados. No pueden variar, en base a criterios propios, lo sentenciado y pendiente de ejecución, porque incurrirían en responsabilidad (*Exp. N° N-719-97*).

TÍTULO II

COMPARECENCIA AL PROCESO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 57

Capacidad para ser parte material en un proceso

Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 2. C.C. arts. 1, 3, 61, 104 inc. 10, 135, 220, 248, 591, 598, 805, 816, 856, 1529, 1666; C.P.C. arts. IV, XI, 5, 52-65, 321, 322, 427 inc. 1, 446 inc. 6, 458, 461, 473, 481, 574; C.D.I.P. art. 382; L.G.S. art. 12.

Olger Bladimir Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Comparecencia es el “[a]cto de presentarse una persona ante la justicia de acuerdo con las normas procesales, bien sea personalmente, bien por medio de apoderado, y ya se haga, según el trámite de que se trate, verbalmente o por escrito. En determinados casos y cuando la *comparecencia* ha sido ordenada por la autoridad judicial, la incomparecencia puede dar lugar a la declaración de rebeldía o a sanciones por desobediencia (...)” (OSSORIO, 1998: p. 197).

Por un lado, quien se presenta ante la justicia, al proceso o ante el juez de forma activa es el demandante, a través de su demanda, mediante la cual materializa su derecho de acción y formula su pretensión, de tal modo que con ello busca tutela jurisdiccional efectiva (MONROY, 1996: pp. 273-288). Entonces, el demandante, actor, accionante, pretendiente, postulante, ejecutante (en proceso ejecutivo) o solicitante (en proceso no contencioso) concurre por su propia voluntad en busca de la tutela de su derecho; por ejemplo, el propietario demanda la reivindicación de su bien inmueble.

Sin embargo, esto no siempre es así. En efecto, existen excepciones en que la acción es ejercitada por alguna persona a quien la ley le confiera legitimidad para obrar activa; tal es el caso del Ministerio Público quien puede demandar la nulidad de un acto jurídico (*ex art. 220 del CC*).

Del otro lado está la contraparte, comparte, colitigante, demandado, sujeto pasivo, obligado, emplazado, citado o ejecutado (en proceso ejecutivo), quien, según la afirmación del demandante le ha transgredido, incumplido o perjudicado al no realizar su deber material al que la ley o el pacto le obliga cumplir con una prestación de dar, hacer o no hacer en su beneficio.

Ahora bien, también el demandado puede comparecer al proceso en virtud de una obligación por cuya voluntad se haya obligado y no lo ha ejecutado (*v. gr.* incumplimiento de un contrato), o porque también la ley le otorga legitimidad para obrar pasiva como es el caso del Ministerio Público (*v. gr.* en los casos de separación de cuerpos o divorcio por causal o convencional, *ex arts. 481 y 574 del CPC*, respectivamente).

Conforme se ha dicho, por lo general el demandante concurre al proceso de *motu proprio*, con excepción de los casos en que la ley imperativamente obliga a una persona—sobre todo jurídica y con el fin de proteger intereses de orden social y público— a demandar o solicitar la pretensión que fuere ante el juez. Entonces, en la esfera jurídica del demandante ocurre que si este no demanda, no hay contra él consecuencia alguna más que la insatisfacción de su propio derecho (salvo la prescripción y la caducidad, que extinguen las pretensiones y derechos); y si ha demandado ejerciendo en tal caso una posición activa en el proceso, de no cumplir con sus deberes y cargas procesales, quizá la peor consecuencia será la infundabilidad de su demanda, o si deja de realizar actividad procedimental el abandono del proceso será la consecuencia de ello.

En cambio, la situación en la esfera jurídica del demandado es distinta, ya que este debe concurrir al juicio en virtud de la *vocatio* (“facultad para compeler a las partes para que comparezcan al proceso”; ALVARADO, 2008: p. 136) de la que está investida el juez. En efecto, una vez admitida la demanda, tanto el auto admisorio como aquella son notificados al demandado, concediéndose un plazo legal de 30, 10 o 5 días hábiles según el proceso sea de conocimiento, abreviado o sumarisimo, respectivamente, dentro del cual el emplazado deberá apersonarse y contestar la demanda interpuesta en contra suya; de no comparecer, las consecuencias que sufrirá serán devastadoras, la principal es la *rebeldía* (art. 458 del CPC), de la cual se desprende la *presunción legal relativa de verdad de los hechos expuestos en la demanda* (art. 461 del CPC), y, a su vez, de esta puede ser consecuencia el *juzgamiento anticipado* (art. 473 del CPC). Asimismo, la incomparecencia ocasionará que no materialice su derecho de contradicción y defensa, es decir, no

plantee tachas, excepciones, recursos, etc.; y finalmente lo peor que le espera es la fundabilidad de la demanda, cuyos efectos repercutirán directamente en su persona, puesto que aquella será actuada o ejecutada y, por consiguiente, en el plano material, perderá su propiedad o la posesión de un bien inmueble, será condenado a pagar una suma dineraria por la que incluso ya puede estar sujeto a embargo, o su contrato será resuelto o declarado nulo, etc.

Después de las someras precisiones efectuadas, no está demás connotar que la *comparecencia* al proceso fue regulada en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 en el Título I, esto es, de entrada las primeras disposiciones del referido Código regulaban la calidad para ser partes en un proceso civil. El legislador denominó a dicha intervención como “comparecencia ante el juez”. El indicado título se componía de cuatro capítulos con un total de 39 artículos, cuyas disposiciones generales son no más de dos artículos. Con una estructura diferente, el vigente CPC de 1993 ha destinado el Título II a la “Comparecencia al proceso”, el que está subdividido en ocho capítulos, siendo que las disposiciones generales están reguladas en los artículos que van del 57 al 62. No es que el orden de ambos códigos esté mal, sino que obedece a la técnica legislativa, puesto que en la legislación procesal comparada ocurre de forma similar; es decir, algunos códigos regulan primero la competencia del juez y luego la comparecencia de las partes (por ejemplo la ZPO alemana), y otros empiezan por la comparecencia de las partes y luego la competencia del juez (así, la LEC española del año 2000).

A diferencia del Código de 1912, el actual es más preciso en cuanto a los conceptos y categorías procesales, ya que obedece a una mejor técnica legislativa. Incluso, en su momento ha sido elogiado como uno de los mejores códigos de estas latitudes. Ello también es así por cuanto se han dado muchos avances doctrinarios desde el anterior código hasta el actual, siendo que de por medio hay 81 años, mientras que desde la promulgación del actual código hasta la fecha van aproximadamente 25 años. Es evidente, entonces, que las instituciones procesales hayan mejorado y se hayan pulido, como sucede con la legitimidad para obrar; otras que se han dejado un poco de lado como ocurre con la vieja teoría de la relación jurídica material y procesal, pero, sobre todo, se ha dado una inmersión del Derecho Constitucional en el Derecho Procesal, por lo que ahora todos los derechos procesales y el proceso en sí tienen que ser mirados con el lente del Derecho Constitucional.

A pesar de todo, aún quedan muchas cuestiones por entender a fin de proceder a aplicarlas de un modo adecuado; se procede a interpretar el contenido de las disposiciones sobre comparecencia al proceso que ha regulado nuestro CPC de 1993 a fin de desentrañar la *ratio legis* de tales dispositivos.

2. LOS VIEJOS CONCEPTOS DE RELACIÓN JURÍDICA MATERIAL Y DE RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

Relación jurídica se forma de dos vocablos: *relación* del latín *relatio* o *relationis*, que significa conexión, correspondencia de una cosa con otra, y del latín *iuridicis* que tiene connotación con lo que interesa y se ajusta al derecho.

En efecto, "(...) Las *relaciones jurídicas* no son otra cosa que relaciones (uniones) establecidas por el Derecho" (CARNELUTTI, 2006: p. 185).

La *relación jurídica* está compuesta por la correspondencia entre dos posiciones de dos sujetos que son titulares de derechos y deberes correlativos. "Por lo general, el deber y el derecho se presentan como términos de una relación, en el sentido de que el sujeto del derecho se halla frente al sujeto del deber" (IRTI, 2003: p. 122). El sujeto pasivo es el que tiene un deber jurídico a su cargo, mientras que el sujeto a satisfacer es el sujeto activo o titular del derecho. En nuestra tradición jurídica romano-germánica, donde impera el positivismo kelseniano, prácticamente el legislador ha regulado la mayoría de relaciones o situaciones con relevancia jurídica abstrayéndolas de la convivencia social; es decir, las relaciones jurídicas subyacen en el texto de una norma jurídica, tal es el caso por ejemplo del matrimonio (*ex art. 248 del CC*), del contrato de compraventa (*ex art. 1529 del CC*), el de arrendamiento (*ex art. 1666 del CC*), etc.

Efectivamente, la expresión "'relación jurídica' es más imaginativa que técnica, que es más una *figura* y una metáfora que una rigurosa categoría (...) En todo caso, la relación jurídica no constituye la unidad elemental del Derecho, ni puede brindar el terreno para fundar una teoría general. Ella remite necesariamente a la *norma*, que califica la relación como 'jurídica', y que, por ello, sirve para diferenciarla de relaciones económicas y éticas. Como sea que se pretenda configurarla, la relación intercede siempre entre situaciones subjetivas, y estas remiten a su fuente, que es la norma" (IRTI, 2003: pp. 124-125). Finalmente, según explica este autor citado, la relación jurídica "se limita a traducir en un lenguaje, que no consideraremos unívoco ni preciso, el fenómeno de la destinatoidad del deber ajeno" (IRTI, 2003: p. 126).

Ahora bien, de esa relación material puede ocurrir una controversia entre las partes; por ejemplo, el acreedor incumple con su prestación, uno de los cónyuges comete adulterio, un conductor atropella a un peatón, etc. Es entonces que se ha producido un conflicto de intereses con relevancia jurídica y, llevado este conflicto a juicio por la parte perjudicada, se habrá entablado una relación jurídica procesal. Efectivamente, esa "relación sustantiva se transformará en una relación jurídica procesal, puesto que la controversia surgida en el plano de los hechos concretos

será llevada a juicio por los sujetos, y esto no es otra cosa que la relación procesal” (MONROY, 2003: p. 296 y ss.).

El proceso es una *relación jurídica pública* en la que existe una vinculación entre las partes y el Estado, representado, en este caso, por el tribunal. El proceso es una relación de derechos y obligaciones entre las partes y el juez, relación que se desenvuelve dialécticamente, paso a paso y acto por acto, en constante movimiento y transformación (VON BÜLOW, 1964: pp. 2-3). Producto de la manifestada relación, VON BÜLOW dedujo los *presupuestos procesales* que constituyen tal relación, entre estos el de la *capacidad procesal* de las partes (*persona legitima standi in iudicio*; persona legítima para estar en juicio).

En general, la mayoría de doctrinarios del procesalismo científico, a partir de las ideas de relación, VON BÜLOW, aunque con sus propias teorías, sostuvieron la idea de la naturaleza del proceso en torno a una relación jurídica denominada procesal basada en el criterio de unidad, y solamente GOLDSCHMIDT no estuvo de acuerdo con ello, imponiendo su posición sobre la naturaleza del proceso como una situación jurídica procesal, sin embargo, algunos juristas, en opinión que compartimos, han venido considerando que ambas teorías pueden coexistir entre sí.

En la relación jurídica procesal, al igual que en la relación jurídica material, es la ley la que determina dicha relación, atribuyendo derechos y deberes a las partes y al juez en conexiones que pueden ser simples (el clásico triángulo: demandante, juez y demandado) o complejas (reconvención por ejemplo).

La mencionada relación procesal ocurre cuando se notifica la demanda –emplazamiento– al presunto obligado con la pretensión procesal en ella contenida, entre ambos y el órgano que ordenó el emplazamiento –demandante, demandado y juez– se origina una relación jurídica distinta. El emplazamiento es el punto de partida de la llamada relación jurídica procesal. Esta es para empezar de naturaleza pública (MONROY, 2003: pp. 297-298).

3. LA CALIDAD DE PARTE MATERIAL Y LA CALIDAD DE PARTE PROCESAL; SU ESTRECHA VINCULACIÓN CON LA LEGITIMATIO AD CAUSAM Y LA LEGITIMATIO AD PROCESSUM

“En el nuevo Código (1993) se considera parte material a la persona que integra o cree integrar forma parte de la relación jurídica sustantiva, y que va a formar parte de una relación procesal; es decir, aquella que es titular del derecho que sustenta la pretensión o aquella a quien se le exige tal pretensión, aun cuando al final del proceso se advierta que alguno de ellos no son titulares de la relación jurídica sustantiva. En realidad, este es el concepto trascendente en materia procesal, se

trata del titular activo o pasivo del conflicto de intereses llevado a ser resuelto a través de la tutela jurídica del Estado.

En cambio, en el Código se usa la expresión parte procesal para identificar a la persona que realiza actividad procesal en nombre de la parte material. Por cierto, lo natural es que quien es parte material sea también parte procesal. Sin embargo, el instituto de la representación procesal en sus distintas formas –legal, judicial o convencional– permite, aunque en algunos casos exige, que la parte procesal sea distinta a la parte material, sin que tal situación implique un vicio de la relación procesal” (MONROY, 2003: pp. 298-299).

La definición brindada por el mayor autor del CPC no es otra cosa que lo conocido en doctrina como legitimidad para obrar (*legitimatío ad causam*) y legitimidad procesal (*legitimatío ad processum*). Entonces, es más que obvio la estrecha vinculación entre parte material de un proceso y el concepto de *legitimidad para obrar*, que históricamente es una condición de la acción, y ha sido definida por unos como la identidad o coincidencia entre las personas que son parte material y las que son parte procesal (tal como lo sostiene, por ejemplo, la Cas. N° 477-1996, La Libertad; la Cas. N° 3954-2001, Santa-Chimbote); mientras que otros la han definido como las meras *afirmaciones* del demandante y del demandado – en sus escritos postulatorios– de ser titulares de un derecho o el de formar parte de una relación jurídica sustancial (entre los partidarios de esta posición que paulatinamente se va acogiendo en nuestra judicatura están: CARNELUTTI, ROCCO, REDENTI, ALLORIO, DEVIS ECHANDÍA, MONROY CABRA, MONTERO, y MATHEUS).

Tanta es la estrecha vinculación entre parte material y legitimidad para obrar que, para hacer funcionar tales categorías en un proceso, habría que concordar necesariamente el artículo 57 *sub examine* con el artículo IV del Título Preliminar, el inciso 1 del artículo 427 y el inciso 6 del artículo 446 del CPC; de tal manera que esa sería la forma en que la improcedencia o la excepción por falta de legitimidad para obrar se produciría cuando, a criterio del juez, quien demanda evidentemente no es parte en la relación material y, como tal, no debe ser parte procesal, como por ejemplo si demanda divorcio quien no es cónyuge, lo que se podría advertir de la misma partida matrimonial. Entonces, resulta muy complicado que el juez declare la inexistencia de legitimidad para obrar sin examinar la relación jurídica material; he ahí el problema para quienes consideran que el derecho y la relación jurídica material son objeto de examen y pronunciamiento solamente en la sentencia, y no previamente.

No está demás precisar, en contra de alguna doctrina procesal importante que aconseja no confundir los conceptos de legitimidad para obrar –que es un concepto netamente procesal– con los conceptos de derecho y relación material; sin embargo, esto resulta sumamente complejo, pues no logramos explicarnos cómo

desligar lo uno de lo otro, ya que el proceso no es más que un instrumento del derecho material, es decir, nace del derecho material o de la relación material, entonces, ¿cómo es posible no envolverlos ni revolverlos? Quizá por eso estas cuestiones vagamente abstractas y seriamente dogmáticas se están dejando ya de lado. A propósito, traemos a colación la siguiente opinión: “Si las partes son acreedoras o deudoras, es una cuestión del derecho material. Siguiendo una expresión procesal se habla de legitimación material (legitimación activa en el demandante, legitimación pasiva en el demandado) apuntándose con ello al interrogante, si las partes son realmente también acreedoras o deudoras de la afirmada relación jurídica” (LEIBLE, 1998: pp. 83-84). Interpretamos que, a criterio del citado jurista, suele ser lo mismo derecho material que legitimación material, o, al menos, resulta complejo diferenciarlas; por eso es que aconseja que “tales conceptos –por ser terminológicamente equívocos– debieran evitarse. Ellos reposan en concepciones jurídico-materiales y desvían la atención sobre conceptos procesales como calidad de parte y poder de conducción del proceso. Ellos finalmente son apoyo al hace años superado concepto material de parte” (LEIBLE, 1998: p. 84).

4. LOS DISTINTOS SUJETOS QUE PUEDEN SER PARTE MATERIAL EN UN PROCESO

De plano, “toda persona por el solo hecho de serlo 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” (LEDESMA, 2011: p. 152).

Así, pues, “la capacidad para ser parte equivale a la capacidad de derecho o de goce, o sea, que es parte quien es sujeto de derecho” (MONROY CABRA, 1988: p. 225). Entonces, en sentido técnico procesal, “parte será aquella que en nombre propio, o en cuyo nombre, se demanda o contradice en un proceso, quedando fijada la titularidad activa o pasiva de esta, en la relación jurídica procesal, por medio de la demanda. Asumiendo por ello todos los derechos, carga y obligaciones del proceso. Siendo este concepto exclusivamente procesal e independiente de la relación jurídica sustancial controvertida” (MATHEUS, 1999: p. 98).

La posición de parte se adquiere: a) por efecto de la demanda introductiva del proceso; b) por efecto de *sucesión* en la posición de la parte originaria; c) por efecto de *intervención*, voluntaria o coaccionada, en un proceso pendiente (LIEBMAN, 1980: p. 66). Dicha posición finiquita cuando culmina el proceso, ya sea de modo normal con la sentencia, o anormalmente conforme a los supuestos establecidos en los artículos 321, 322 y todo el Título XI del CPC; por lo que, terminado el juicio, también ipso iure termina la calidad de partes materiales en el mismo, salvo que quede pendiente la ejecución de lo resuelto, cumplido esto se tendrá que ordenar el archivo definitivo del expediente.

Ahora bien, el artículo *in comento* enuncia una serie de sujetos a quienes finalmente los declara que “pueden ser parte material en un proceso”. La calidad de parte material en un proceso está ligada al derecho sustancial y, específicamente, a la capacidad jurídica (o de goce), de tal modo que la parte material en un proceso es un centro de imputaciones jurídicas, es decir, es un titular de derechos y obligaciones, tanto en el plano del derecho sustancial como en el procesal, puesto que en este ámbito también gozará de derechos, deberes y cargas.

Los sujetos enunciados por el artículo 57 del CPC, que pueden ser parte material en el proceso civil, son:

4.1. Toda persona natural

Por persona natural se entiende a lo que nuestro CC denomina “persona humana”, quien es sujeto de derecho desde su nacimiento, y por consiguiente tiene capacidad de goce respecto de los derechos civiles. Por tanto, la persona natural o humana (física propiamente) puede ser parte material en un proceso, actuando en calidad de demandante o demandada.

Asimismo, también el concebido, cuya existencia comienza desde la concepción (art. 1 del CC), puede ser parte material en un proceso, siempre y cuando los derechos que se discutan en aquel le sean favorables (beneficiosos), en cuyo caso generalmente será parte material demandante; sus derechos patrimoniales o la efectividad de estos –que también le deben ser favorables– se condicionan a que nazca vivo (art. 1 del CC; art. 2 inc. 2 de la Const.), como por ejemplo ocurre en los casos de los artículos 805.1, 856 y 598 del CC. Obviamente, que el concebido siempre será representado por sus padres, especialmente por su madre, dado que es un incapaz absoluto de ejercicio, salvo que tal representación la ejerza el Ministerio Público o cualquier interesado, en el supuesto del artículo 598 del CC.

Entonces, “toda persona natural tiene capacidad para ser parte en el proceso desde el nacimiento hasta la muerte, y aun el que está por nacer, en cuanto concierne a los derechos que se le deferirán en la sucesión de otra persona, si el nacimiento constituye principio de existencia” (MONROY CABRA, 1988: p. 225).

La calidad de parte material procesal de una persona natural culminará, salvo los casos de conclusión del proceso indicados *supra*, por *extinción* de la persona, esto es con la muerte (art. 61 del CC), la misma que pone fin a los derechos y obligaciones de aquella. Eso significa que sus derechos y obligaciones ventilados judicialmente pasarán a sus sucesores, si no los hubiere se le nombrará un *curador procesal* de ser demandado; en cambio si fuere demandante el proceso tendrá que darse por concluido, de igual modo sucedería con el demandado por obligaciones personalísimas, no tiene caso aquí ni la sucesión ni la curaduría procesal.

Ahora bien, sucede que si A debe demandar a B, quien a la fecha de la demanda ha fallecido, entonces deberá emplazar a sus sucesores (herederos forzosos en estricto). Si estos han sido declarados como tales (personas ciertas) entonces emplazará a cada uno de ellos, y si no hay sucesión declarada (personas inciertas) emplazará solamente “a la sucesión de B” y se pedirá que sean notificados mediante edictos hasta que alguno se apersona al proceso. A los otros o a todos –de no presentarse alguno– se les nombrará curador procesal. Si no hubieren sucesores y la pretensión no es personalísima (por ejemplo, se trata de una obligación de dar suma de dinero y el fallecido ha dejado masa hereditaria) deberá emplazarse a la sociedad de beneficencia o a la junta de participación social, quienes, por prescripción del artículo 816 del CC, heredan el caudal relicto del cual debe pagarse las deudas del causante. Pero, en caso en el cual no se tiene que pagar deuda alguna del fallecido que no ha dejado herederos voluntarios ni legales, también tendría que emplazarse –además de “a la sucesión de (...)”–, a la Sociedad de Beneficencia, so pena de afectar el derecho a un debido proceso (como lo ha manifestado la Cas. N° 4086-2012, Lima).

También podría darse un caso anómalo en el cual el demandante tendría que ser demandado a la vez, como ocurre por ejemplo cuando A demande a los sucesores de su padre B, en cuyo caso también debe demandarse; sin embargo es un imposible jurídico demandarse a sí mismo, además se atenta contra el principio lógico de identidad; entonces, pues, A solamente demandará a los otros coherederos.

4.2. Toda persona jurídica

“La persona jurídica es la organización de personas (naturales o jurídicas) que se agrupan en la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumple con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante la inscripción en Registros Públicos o a través de una ley). Este centro de imputación también puede ser atribuido a una sola persona (sea esta natural o jurídica)” (ESPINOZA, 2014: p. 26).

La persona jurídica como sujeto titular de derechos y obligaciones y, por consiguiente, con capacidad jurídica de goce y de ejercicio, esta última realizada a través de su representante (ESPINOZA, 2014: pp. 83-85), también puede ser parte material en un proceso. En efecto, pueden comparecer en juicio como demandantes y/o demandadas, siempre a través de su representante, quien puede ser nombrado por la Constitución, ley o el estatuto (art. 64 del CPC).

A efectos de ser parte material en un proceso civil son personas jurídicas las de *Derecho Público interno* (las universidades públicas, los colegios profesionales, etc.). No obstante, las más comunes en un juicio son las personas jurídicas de

Derecho Privado, que pueden ser *con fines de lucro* –necesariamente *inscritas*– (sociedades civiles y comerciales) y las otras que son *sin fines de lucro*, de estas se desprende las que son *inscritas* (asociación, fundación, comité, las ONG) y las *no inscritas* o *irregulares* (asociación, fundación, comité no inscritos). Otro tipo de personas jurídicas son las comunidades campesinas y nativas, que para efectos jurídico-procesales tienen que estar inscritas en el registro respectivo y ser reconocidas oficialmente (art. 135 del CC).

Una persona jurídica que no es de Derecho Público ni Privado, pero que sí puede ser parte material en un proceso es la cooperativa, en sus distintos tipos.

Un problema muy particular se presenta con la junta de propietarios del Régimen de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, que no es persona jurídica en estricto y se asemeja a la copropiedad, por lo que podría pasar como un patrimonio autónomo; sin embargo, consideramos que para efectos judiciales debe tenerse más como una persona jurídica que como un patrimonio autónomo, puesto que cuenta inclusive con un representante elegido por la junta, quien puede demandar a nombre de la junta y contestar la demanda también a nombre de esta (ESPINOZA, 2014: pp. 365-370).

4.3. Los órganos constitucionales autónomos

Son aquellos órganos a los cuales está confiada la actividad directa e inmediata del Estado, y que, en los límites del derecho objetivo –que los coordina entre sí, pero no los subordina unos a otros– gozan de una completa independencia y paridad recíproca, se encuentran en el vértice de la organización estatal, no tienen superiores y son sustancialmente iguales entre sí. Aunque dichos órganos quizá no son “poderes” en el sentido tradicional del término, lo cierto es que tienen asegurada, por mandato directo del texto constitucional, una serie de atribuciones y funciones muy relevantes.

Los órganos constitucionales autónomos que pueden ser parte material en un proceso civil como demandantes y/o demandados son: el Ministerio Público, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS), los Gobiernos Regionales y las Municipalidades.

4.4. Los patrimonios autónomos

Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica, (art. 65 del CPC). Así, identificamos como patrimonios autónomos a la sociedad conyugal, la sucesión indivisa, la copropiedad, la masa de bienes de la quiebra o concurso, estos actúan en un proceso ya sea como parte demandante o demandada, a través de un representante o conjuntamente por quienes lo conformen, en los términos que prescribe el artículo 65 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO, Adolfo (2008): *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, 1ª parte, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; CARNELUTTI, Francesco (2006): *Teoría general del Derecho*. Lima: ARA; ESPINOZA, Juan (2014): *Derecho de las personas - Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas* (1990), 7ª ed. Lima: Instituto Pacífico - Actualidad civil; IRTI, Natalino (2003): *Introducción al estudio del Derecho Privado* (1990), trad. y notas de Rómulo Morales y Leysser León. Lima: Grijley; LEDESMA, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Diké-Konrad-Adenauer-Stiftung; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; MATHEUS, Carlos (1999): "Apuntes sobre el concepto de acción". En: *Academia de la Magistratura. Programa de formación de aspirantes, Temas de Derecho Procesal Civil*; MONROY CABRA, Gerardo (1988): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Bogotá: Temis; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis; MONROY, Juan (2003): "Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil". En: *La formación del proceso civil peruano - Escritos reunidos*; OSSORIO, Manuel (1998): *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 25ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas. Buenos Aires: Heliasta; VON BÜLOW, Oskar (1964): *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (1868), trad. Miguel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francesco (1956): *Instituciones del proceso civil* (1956), trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; GOLDSCHMIDT, James (1936): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto. Barcelona: Labor; GOLDSCHMIDT, James (2003): *Principios generales del proceso*, México D. F.: Universitaria; HURTADO, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Lima: Idemsa; SANTILLÁN, Romina (2014): *La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano - Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*, Lima: Motivensa; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

Artículo 58

Capacidad para ser parte material en un proceso

Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte. Las demás deben comparecer por medio de representante legal.

También pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos.

Puede continuar un proceso quien durante su transcurso cambia de nombre, sin perjuicio de la causa que motivó tal hecho.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 2, 42-48, 63, 425; C.P.C. arts. 58, 62-64, 70, 122, 425, 426, 446 incs 2 y 3; C.F. art. 22; C.P. Const. arts. 26, 39, 40, 41, 67, 84; C.N.A. arts. 65, 74 inc. f); L.P.T. art. 8; L.G.S. art. 12, 14, 161, 184; L.P.A.G. art. 52; D. LEG. 822 arts. 106, 110, 138.

Olger Bladimir Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

El texto normativo contenido en el artículo 58 del CPC, es muy similar al artículo 75 del CPC italiano de 1940, al menos en los dos primeros párrafos, por lo que deducimos que, en cierta medida, tiene influencia directa o indirecta de dicho artículo.

Por otro lado, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 regula la capacidad de las partes de un modo más ordenado y claro que el artículo 58 de nuestro CPC; en efecto, el texto de ley comparada ha precisado en su artículo 7 –Comparecencia en juicio y representación– que: “1. Solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. 3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido. 4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen. 5. Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4 del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren. 6. Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5 del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades. 7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere

el número 7 del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros”.

Como se advierte, el texto de la vigente LEC es más explícito y ordenado que el nuestro. La regla general la establece en el inciso 1, la misma que también es acogida por el artículo 58 del CPC, tal regla antes que ambas legislaciones fue regulada por el artículo 75 del CPC italiano de 1940 (*Sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere*). Por su parte la ZPO, en su § 50.1 establece con suma abstracción que: “[E]s capaz para ser parte quien es capaz de derecho”. Entonces, como se advierte, si se es capaz de derecho –material– entonces se es capaz procesalmente.

Siendo esto así, para determinar la capacidad procesal necesariamente se deben advertir las normas del CC que regulan la capacidad, especialmente la de ejercicio, pues para comparecer en un proceso se necesita el poder de ejercicio de los derechos. Esto también ha sido objeto de regulación en la ZPO, concretamente el § 51.1 prescribe que “La capacidad de una parte para actuar en el tribunal, la representación de las partes capaces procesales para hacerse representar por otras personas (representante legal) y la necesidad de un apoderamiento especial para la gestión o dirección del proceso se determinan a través de las disposiciones del Código Civil en tanto no se establezcan disposiciones en los siguientes párrafos”. Expresamente este artículo hace la remisión al Código Civil, a diferencia de nuestro artículo 58 del CPC, que no lo hace, pero implícitamente lo está, pues cuando se habla de capacidad de las personas necesariamente se debe recurrir al Código sustantivo.

Sin perjuicio de lo anterior, la ZPO tiene una norma interesante, que ayuda a la definición de capacidad. Si bien es cierto en el § 50.1 señala que el capaz procesal es el capaz de derecho, también es cierto que con mejor precisión, en el § 52.1 establece que “una persona es capaz procesalmente cuando ella puede obligarse por contratos”; a contrario sensu, si no puede obligarse contractualmente, tampoco será procesalmente capaz.

Una cuestión que nuestro CPC no ha regulado es la evaluación o apreciación de oficio de la incapacidad de quien es parte o representante procesal, al contrario de sus pares BGB (§ 56) y la LEC (art. 9), que ambos de modo similar otorgan esa potestad al juzgador. Sin embargo, tal atribución, en nuestro caso, se deduciría de los artículos 425 y 426 del CPC (ambos modificados recientemente por la Ley N° 30293), sin perjuicio de las excepciones reguladas en el artículo 446, incisos 2 y 3 del CPC, que pueden ser formuladas por el demandado y que obviamente son objeto de subsanación cuando resulta fundada.

Efectivamente, el nuevo texto del artículo 426 (también el anterior texto regulaba lo mismo) precisa que el juez declara la inadmisibilidad de la demanda con el subsecuente plazo para subsanarla cuando, entre otros, la demanda no tenga los requisitos legales y no se acompañen los anexos exigidos por ley, dentro de estos requisitos legales y anexos se encuentra la capacidad de las partes procesales y de los representantes así como su debida prueba, entonces si el juez advierte que cualquiera de las partes carece de capacidad o de representación o estas no son acreditadas, debe observarlo de oficio y conceder un plazo para subsanar tales omisiones. Si no lo hiciera al calificar los escritos postulatorios, podría hacerlos en el saneamiento del proceso o en cualquier momento del proceso antes de su culminación.

Al respecto, VÉSCOVI (1984: p. 97), menciona que si en la etapa de la sentencia se verifica la ausencia de algún presupuesto procesal, el proceso quedará paralizado mientras no se subsane dicha falta en forma legítima, como la capacidad de las partes por ejemplo; esta posición muy acorde con la dinámica procesal es contraria al excepcional pronunciamiento negativo que el juez podría hacerlo en la sentencia por expresa disposición de la parte *in fine* del artículo 122 del CPC.

2. LA CAPACIDAD COMO REQUISITO FUNDAMENTAL PARA COMPARECER EN JUICIO O PARA NOMBRAR APODERADO JUDICIAL

La capacidad procesal constituye un presupuesto procesal subjetivo de la relación jurídica procesal, por tanto, su ausencia determina la invalidez de la relación procesal mientras no sea subsanada. Puesto que “[l]a actividad que las partes desarrollan en el proceso tiene siempre consecuencias prácticas relevantes; la ley exige por eso en las partes aquella misma capacidad que es necesaria para desarrollar cualquier actividad jurídica (...)” (LIEBMAN, 1980: p. 66).

Como se advierte del mismo artículo 58 del CPC, la capacidad procesal está estrechamente vinculada con la capacidad de ejercicio, por eso mismo es que el referido artículo precisa que tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer; y, como no puede ser de otro modo, solamente pueden disponer de sus derechos los que tienen plena capacidad de ejercicio, entendida esta como la mayoría de edad, eso significa que tienen capacidad de ejercicio los que han cumplido dieciocho años de edad. No obstante, no todo mayor de edad es capaz, sino que para ello no debe estar inmerso dentro de los supuestos de los artículos 43 y 44 del CC; es decir, no ser incapaz absoluto ni relativo (*ex art. 42*); por lo demás, todo sujeto de derechos mayor de edad tiene capacidad de ejercicio y por consiguiente puede ejercer su propia defensa en juicio o nombrar apoderado para tal fin.

“La capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer los derechos; en nuestro caso, para actuar *por sí* en el proceso” (VÉSCOVI, 1984: p. 189); “La capacidad nos dice quiénes pueden actuar en cualquier proceso (*por sí mismos*) por tener la aptitud sicofísica requerida por la ley” (VÉSCOVI, 1984: p. 197). No está demás precisar que “[l]a capacidad procesal es una cualidad intrínseca, natural, de la persona; a ella corresponde, en el plano jurídico, la posibilidad de ejercitar válidamente los derechos procesales inherentes a la persona. Esta posibilidad se llama, según una antigua terminología legitimación formal (*legitimatio ad processum*) que no debe confundirse con la *legitimatio ad causam*, que es la legitimación para accionar” (LIEBMAN, 1980: p. 67).

CARRIÓN, por su parte, manifiesta que “[l]a capacidad de ser parte en el proceso implica en principio aptitud de ser titular de los derechos materiales o sustantivos en controversia o, mejor, aptitud para afirmar en un proceso que se tiene la calidad de titular de tales derechos. También se dice que quien es parte en un proceso es quien tiene la *legitimatio ad causam*, de modo que, por ejemplo, un menor de edad, un enfermo mental, etc., pueden ser perfectamente parte en un proceso. Lo importante es que el hecho de ser parte en un proceso importa pretender ser titular de un derecho en conflicto amparado por la ley, pues, recién en la sentencia se determinará si en efecto quien hizo la referida afirmación es realmente el titular del derecho alegado o no” (CARRIÓN, 2014: p. 152).

Empero, no debe confundirse a la capacidad procesal con la legitimidad procesal “(...) mientras la primera habilita para actuar en un número indeterminado de procesos con prescindencia de las concretas relaciones o estados jurídicos que en ellos se controvierten, la segunda se refiere a la idoneidad especialmente atribuida para pretender o para contradecir con respecto a la específica materia sobre la que versa el proceso. La legitimación, por consiguiente, puede corresponder a un incapaz procesal, pues la incapacidad solo implica la ineptitud legal de ejecutar personalmente (a través de un representante convencional) actos procesales válidos, pero en modo alguno afecta la calidad de parte que reviste el incapaz ni su eventual titularidad de la relación jurídica substancial controvertida en el proceso. En cambio, el representante necesario del incapaz no es parte ni puede estar procesalmente legitimado, ni tiene capacidad procesal” (PALACIO, citado por LEDESMA, 2011: pp. 153-154).

“En consecuencia, habrá personas capaces, incapaces y semicapaces para litigar. Los capaces serán todos, salvo las reglas de incapacidad. La capacidad es de precepto, se presume. Los incapaces son los dementes, menores, etc. Los semicapaces, algunos de aquellos cuya capacidad no es total y, por lo tanto, pueden comparecer, pero es necesario completar su capacidad (con un curador *ad litem*, por ejemplo, que no los representa, sino que los asiste)” (VÉSCOVI, 1984: p. 191).

Ahora bien, el artículo 58 del CPC, alude a dos condiciones para tener capacidad procesal, es decir, se tiene capacidad siempre y cuando *se pueda disponer de los derechos que en el proceso se hacen valer* o *la ley lo faculte*. Respecto a la primera, ¿quiénes pueden disponer de los derechos en litigio? Pues los titulares del derecho y los obligados cuya relación material en conflicto se ventilará en juicio. Siempre tienen capacidad propiamente aquellos que pueden celebrar negocios jurídicos, pues se supone que si pueden hacer eso, también pueden defender sus derechos en juicio; a contrario sensu, los que no pueden hacerlo no tienen capacidad de ejercicio y, por tanto, no pueden accionar ni defenderse en juicio. Estos son llamados *incapaces*, siendo el mismo legislador quien ha tipificado los supuestos de incapacidad de una persona –natural–, remitiéndonos para ello a los dispositivos 43 y 44 del CC.

Respecto a la segunda: ¿quiénes son los facultados por ley para comparecer en un proceso? Con tal denominación la norma refiere que pueden comparecer en juicio o nombrar apoderado judicial aquellos cuya capacidad es otorgada por la ley, sin embargo la ley, especialmente el CC (así como en otros textos legales), cuando hablan de que determinado sujeto puede comparecer en juicio, es decir puede accionar, no habla propiamente de “capacidad”, sino de legitimidad o interés, siendo que la “capacidad e incapacidad” en su amplitud (salvo algunas excepciones irrigadas a lo largo del CC) son prácticamente acogidas por el Título V de la Sección Primera –Personas Naturales– del Libro I, Derechos de las Personas, del CC. Por lo tanto, consideramos que en este extremo, la norma, más que hablar de capacidad procesal, trata sobre la *legitimidad para obrar extraordinaria*; de tal modo que el legislador habría incurrido en una confusión de los conceptos. Por tanto, este extremo que analizamos no debió tipificarse; simplemente debió quedar con la primera parte, de ese modo no habría ambigüedad en el uso de los términos.

Por otro lado, la parte final del primer párrafo del artículo 58 del CPC, reza que: “[L]as demás (personas) deben comparecer por medio de representante legal”. La pregunta que surge es: ¿Quiénes son esas “demás” personas a los que se refiere tal proposición? El texto, a consideración nuestra, se refiere a estas dos: i) los *incapaces*, es decir, aquellas personas que no pueden disponer de sus derechos que se hacen valer en el proceso, y por tanto no pueden comparecer al mismo ni nombrar apoderado judicial, y, ii) las *personas jurídicas*, pero no todas las personas jurídicas, sino aquellas que por ley o la Constitución tienen designado un representante, ya que las otras son representadas por el sujeto indicado en el estatuto o pacto. Ambos supuestos han sido regulados con más claridad y amplitud en los artículos 63 y 64 del CPC, respectivamente.

Además de esto, debe tenerse en cuenta también que la primera parte del artículo 58 del CPC, alude a dos categorías: al “representante legal” y a las

“personas facultadas por la ley”. A criterio nuestro, el legislador ha incurrido en un pleonasma, bastaría que haya mencionado solamente a las segundas. No obstante, el legislador las ha considerado en distinta forma, y si alguna interpretación favorable cabe, pues sería que la segunda es continente de la primera, toda vez que un “representante legal” no es otra cosa que una “persona facultada por la ley” para comparecer en juicio, en tanto que no toda persona facultada por la ley puede ser un representante legal; en efecto, la persona facultada por la ley, además de la autorización legal, en la mayoría de casos obra por interés y legitimidad propios, cosa que el representante legal no lo hace, porque este generalmente actúa en nombre de otro o para otro.

Con unos ejemplos se aclara esto: son representantes legales los padres de los menores de edad o del concebido, el tutor, el curador, etc.; son “personas facultadas por la ley” para comparecer en el proceso por sí o nombrando apoderado judicial, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad y otros en el caso de desaparición de una persona para solicitar el nombramiento de curador interino (art. 47 del CC), los mismos legitimados lo son para la declaración de ausencia contemplada en el artículo 48 del CC, y también para la declaración de muerte presunta (art. 63 del CC).

Un asunto particular que nos preguntamos es el siguiente: ¿Es el Ministerio Público un representante legal o una persona facultada por la ley? Pensamos que es un órgano constitucionalmente autónomo que, de conformidad con el artículo 113 del CPC, puede ser parte, tercero con interés o dictaminador. Así, no es un representante legal en los estrictos términos, sino una persona facultada por la ley para comparecer en juicio de la forma que fuere y con el interés y legitimidad que la ley le otorga, más bien el Ministerio Público tiene su representante legal, esto es el fiscal quien actúa a nombre de aquel.

3. LA CAPACIDAD DE LOS REPRESENTANTES EN EL PROCESO

El artículo 58 *in comento*, en el segundo párrafo, señala que “[t]ambién pueden comparecer en un proceso, representando a otras personas, las que ejercen por sí sus derechos”.

El primer párrafo del artículo 58 del CPC, regula la capacidad de las partes, es decir del demandante y del demandado; en cambio, la segunda parte citada precedentemente, regula la capacidad procesal del representante de las personas ya sean naturales o jurídicas, representación que puede ser convencional o legal. Dicha capacidad del representante se rige también por la capacidad de ejercicio. Nótese aquí que la norma incluso es clara al respecto, puesto que directamente

asocia a la capacidad procesal del representante con la capacidad de ejercicio de los derechos (mayoría de edad y no ser incapaz).

Entonces, para ser representante procesal debe tenerse capacidad de ejercicio, de lo contrario, un incapaz no puede representar a un capaz o a otro incapaz, salvo casos excepcionales permitidos por la ley, como lo es el de la capacidad adquirida por el matrimonio o por haber obtenido título oficial que autoriza a ejercer una profesión u oficio (*ex art. 46 del CC*).

4. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SURGEN EN LA PRAXIS Y SU POSIBLE SOLUCIÓN

La capacidad para ser parte procesal se extingue con la muerte, de ser así deberá citarse a los sucesores, de no apersonarse ninguno se procederá a nombrarse un curador procesal; también se extingue la capacidad procesal cuando *intra* proceso surge la incapacidad, en este caso también se nombrará un curador procesal. Si el proceso se sigue con un incapaz o con un difunto pese a tener conocimiento de estos acontecimientos, pues lo actuado a partir de tales contingencias será nulo o hasta inexistente.

“Conforme a los principios generales, los actos de los absolutamente incapaces son nulos y no convalidables, y los de los semicapaces, nulos pero convalidables” (VÉSCOVI, 1984: p. 191).

VÉSCOVI apunta algunos problemas derivados de la capacidad procesal, los cuales no son ajenos a nuestra realidad, por eso es que transcribimos el texto del jurista uruguayo a fin de aplicar a nuestra situación las soluciones que él nos brinda: “La situación de incapacidad puede sufrir *variaciones durante el proceso*”. Si el capaz deviene incapaz, la consecuencia natural será la nulidad de lo actuado en adelante. Sin embargo, cabe hacer dos precisiones: a) para que se produzca este efecto será necesario la declaración (judicial) de incapacidad, no basta la simple iniciación del juicio, ni alegar que la parte sufre alteraciones mentales, está en tratamiento psiquiátrico, etc.; b) si la parte está representada en juicio por procurador, lo actuado es válido mientras los habilitados para actuar no revoquen el poder (VÉSCOVI, 1984: p. 195).

De otro lado, la jurisprudencia acepta que la nulidad puede convalidarse por la ratificación posterior de quien esté habilitado para hacerlo.

Si cesa la incapacidad, el representado podrá, a la vez, comparecer y continuar el juicio por sí; no obstante, en defensa de los intereses de la contraparte y del propio proceso, la ley establece que lo actuado no será nulo en tanto no comparezca.

Las mismas reglas se aplican a las personas jurídicas cuyos representantes pueden cesar durante el juicio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Jurídicas; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA; VÉSCovi, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO, Adolfo (2008): *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, 1ª parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; CARNELUTTI, Francesco (1956): *Instituciones del proceso civil* (1956), trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA; LEIBLÉ, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Díké-Konrad-Adenauer-Stiftung; MONROY CABRA, Gerardo (1988): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Bogotá: Temis; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Cuando el alimentista es un menor de edad, el ejercicio de la acción personal de reclamar alimentos corresponde a su representante legal, esto es, al padre o madre que ejerza la tenencia (*Exp. N° 1373-97*).

Artículo 59

El Estado como parte

Cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel intervienen en un proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en este Código.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2 inc. 2, 47; C.P.C. arts. IV, 27, 50 inc. 2, 57, 59, 69, 413, 614, 616, 7 DF; C.P. Const. art. 7.

Olger Bladimir Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

“La personalidad jurídica del Estado expresa su carácter bifronte cuando no solo asume un rol supraordenador frente a los ciudadanos sino cuando desarrolla un rol de persona jurídica de Derecho Privado; de ahí que podemos apreciar pretensiones indemnizatorias dirigidas contra el Estado por errores judiciales o por el anormal funcionamiento del sistema judicial; pero también el Estado puede ser requerido como persona de Derecho privado cuando se vincula en alguna contratación” (LEDESMA, 2011: p. 154).

En ese sentido, cuando surge un conflicto civil y esto es llevado a los estrados judiciales, pues el Estado tiene que someterse al Poder Judicial, de tal modo que se le prohíbe todo tipo de injerencia que distorsione la dinámica procesal y el sentido de la sentencia.

Por tanto, resulta necesaria una norma como la del artículo 59 del CPC, que prevenga los desniveles de las partes procesales, cuando de un lado se goza de poder y del otro no; el poder no puede ni debe utilizarse para desmerecer los derechos de la contraparte, puesto que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede (LOEWENSTEIN, 1979: p. 28).

Con esto se pretende evitar que el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel, cuya posición económica, social y política es superlativa respecto de su contraparte, cuando intervienen en un proceso civil, no sirva de excusa o de medio para entorpecer el proceso y sobre todo para incidir en una decisión final favorable.

2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LA *RATIO LEGIS* DEL ARTÍCULO 59 DEL CPC

El artículo IV del Título Preliminar del CPC recoge el *principio de socialización del proceso* del siguiente modo: “El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”. En el mismo sentido, el artículo 50 inciso 2 del CPC, enuncia que: “Son deberes de los jueces en el proceso: (...) 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga”. El principio de socialización tiene base en el *principio de igualdad de las personas ante la ley*, el cual es un derecho fundamental recogido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución.

“El principio de socialización –como expresión del sistema publicístico–, en cambio, no solo conduce al juez –director del proceso– por el sendero que hace más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que lo faculta para impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor *justicia*. Este es el principio de socialización del proceso” (MONROY, 2004: p. 99).

Asimismo, la norma del artículo 59 del CPC, también se relaciona con el *principio de independencia de los órganos jurisdiccionales*. En efecto: “Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. Por eso, nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos” (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 47).

De todo esto se deduce que el Estado o sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel, ya sean estos en calidad de demandantes, demandados o terceros, deben comportarse en el proceso con los mismos derechos, obligaciones, deberes y cargas que los demás justiciables lo tienen. De esta manera, el Estado comparece al proceso como cualquier persona natural o jurídica, ya sea como sujeto pasivo o activo de la relación jurídica procesal o como tercero.

Eso significa que el Estado y sus dependencias no tienen privilegios ante la ley procesal más que los que el mismo CPC les otorga. Cualquier privilegio a favor de aquellos que no sea facultado expresamente por el CPC implicaría un prevaricato por parte de los órganos jurisdiccionales y, por parte del Estado y sus dependencias, un abuso de poder y de derechos en desmedro de su oponente.

3. LOS PRIVILEGIOS PROCESALES A FAVOR DEL ESTADO

No se encuentran a lo largo del CPC muchos privilegios a favor del Estado o sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel, por eso es que apuntamos los hallados: La competencia cuando el Estado es parte (art. 27 del CPC), la designación de apoderados judiciales especiales para los procesos en que el Estado es parte (art. 69 del CPC), la exención de la condena en costas y costos (art. 413 del CPC), la exención de contracautela (art. 614 del CPC) y la improcedencia de medidas cautelares para futura ejecución forzada contra el Estado (art. 616 del CPC).

Es más, contrariamente a los privilegios anotados, la séptima disposición final del CPC, declara que salvo disposición distinta del CPC, quedan suprimidos todos los procesos judiciales especiales y todos los privilegios en materia procesal civil en favor del Estado, el Gobierno Central y los gobiernos regionales y locales, sus respectivas dependencias y demás entidades de Derecho Público o Privado, de cualquier naturaleza.



BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal*, Madrid: Aguilar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LOEWENSTEIN, Karl (1979): *Teoría de la Constitución* (1957), trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel; MONROY GÁLVEZ, Juan (2004): *La función del juez en el Derecho contemporáneo*. Lima: San Marcos.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONROY CABRA, Gerardo (1988): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Bogotá: Temis; CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Jurídicas; VÉSCovi, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El Derecho Constitucional establece que el Estado tiene dos formas de manifestación; una cuando lo hace en su condición de gobernante en relación a sus ciudadanos, lo cual se conoce como Derecho Público y la otra cuando contrata con sus ciudadanos, que lleva el nombre de Derecho Privado, donde no ejerce autoridad alguna sino que sus relaciones se rigen bajo las normas jurídicas civiles en igualdad de condiciones (*Exp. N° 175-2001*).

Aun no encontrándose establecido expresamente que exista derogación manifiesta de las normas sobre privilegios procesales a favor del Estado, sus dependencias o las empresas públicas o privadas con participación económica mayoritaria, dichos privilegios quedan tácitamente derogados por norma procesal, por lo tanto, el Estado permanece sin ningún privilegio en el proceso civil, aun cuando existe una norma vigente que declara que no existe abandono en los procesos en que el Estado es parte demandante, entendiéndose ese abandono como un eventual privilegio procesal (*Cas. N° 1049-98-Loreto*).

Artículo 60**Sustitución procesal**

En el caso previsto en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil y en los demás que la ley permita, una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 199, 1219 inc. 4, 1491, 1498, 1499, 1500; C.P.C. arts. IV, 60, 97, 108, 446.

Olger Bladimir Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Según el DRAE el vocablo *sostituire* significa “poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. Por su parte OSSORIO, quien toma la voz como *substitución*, sostiene que dicho término significa “Colocación de una persona en un lugar, derecho u obligación de otra. Sustitución de una cosa donde estaba otra. Reemplazo. Relevó. Subrogación (...)” (OSSORIO, 1998: p. 943).

Ya en el ámbito procesal, Jordi NIEVA FENOLL, en su profunda investigación sobre la sustitución procesal (2004: p. 19), ha dicho que el nacimiento de la noción de “*ProzeBstandschaft*” se debe a Josef KHOLER, expresión cuya traducción –inicialmente atribuida a CHIOVENDA– ha sido muy discutida en Italia, habiéndola considerado como “*sostituzione processuale*”.

El artículo 81 del CPC de 1940 ha regulado prácticamente la definición de dicha institución en los siguientes términos: “*Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*” (Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, nadie puede hacer valer en el proceso en nombre propio un derecho ajeno); esto, en palabras de CARNELUTTI, quiere decir que nadie puede pedir en su propio interés la tutela de un interés ajeno (2006: p. 177). En efecto, ese es el concepto que la doctrina procesalista tradicional y clásica sostiene, esto es que la sustitución procesal opera cuando una persona hace valer en nombre propio un derecho ajeno, siempre y cuando la ley lo faculte.

Jordi NIEVA FENOLL, en su vasta investigación, ha desentrañado las diferencias conceptuales desde la que sostuvo KOLHER hasta las que formulara CHIOVENDA (NIEVA FENOLL, 2004: p. 207). En el prólogo efectuado a dicho libro, SERRA DOMÍNGUEZ ha precisado que el autor define a la sustitución procesal en forma original como “la institución jurídica en virtud de la cual un sujeto defiende ante la jurisdicción

intereses ajenos, con el objeto de que la pasividad del titular en la defensa de dichos intereses no perjudique una relación comercial previa que posee dicho titular'. *Dicha definición procura superar, desde una perspectiva monista, los inconvenientes que surgían de la tradicional definición del 'derecho ajeno' y 'derecho propio', pero es igualmente aplicable a la concepción dualista usual*" (NIEVA FENOLL, 2004: p. 12).

En nuestro caso, la norma directamente hace alusión al supuesto clásico considerado como sustitución procesal, esto es la acción subrogatoria, cuyos supuestos son regulados en el artículo 1219 del CC; sin embargo, no solamente existe sustitución procesal en la acción subrogatoria, sino en otros supuestos legales, a los cuales el mismo artículo 60 del CPC, remite.

2. EL CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN PROCESAL

CARNELUTTI ha señalado que "[h]ay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de esta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio" (CARNELUTTI, 2006: p. 176).

Por su parte Jordi NIEVA ha definido a la sustitución procesal como "la institución jurídica en virtud de la cual un sujeto defiende ante la Jurisdicción intereses ajenos, con el objeto de que la pasividad del titular en la defensa de dichos intereses no perjudique una relación comercial previa que posee con dicho titular" (NIEVA, 2004: p. 44).

"La sustitución se funda—dice CARNELUTTI—, pues, en la conexión de los intereses, y de reflejo, en la conexión de las relaciones jurídicas, y en orden al grado de esta se puede distinguir en dos especies, que propongo se llamen *absoluta* o *relativa* según que la *tutela del interés del sustituido*; el síntoma normal de la diferencia está en que el proceso provocado por el sustituto pueda o no realizarse sin la participación del sustituido".

No obstante, desde una perspectiva monista moderada de la que parte en su trabajo Jordi NIEVA (por contraposición a la teoría dualista del ordenamiento jurídico y a la teoría concreta de la acción), el "(...) teórico 'sustituto' no sustituye a nadie, sino que acude al proceso a ejercitar un derecho propio, reitero, sin sustituir a nadie, sino defendiendo procesalmente los intereses de otro. No se pone en el lugar del titular del objeto litigioso, sino que ocupa su propio lugar, como consecuencia de la omisión de actuación de dicho titular que le perjudica" (NIEVA FENOLL, 2004: p. 57).

La expresión sustitución procesal puede resultar polémica y confusa, sobre todo con otras figuras como son la sucesión procesal —*inter vivos* sobre todo— y la

representación; pero, conforme señala Jordi NIEVA, “si hubiera querido utilizarse la expresión ‘sustitución procesal’ para designar un fenómeno, quizás hubiera sido más propio referirlo a estos supuestos de sucesión, en los que el sucesor sí ocupa el lugar que otro ocupaba hasta entonces. Por el contrario, en la institución que nos ocupa, el sujeto ajeno a la relación jurídica acude al proceso alegando su propio derecho a participar en el mismo. Y no sustituye a nadie, simplemente porque el proceso aún no ha empezado. No ocupará la posición de otro, teniendo en cuenta que el ‘otro’, es decir, el titular del objeto litigioso, no ocupaba posición alguna. Es más, es posible que voluntariamente optara por no ocuparla. Por todo ello, cabe concluir que la expresión ‘sustitución procesal’ es desacertada, y sería preciso buscar una denominación alternativa” (NIEVA FENOLL, 2004: p. 58).

En fin, después de una rigurosa reflexión, el propio NIEVA concluye que la tradición se impone y que no ha sido capaz de inventar un mejor término que el de “sustitución procesal”.

“Para que se configure la sustitución procesal es necesario que concurran los siguientes requisitos: un proceso en trámite; la existencia de una relación jurídica sustancial; un sujeto procesal que actúe en calidad de parte principal litigando por esa misma relación, pero sin tener condición de titular activo o pasivo de ella; normativa que autorice la admisión y vínculo jurídico de derecho material que justifique o fundamente la solución” (LEDESMA, 2011: p. 156).

3. LA ACCIÓN SUBROGATORIA (ART. 1219.4 DEL CC) COMO SUPUESTO AUTÉNTICO DE SUSTITUCIÓN PROCESAL Y OTROS CASOS DE SUSTITUCIÓN PROCESAL

La llamada *acción subrogatoria, indirecta u oblicua*, “es aquella que permite a los acreedores ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de las inherentes a su persona; tiene como finalidad la defensa, por vía judicial, de sus propios intereses pecuniarios” (OSSORIO, 1998: p. 38).

Históricamente se ha mantenido en la doctrina procesal que la *acción subrogatoria* es el caso por antonomasia de sustitución procesal; de conformidad con ello nuestro artículo 60 del CPC, expresamente lo ha establecido así, haciendo la remisión directa al inciso 4 del artículo 1219 del CC, que prescribe lo siguiente: “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: (...). 4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva”.

Esta disposición faculta al acreedor para accionar o defender los derechos e intereses de su deudor, excepto cuando se trata de derechos personalísimos y cuando la ley lo prohíbe; la única condición que dicha norma requiere para efectuar la acción subrogatoria es la citación a juicio del deudor del subrogante. Aquí ocurre una situación que lo graficamos del siguiente modo: A es acreedor de B y este a su vez lo es de C, entonces, a fin de satisfacer su crédito A acciona contra C, debiendo llamar al proceso a B; esto ocurre normalmente al inicio del proceso cuando el acreedor decide demandar al deudor de su deudor. En cambio, cuando el proceso ya está iniciado entre B y C, A solamente podría coadyuvar a la defensa de B, a fin de que este obtenga una sentencia favorable y de ese modo B tenga un patrimonio del cual A pueda cobrar su crédito.

Para PRIORI POSADA y algunos procesalistas el acreedor sustituto tiene una legitimidad para obrar extraordinaria concedida por la ley; por eso es que "(...) puede plantear la pretensión para que el deudor [C] cumpla con realizar una conducta, no a favor de aquél que está demandando, sino a favor del acreedor [B], verdadero titular del derecho. Siendo ello así, cuando el deudor [C] cumpla con pagar aquello que tiene que pagar, lo que hará será cumplir lo que le ordene la sentencia a favor de su acreedor [B] y no de quien lo demandó. Ante ello, en la doctrina se ha planteado un debate acerca de si aquello que entra en el patrimonio del deudor es solo posible de ser ejecutado por el acreedor [A] que demandó haciendo uso de esta legitimidad para obrar extraordinaria o, por el contrario, aquello que entra en el patrimonio del deudor sirve para cumplir con todos sus acreedores, los que participan de la posibilidad de ejecutar su patrimonio en *par conditio*. La mayoría de la doctrina se inclina por esto último. Siendo ello así, una vez que se ha ejecutado la sentencia a favor del verdadero acreedor, todos sus acreedores (incluyendo aquel que demandó) pueden ir contra el patrimonio del deudor, ejecutando aquello que se ha logrado que ingrese al patrimonio del deudor a través del ejercicio, por parte de un acreedor, de la facultad que confiere el inciso 4 del artículo 1219 del CC. Para evitar que su trabajo sea en vano, el acreedor que demanda en virtud de esa legitimidad para obrar extraordinaria, debe haber solicitado una medida cautelar por medio de la cual se afecte ese crédito cuyo cumplimiento exigió en ejercicio de la mencionada facultad" (PRIORI, 2007: p. 332 - los corchetes son nuestros y de acuerdo a nuestro ejemplo de A, B y C).

En un proceso en los que intervienen A, B y C, pues A (acreedor-actor) sería denominado como sustituto y B (deudor) como sustituido; de esto se deducen tres cuestiones: La primera se produce cuando el proceso ya se ha iniciado entre B y C, aquí pues A simplemente intervendrá como tercero coadyuvante de B, conforme lo dispone el artículo 97 del CPC; el mismo artículo 60 sugiere que el acreedor podrá "coadyuvar" la defensa de su deudor. La segunda cuestión, si el proceso se inicia entre A y C estos son partes procesales, es decir, son demandante y demandado,

respectivamente; siendo la situación de C distinta, pues según el inciso 4 del artículo 1219 “el acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, (...) deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva”; esta regla alude a que cuando A demande a C necesariamente deberá (imperativo) citar a B; nos preguntamos si esa regla significa que aparte de C debe también demandarse a B, es decir, serían dos demandados, formando así un litisconsorcio necesario pasivo entre C y B, de ser así, tendríamos también que sostener que en el proceso ambos deben ser sentenciados y cumplir con lo resuelto a favor de A; sin embargo, tal razonamiento es equivocado, pues la disposición solamente dice “citar” *no* “emplazar” o “demandar” [citación es el “acto por el cual un juez o tribunal ordena la comparecencia de una persona, sea parte, testigo, perito o cualquier otro tercero, para realizar o presenciar una diligencia que afecta a un proceso. La citación no debe confundirse con el *emplazamiento*, aun cuando frecuentemente se incurre en esa confusión, porque el emplazamiento no es una *citación de comparecencia*, sino la fijación por el juzgador de un espacio de tiempo para que las partes realicen o dejen de realizar determinada actividad en el proceso, bajo apercibimiento de la sanción que corresponda (...)” (OSSORIO, 1998: p. 178)].

En efecto, B no tendría que ser emplazado sino simplemente citado, es decir A debe “solicitar al juez que cite a B”, a efecto de que voluntariamente intervenga en el juicio, no está obligado a contestar la demanda y de no hacerlo tampoco se le debe declarar rebelde, si interviene coadyuvará en la defensa obviamente de su crédito con el cual satisfará el de su acreedor demandante.

Esta última cuestión nos lleva a otros problemas, por ejemplo, la regla indica que el acreedor demandante (A) deberá hacer citar a su deudor (B), nos preguntamos ¿qué sucede si no lo hace? ¿tal omisión daría lugar a la inadmisibilidad o la improcedencia?

Consideramos que el juez debe dejar de lado la improcedencia, así le restan dos caminos: el declarar inadmisibile la demanda y requerir al demandante que pida que se cite a su deudor, no nos parece del todo adecuado. Mejor preferimos optar por la opción de que el mismo juez (conforme advertirá de los fundamentos de la demanda) cite al deudor directo de A (esto es a B), de modo que se saltan una serie de contratiempos y gastos no muy razonables. Ahora el problema sería que pasa si el juez también omite realizar tal citación. Entonces, si B no ha sido demandado él puede intervenir de *motu proprio* conforme a los términos del artículo 97 del CPC; y si B no interviene, entonces tendría que ser llamado por A a través de cualquier figura de llamamiento de terceros, o por último solamente poner en conocimiento del juez a fin de que este lo cite de oficio. Lo mismo también podría ser realizado por el demandado C, quien, dicho sea de paso no podrá alegar las excepciones de los incisos 3 y 6 del artículo 446 del CPC, por no configurarse ninguna de estas.

Son otros casos de sustitución procesal, la acción subrogatoria frente a terceros adquirentes de los bienes objeto del acto ineficaz (art. 199 del CC), la citación por evicción (arts. 1491, 1498, 1499 y 1500.1 del CC) y la acción del acreedor en defensa de los bienes prendados o gravados en forma real contra los ataques de terceros. Junto a estos hay que agregar los supuestos de sustitución auténtica que anota NIEVA, como son la acción de los auxiliares del contratista contra el dueño de la obra, acciones del titular de la patente, ejercitadas por el concesionario, acreedores que ejercitan la acción social de responsabilidad contra los administradores, sino ha sido ejercitada por los socios (NIEVA, 2004: pp. 84-90).

4. LA DIFERENCIA DE LA SUSTITUCIÓN PROCESAL CON LA SUCESIÓN PROCESAL

Resulta importante diferenciar entre la sucesión procesal –sobre todo la *inter vivos*– con la sustitución procesal; los supuestos de la primera están regulados en el artículo 108 del CPC. A propósito LEDESMA expresa que “[m]ientras que en la sucesión la persona que cubre el lugar de otra en la titularidad del derecho litigioso, evita la discontinuidad de esta, en el proceso; en la sustitución existe propiamente un cambio de partes que, a veces, no es absoluto, en la medida que la alteración puede ser parcial y constituirse un litisconsorcio o una intervención adhesiva en calidad de tercero” (LEDESMA, 2011: p. 154). En la sucesión el reemplazo adquiere un carácter definitivo (quedan a salvo los supuestos de readquisición del derecho). En cambio en la sustitución nada impide que la persona por la cual se ejerce en vía de acción sus derechos pueda por sí misma hacerlos valer ingresando a la litis.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1956): *Instituciones del proceso civil* (1956), trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; NIEVA, Jordi (2004): *La sustitución procesal*. Madrid: Marcial Pons; OSSORIO, Manuel (1998): *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*, 25ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas. Buenos Aires: Heliasta; PRIORI POSADA, Giovanni (2007). *Código Civil comentado - Derecho de Obligaciones*, tomo VI, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Jurídicas; GOZAÍNI, Alfredo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ediar; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; MONROY CABRA, Gerardo (1988): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Bogotá: Témis; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Témis.

Artículo 61**Curadoría procesal**

El curador procesal es un abogado nombrado por el juez a pedido de interesado, que interviene en el proceso en los siguientes casos:

- 1. Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el artículo 435;*
- 2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal;*
- 3. Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, según lo dispuesto por el artículo 66; o,*
- 4. Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el artículo 108.*

Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.

CONCORDANCIAS:

C. art. 23; C.C. arts. 43, 44, 45, 46, 564, 565; C.P.C. arts. 14 párr. 3, 54, 55, 58, 61, 66, 79, 108, 109, 165-168, 305, 307, 315, 408, 435, 479, 492, 556, 758; L.O.P.J. arts. 286, 288 inc. 6.

Olger Bladimir Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

La norma recoge uno de los modos de la representación procesal. Esta representación permite que una de las partes del proceso pueda actuar en él a través de otra persona debidamente autorizada para ello.

La representación puede darse, en atención al origen de la designación, en tres modos: legal, voluntaria y judicial. Siendo que el curador procesal es una expresión de este tipo de representación judicial; aunque algunos sostienen que es un tipo de representación legal, por cuanto el mismo artículo 61 u otros como el 66 del CPC, regulan algunos supuestos en los que se deberá nombrar curador procesal; sin embargo, ambos artículos, al final, le otorgan facultades para designar curador procesal al juez.

Conforme establece el artículo 55 del CPC, el curador procesal es un órgano de auxilio judicial; sin embargo, a este, a diferencia de otros órganos de auxilio judicial (perito, secretarios, testigos, traductor, etc.), no le es exigible o no se extiende a él la imparcialidad de la función toda vez que es un abogado nombrado por el juez a pedido del interesado para que intervenga en el proceso asumiendo la

defensa de un demandado a quien es imposible emplazarlo válidamente; o cuando se suspenda la relación procesal por los supuestos o circunstancias regulados en el artículo 61 del CPC. Eso significa que la intervención del curador procesal es parcial, toda vez que ejerce la defensa del demandado.

Asimismo, el curador procesal tampoco está sujeto a recusación por las causales contenidas en los artículos 305 y 307 del CPC, como refiere el artículo 315 del CPC. En cambio, sí le son aplicables las reglas del artículo 286 de la LOPJ, y los deberes señalados en los artículos 288 de la LOPJ, y 109 del CPC.

2. EL CURADOR PROCESAL Y SU FUNCIÓN

Tal denominación proviene del latín *curator*, término derivado de *curare*: cuidar. El curador *ad litem* es la persona designada por el juez para seguir lo pleitos y defender los derechos de un menor, de un ausente o de un sometido a interdicción civil o a otra incapacidad (OSSORIO, 1998: p. 262).

La curaduría procesal tiene su razón de ser en la dualidad que implica un proceso judicial, desde el emplazamiento. En efecto, a fin de que el proceso no se quede con una sola parte debido a la imposibilidad de la otra de permanecer en el mismo y, de esa manera, perturbar la relación procesal, es que el legislador ha previsto tal institución, a fin de emparejar el proceso para que prosiga su curso con ambas partes.

La norma atribuye la función de la curaduría procesal a los abogados, quienes en la praxis, una vez que el juez ha dispuesto su nombramiento a solicitud del interesado (demandante), son buscados o elegidos por este mismo. Cuando los curadores se apersonen continuarán el proceso en el estado en que se encuentre, así como también estarán investidos de las mismas facultades procesales que ostentarían sus representados.

Cabe indicar que el curador procesal carece de facultades para realizar actos de disposición como allanarse, transar y conciliar ni puede ser citado para ejecutar aquellos actos cuya eficacia depende de su cumplimiento personal por parte del demandado, como el reconocer firmas.

3. LOS DISTINTOS SUPUESTOS EN LOS QUE INTERVIENE UN CURADOR PROCESAL

El artículo en comentario regula cuatro supuestos en los cuales el juez, a pedido del interesado, debe designar un curador procesal para que ejerza la defensa del demandado ausente o incapaz, estos son:

- a) *Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el artículo 435.* Este es un supuesto de ausencia del demandado en el proceso; el artículo 435 del CPC, regula la notificación por edicto conforme a las reglas de los artículos 165, 166, 167 y 168 del CPC, con el respectivo apercibimiento en caso de inconcurrencia de nombrarseles curador procesal; de igual modo sucede en caso se ignore el domicilio o residencia de los demandados. Por tanto, una vez transcurrido el plazo legal de estos supuestos especiales –por cierto más largo que los ordinarios (ver arts. 479, 492, 550 y 758 del CPC)– sin que los emplazados hayan contestado la demanda, entonces debe procederse a nombrarles curador procesal para efectos de su defensa.
- b) *Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por incapacidad de la parte o de su representante legal.* Este segundo supuesto se trata de incapacidad –no de ausencia– y contiene dos casos especiales: uno, cuando inicia el proceso y el demandado o su representante (legal) carecen de capacidad, en este caso, debe proponerse en la demanda que el juez nombre un curador al demandado o a su representante; el otro caso ocurre cuando en el proceso ya iniciado la parte o su representante pierden la capacidad (puede suceder con el demandante o demandado), aquí el juez debe suspender la relación procesal hasta que concurra el curador.
- c) *Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, según lo dispuesto por el artículo 66.* Esta regla se dirige a tutelar la defensa procesal de los incapaces, siendo que la remisión es clara: el artículo 66 de las disposiciones especiales de este Título, estrictamente de la representación procesal, se encarga de definir las hipótesis en las que debe nombrarse curador procesal al incapaz.
- d) *Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así correspondan, según lo dispuesto por el artículo 108.* Este artículo recientemente modificado por la Ley N° 30293, cuyo texto aloja a la sucesión procesal en sus distintas modalidades, y, aunque la modificatoria es mínima respecto del texto anterior, en lo que a nuestro tema viene, pues un nuevo elemento introducido en la modificatoria consiste en que el juez “de oficio” puede nombrar curador procesal si es que transcurridos treinta días el sucesor no comparece al proceso. Con esto se rompe la regla general del artículo 61 del CPC, en el sentido que es el interesado (a pedido de parte) quien solicita el nombramiento de curador procesal. Otra cuestión es que no todos los casos de sucesión procesal ameritan el nombramiento de un curador procesal, sino solo en los casos de *inconcurrencia de los sucesores* del fallecido o de las personas jurídicas extintas o fusionadas.

Por último, señala el artículo 61 del CPC, que la conclusión de la actuación del curador procesal se produce cuando la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal. Aquí el legislador, sesgadamente, ha establecido que concluye la curadoría procesal cuando la parte o su representante han adquirido (era incapaz y se ha vuelto capaz: *v gr.* el menor de edad) o recuperado (era capaz, perdió esta y nuevamente retorna su capacidad: *v gr.* el interdictado) la capacidad procesal; con esto solamente se pensaría que concluye la curadoría en los supuestos de los incisos 2 y 3 (supuestos 2 y 3 *supra*). Por esto hemos dicho que la técnica legislativa es sesgada, en el sentido que no se ha incluido los supuestos de los incisos 1 y 4 (1 y 4 *supra*), en cuyos casos no se trata de incapacidad procesal, sino de ausencia o falta del(os) demandado(s); en estos casos habrá concluido la curadoría cuando los representados se apersonan o presentan al proceso en el estado en que se encuentre.

4. ALGUNOS ASUNTOS EN TORNO A LA CURADORÍA PROCESAL

Un problema recurrente en la praxis consiste en que estos curadores, al contestar demandas, su defensa es tenue, puesto que desconocen los hechos demandados, por lo que a pesar que soliciten la infundabilidad de la demanda, sus fundamentos—de hecho—terminan por asentir lo mismo que alega el demandante respecto a los medios probatorios, salvo que sean evidentemente falsos o nulos, ameritando la respectiva tacha, pues no existe mayor examen y objeción, más que invocar el *principio de adquisición o comunidad de la prueba* y reconocer lo que ellos acreditan. También es frecuente apreciar que los curadores no asisten a las audiencias, infringiendo su deber de representación, por lo que consideramos que deberían ser sancionados por el juez a fin de poco a poco ir cambiando esa mala praxis.

A propósito, sostiene la profesora LEDESMA que “el curador procesal tiene el deber de intervenir en todos los actos que ocurran durante el desarrollo del proceso cesando su representación solo frente a la comparecencia del demandado. Debe tener la oportunidad de contestar la demanda, sin embargo, no tiene la carga de reconocer o negar cada uno de los hechos expuestos en aquella o la autenticidad o recepción de los documentos acompañados por el actor. A pesar de que la norma no refiera nada al respecto, el curador podría reservar su respuesta definitiva para después de producida la prueba” (LEDESMA, 2011: p. 159).

Son frecuentes los casos de otorgamiento de escritura pública en la que el demandado-vendedor ha fallecido y no tiene sucesión que concurra en su lugar, o teniéndola son inciertos o se ignora su domicilio, entonces se le nombra un curador procesal con quien finiquita el proceso, la pregunta es: ¿debe el curador procesal otorgar la escritura, es decir cumplir lo resuelto? Marianella LEDESMA responde

que no, “porque el curador es un representante judicial del ausente, que tiene una misión especial, ejercer su defensa en el proceso estrictamente; por tanto, no tiene poder para materializar y satisfacer el derecho en discusión, pero sí puede verificar que la ejecución se realice bajo los parámetros que señala el título, la sentencia; en esa situación, sería el juez quien tendría que suscribir la escritura pública y el curador solo verificar que la ejecución se haga en los términos de la condena. En caso no se hubiere designado curador, serían los miembros de la sucesión intestada quienes asumirán la ejecución y bajo la figura de la sucesión procesal (ver art. 108.4 del CPC)” (LEDESMA, 2011: p. 160).

Otro tema es el de los honorarios del curador. La ley ha guardado silencio al respecto. A criterio nuestro, ellos deben ser remunerados, toda vez que prestan un trabajo, el mismo que debe ser retribuido, conforme se dispone en el artículo 23 de la Constitución (véase la Cas. N° 807-2000, Ica). Asimismo, como representante *ad litem* el curador no debe pagar tasas judiciales por ningún concepto.

Un asunto interesante cuando interviene un curador es la contestación de la demanda. Si bien este acto es una carga imputable al emplazado, la omisión de ese acto por el representante judicial que acepta el cargo no puede llevar al abandono del proceso, como sostienen algunos pronunciamientos. Efectivamente, el artículo 350.5 del CPC, dispone que no hay abandono del proceso cuando la paralización del mismo depende de la actividad de los auxiliares jurisdiccionales, siendo uno de estos el órgano de auxilio judicial y dentro de estos a su vez el curador procesal (arts. 54 y 55 del CPC). Sin embargo, si alguna dilación indebida es producida por el curador este debe ser sancionado por el juez.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; OSSORIO, Manuel (1998): *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 25ª ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas. Buenos Aires: Heliasta.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francesco (1956): *Instituciones del proceso civil* (1956), trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Jurídicas; LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE.

Artículo 62**Supletoriedad de la representación y mandato civil**

En todo lo no previsto en este título, se aplicarán supletoriamente las normas sobre representación y mandato contenidas en el Código Civil.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 55 inc. 5, 124, 130, 145 a 167, 280, 292, 294, 419, 423 inc. 6, 450 inc. 3, 592, 596, 603, 788, 1790 a 1813; L.G.S. art. 12.

Olger Bladimir Luján Segura

Este artículo establece que para efectos de las omisiones, lagunas y deficiencias del Título II (comparecencia al proceso) de la Sección II (sujetos del proceso), resultan aplicables supletoriamente, a fin de resolver esos impases legislativos, las reglas sobre *representación* reguladas en el Título III (representación) del Libro II (acto jurídico) del CC, dichas reglas están contenidas propiamente en los artículos que van del 145 al 167. Asimismo, son también aplicables supletoriamente, cuando existan los defectos legales indicados, las normas sobre el mandato reguladas en el Capítulo Cuarto (mandato) del Título IX (prestación de servicios) de la Sección Segunda (contratos nominados) del Libro VII (fuentes de las obligaciones) del indicado Código, específicamente las normas sobre el mandato están contenidas en los artículos 1790 a 1813.

El artículo en comentario guarda coherencia con el artículo IX del Título Preliminar del CC que prescribe: “Las disposiciones del CC se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles por su naturaleza”.

La norma *sub examine* añade a que “el juez debe agotar dentro del Código Procesal todos los medios para encontrar la norma aplicable al caso. Solo si después de agotados todos los medios no encuentra norma aplicable a la cuestión controvertida, recurrirá a las normas que no sean incompatibles con el ordenamiento procesal” (LEDESMA, 2011: p. 162).

 BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Jurídicas.

CAPÍTULO II

REPRESENTACIÓN PROCESAL

Artículo 63

Necesidad de la representación procesal

Las personas naturales que no tienen el libre ejercicio de sus derechos, comparecen al proceso representados según dispongan las leyes pertinentes.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1, 42-44, 2068; C.P.C. arts. 2, 58, 63-66, 394, 461, 581; C.N.A. art. 1; C.P. Const. arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109; L.G.S. arts. 12, 399.

José Luis Toranzos Chavera

1. INTRODUCCIÓN

Debemos empezar señalando que nuestro CC describe cuatro tipos distintos de sujetos de derecho: el concebido, la persona humana (o también denominada persona natural), las personas jurídicas y la organización de personas no inscritas. Sin perjuicio de esto creemos que la categoría jurídica genérica de “sujeto de derecho”, admite dos categorías específicas, a saber “la del sujeto de derecho individual, en la cual están comprendidos el concebido y las llamadas personas naturales y, por otro lado, están los sujetos de derecho colectivos, tal es el caso de la denominada persona jurídica y de las organizaciones de personas no inscritas. Se podrá decir que toda persona natural es un sujeto de derecho; pero no necesariamente que todo sujeto de derecho es una persona natural”; todo eso según ESPINOZA ESPINOZA (2004; p. 34).

Si realizamos una interpretación literal del artículo materia de análisis, este sería aplicable únicamente a las personas naturales y no al concebido; sin embargo, debemos ir más allá y no centrarnos en la literalidad del artículo. A pesar que el propio CC erróneamente equipara los conceptos de persona humana y persona natural (arts. 1 y 2068 del CC), se debe entender que dentro de la aplicación de este artículo también se encuentra la representación del concebido, en concordancia con lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar del CNA en donde se establece que:

“Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario”.

En ese sentido, el concebido goza de derechos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales; sin embargo, no puede ejercerlos por sí mismos, siendo necesario que los ejercite a través de su representante legal. Por ello, si el concebido tiene padre y madre, ellos serán sus representantes legales; si el concebido no tiene padre, o este ha sido suspendido de la patria potestad, su representante legal será su madre; si el concebido, en el caso anterior, pese a tener madre, esta se encuentra también suspendida de la patria potestad, su representante legal será un curador designado por el juez y cuando exista conflicto o peligro de los intereses del concebido con respecto a los de sus padres que ejerzan la patria potestad se nombrará un curador especial (ESPINOZA ESPINOZA, 2004: p. 46).

2. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LOS INCAPACES

Previamente al análisis de este artículo es necesario determinar cuáles son las personas naturales que se encuentran privadas de la libertad del ejercicio de sus derechos y esto lo podemos obtener de lo dispuesto en los artículos 42, 43 y 44 del CC, donde se determina la plena capacidad de ejercicio, la incapacidad absoluta y la relativa, respectivamente. A partir de lo prescrito en los citados artículos, podremos advertir si el supuesto en que nos encontramos posibilita o no el ejercicio de la representación procesal. Pero ¿qué tipo de representación procesal es la que se describe en este artículo? Es una representación legal, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 45 del mismo cuerpo normativo, el cual establece que: “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela”.

Resulta oportuno destacar que:

“La representación procesal permite que un tercero participe en el proceso realizando actividad procesal válida en nombre de una de las partes materiales. Por su origen, la representación procesal admite la siguiente clasificación: Es legal, cuando la parte material está impedida de actuar directamente por lo que la ley debe proveer una persona que actúe en su nombre, esta representación está regulada en los artículos 63, 64 y 65, del nuevo CPC. Es judicial, cuando es el juez quien decide la oportunidad de la representación es el caso del artículo 66 del nuevo Código antes citado. Es voluntaria, cuando la parte material, con plena capacidad procesal, decide conceder a otro facultades para que en su nombre realice actividad procesal; esta representación está regulada en el nuevo Código en los artículos 68 y siguientes” (MONROY GÁLVEZ, 2004: p. 229).

Ahondando en la representación legal prescrita en este artículo, podemos afirmar que esta obedece a la “función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales que carecen de capacidad de ejercicio o que se encuentran en una situación de hecho, como es el caso de los

desaparecidos, o de derecho, como es el caso de los ausentes, que requieren del cuidado de sus intereses. Asimismo, la representación legal se da en casos especiales, como es el de la representación de la sociedad conyugal, cuando no media poder de representación otorgado por un cónyuge a otro” (VIDAL RAMÍREZ, 2000: p. 181).

Como podemos apreciar, la representación de los incapaces, absolutos y relativos, se encuentra regulada por ley, lo que devendrá en el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según sea el caso. No debemos olvidar que para que esta representación sea ejercitada de acuerdo a ley, previamente será necesario que el juez expida sentencia definitiva sobre la incapacidad de quien se pretende representar, tal como lo dispone el artículo 581 del CPC.



BIBLIOGRAFÍA CITADA

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004): *Derecho de las Personas*, 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY, Juan (2004): *La formación del proceso civil peruano*, 2ª ed. Lima: Palestra; VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2000): *El acto jurídico*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2004): *Sistema de Derecho Civil*, tomo II, 9ª ed., 4ª reimposición. Madrid: Tecnos; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2001): *Derecho de las Personas*, 8ª ed. Lima: Grijley; LEÓN BARANDIRÁN, José (1997): *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica; PRIORI POSADA, Giovanni (2003): *Código Civil comentado*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; TORRES VASQUEZ, Aníbal (2001): *Acto jurídico*, 2ª ed. Lima: MORENO.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Como los padres tienen la representación legal de sus menores hijas, ellos son los que tendrían que representarlos en este proceso (de ineficacia de anticipo de legítima), más aún cuando no tienen interés opuesto a ellos; (...) si bien en el petitorio de la demanda no se ha mencionado expresamente a las menores hijas como demandadas, ello no implica que la defensa de sus padres no las comprenda (*Cas. N° 256-2000-Santa*).

La distinción entre la legitimidad para obrar y la representación procesal radica en que la primera se verifica con la afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo, que otorga la calidad de parte procesal; en cambio, el representante legal actúa en nombre del titular de un derecho subjetivo, por lo tanto no tiene calidad de parte. Siendo esto así, la falta de legitimidad para obrar es una causal de improcedencia de la demanda, mientras que la representación es un requisito subsanable, que puede ser cuestionado vía excepción (*Cas. N° 1205-99-Lambayeque*).

Artículo 64**Representación procesal de la persona jurídica**

Las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo a lo que dispongan la Constitución, la ley o el respectivo estatuto.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 num. 13, 159; C.C. arts. 77, 80, 90, 111, 134; C.P.C. art. 67; L.G.S. arts. 12, 14, 188, 287, 303, 396, 399; L.G.S.C. arts. 82, 12ª DF; L.P.A.G. art. 53; D. LEG. 822 art. 152.

José Luis Toranzos Chavera

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad provocó que las personas naturales no sean las únicas que puedan ser el centro de imputación de deberes y derechos, con plena autonomía jurídica frente a sus integrantes (DE BELAÚNDE, 2010: p. 300), llegando a indicarse, en un principio, que son personas que no existen sino para fines jurídicos, contraponiéndola a la persona natural como lo sostenía SAVIGNY. Por este motivo, a pesar de las críticas que podamos tener contra nuestros órganos jurisdiccionales, creemos acertada la definición que nuestro Tribunal Constitucional le ha otorgado a la persona jurídica, señalando:

“(…) el Código Civil en su Libro I desarrolla el tema de ‘personas’ colocando en la Sección Primera a las Personas Naturales (personas humanas), y en la Sección Segunda a las Personas Jurídicas. Esto quiere decir que nuestra legislación civil ordinaria ha contemplado tal separación precisando los derechos y obligaciones de una y otras. En lo que respecta a las personas morales que denomina jurídicas, hace la ficción de señalar la decisión libre de varias personas naturales de formar un conglomerado con objetivos iguales pero con identidad propia distinta a la de cada una de las personas naturales que crearon dicha ‘persona’ ideal. Dotada así de derechos y obligaciones la ‘persona jurídica’ tiene atribuciones que no corresponden a los derechos de las personas naturales que la crearon con entera libertad. Cabe recalcar que los fines de la persona jurídica obviamente son distintos a los fines de la persona natural, puesto que la reunión de estas se da por intereses comunes, que conforman interés propio y distinto a los intereses personales de cada uno de sus integrantes, pudiendo tener fines de lucro.

Las personas jurídicas que tienen interés de lucro destinan sus actividades en función de los capitales que aportan sus integrantes con la expectativa de obtener utilidades que se destinarán al fin de cuentas a estas personas naturales. Por esto, se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales. Entonces, cuando estas personas jurídicas denominadas empresas consideran que se les ha vulnerado

un derecho fundamental directamente vinculado a sus intereses patrimoniales, deben de buscar un mecanismo idóneo para la solución del conflicto, teniendo en cuenta *prima facie* que los jueces ordinarios son los encargados de velar por la defensa y protección de estos derechos, también protegidos por el amplio manto de la Constitución Política del Estado. Sin embargo, estas empresas cada vez que ven afectados sus intereses económicos, tienen a su alcance el proceso ordinario correspondiente igualmente satisfactorio al proceso constitucional que, como queda dicho, es exclusivo y excluyente de la persona humana.

En el caso de las personas jurídicas que no tienen fines de lucro la propia ley civil establece la vía específica para solicitar la restitución de los derechos particulares de sus integrantes como el caso de las asociaciones para el que la ley destina un proceso determinado en sede ordinaria. Por lo precedentemente expuesto afirmamos que las personas jurídicas tienen pues derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, pretendan traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de exclusivo interés de la persona humana” (STC Exp. N° 0065-2008-PA/TC).

2. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La representación procesal de la persona jurídica, entendida como el sujeto de derecho capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones distinta a la persona natural y que se rige por el CC, en el artículo materia de análisis se encuentra supeditada a lo dispuesto, en orden descendente de jerarquía normativa, a la Constitución, la ley y el estatuto, es por ello que puede clasificarse dentro de la representación legal.

En nuestra Constitución Política de 1993 la única referencia que se indica sobre la representación de personas se encuentra en el artículo 159 (el mismo que señala las atribuciones del Ministerio Público); sin embargo, esta representación se refiere a toda clase de personas, tanto naturales como jurídicas, cuando se trata de un proceso judicial en sede penal, razón por la que no profundizaremos en este punto.

Sin embargo, cuando la representación procesal de la persona jurídica se remite a lo dispuesto en la ley, aparecen una serie de escenarios que debemos considerar. Así, en el CC, cuando se habla de la representación procesal de la persona jurídica, se debe considerar si estamos ante una asociación, fundación, comité o comunidad campesina y nativa (arts. 80, 99, 111 y 134 del CC, respectivamente); mientras que para el resto de sociedades son aplicables los artículos 14, 188, 287 y 399 de la LGS. También resulta aplicable la Ley General del Sistema Concursal

(Ley N° 27809) en el artículo 82 y la duodécima disposición final, la LPAG, en el artículo 53, y la Ley sobre el Derecho de Autor (D. Leg. N° 822), en el artículo 152.

Además, debemos recordar que la persona jurídica existe desde el día de su inscripción en el registro respectivo, tal como lo establece el artículo 77 del CC, razón suficiente para verificar las normas que la regulan en el ámbito registral. Así, es imprescindible remitirnos al artículo 2 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN, que nos indica claramente los actos que son materia de inscripción respecto a las asociaciones, fundaciones, comités, cooperativas, así como a cualquier persona jurídica distinta a las sociedades y a las empresas individuales de responsabilidad limitada, dentro de las que se encuentra el acto constitutivo de la persona jurídica.

Mención aparte es la situación registral de las personas jurídicas creadas por ley, que, si bien se rigen por el artículo 27 de la citada resolución, también existe un precedente de observancia obligatoria que regula su inscripción. Por ello, a pesar que la inscripción de la persona jurídica creada por ley es declarativa y facultativa, debido a la implícita publicidad que goza este tipo de persona por el propio hecho de ser creada por ley, es ineludible determinar qué norma le otorga la personalidad jurídica. Esta discusión, por cierto, quedó resuelta con el primer precedente de observancia obligatoria del XIII Pleno de la Sunarp, acordado en la sesión extraordinaria del 5 de septiembre de 2005, que señaló que: “solo mediante ley del Congreso o norma de igual jerarquía pueden crearse personas jurídicas. En tal caso, la personalidad jurídica deberá ser atribuida expresamente, siendo insuficiente que el ente creado solo ostente autonomía administrativa, económica, financiera o de otro tipo”.

Posteriormente, cuando el artículo materia de análisis remite el alcance de la representación procesal a lo dispuesto en los estatutos, simplemente se aplican las normas aprobadas por los socios para el funcionamiento de la persona jurídica. Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, debemos resaltar que “la persona jurídica no se reduce automáticamente ni se confunde, única y exclusivamente, con su dimensión formal como consecuencia de su inscripción registral o de su reconocimiento administrativo según lo dispongan los respectivos ordenamientos jurídicos. Ello, de ocurrir, supondría el absurdo de prescindir de los seres humanos que real y efectivamente actúan en la experiencia jurídica y que concretan en actos jurídicos los fines valiosos que se propusieron al instituirlos” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1999: pp. 251-269).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier (2010): *Distinción entre la persona jurídica y sus miembros en el Código Civil comentado*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica;

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1999): "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Derecho PUCP*, N° 52, abril-diciembre de 1999.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991): *La persona jurídica*, 2ª ed. Madrid: Civitas; FERRARA, Francesco (2004): *Teoría de las personas jurídicas*. Granada: Comares; GONZALES BARRÓN, Günther (2012a): *Constantes fraudes en la inscripción de personas jurídicas*. Lima: <www.gunthergonzalesb.com>; GONZALES BARRÓN, Günther (2012b): *El registro de personas jurídicas: récord difícil de superar*. Lima: <www.gunthergonzalesb.com>; ZÚÑIGA PALOMINO, Mario (2002): "¿Por qué existen las personas jurídicas?". En: *Actualidad Jurídica*, tomo 108. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Al momento de efectuar el saneamiento del proceso, o como último recurso al momento de sentenciar, el Juzgador debió tener en consideración que la emplazada es una persona jurídica y, como tal, su representación procesal se rige en virtud a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Procesal Civil, debidamente concordado con lo dispuesto en la Ley N° 26539; en consecuencia, estando a que el estatuto otorga al gerente general facultades de representación judicial, no se puede llevar adelante un proceso con una persona que carece de las respectivas facultades de representación (*Cas. N° 0955-99-Huánuco*).

Es nula la sentencia si a la contestación de la demanda, la vigencia del mandato del consejo directivo de la asociación demandada había ya caducado. Tratándose de un acto eminentemente formal, el actual consejo directivo carece de facultades para representar a la asociación por haber caducado, debiendo el juez hacer uso de las atribuciones que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 14014-98*).

El gerente es quien ejerce la representación de la sociedad. Si la remoción del gerente no se encuentra inscrita, el contenido de la anterior inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (*Exp. N° 977-98*).

No se puede desconocer la obligación de la sociedad demandada, puesto que quien suscribió tenía capacidad y facultad para aceptar una letra de cambio, en su calidad de presidente del directorio y gerente, dado que un recorte de facultades o la decisión de sustraer de un cargo representativo en una sociedad no se puede inferir sino debe ser expreso y como tal, debe figurar en los Registros Públicos, de tal modo, que resulte oponible a terceros (*Exp. N° 51096-97*).

Artículo 65

Representación procesal del patrimonio autónomo

Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica.

La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes, si son demandantes. Si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman, siendo de aplicación, en este caso, el artículo 93.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes del patrimonio autónomo, se estará a lo dispuesto en el artículo 435.

El que comparece como demandado y oculta que el derecho discutido pertenece a un patrimonio autónomo del que forma parte, se le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 4. ()*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. IV, 93, 831-843, 969; C.P.C. arts. 4, 63, 93, 105, 435.

José Luis Toranzos Chavera

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo desde su promulgación ha sufrido dos reformas, la primera fue su modificación mediante la décima disposición final del Decreto Legislativo N° 861, y la segunda fue la derogación del artículo anteriormente modificado y la restitución del artículo original, que se ha mantenido hasta la fecha.

2. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

El presente artículo define al patrimonio autónomo como el derecho o interés que tienen dos o más personas respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica (MONTERO AROCA, 1991: p. 23), siendo un claro ejemplo de ello *la sociedad conyugal* (Cas. N° 1096-2004-Puno) que es el patrimonio autónomo por excelencia. No obstante, ¿qué otros patrimonios autónomos se regulan en nuestra legislación?

(*) Texto restituido por el artículo 2 de la Ley N° 26827 del 29/06/1997, ley que deroga la 10ª disposición final del Decreto Legislativo N° 861 del 22/10/1996 que había modificado el texto del presente artículo.

Como extensión de la sociedad conyugal también se puede incluir en esta definición de patrimonio autónomo a la masa hereditaria prescrita en el Libro IV, sección cuarta del CC; la copropiedad dispuesta en el artículo 969 del CC; el patrimonio fideicometido y el patrimonio autónomo de seguro de crédito indicados en la Ley SBS; el fondo de garantía, el fondo mutuo de inversión en valores y el patrimonio fideicometido producto del fideicomiso de titulación que se describen en el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores (D. Leg. N° 861), aprobado por el Decreto Supremo N° 093-2002-EF; los fondos de inversión señalados en la Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Decreto Legislativo N° 862, entre otros.

Pero retomemos la representación procesal del patrimonio autónomo. A partir de lo dispuesto en este artículo podemos advertir que también se trata de una representación legal, donde la representación recae en cualquiera de sus partícipes si son parte activa del proceso judicial; es decir, si el patrimonio autónomo actúa como demandante, pero si este es demandado, sucede lo contrario, siendo necesaria la participación de todos los que la conforman. El razonamiento lógico jurídico detrás de esta norma es proteger al partícipe ausente, cuando es parte demandada, a efectos de salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso (BUSTAMANTE ALARCÓN, 2001: p. 236), por lo que mientras no se lo notifique la demanda los efectos de la sentencia no le son oponibles al ser un litisconsorte necesario pasivo (CALAMANDREI, 1943: p. 144), en concordancia con lo expuesto en el artículo 93 del CPC.

Lo antes expuesto debe necesariamente concordarse con que “el debido proceso, en su manifestación procesal, exige que los órganos encargados de resolver o prevenir conflictos notifiquen oportunamente a los individuos o grupos cuyos intereses en la vida, libertad o propiedad pueden ser afectados por sus decisiones, y que les sea otorgada oportunidad razonable para ser oídos, alegar, probar e impugnar” (HOYOS, 1996: p. 23).

Consideramos acertada la multa descrita en el párrafo final del artículo materia de análisis, pues el ocultamiento de la existencia de otros miembros del patrimonio autónomo –que son litisconsortes necesarios pasivos– resulta perjudicial para el desarrollo del proceso judicial, pues, de emitirse una sentencia, esta no sería efectiva al no haberse establecido una relación jurídica procesal válida, dilatando la solución al conflicto de interés generado, conducta también sancionable a la luz de lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA; CALAMANDREI, Piero, (1943): *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*,

citado por ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas de proceso civil*. Lima: Jurista; HOYOS, Arturo (1996): *El debido proceso*. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1991): *Derecho jurisdiccional*, 2ª ed., vol. 2. Barcelona: Bosch.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel (2007): *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 11ª ed. Madrid: Edisofer; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio (1981): *Curso de Derecho de Familia: matrimonio y régimen económico*. Madrid: Civitas; ARIAS-SHREIBER PEZET, Max; ARIAS-SHREIBER MONTERO, Ángela; VEGA MERE, Yuri y MUÑOZ ROJO, Manuel (1999): *Contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, María del Rosario (2000): "La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho Civil peruano". En: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, N° 1; ESCOBAR ROZAS, Freddy (2004): "Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano". En: *Themis*, N° 48.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien el artículo 65 del Código Procesal Civil establece que los patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes si son demandantes, el partícipe debe expresar que interpone la acción en representación de los demás integrantes del patrimonio, sin mayor formalidad, y de ese modo facilitar que estos últimos sean citados e incorporados al proceso (*Cas. N° 2961-2003-Santa*).

Siendo el patrimonio autónomo como parte unitaria del proceso, se menoscabaría su naturaleza jurídica al exigirse el pago de la tasa judicial por cada uno de los impugnantes integrantes de ese patrimonio autónomo, siendo suficiente que se abone el pago de dicha tasa solo por el derecho de impugnación del citado patrimonio como parte única (*Cas. N° 3333-99-Junín*).

El régimen patrimonial de la sociedad de gananciales rige a partir de la celebración del matrimonio. Si bien los documentos de la recurrente aparecen a nombre de la cónyuge del demandado, ello no es suficiente para acreditar que dichos bienes le pertenezcan, puesto que todas contienen fechas posteriores a la celebración del matrimonio, reputándose por tanto pertenecientes a la sociedad conyugal. La sociedad de gananciales es un patrimonio autónomo e indivisible respecto del cual no se puede asignar porcentaje alguno de propiedad de cada cónyuge, pues ello será solo posible cuando se proceda a la liquidación de dicha sociedad, luego de haber fenecido la misma (*Exp. N° 99-20069-1733*).

El patrimonio autónomo se presenta cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica. En la copropiedad, cada condómino conserva los derechos de disposición y administración sobre el bien en proporción a su cuota; en cambio, el patrimonio autónomo es un ente abstracto no sujeto a división, razón por la cual no son aplicables a este las reglas de la copropiedad. La sociedad conyugal constituye un patrimonio autónomo, por lo tanto corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social (*Exp. N° 928-98*).

Artículo 66**Falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz**

En caso de falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz, se aplican las siguientes reglas:

1. *Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o este estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo.*
2. *Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o este se halle ausente, el juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si lo considera idóneo.*
3. *El juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por este, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si fuere idóneo.*
4. *También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal, o confirmará el propuesto por el incapaz relativo.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. III, 21, 50 inc. 4, 55, 61 inc. 3.

José Luis Toranzos Chavera

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo nos pretende describir los escenarios de la representación judicial que recae sobre el incapaz cuando no tiene representante legal o este estuviera ausente. A pesar que resulta evidente su íntima ligazón con la patria potestad, tutela y curatela, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 del CPC, la redacción poca satisfactoria de este artículo nos deja más dudas que luces. Por ello, analizaremos cada supuesto y trataremos de descifrar las reglas que nuestro legislador quiso establecer.

2. LAS REGLAS EN CASO DE FALTA, AUSENCIA O IMPEDIMENTO DEL REPRESENTANTE DEL INCAPAZ

Como podemos advertir, en la redacción del inciso 1 se describe únicamente la representación del *incapaz relativo*, no del absoluto, cuando tiene la necesidad de *comparecer en un proceso*, sin precisar si lo hace como parte activa o pasiva,

donde solicitará al juez que le designe un curador procesal o confirme al elegido por él. Luego, en el inciso 2, se detalla la representación del incapaz cuando es parte demandada, inicialmente sin detallar si es absoluto o relativo, pero, posteriormente, nos aclara el panorama precisando que el juez le designará un curador procesal o confirmará el propuesto por el *incapaz relativo*. A continuación, en el inciso 3 se repite la regla del inciso anterior, esto es, cuando el representante legal quiera demandar al *incapaz relativo*, y añade el supuesto cuando este quiera demandar a su representante legal. Y concluye con el inciso 4 que contempla un supuesto que si nos parece interesante, el nombramiento del curador procesal cuando advierta el conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal.

En atención a lo antes expuesto creemos innecesarias las reglas antes descritas. En efecto, debemos tener claro que en todos los incisos del artículo materia de análisis, a pesar de la peligrosa ambigüedad, se describe la representación del incapaz relativo, debido a que se presume que el incapaz absoluto no tiene la capacidad de discernimiento, motivo por el que con mayor razón no puede formar parte de un proceso judicial, con la importancia que este tiene para lograr la paz social en justicia, tal como lo prescribe el artículo III del Título Preliminar del CPC.

No obstante a lo indicado anteriormente, creemos que tanto los incisos 1, 2 y 3 pueden agruparse en uno solo que indique que: "Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o este estuviera ausente y deba comparecer en un proceso, ya sea como litisconsorte necesario o facultativo, de forma activa o pasiva, o cualquiera otra de las intervenciones reguladas en este Código, lo expondrá así ante el juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo". Dejando a salvo la precisión antes indicada, creemos acertado lo dispuesto en el inciso 4, pues no encontramos en el CPC otra regla de este tipo y que, a su vez, defienda los intereses y bienestar de la parte más indefensa, en este caso del incapaz relativo.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

SERRANO CASTRO, Francisco (2011): *Relaciones paterno-filiales*. Madrid: El Derecho; GARCÍA PRESAS, Inmaculada (2013): *La patria potestad*. Madrid: Dykinson; ROGEL VIDE, Carlos (2010): *Derecho de la familia*, Madrid: Reus; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2012): *Tratado de Derecho de Familia*, tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El obligado a reconocer es el representante de la persona jurídica emplazada, mas no el curador procesal, quien solo asume la defensa de esta última por mandato de la ley, mas no la sustituye (*Exp. N° 163-2002*).

Artículo 67**Representación de personas jurídicas extranjeras**

Las personas jurídicas extranjeras, sus sucursales, agencias o establecimientos, que realicen actividad en el Perú, están sujetas a las mismas exigencias de representación que la ley señala para las personas jurídicas nacionales, salvo convenio internacional o disposición legal en contrario.

CONCORDANCIA:

C.C. art. 2073; C.P.C. art. 64; R. 038-2013-SUNARP/SN arts. 90, 91, 92.

José Luis Toranzos Chavera

1. INTRODUCCIÓN

La existencia y capacidad de las personas jurídicas extranjeras de Derecho Privado se regula por la ley donde fueron constituidas, tal como lo establece el artículo 2073 del CC; sin embargo, es necesario analizar las formalidades que esta persona debe reunir para que pueda desarrollar su objeto social, de manera que es necesario remitirnos nuevamente a la norma registral, tal como se lo exige a la persona jurídica establecida en territorio nacional.

2. LA REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS

El artículo en cuestión no requiere de mayor análisis, pues queda claro que las personas jurídicas extranjeras de derecho privado se rigen bajo lo dispuesto en nuestra legislación nacional (salvo disposición contraria), donde todas las personas jurídicas necesitan ser inscritas en los Registros Públicos, razón por la que también deben cumplir con lo dispuesto en los artículos 90, 91 y 92 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN. De este modo, para su inscripción, se necesitará un certificado de vigencia de poder u otro equivalente expedido por funcionario competente y el estatuto o documento equivalente en su país.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, resulta oportuno señalar que el primer precedente de observancia obligatoria del VII Pleno de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, acordado en las sesiones ordinarias de los días 2 y 3 de abril de 2004, estableció que “las sucursales de sociedades constituidas en el extranjero pueden adecuarse a las disposiciones de la Ley General de Sociedades en cualquier momento, conforme a la Ley N° 27673, no constituyendo dicha

omisión causal para dejar constancia en el certificado de vigencia de la sucursal que aún no se ha producido la referida adaptación”.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CASTLE ÁLVAREZ MASA, Percy (2004): “Las sucursales en la Ley General de Sociedades peruana”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; FERNÁNDEZ GATES, Carlos (2013): *Temas de inversión extranjera y Derecho Empresarial*. Lima: Palestra.

CAPÍTULO III APODERADO JUDICIAL

Artículo 68

Designación de apoderado judicial

Quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derechos que en él se discuten, puede nombrar uno o más apoderados. Si son varios, lo serán indistintamente y cada uno de ellos asume la responsabilidad por los actos procesales que realice.

No es válida la designación o actuación de apoderados conjuntos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 3, 42, 43, 44, 145 y ss.; C.P.C. arts. 2, 57, 58, 436, 554; C.P. Const. arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109.

Artículo 69

Apoderados de las entidades de Derecho Público

El Estado y las demás entidades de derecho público, incluyendo los órganos constitucionales autónomos, pueden designar apoderados judiciales especiales para los procesos en que sean parte, siempre que lo estimen conveniente por razón de especialidad, importancia del asunto discutido, distancia o circunstancias análogas, conforme a la legislación pertinente.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 145 y ss.; C.P.C. arts. 59, 70, 436; C.P. Const. art. 7.

Artículo 70

Capacidad del apoderado

La persona designada como apoderado, debe tener capacidad para comparecer por sí en un proceso.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 42, 43, 44, 145 y ss.; C.P.C. arts. 58, 68, 69, 74, 436, 554.

Artículo 71

Aceptación del poder

El poder se presume aceptado por su ejercicio, salvo lo dispuesto en el artículo 73.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 145 y ss.; C.P.C. art. 73.

1. INTRODUCCIÓN

Los presentes comentarios a los artículos 68 a 71 del CPC, plasman la opinión personal del autor respecto a la institución procesal del apoderamiento o representación procesal voluntaria. Por tratarse de una institución jurídica operativa y práctica, hemos creído conveniente basarnos más en nuestra experiencia personal en el trámite de procesos judiciales que en posiciones doctrinarias teóricas. Por ello, el lector advertirá que no se han realizado citas doctrinarias.

Antes de iniciar los comentarios específicamente, debemos precisar que partimos de la concepción del proceso como una herramienta cuyo objetivo es conseguir la solución de un conflicto de intereses o zanjar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, el cual, a su vez, se descompone en una serie de procedimientos que tienen objetivos específicos cada uno; pero que en conjunto suman para lograr al final el objetivo general ya indicado.

En ese sentido, entendemos que el proceso es un conjunto de procedimientos sistematizados, que funcionan de manera coordinada, con la finalidad de llegar a un objetivo común. Así, tenemos dentro del proceso regulaciones específicas de como postular una demanda, plantear excepciones, formular cuestiones probatorias, contestar una demanda, realizar un emplazamiento, desarrollar una audiencia, tramitar una apelación, designar un apoderado judicial, etc. Cada uno de estos procedimientos contiene pasos y formalidades a seguir, que buscan proteger derechos y garantías de los litigantes, con el objetivo final de llegar a una sentencia inmaculada de vicios, y así evitar pérdida de recursos como consecuencia de una decisión inválida o nula.

En este caso concreto desarrollaremos y comentaremos cuatro artículos del CPC que regulan un procedimiento muy específico del proceso, el cual permite a un litigante que tiene plena capacidad de ejercer sus derechos, que pueda participar en un proceso sin la necesidad de presentarse directamente en las audiencias que se realicen, ni firmar personalmente los escritos que se ingresen, sino hacerlo a través de un tercero que lo representará en el proceso.

Este procedimiento, al que llamaremos de representación judicial voluntaria o apoderamiento, tiene como objetivos específicos el proteger al litigante que será representado en el proceso para que pueda ejercer su derecho de defensa plenamente, pero, a su vez, garantizar que el representado no se exceda en sus facultades. También se pretende proteger a la contraparte de la persona que actúa mediante representante, pues se le otorga la garantía que el proceso se desarrollará válidamente, evitando ineficiencias en el mismo.

Iniciaremos los comentarios de los artículos mencionados desarrollando algunos conceptos básicos que nos permitan comprender las regulaciones que contienen, tales como capacidad, capacidad de goce, capacidad de ejercicio, capacidad procesal y representación. Luego, pasaremos a comentar de manera específica las regulaciones contenidas en los artículos antes referidos.

2. CAPACIDAD

El concepto de capacidad nos deriva al ámbito del Derecho Civil, el cual se ha encargado de desarrollar de una manera más amplia y detallada esta institución jurídica.

Para hablar de capacidad, en primer término, debemos recordar el concepto de sujeto de derecho, el cual es definido por la doctrina mayoritaria como el centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones. Nuestro CC reconoce la existencia de cuatro sujetos de derechos: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y los entes jurídicos no personificados. Estos sujetos de derechos tienen la aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones, por lo que pueden exigir el cumplimiento de una prestación o un derecho y ser compelidos a cumplir con una obligación.

Para aproximarnos a la idea de capacidad, nos colocaremos ahora en la posición de un sujeto que pretende ser titular de un derecho específico; por ejemplo, el derecho a ser propietario de un bien. Los cuatro sujetos de derecho que hemos nombrado en el párrafo anterior están en la aptitud de ser propietarios de un bien. Consecuentemente, en el lenguaje jurídico se podría afirmar que “cualquier sujeto de derecho tiene la capacidad para ser propietario de un bien”. Nótese que en esta proposición hemos usado la palabra capacidad para referirnos a aquella aptitud del sujeto de poder asumir la titularidad del derecho de propiedad.

Si revisamos un diccionario de definiciones usuales, encontraremos que por capacidad se entiende, en un primer sentido: “propiedad de poder contener cierta cantidad de alguna cosa hasta un límite determinado” y, en un segundo sentido, “circunstancia o conjunto de condiciones, cualidades o aptitudes, especialmente intelectuales, que permiten el desarrollo de algo, el cumplimiento de una función, el desempeño de un cargo, etc.”.

Creemos que desde el punto de vista jurídico debemos tomar a la palabra capacidad en el segundo sentido de la acepción usual; es decir, como conjunto de cualidades, condiciones o aptitudes que permiten el desarrollo de algo. En consecuencia, capacidad jurídica se entiende como la aptitud, cualidad o condición de un sujeto para ser titular de un derecho u obligación.

3. CAPACIDAD DE GOCE

Doctrinariamente, se diferencian dos clases de capacidad: "capacidad de goce" y "capacidad de ejercicio". La definición de capacidad de goce se identifica con la definición de capacidad que hemos explicado en el párrafo anterior, es decir, como la aptitud, cualidad o condición de un sujeto para ser titular de un derecho u obligación. Esta capacidad está íntimamente ligada con la esencia de ser sujeto de derecho. No podemos imaginarnos la existencia de un sujeto de derecho que carezca totalmente de capacidad de goce; pues de ser así dejaría de ser sujeto de derechos, para equipararse a una cosa u objeto.

Asimismo, en nuestra realidad actual con el gran desarrollo de los derechos humanos, la posibilidad de restringir la capacidad de goce de un sujeto de derecho deviene en un supuesto muy excepcional. Esta posición la encontramos plasmada en el artículo 3 del CC, el cual establece que: "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas en la Ley". La regla general es la capacidad de goce y solo en casos expresamente establecidos se restringirá dicha capacidad. Un ejemplo clásico de incapacidad de goce son los supuestos contenidos en el artículo 1366 del CC, en el cual se establece una lista de personas que no pueden adquirir derechos reales en ciertas situaciones especiales, ni de manera directa ni indirecta. Esta última frase es la que nos permite distinguir cuando estamos frente a una incapacidad de goce y una incapacidad de ejercicios (concepto que comentaremos a continuación), pues cuando existe incapacidad de goce el sujeto no puede realizar el derecho de ninguna manera, ni por sí mismo ni a través de un representante mientras que en la incapacidad de ejercicio el sujeto puede ejercer el derecho a través de un representante legal, porque mantiene intacta la capacidad de goce.

4. CAPACIDAD DE EJERCICIO

Podemos afirmar que la capacidad de ejercicio tiene como presupuesto que el sujeto posea la capacidad de goce. Es decir, que una persona podrá ejercer un derecho solamente si tiene el goce del mismo. Ya hemos dicho en el punto anterior que la capacidad de goce es caso consustancial con la idea de sujeto de derecho, y que solo excepcionalmente se puede limitar dicha capacidad. En tal sentido, podríamos afirmar en principio que el presupuesto para la capacidad de ejercicio estaría cumplido en casi todos los casos.

Pero a diferencia de la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio sí es restringida por disposición de la ley en múltiples casos, atendiendo a que el derecho busca proteger a personas que no están en la aptitud física o intelectual para poder ejercer sus derechos por sí mismo.

En resumen y de manera sencilla, podemos afirmar que la capacidad de ejercicio es en esencia la facultad de realizar actos jurídicos por sí mismo. Mientras que la capacidad de goce es la aptitud que tiene un sujeto de ser titular de un derecho; la capacidad de ejercicio es la aptitud del referido sujeto para ejercer en la práctica dicho derecho de manera directa, sin necesidad de la intervención de un tercero que represente sus intereses. Por ejemplo, una persona mayor de edad tiene la capacidad de goce del derecho de propiedad y podrá por sí misma comprar un bien inmueble, o venderlo, participando de manera directa en los actos jurídicos relacionados con la compra o venta de dicha propiedad. En cambio, un menor de edad tiene la capacidad de goce del derecho de propiedad, pero si quiere o necesita comprar un inmueble, o venderlo, tendrá que hacerlo obligatoriamente a través de su representante legal, que será su padre o tutor. En el primer caso, la persona mayor de edad tiene capacidad de ejercicio; y en el segundo caso, el menor de edad no tiene capacidad de ejercicio.

El CC peruano, en su artículo 42, establece que “tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido los dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”. Los artículos 43 y 44 mencionados regulan los casos de incapacidad absoluta e incapacidad relativa de ejercicio. En dichas normas legales se detallan los supuestos en que el sistema jurídico ha considerado que es necesario brindar protección a algunos sujetos, que por sus cualidades físicas, psíquicas o intelectuales no pueden ejercer por sí mismos sus derechos; y consecuentemente necesitan ser representados por un tercero que defienda sus intereses.

Para que un sujeto tenga plena capacidad de ejercicio, no debe estar inmerso en ninguno de los supuestos detallados en los artículos 43 y 44 del CC.

5. CAPACIDAD PROCESAL: CAPACIDAD DE SER PARTE Y CAPACIDAD DE COMPARECER

Hasta acá hemos recordado algunos conceptos básicos del derecho sustantivo relacionados con la capacidad de las personas. Ahora analizaremos algunos conceptos procesales, que nos permitan comprender la figura del apoderamiento o representación judicial voluntaria.

Como punto de inicio es importante diferenciar entre la capacidad para ser parte en un proceso y la capacidad para comparecer en un proceso. El primer concepto está relacionado con la capacidad de goce de los derechos; pues todo sujeto que tenga la capacidad de goce de un derecho determinado, puede constituirse en parte material en un proceso, en el cual se discuta o litigue sobre dicho derecho.

En ese sentido, el artículo 57 del CPC establece que todo sujeto de derecho puede ser parte material en un proceso.

En cambio, el concepto de capacidad de comparecer en un proceso se relaciona con la capacidad de ejercicio, explicada en el punto anterior. Es decir, puedo tener capacidad para ser parte en un proceso (tener capacidad de goce), pero si me encuentro inmerso dentro de una causal de incapacidad de ejercicio no podré comparecer directamente a dicho proceso, sino que lo tendré que hacer a través de un representante legal, debidamente acreditado.

De lo explicado hasta acá se desprende que la capacidad de comparecer en un proceso puede entenderse como la capacidad de ejercicio, ya comentada líneas atrás, aplicada al ámbito procesal. En consecuencia, cualquier sujeto que tenga capacidad de goce podrá ser parte en un proceso, pero para comparecer y ejercer sus derechos por sí mismo dentro de dicho proceso, necesariamente tendrá que tener capacidad de ejercicio; es decir, no tendrá que estar incurso en ninguna causal de incapacidad de ejercicio relativa o absoluta.

Puede identificarse la capacidad para ser parte como la *legitimatio ad causam*, llamada en nuestra legislación legitimidad para obrar, ya que para ser parte necesariamente el sujeto debe ser titular del derecho discutido; es decir, tener capacidad de goce de dicho derecho. En este punto, es necesario precisar que el sistema jurídico en ocasiones amplía la titularidad de ciertos derechos, otorgando legitimidad para obrar a cualquier persona que pueda verse afectada con la trasgresión de este, o incluso al Ministerio Público.

Por su lado, la capacidad para comparecer en un proceso se puede identificar con la llamada *legitimatio ad procesum*, que tiene que ver con la aptitud del sujeto para poder ejercer por sí mismo, sin necesidad de la intervención de un tercero que lo represente, los derechos discutidos en un proceso.

Nuestro CPC, en su artículo 58, regula que tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer. Creemos que usar el término "disponer" no es lo más adecuado, y en su lugar usamos en nuestra definición la palabra "ejercer", por cuanto el término disponer, en su acepción jurídica, implica la posibilidad de enajenación del derecho, y es aplicable a los derechos patrimoniales. En el caso de los derechos extra patrimoniales –como por ejemplo el derecho a la integridad, a la vida, al nombre, a la filiación, etc.– no cabe duda que estamos ante derechos que por su naturaleza son indisponibles.

En consecuencia, en un proceso en el que se discuta por ejemplo el derecho a la integridad de la persona, el titular no podrá disponer de dicho derecho, lo

cual no significa que no tenga capacidad para comparecer en dicho proceso. Por esta razón, creemos que la definición más adecuada de capacidad de comparecer a un proceso es la aptitud de ejercer por sí mismo los derechos que en él se hacen valer. Ello nos deriva necesariamente al concepto civil de capacidad de ejercicio.

La capacidad de comparecer al proceso constituye un presupuesto procesal, y en su ausencia o defecto el proceso no podrá desarrollarse válidamente. Si el demandante o demandado dentro de un proceso carecen de capacidad para comparecer, tendrán necesariamente que ser representados por la persona que la ley designe.

6. REPRESENTACIÓN PROCESAL VOLUNTARIA O APODERAMIENTO

Antes de entrar al comentario de la representación procesal voluntaria o apoderamiento, debemos definir el concepto de representación en general, la cual consiste en que un sujeto intervenga o participe en un acto jurídico en “nombre e interés” de un tercero. Esta figura implica que el sujeto que interviene, a quien llamaremos representante, informa a la contraparte que su participación en el acto jurídico no es a nombre propio, sino que lo hace en nombre de su representado, y, por ende, todas las consecuencias jurídicas que se deriven de su actuación, tendrá efectos única y exclusivamente en la esfera de intereses del representado.

La representación procesal voluntaria o apoderamiento sigue la misma lógica que la representación en general. Se trata de la intervención de un tercero, llamado representante o apoderado judicial, en nombre e interés de otro sujeto llamado representado, dentro de un proceso judicial; de tal manera que los actos que realice el representante se realizan a nombre del representado y tendrán efectos única y exclusivamente en la esfera jurídica de intereses de este. Para que la representación procesal voluntaria o apoderamiento pueda concretarse, es requisito que el representado que otorga el poder tenga necesariamente capacidad para comparecer en el proceso; es decir, según lo explicado en el punto anterior, tenga capacidad de ejercicio. En ese sentido, el artículo 68 del CPC establece que quien tiene capacidad para disponer de los derechos que se discuten en el proceso (comentamos en el punto anterior que el término apropiado es ejercer y no disponer), puede nombrar uno o más apoderados.

En el caso de los sujetos que no tengan capacidad de ejercicio, y por tanto no puedan comparecer por sí mismos a un proceso, no se les permite tampoco designar o nombrar a un apoderado. En dichos supuestos, la ley los protege estableciendo de antemano que persona representará y defenderá sus intereses en un proceso. En dichos casos, se da la figura de la representación procesal legal, la cual nace por disposición de norma legal y no en la voluntad del representado.

En resumen, la representación procesal voluntaria o apoderamiento consiste en la designación o nombramiento que realiza una persona que tiene capacidad de comparecer por sí mismo en un proceso judicial, para que un tercero denominado representante o apoderado comparezca en dicho proceso y realice actos jurídicos procesales en su nombre e interés.

Para diferenciar al sujeto que ejerce la representación procesal voluntaria de quien ejerce la representación procesal legal, se le llama usualmente apoderado al primero, y en el segundo caso se le llama representante legal.

7. PLURALIDAD DE APODERADOS

De otro lado, el artículo 68 del CPC permite la pluralidad de apoderados. Es decir que, es posible nombrar o designar varios apoderados, incluso con las mismas facultades y para el mismo proceso. En esos casos, con la finalidad de evitar que con la designación de varios apoderados se entorpezca o dificulte la realización de los actos procesales, nuestro Código establece que, de darse la figura de pluralidad de apoderados, se entiende que ellos ejercerán la representación de manera indistinta y cada uno de ellos asumirá la responsabilidad por los actos procesales que realice.

El CPC incluso va más allá y prohíbe la designación de apoderados conjuntos, es decir, que deban firmar escritos o participar de audiencias o diligencias en conjunto para dar validez a los actos procesales que realicen, estableciendo como excepción solamente los casos de allanamiento, transacción o desistimiento.

Afirmamos que la finalidad de estas regulaciones es evitar que se dificulte el trámite del proceso y la defensa de los intereses de la parte que se encuentra representada por varios apoderados, pues de permitirse la designación de apoderados conjuntos podría darse el caso, por ejemplo, que por razones de fuerza mayor, uno de ellos no pueda participar de una diligencia o firmar un escrito, lo cual podría ocasionar que el representado se encuentre en un estado de indefensión en un momento determinado. En un caso concreto, si fueran dos apoderados conjuntos de un demandante, si se realiza la audiencia de pruebas y solo asiste uno de ellos y no asiste el demandado, el juez se vería obligado a dar por concluido el proceso por inasistencia de las partes, pues el demandante no habría estado válidamente representado, perjudicándose gravemente a dicha parte, a pesar que sí estuvo presente un apoderado.

Las excepciones establecidas en la parte final del artículo comentado son comprensibles, pues las figuras del allanamiento, transacción o desistimiento constituyen actos procesales que dan por concluido el proceso, aceptando la pretensión del demandante en el caso del allanamiento, dejando sin efectos todo lo actuado

en el caso del desistimiento y llegando a un acuerdo final en el caso de la transacción y, por ende, son decisiones de mucha trascendencia e importancia para los intereses del representado, por lo que se justifica que en esos casos el representado pueda dificultar la configuración de dichos supuestos, exigiendo que dos o más apoderados participen y autoricen de manera conjunta la realización de estos actos procesales.

8. APODERADOS DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO: EL PROCURADOR PÚBLICO

En primer término, es importante precisar que la representación procesal de las personas jurídicas, sea de Derecho Público o de Derecho Privado, constituye una forma de representación legal. Debido a que las personas jurídicas no tienen una existencia física concreta y, consecuentemente, no pueden manifestar su voluntad de manera directa, pues son entes abstractos. La ley establece quienes ejercerán la representación procesal de dichos sujetos de derecho.

En estos casos se da la llamada “representación orgánica”, pues dentro de cada persona jurídica, sea de derecho privado o público, existe un órgano de gestión o administración que ejerce su representación legal. En el supuesto de representación legal de una persona jurídica es suficiente acreditar la vigencia del nombramiento o designación para el cargo de representación orgánica respectiva, para que el representante legal pueda ejercer la representación procesal plena de la persona jurídica.

Sin embargo, en muchos casos existen personas jurídicas que, por la magnitud de sus operaciones y actividades, sus representantes legales no pueden ocuparse directamente de todos los problemas operativos de la entidad, por lo que resulta indispensable que la persona jurídica utilice la herramienta de la representación procesal voluntaria o apoderamiento. En consecuencia, la persona jurídica podrá designar o nombrar apoderados judiciales, para lo cual el representante legal o el órgano que según los estatutos o ley de creación de la persona jurídica tenga las facultades, tendrá que extender el documento correspondiente designando al apoderado o apoderados.

El artículo 69 del CPC, que ahora es materia de comentario, regula los casos de apoderamiento o representación procesal voluntaria del Estado y las demás entidades de Derecho Público, estableciendo que dichas entidades pueden designar apoderados judiciales especiales para los procesos en los que sean parte, siempre que lo estimen conveniente, precisando que dicha designación debe realizarse conforme a la legislación pertinente.

Podemos observar que el texto del artículo nos deriva a la legislación pertinente para efectos de la designación de los apoderados. Actualmente, la representación procesal del Estado es regulada por el Decreto Legislativo N° 1068, denominado Decreto Legislativo del Sistema de Defensa del Estado. Este dispositivo legal tiene por objeto la creación del Sistema de Defensa Jurídica del Estado con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones. Asimismo, dicha norma establece que la defensa jurídica del Estado estará a cargo de los procuradores públicos, cuyo ente rector es el Ministerio de Justicia y está representado por el presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

El Decreto Legislativo N° 1068 y su reglamento vigente, establecen cual es la organización de la defensa del Estado, cuya célula base es el llamado procurador público, el cual es designado de diferentes maneras, según represente al Poder Ejecutivo, a una entidad de rango nacional, regional o municipal. En todos los casos, se encuentran vinculados normativa y funcionalmente al Consejo de Defensa Jurídica del Estado y administrativamente a la entidad específica que representan.

Podemos concluir afirmando que el artículo 69 bajo comentario regula la figura de los procuradores públicos, cuya forma de designación, funciones y obligaciones han sido ampliamente desarrolladas en el Decreto Legislativo N° 1068 y en su reglamento.

9. REQUISITOS PARA SER APODERADO

El CPC establece en su artículo 70 un único requisito para ser designado apoderado o representante procesal voluntario en un proceso. El requisito establecido es que la persona a ser designada apoderado debe tener capacidad para comparecer por sí mismo a un proceso.

En el punto 5 de este comentario hemos desarrollado el concepto de capacidad de comparecer al proceso, respecto del cual afirmamos que se puede identificar con la llamada *legitimatío ad procesum*, que tiene que ver con la aptitud del sujeto para poder ejercer por sí mismo los derechos discutidos en un proceso, sin necesidad de la intervención de un tercero que lo represente. Dijimos también que esta capacidad viene a ser el equivalente de la capacidad de ejercicio en el Derecho Civil; ya que solo podrán comparecer por sí mismos a un proceso aquellos sujetos que tienen capacidad de ejercicio de sus derechos.

10. ACEPTACIÓN DE PODER

De acuerdo a lo establecido en el artículo 71 del CPC, el poder otorgado en territorio nacional, no requiere de una aceptación expresa por parte del apoderado o representante procesal voluntario. Bastará con que el apoderado ejerza la representación otorgada para que se presuma la aceptación.

En ese sentido, en la práctica, será suficiente con que el apoderado comparezca al proceso en nombre del representado, para que el juez presuma que el apoderado ha aceptado las facultades de representación otorgadas; salvo que el escrito que presente el apoderado sea específicamente destinado a informar al juez su negativa a aceptar el poder, lo cual implicaría que no estaría ejerciéndolo; y consecuentemente no operaría la presunción.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁVILA NANARRO, Pedro (1992): *La representación con poder*, 1ª ed. Madrid: Civitas; BARRERA GRAF, Jorge (1967): *La representación voluntaria en Derecho Privado*. México DF: UNAM-Instituto de Derecho Comparado; COUTURE, Eduardo J. (1944): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ediar; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No es válida la designación o actuación de apoderados conjuntos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento; disposición que, en armonía con lo establecido por Artículo sesentiocho, primer párrafo, de que: "Quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derechos que en el se discuten, puede nombrar uno o más apoderados"; nos lleva a interpretar que la prohibición de designación de apoderados conjuntos es aplicable cuando existiendo más de un demandante o demandado, se nombran distintos apoderados por cada uno o grupo de demandantes o demandados que se formen, pese a constituir, no obstante la pluralidad una misma parte, ya sea activa o pasiva; entendiéndose que lo que busca la norma es mantener un orden para la correcta sustanciación del proceso (*Cas. N° 3350-2006-Moquegua*).

En el caso de la representación con pluralidad de representantes debe entenderse que lo mancomunado se configura cuando la actuación de dos o más representantes actúan como si fuesen una sola persona y como consecuencia de ello para obligarse en nombre de su representada requiere la participación conjunta de aquellos. En este sentido, no es posible, que los mandatarios de la ejecutada puedan obligarse indistintamente a favor de la sociedad, puesto que como se ha dicho la sola aceptación de uno de sus apoderados o representante legales no obliga a la ejecutada (*Exp. N° 556-2005*).

Los procuradores generales de la República, titulares y adjuntos, podrán conferir poder en juicio, por acta o delegar su representación por simple escrito judicial, a favor de los abogados auxiliares (*Exp. N° 1295-99*).

No puede existir contravención de la norma que garantiza el derecho a un debido proceso, por falta de aceptación del poder, cuando el juzgado por resolución consentida declaró por ratificado y aceptado dicho poder (*Cas. N° 1164-95-Lima*).

Artículo 72**Formalidad para el otorgamiento de poder**

El poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente. Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 143 y ss.; C.P.C. arts. 73, 80; C.T. art. 23; L.G.S.F. art. 368; L.P.A.G. art. 115; D. LEG. 1075 art. 15.

Artículo 73**Poder otorgado en el extranjero**

El poder otorgado en el extranjero, debidamente traducido de ser el caso, debe ser aceptado expresamente por el apoderado en el escrito en que se apersona como tal.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 143 y ss.; C.P.C. arts. 71, 72.

Artículo 74**Facultades generales**

La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 153; C.P.C. arts. 70, 75, 79, 214; C.P. Const. arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109; LEY 26789 art. 1 y ss.; L.G.S. arts. 14, 188, 287, 403, 416; L.M.V. art. 92; L.O.P.J. art. 290; R. 405-97-SBS art. 9; D.S. 081-99-EF art. 14.

Artículo 75**Facultades especiales**

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 155; C.P.C. arts. 74, 330, 332; C.P. Const. arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109; L.T.V. art. 41; L.G.S.F. art. 368 párr. 2; LEY 26789 art. 1 y ss.; L.G.S. arts. 14, 188, 287, 303, 403, 416; L.O.P.J. art. 290; L.M.V. art. 92; R. 405-97-SBS art. 9.

Juan Domingo Vega Fernández

1. INTRODUCCIÓN

En el presente comentario desarrollaremos un conjunto de cuatro artículos del CPC que regulan aspectos muy prácticos y operativos del apoderamiento o representación procesal voluntaria, como son las formalidades para la designación de apoderados, la determinación y definición de facultades generales y facultades especiales de representación; y la formalidad para la aceptación de poderes otorgados en el extranjero.

En el comentario anterior, desarrollamos los conceptos jurídicos básicos que nos permiten comprender la figura procesal del apoderamiento. En esta oportunidad desarrollaremos la parte operativa de dicha herramienta procesal.

Advertimos al lector que justamente por tratarse de temas muy prácticos, no existe mucha doctrina que haya desarrollado estos conceptos y, en cuanto a la jurisprudencia, es casi inexistente ya que es muy difícil que un litigante llegue hasta instancias de la Corte Suprema con un problema de designación de un apoderado. Por una cuestión de costo beneficio resulta mucho más eficiente para el litigante subsanar los poderes, aun cuando no esté de acuerdo con el criterio del juez. En ese sentido, las opiniones vertidas en este comentario corresponden al autor, y han surgido de la experiencia adquirida como consecuencia de la participación directa en la tramitación de procesos judiciales durante casi veinte años.

2. FORMALIDAD PARA EL NOMBRAMIENTO DE APODERADOS

El CPC regula en su artículo 72 la posibilidad de designar apoderados, otorgándoles poder para litigar a través de dos formas específicas: mediante escritura pública o a través de acta otorgada ante el juez del proceso.

La formalidad se refiere al trámite obligatorio que debe cumplirse para la realización de un acto jurídico. La doctrina civil distingue entre las formalidades *ad solemnitatem* y las *ad probationem*. Las primeras son aquellas que de no respetarse implican la nulidad del acto jurídico; y las segundas tienen una finalidad meramente probatoria, pero su incumplimiento no le quita validez al acto. Desde

el punto de vista del Derecho Civil o sustantivo, para que una formalidad sea *ad solemnitatem*, la ley debe sancionar expresamente con nulidad su incumplimiento.

Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho Procesal, debemos considerar que sus normas son de orden público, por lo que las disposiciones contenidas en ellas son de cumplimiento obligatorio. En ese sentido, no es aplicable el criterio civil de requerir la sanción de nulidad para que se trate de una formalidad *ad solemnitatem*; por lo que, las formalidades para el otorgamiento de poder establecidas en el artículo 72 del CPC, son de cumplimiento obligatorio; y los jueces no admitirán un poder que no haya sido otorgado conforme a dichas formalidades.

2.1. Poder mediante escritura pública

El otorgamiento mediante escritura pública debe realizarse ante notario público, para lo cual tendrá que llevarse la correspondiente minuta autorizada por un abogado hábil, con la finalidad que el notario proceda a incorporar dicha minuta en su registro de escrituras públicas, entregando luego un testimonio de la escritura, una vez que haya sido suscrita por el otorgante del poder.

Tanto la minuta como la posterior escritura pública deben ser suscritas únicamente por la persona que designa al apoderado judicial, no siendo necesaria la participación en este acto del apoderado. Este podrá expresar su voluntad de aceptar dicho apoderamiento con posterioridad de manera expresa o tácita mediante el ejercicio del poder de representación.

Es recomendable que la minuta de otorgamiento de poder sea redactada por un abogado, de acuerdo a las necesidades específicas del poderdante. En la práctica existe la costumbre que el sujeto que quiere otorgar un poder para procesos judiciales se acerque directamente a una notaría para realizar dicho trámite. En estos casos, el poder resultante es un poder modelo o tipo, que podría no satisfacer los requerimientos específicos del solicitante, y podría ocasionar que posteriormente tenga problemas con el documento, bien porque las facultades no son suficientes, o, por el contrario, porque se dieron facultades en exceso, más allá de lo que el litigante quería otorgar.

El otorgamiento de poder a través de esta formalidad resulta un tanto oneroso, pues se tendrá que pagar los honorarios del abogado que redacte la minuta y la tarifa del notario por la escritura pública, pero, en compensación, tiene los siguientes beneficios:

- El poder para litigar puede otorgarse ante notario de cualquier lugar del territorio nacional, o incluso en el extranjero (siguiendo luego el trámite

correspondiente para darle validez en el territorio nacional) independientemente del lugar donde vaya a ser usado.

- El poder puede darse para un proceso determinado o para un conjunto de procesos; dejando la posibilidad abierta para que sea usado también en procesos futuros.
- Si el poder ha sido otorgado de manera abierta para ser usado en procesos vigentes o futuros, bastará con obtener nuevos testimonios de la escritura pública, o sacar copias certificadas del testimonio que se tenga para ser usados en diferentes procesos; por lo que no se requerirá que el representado vuelva a realizar el trámite.
- El poder puede otorgarse por un tiempo indeterminado.

2.2. Poder por acta ante el juez del proceso

A diferencia del poder por escritura pública, el poder por acta solo puede ser otorgado ante el juez que conoce el proceso judicial en el que se designará al apoderado. Dicho apoderamiento tendrá efectos únicamente para el proceso judicial en el cual ha sido otorgado; por lo que no puede ser usado en un proceso distinto.

Para la aplicación de esta forma de otorgamiento de poder, el litigante debe acercarse al juzgado en el que se tramita el proceso en el que quiere designar un apoderado, llevando consigo el recibo de pago del arancel judicial correspondiente, que previamente debe haber cancelado en el Banco de la Nación; y le informará al secretario de juzgado su voluntad de designar un apoderado judicial, y los alcances de las facultades que desea otorgarle. El secretario de juzgado redactará el acta correspondiente la cual debe ser suscrita por el litigante que otorga el poder.

Si bien es cierto, usar esta forma de otorgamiento de poder resulta menos costosa que otorgar un poder por escritura pública, comparado con este tiene las siguientes limitaciones:

- El poder por acta solo puede ser otorgado en un proceso judicial ya iniciado.
- El poder por acta solo puede ser usado en el proceso judicial en el cual ha sido otorgado, por lo que no es posible designar un apoderado para un conjunto de procesos o para procesos futuros, que aún no se hayan iniciado.
- Para el otorgamiento de poder a través de esta formalidad es necesario que el litigante esté presente en la ciudad del juzgado en que se tramita el proceso, y debe asistir personalmente a realizar el trámite ante el secretario.

3. INSCRIPCIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE APODERADO JUDICIAL

El artículo 72 del CPC, establece en su segundo párrafo, que la eficacia procesal del poder no requiere de su inscripción en los Registros Públicos. En virtud de esta norma, la inscripción del poder en Registros Públicos no constituye una formalidad obligatoria, por lo que bastará con cumplir con cualquiera de las formas descritas en el punto anterior de este comentario para que la designación de apoderado sea válida y surta los efectos deseados en el proceso judicial para el cual se otorgó.

En el caso del poder por acta no existe mayor discusión ni duda, pues se trata en sí de un acto procesal realizado ante el mismo juez que conoce el proceso. Por ello, el magistrado no tendrá ninguna duda de la existencia, validez y vigencia de la designación de apoderado realizada ante su propio juzgado.

Los problemas podrían surgir en el caso del poder otorgado mediante escritura pública, pues el juez que conoce el proceso en el cual se use dicho poder podría tener dudas acerca de la validez o la vigencia de dicho poder. En nuestra coyuntura nacional actual, en la que hemos visto en los últimos años como se han usado poderes por escritura pública falsificados, o en los que se han suplantado a los participantes, para lograr la venta ilícita de bienes de terceros; podemos preguntarnos, qué medios de seguridad tiene el proceso para determinar si un poder por escritura pública es válido, o si aún se encuentra vigente.

La inscripción registral podría ser una herramienta de seguridad que dé mayor garantía a la validez del poder por escritura pública, sobre todo cuando es otorgado de manera genérica, por un plazo indeterminado y para ser usado en procesos vigentes o futuros.

Sin embargo, la norma es clara al determinar que la inscripción no es exigible para la validez del poder, por lo que ningún juez puede exigir que se acredite la inscripción registral del poder otorgado por escritura pública, siendo suficiente la presentación del testimonio correspondiente o copia certificada del mismo.

4. FACULTADES GENERALES DE REPRESENTACIÓN

Los artículos 74 y 75 del CPC, regulan lo referente a las facultades generales y especiales de representación, y creemos que ambos se relacionan y complementan.

El artículo 74 del CPC, establece que “la representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas”. Esta norma

desde un inicio nos indica que, con la sola designación de un apoderado judicial, que configura la representación judicial el apoderado podrá ejercer las atribuciones y potestades generales que corresponden a su representado; exceptuando aquellas facultades para las que la ley exija facultades expresas.

Esto quiere decir que partimos de que la generalidad en el otorgamiento de facultades es la regla, siendo que la exigencia de facultades expresas o especiales debe estar necesariamente establecida en la ley. Pero la pregunta que surge es: ¿para qué actos facultan las atribuciones y potestades generales? La respuesta la podemos encontrar a continuación en el artículo 74, cuando establece que: “La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado”.

Esta parte de la norma define los alcances de las facultades generales de representación en términos de tiempo de duración, y cobertura de actos, según los siguientes criterios:

(i) *Tiempo de duración*: La norma establece que las facultades generales de representación se otorgan para todo el proceso, comprendiendo la etapa de ejecución de sentencia y el cobro de costas y costos. Esto significa que el apoderado puede ejercer la representación durante todas las etapas del proceso, sin que sea necesario que se precise de manera expresa en el poder la duración del mismo.

Esta norma implica una presunción, es decir, si el poderdante no dice nada al respecto la duración del poder se entiende en estos términos; sin embargo, que pasaría si el litigante que otorga poder, dentro de los límites de la autonomía privada, decide establecer una duración distinta (por ejemplo, otorga poder solo para la etapa postulatoria). Creemos que en este supuesto se aplicaría lo dispuesto en el artículo 79 del CPC, entendiéndose como una revocación del poder por decisión del representado, y el término de la representación solo tendría efectos desde el momento en que el representado y otro apoderado comparezca. Mientras tanto el juez podrá seguir el trámite del proceso con el mismo apoderado, a fin de no entorpecer ni dilatar el avance del mismo.

(ii) *Cobertura de actos*: La norma determina que las facultades generales legitiman al apoderado para la realización de todos los actos del proceso, salvo dos excepciones: la primera se encuentra al inicio del artículo 74, es decir, aquellos actos que por ley exijan facultades expresas; y la segunda referida a los actos que requieran la intervención personal y directa del representado.

Podemos observar que la regla inicial o punto de partida son las facultades generales; es decir, el apoderado puede realizar todos los actos del proceso; y solo como excepción y por ley se establecerá en qué casos se requieren facultades especiales. Más adelante desarrollaremos con más detalle las facultades especiales.

La segunda excepción son los actos que requieran la intervención personal y directa del representado, por ejemplo, si se ordena la toma de una muestra para una prueba de ADN. En este caso, es evidente que el apoderado no podrá ejercer la representación para dicho acto procesal. Otro ejemplo de un acto que debe ser realizado de manera personal es la declaración de parte, ya que se trata de una prueba que tiene por finalidad obtener información directa de la parte, que perdería sentido si la presta un representante. Sin embargo, el artículo 214 del CPC, establece que de manera excepcional el juez puede autorizar que el apoderado de una persona natural rinda la declaración de parte si no se afecta la finalidad de la prueba. Es muy difícil que se aplique esta excepción, porque siempre se afectaría la finalidad de la prueba.

En conclusión, podemos resumir diciendo que las facultades generales de representación procesal, autorizan al apoderado a realizar todos los actos del proceso, desde el inicio hasta la ejecución del mismo; con excepción de aquellos actos que por ley requieren autorización expresa (facultades especiales) y aquellos actos que sean personalísimos.

5. FACULTADES ESPECIALES DE REPRESENTACIÓN

Hemos visto en el punto anterior como las facultades generales de representación son la regla general (valga la redundancia), las cuales se ven limitadas por la determinación legal de ciertos actos procesales que requieren necesariamente de facultades expresas, las cuales vendrían a ser las facultades especiales.

Tanto los artículos 74 como el 75 coinciden en precisar que para la determinación de los casos en que se requiere facultades especiales de representación, debe existir una norma legal. El artículo 74 dice textualmente “salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas”, mientras que el artículo 75 después de detallar una lista de actos que requieren facultades especiales, termina estableciendo “para los demás actos que exprese la ley”.

En consecuencia, de las dos disposiciones citadas podemos afirmar que existe un principio de legalidad para la determinación de los casos en que se exija facultades especiales de representación. Es decir, que solo y únicamente mediante ley se pueden establecer excepciones a la regla general de facultades generales de representación.

En esa línea, el artículo 75 del CPC, precisa una lista de actos procesales para los cuales se requieren facultades especiales de representación, que son los siguientes:

- Actos de disposición de derechos sustantivos.
- Demandar y reconvenir.
- Contestar demandas y reconveniones.
- Desistirse del proceso y de la pretensión.
- Allanarse a la pretensión.
- Conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso.
- Sustituir o delegar la representación procesal.

Observamos que los actos para los cuales la ley establece la exigencia de facultades especiales tienen que ver con la determinación de la litis, como son la demanda, reconvenición, contestación de demanda y contestación de reconvenición, actos que impliquen una terminación anticipada del proceso como son el desistimiento del proceso y la pretensión, el allanamiento, la conciliación, transacción y sometimiento al arbitraje; y actos que tengan por finalidad sustituir o delegar la representación.

A propósito hemos dejado al final los actos de disposición de derechos sustantivos, ya que consideramos que se trata de una facultad que, de alguna manera, está relacionada con todos los demás actos detallados en la relación. Ello porque la determinación de la litis y la terminación anticipada del proceso implican que en cierta medida se disponga de derechos sustantivos, ya que al plantear la pretensión o contestar la demanda, al desistirse o transigir, el apoderado estará disponiendo de los derechos sustantivos. Por ejemplo, si el apoderado ejerciendo la facultad especial de demandar plantea una pretensión indemnizatoria por un monto X, estará disponiendo del derecho del representado, pues la determinación del monto indemnizatorio no podrá ser modificada posteriormente, y el demandante representado bien podría haber planteado un monto mayor.

La exigencia de facultades especiales para actos de disposición de derechos sustantivos nos obliga a preguntarnos: ¿en qué otros actos procesales se pueden dar en el proceso disposición de derechos sustantivos a fin de determinar si se requiere o no el otorgamiento de facultades especiales? Por ejemplo, el desglosar un certificado de depósito del expediente ¿constituye un acto de disposición de derechos sustantivos? La respuesta a esta pregunta determinará si es exigible

o no el otorgamiento de una facultad especial para este fin. Este tema es delicado, pues si el juzgado endosa el certificado a nombre del apoderado, este podrá cobrar el dinero en efectivo en el banco y disponer del mismo; lo cual podría eventualmente perjudicar al representado.

Sin embargo, creemos que la protección de la ley no debe ir hasta ese extremo, pues la entrega a nivel procesal de un certificado de depósito no implica un acto de disposición por parte del apoderado e incluso el artículo 74 del CPC, establece que las facultades generales autorizan al apoderado para el cobro de costos y costas. En el caso de cobranza de un certificado de depósito, surge la obligación del apoderado de entregar el dinero a su representado, y en caso de no hacerlo incurriría en el delito de apropiación ilícita; por lo que ya existe una protección del sistema jurídico en dichos casos.

En ese orden de ideas, creemos que la facultad de disposición de derechos sustantivos, por ser muy genérica e imprecisa, debe interpretarse dentro de los alcances de las facultades especiales detalladas en el artículo 75 del CPC; en aplicación del principio de interpretación que establece que las normas que restringen derechos y establecen excepciones deben interpretarse restrictivamente.

6. PRINCIPIO DE LITERALIDAD

El artículo 75 del CPC, en su parte final, establece que: "El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente".

Este principio se explica por sí solo, en el sentido que el poder de representación en el que se otorgan facultades especiales, debe ser interpretado dentro de los alcances de su texto literal, y no puede presumirse el otorgamiento de facultades especiales.

En la práctica han surgido problemas en la aplicación de este principio, pero estos no residen en el entendimiento de los alcances de que es literalidad. El problema está en la determinación de lo que se entiende por facultades especiales, pues a nivel operativo judicial se tiende a aplicar el principio de literalidad a facultades que, según lo explicado anteriormente en este comentario, no son especiales, sino generales.

Ya dijimos que las facultades generales son la regla general y las especiales son la excepción (que deben estar necesariamente establecidas en una ley). Pero en la práctica ocurre que en la redacción de poderes en los que se otorgan facultades de representación procesal se tiende a hacer una lista interminable de actos procesales; y quienes los redactan se sustentan en que es necesario hacerlo en

virtud del principio de literalidad. Como consecuencia de ello, nos encontramos en ocasiones con jueces que quieren ver literalmente en el poder facultades para cada uno de los actos procesales que existen en un proceso.

Por ejemplo, como apoderado de un demandante solicito el desglose de un certificado de depósito de costos procesales y el juez rechaza mi pedido porque en el poder no dice literalmente que puedo recoger certificados de depósito. En otro caso, se contestó una demanda de divorcio adjuntando un poder en el cual se otorgaba la facultad de contestar la demanda, pero el juez observa la contestación porque en el poder no dice literalmente que tenga facultades para “contestar demandas de divorcio”. El apoderado asiste a una audiencia de pruebas y el juez no permite su participación porque el poder no contempla literalmente la facultad de participar en audiencias de pruebas.

Estos tres ejemplos han sido recogidos de casos reales, lo cual nos demuestra que los alcances del concepto de facultades especiales no han sido comprendidos a cabalidad. Ello ocasiona que el principio de literalidad, que debe ser aplicado solamente en dichos casos, sea aplicado en supuestos de facultades generales, en los cuales basta con la sola designación del apoderado sin especificar qué actos procesales podrá realizar. Frente a este tipo de situaciones, lo primero que debemos preguntarnos es: ¿establece la ley, expresamente, que deba exigirse facultades especiales en el caso observado por el juez? Si la exigencia del juez no se sustenta en ninguna norma legal que determine la facultad especial entonces el principio de literalidad no es aplicable y estamos en todo el derecho de impugnar la decisión judicial.

Sin embargo, la mayor parte de las veces estas observaciones judiciales sin sustento suceden, resulta más eficiente en la práctica aceptar a regañadientes la observación del juez y subsanarla que ir a un procedimiento impugnatorio que nos puede llevar meses hasta que se resuelva. Ello ocasiona que no tengamos muchas decisiones de segunda instancia firmes al respecto.

7. ACEPTACIÓN DE PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO

A diferencia de lo establecido en el artículo 71 del CPC, el artículo 73 establece que la aceptación del poder de representación judicial otorgado en el extranjero —debidamente traducido de ser el caso— debe ser realizada de manera expresa por el apoderado en el escrito a través del cual comparezca por primera vez en el proceso.

En nuestra opinión no encontramos justificación para hacer esta diferenciación entre el poder otorgado en sede nacional y el poder otorgado en el extranjero. Creemos que es innecesario el incluir una fórmula de aceptación expresa en

el escrito de comparecencia, ya que se sobreentiende que, al igual que el caso del poder otorgado en el Perú, al ejercer la representación existe una aceptación tácita.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁVILA NANARRO, Pedro (1992): *La representación con poder*, 1ª ed. Madrid: Civitas; BARRERA GRAF, Jorge (1967): *La representación voluntaria en Derecho Privado*. México DF: UNAM-Instituto de Derecho Comparado; COUTURE, Eduardo J. (1944): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ediar; HINOSTROZA MINIGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se ha inobservado que la documentación presentada que provenga del extranjero, como lo es el poder de representatividad, debe cumplir para su validez previamente con la solemnidad del caso como es su visado por la autoridad Consular peruana en Santiago de Chile al haber sido expedido dicho documento por autoridad extranjera, no siendo procedente lograr su eficacia con una mera legalización notarial (*Cas. N° 2384-2005-Taena*).

Si el poder que otorgado por una empresa a su representante no se encuentra formalmente inscrito en la Oficina de los Registros Públicos, pero sí del testimonio de otorgamiento de poder, se puede apreciar que la representante de la entidad demandada, delega facultades generales y especiales de representación a favor de los abogados, las cuales no fueron conferidas únicamente para ejercer la representación procesal en procesos jurisdiccionales, no jurisdiccionales, de carácter administrativo o arbitral, entonces resulta aplicable lo dispuesto en el 72 del CPC (Código Procesal Civil), donde se establece que el poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública por acta ante el Juez del proceso, y para su eficacia procesal no requiere estar inscrito en los Registros Públicos (*Cas. N° 2346-2003-Ica*).

Resulta evidente que la voluntad de la empresa recurrente siempre fue de que la persona que contestó la demanda la represente para todos sus operaciones comerciales en el Perú y ante toda autoridad, en especial la judicial, ante la cual lógicamente, estando al fin del poder, se materializará dentro de un proceso judicial consistente en conflictos jurídicos derivados de las citadas relaciones comerciales; actuando eso sí con facultades generales, las que son suficientes para contestar demandas (*Cas. N° 164-2002-Lima*).

Las facultades especiales, tales como allanarse, desistirse de la pretensión, conciliar, entregar contracautelas reales o personales y transigir, implican en esencia, supuestos que pueden involucrar, comprometer y disponer del patrimonio del representado; sin embargo, si se indicó que el poder que se otorgaba no facultaba para el reconocimiento o constitución de obligaciones, se concluye que al apoderado se le otorgaron facultades para disponer de los derechos sustanciales de la representada a través de la transacción y de los demás actos de connotación procesal indicados, solo prohibiéndosele reconocer o constituir obligaciones mediante otros actos no previstos taxativamente, por lo que no habiendo límite alguno para realizar la transacción, el juzgador hizo bien en homologarla (*Cas. N° 2135-2005-Lima*).

Artículo 76**Apoderado común**

Cuando diversas personas constituyan una sola parte, actuarán conjuntamente. Si no lo hicieran, el juez les exigirá la actuación común o el nombramiento de apoderado común en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlo por ellos.

La resolución que contiene el nombramiento es título que acredita la personería del apoderado común, el que necesariamente será uno de los abogados.

La negativa de una persona a la designación de apoderado común o a continuar siendo representada por él, es mérito suficiente para que litigue por separado.

La revocación del poder o renuncia del apoderado común, no surte efecto mientras no se designe uno nuevo y este se apersona al proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 1, V, 58, 68, 93, 436.

Artículo 77**Sustitución y delegación del poder**

El apoderado puede sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello.

La sustitución implica el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla; la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación.

La actuación del apoderado sustituto o delegado obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas.

La formalidad para la sustitución o la delegación es la misma que la empleada para el otorgamiento del poder.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 68, 72-75.

Artículo 78**Cese de la representación judicial**

La representación judicial termina por las mismas razones que causan el cese de la representación o del mandato. Sin embargo, la ejecución de un acto procesal por el representado, no supone la revocación del poder, salvo declaración explícita en tal sentido.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 149, 1801; C.P.C. arts. 68, 79.

Artículo 79**Efectos del cese de la representación**

En todo caso de finalización de representación que tenga su origen en la decisión del representado capaz de actuar por sí mismo, cualquiera que fuera la causal de cese, este solo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio de nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior.

Cuando el cese de la representación judicial tenga su origen en decisión del apoderado, cualquiera que fuera la razón, surte efecto cinco días después de notificado personalmente el representado u otro cualquiera de sus apoderados, bajo apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía.

En caso de muerte o declaración de ausencia, incapacidad sobrevenida del representante o del apoderado, remoción o cese de nombramiento del representante legal de un incapaz y circunstancias análogas, se suspenderá el proceso por un plazo máximo de treinta días, mientras se designa representante o curador procesal.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 149; C.P.C. arts. 55, 61 inc. 3, 66, 78, 108 inc. 1, 320, 458.

Juan Domingo Vega Fernández

1. INTRODUCCIÓN

En el presente comentario se analizan los artículos 76 a 79 del CPC, los cuales regulan aspectos concernientes al apoderado común de un litisconsorcio necesario, la sustitución y delegación de la representación procesal voluntaria, el cese de la representación y sus efectos.

Antes de pasar al análisis técnico de las diferentes figuras procesales contenidas en los artículos bajo comentario, quiero destacar la importancia de comprender adecuadamente los alcances de la representación común de un litisconsorcio necesario, tema que será tratado en detalle en este trabajo; a fin de evitar encontrarnos con situaciones prácticas en las que se vulnera el derecho de defensa de los litigantes, como ocurrió, por ejemplo, en la STC Exp. N° 1622-2010-PA/TC; en la cual el Tribunal Constitucional considera que, al haberse emplazado con la demanda al representante de una sucesión indivisa, se entiende que se ha emplazado a todos los miembros de la sucesión, por tratarse de un apoderado común y, por tanto, no se vulnera el derecho de defensa. Veremos más adelante como esta decisión no recoge adecuadamente los fines de la herramienta procesal del apoderado común, y a nuestro entender sí trasgrede el derecho de defensa.

Asimismo, trataremos aspectos prácticos del cese de la representación, los casos en que opera dicho cese, y sus consecuencias jurídicas en el proceso civil. Veremos también la peculiar figura de la rebeldía, en los casos en que el apoderado no sea reemplazado; y los efectos de dicha rebeldía.

Iniciaremos el comentario de este conjunto de artículos desarrollando algunos conceptos básicos que nos permitan comprender las regulaciones que contienen, tales como capacidad, capacidad de goce, capacidad de ejercicio, capacidad procesal y representación. Luego pasaremos a comentar de manera específica las regulaciones contenidas en los artículos bajo comentario.

2. EL LITISCONSORCIO

Para comentar el tema del apoderado común, es imprescindible que antes recordemos el concepto de litisconsorcio; figura procesal que se da cuando existe pluralidad de personas dentro de una misma parte; es decir, dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o como demandados. Esta participación conjunta ocurre, según lo definido por nuestro CPC, porque los sujetos que conforman una parte tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de un sujeto puede afectar a otro sujeto.

Estamos, por tanto, frente a un caso de pluralidad de sujetos dentro de una misma parte. Ahora bien, el vínculo o relación entre las personas que conforman la parte puede ser más o menos estrecho o fuerte. Si el vínculo es muy estrecho o fuerte, de tal manera que cualquier decisión que tome el juez en el proceso afectará de manera uniforme a todos los litisconsortes que constituyen la parte, entonces estaremos ante un litisconsorcio necesario. En este caso, las decisiones del juez solo serán válidas si comparecen o han sido emplazados (según se trate de litisconsorcio activo o pasivo) todas las personas que conforman el litisconsorcio necesario.

Por otro lado, existen otros casos en los que, si bien puede existir pluralidad de personas en una parte que tienen pretensiones conexas, el vínculo entre ellas no es tan fuerte, por lo que no es obligatorio que litiguen juntas, siendo facultad de ellas el participar o no en el proceso. En el caso que un sujeto decidiera participar como litisconsorte facultativo en un proceso, será considerado como un litigante independiente y sus actos no favorecerán ni perjudicarán a los demás.

Para efectos del tratamiento del concepto de apoderado común nos centraremos solamente en la figura del litisconsorcio necesario; que es el presupuesto para la aplicación de dicha herramienta procesal.

3. APODERADO COMÚN

Como ya se afirmó en el punto anterior, la figura procesal del apoderamiento común o representación procesal voluntaria común, se configura cuando estamos frente a un supuesto de litisconsorcio necesario, sea activo o pasivo. Si en un proceso la parte demandante o la parte demandada están conformadas por dos o más personas que litigan en común, y cuya relación es tan estrecha que no podrá emitirse una decisión válida sin la participación de todos ellos, los litisconsortes deben actuar conjuntamente, y si no lo hicieren, entonces puede darse la exigencia de la figura del apoderado común.

Esta herramienta consiste en que todos los miembros que conforman una parte, demandante o demandada, sean representados en conjunto por una sola persona quien presentará los escritos por sus representados y será notificado con las resoluciones que se expidan; con la finalidad de hacer la tramitación del proceso más eficiente, reduciendo el número de emplazamientos, y actos procesales que, de no existir el apoderado común, tendrían que hacerse por cada uno de los sujetos participantes.

Es importante precisar que la herramienta procesal regulada en el artículo 76 solo se aplicará en los casos en que ya se haya instaurado una relación jurídica procesal que involucre un litisconsorcio necesario; y no es aplicable cuando recién se pretenda iniciar una demanda que vaya dirigida contra varias personas que conformarán un litisconsorcio necesario. En este caso, necesariamente deben comparecer todos los demandantes en conjunto o emplazarse a cada uno de los demandados por separado, en aplicación de la norma establecida en el artículo 93 del CPC.

Puede darse el caso que los litisconsortes necesarios activos otorguen un poder por escritura pública en conjunto a un solo representante, a quien faculden de manera especial para iniciar una demanda; con lo cual se estará cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 93 citado, pues todos los demandantes estarían compareciendo a través de dicho apoderado; pero este apoderamiento debe darse de manera formal, conforme a las normas establecidas, antes del inicio del proceso; por lo que una vez iniciado el mismo ya no sería necesario que el juez exija el nombramiento de dicho apoderado.

Sin embargo, en el caso del litisconsorcio necesario pasivo, la posibilidad de emplazar al apoderado común de varios demandados en una acción recién instaurada, está restringida; pues el artículo 436 del CPC establece que “el emplazamiento podrá hacerse al apoderado, siempre que tuviera facultades para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de competencia del juzgado”. Es decir, para que esta figura pueda darse, además de existir un poder especial otorgado al apoderado común por todos los litisconsortes, con la facultad literal de ser emplazado

como demandado en procesos nuevos; necesariamente todos los otorgantes de dicho poder deben residir fuera de la competencia del juzgado donde se interpone la demanda; pues si uno de ellos reside dentro de la competencia, también tendrá que ser emplazado con la demanda de manera independiente, aun cuando haya otorgado el poder.

4. FINALIDAD DE LA FIGURA DEL APODERADO COMÚN

Creemos que la razón principal para que el legislador haya incorporado la figura del apoderado común, como exigencia a los litigantes que participan como litisconsortes necesarios; se sustenta en la aplicación del principio de economía procesal. Un proceso puede volverse ineficiente y engorroso si se debe notificar a varias personas, y el juez tiene que proveer los escritos presentados por un conjunto de sujetos, los cuales muchas veces vienen en el mismo sentido.

Este problema no se siente si, por ejemplo, los demandados son dos o hasta tres; pero si tenemos a más de tres demandados, la calificación de cada escrito presentado por los litisconsortes y la notificación de cada acto procesal podría llevarnos semanas; con lo cual la duración del proceso se dilataría de manera muy significativa, desgastando muchos recursos en trámites operativos que podrían hacerse en conjunto.

El principal beneficiado con la aplicación de la exigencia del apoderado común sería la contraparte, pues no tendría que esperar los tiempos muertos de notificación, y se reducirían los costos de cédulas de notificación.

En la práctica vemos que esta herramienta no es muy usada por los litigantes cuando se tratan de litisconsorcio necesarios de dos o tres personas; pero la ley no establece ningún límite de número de personas, por lo que bastaría con la pluralidad, así sea de dos; para pedir la aplicación de la exigencia de apoderado común.

5. TRÁMITE DE LA DESIGNACIÓN DE APODERADO COMÚN

En principio, el artículo 76 bajo comentario establece la exigencia que los litisconsortes necesarios deban actuar conjuntamente. Es decir, los sujetos que constituyen un litisconsorcio necesario deberían presentar un solo escrito en conjunto.

Si la actuación conjunta no se da y cada litisconsorte ejercita su derecho de defensa independientemente, presentando escritos por separado, el juez les exigirá la actuación en conjunto o el nombramiento de apoderado común en el plazo de 10 días; bajo apercibimiento de designarlo por ellos. Entendemos que esta exigencia será realizada por el juez a pedido de la contraparte; sin embargo, no

se descarta que un juez pueda, en aplicación del principio de impulso de oficio contenido en el artículo I del Título Preliminar del CPC; y el principio de economía procesal contenido en el artículo V del CPC; aplicar de oficio la exigencia establecida en el artículo 76. La exigencia de oficio, se concibe dentro de una concepción publicista del proceso, ya que la simplificación de los trámites en el proceso no solo beneficiará a los litigantes, sino también al Poder Judicial reduciendo la carga procesal.

Es preciso aclarar que el pedido de actuación en conjunto o designación de apoderado común en los casos de litisconsorcio necesario pasivo, solo procederá respecto de aquellos demandados litisconsortes que no hayan sido declarados rebeldes; pues para aquellos que estén en rebeldía se aplicarán las normas que regulan dicha figura procesal.

Frente a la exigencia del juez para la actuación en conjunto o la designación de apoderado común, pueden darse los siguientes supuestos:

- a) Los litisconsortes necesarios deciden actuar en conjunto.- En este supuesto, los litisconsortes presentan un escrito en conjunto, firmado por todos, y señalan un domicilio procesal común donde se les notificará con todas las resoluciones. Asimismo, designarán a un abogado o abogados en común que asumen su defensa. En este caso, se cumple con la exigencia del juez, y el proceso transcurrirá de una manera más ágil.
- b) Los litisconsortes necesarios deciden designar un apoderado común.- Para lo cual comunican al juzgado la designación de dicho apoderado, acompañando el documento formal de nombramiento de apoderado, cumpliendo las normas pertinentes.
- c) Los litisconsortes notificados con el requerimiento del juez no responden ni se pronuncian.- En este caso, el juez podrá aplicar el apercibimiento de designación de apoderado común, el cual tendrá que ser necesariamente uno de los abogados de los litisconsortes.
- d) Alguno de los litisconsortes notificados con el apercibimiento del juez manifiesta su voluntad aceptando la designación de apoderado común y propone a su abogado.- Ante este supuesto el juez, procederá a designar al apoderado común, para lo cual podría tomar en consideración la propuesta del litisconsorte.
- e) Alguno de los litisconsortes manifiesta su negativa a que se le designe un apoderado común y prefiere litigar por separado.- En este caso, en aplicación de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 76 del CPC, que establece que "La negativa de una persona a la designación de apoderado

común o a continuar siendo representada por él, es mérito suficiente para que se litigue por separado”; el juez deberá aceptar la voluntad del litigante, y en todo caso procederá a designar apoderado común de los litisconsortes que no se negaron a tener un apoderado común, siempre y cuando sean dos o más personas.

- f) Todos los litisconsortes manifiestan su negativa a que se les designe un apoderado común.- En este caso, el juez debe aplicar la norma citada en el punto anterior y aceptar la voluntad de los litigantes; por lo que no podrá designar apoderado común.

Respecto a los puntos 5.5. y 5.6., debemos destacar que el artículo 76 no exige que la negativa de los litigantes a que se les nombre apoderado común sea sustentada. Por el contrario, prescribe que la sola negativa es mérito suficiente para que se litigue por separado; por lo que el juez no podrá valorar si dicha negativa tiene fundamento o si existe mala fe de por medio para vulnerar el principio de economía procesal. En todo caso, la ley presume la buena fe de los litigantes y pondera más el derecho a ejercer su defensa de manera independiente.

6. REVOCACIÓN DEL PODER O RENUNCIA DEL APODERADO COMÚN

La revocación del poder de un apoderado surtirá efectos desde el momento en que todos los litisconsortes representados designen a uno nuevo y este se aperse al proceso. En este supuesto es indiferente que el apoderado haya sido nombrado por los litisconsortes de manera voluntaria o haya sido designado por el juez siguiendo el trámite explicado en el punto anterior. Bastará con que todos los litisconsortes se pongan de acuerdo y decidan revocar el poder y nombre a un nuevo apoderado común.

En el caso de la renuncia, si bien el Código no lo precisa, tendría que darse un trámite similar al de designación de apoderado común. Es decir, el juez tendrá que notificar a los representados para que designen a uno nuevo, bajo apercibimiento de designar uno nuevo entre los abogados de los litisconsortes.

El problema se presentaría si ninguno de los abogados de los litisconsortes acepta pues la norma establece que el apoderado común necesariamente debe ser uno de los abogados. En este caso creemos que el juez tendría que continuar el proceso con los litisconsortes litigando cada uno por separado, a fin de evitar dilatar el proceso, lo cual significaría contravenir el principio que se quería proteger.

7. SUSTITUCIÓN Y DELEGACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL VOLUNTARIA

La sustitución y la delegación de poder son dos herramientas cuya finalidad es que la persona a quien se le han otorgado facultades de representación procesal voluntaria, pueda a su vez designar a un tercero para que asuma dicha representación en su lugar.

Esta posibilidad implica que el representado le haya conferido de manera expresa al representante la facultad especial de designar a un tercero para que asuma la representación, sea vía una sustitución o una delegación. Por tratarse de una facultad especial, se aplica en este caso el principio de literalidad comentado en artículos anteriores.

La diferencia entre la sustitución y la delegación es que, en la primera, el apoderado que designa a un sustituto ya no podrá reasumir la representación nuevamente, es decir, es definitiva; mientras que la delegación de la representación implica que el apoderado designe a un tercero de manera temporal, pudiendo luego revocar dicha delegación y reasumir la representación del poderdante.

Tanto en el caso de la sustitución como de la delegación, el tercero a quien se designe como apoderado, actuará dentro de los límites de las facultades conferidas en el poder original otorgado por la parte representada.

Asimismo, tanto la delegación como la sustitución se otorgarán respetando las mismas formalidades establecidas para el otorgamiento del poder de representación, según lo establecido en los artículos 72, 73, 74 y 75 del CPC.

8. CESE DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL VOLUNTARIA

El artículo 78 del CPC, bajo comentario establece que la representación judicial termina por las mismas razones que causan el cese de la representación o del mandato. Es decir, que la norma procesal nos deriva a las normas civiles que regulan el cese de la representación y el contrato de mandato; por lo que nos toca desarrollar cuales son estos supuestos de cese aplicables al proceso civil, en concordancia con lo establecido en el artículo 79 del CPC, que regula los efectos del cese de la representación.

Al respecto, debemos comentar que en el Título III del Libro II del CC, el cual regula la institución jurídica de la representación, no se incluye una norma específica que detalle las causales de cese de la representación, pero del texto de sus diferentes artículos se puede colegir la regulación de dos causales: la revocación y la renuncia. Por su parte, en el Capítulo IV del Título IX del Libro "Fuentes de las obligaciones" del mismo Código, se regula el contrato de mandato. En

esta parte se incluye el artículo 1801 que establece como causales de extinción del mandato la ejecución total del mandato, el vencimiento del plazo de contrato, la muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario.

A continuación, desarrollaremos cada una de las causales que se aplican al caso concreto de la representación procesal voluntaria.

8.1. Cese por revocación de la representación

La revocación es el acto por el cual el propio representado manifiesta su voluntad de poner término a la representación. En las normas civiles la revocación puede ser expresa, mediante la manifestación de voluntad directa del representado; o tácita, mediante la designación de un nuevo representante o la ejecución del acto jurídico por parte del representado.

En el caso de la representación procesal, el artículo 78 bajo comentario, establece que la ejecución de un acto procesal por el representado no supone la revocación del poder, salvo declaración explícita en tal sentido. Es decir, la norma procesal de alguna manera requiere de una declaración expresa para la revocación de la representación; y además exige que, para que dicha revocación surta efectos, la parte debe comparecer al proceso por sí o por medio de apoderado. La necesidad de requerir una revocación expresa, se deriva también del hecho que la norma permite la pluralidad de apoderados, quienes según disposición del artículo 68 actúan de manera indistinta. En ese sentido, si no existe una manifestación clara del poderdante de dejar sin efectos un poder; podría asumirse que está nombrando un representante adicional para el mismo proceso.

En la práctica, se entiende que para que surta efectos una revocación, la parte que la realiza debe presentar un escrito ante el juzgado en el cual precise expresamente que deja sin efectos la representación y comparece por sí misma, señalando su domicilio procesal y pidiendo que se entienda con él en adelante el proceso. Si la parte sólo presenta un escrito cumpliendo con un acto procesal, no se entenderá que existe revocación, conforme lo explicado en el párrafo anterior.

Surge la duda de si es suficiente un escrito simple presentado por el poderdante, para dejar sin efectos un poder de representación otorgado mediante escritura pública; o si es necesario que el poderdante revoque dicha representación mediante la misma formalidad. Nuestra opinión es que no es necesaria la formalidad indicada, en el caso que el mismo poderdante comparezca al proceso y pida que se continúe el proceso con él, dejando sin efecto la representación. La norma no pide mayor formalidad para este acto; y, por el contrario, en la parte final del primer párrafo del artículo 79 establece que la revocación surtirá efectos desde la

comparecencia, “independientemente de la fecha o forma en que el cese le haya sido comunicado al anterior apoderado”.

Diferente es el caso en que el poderdante designe un nuevo apoderado y este comparezca al proceso; pues en dicho supuesto sí se debe cumplir con la formalidad exigida para el otorgamiento de la representación; y el nuevo apoderado deberá comparecer al proceso, presentado un escrito apersonándose y adjuntando el testimonio de escritura pública donde se exprese la revocación del poder anterior y el otorgamiento de facultades a su persona. Si no se expresará literalmente la revocación del anterior poder, podría entenderse que la designación del nuevo apoderado generaría una pluralidad de apoderados, aplicándose lo establecido en el artículo 68 del CPC ya comentado anteriormente.

8.2. Cese por renuncia del apoderado

El supuesto de renuncia implica que la representación se acaba por decisión voluntaria del representante. En este caso, la norma procesal establece que la renuncia surte efectos cinco días después de notificado el poderdante o cualquiera de sus apoderados.

No se establece ninguna formalidad para que el apoderado concrete su renuncia a la representación, por lo que se entiende que bastará con que este presente un escrito ante el juez de la causa manifestando su voluntad de renunciar. El plazo de los cinco días hábiles establecidos no se computa desde la fecha de presentación del escrito, sino desde la fecha en que el juez notifica al representado con dicha renuncia, por lo que dependiendo del tiempo que el juez tarde en proveer el escrito de renuncia, emitir la resolución correspondiente, y diligenciar la notificación, podrían transcurrir un plazo mucho mayor.

Con la finalidad de evitar que el proceso se dilate debido a que el poderdante no cumpla con designar a un nuevo apoderado o comparecer por sí mismo, la ley establece que el juez incluirá en la resolución el apercibimiento de seguir el proceso en rebeldía.

La rebeldía que se genere en aplicación de este apercibimiento no generará las mismas consecuencias que la rebeldía declarada por falta de contestación de demanda, pues puede darse el caso que la demanda ya haya sido contestada, o incluso que ya se hayan actuado las pruebas en audiencia. Se entiende que la rebeldía que se declare en estos casos, solo tendrá el efecto que las notificaciones que se expidan en adelante deberán notificarse en el domicilio real de la parte que estaba siendo representada por el apoderado renunciante.

Comentario aparte merece la parte del artículo 79 que establece que la renuncia del apoderado puede ser notificada a otro cualquiera de los apoderados del representado. La pregunta que surge es si estos otros apoderados deben estar apersonados en el proceso; pues si esto fuera así, se entiende que el proceso continuará con ellos, y no sería necesario el apercibimiento de continuar el proceso en rebeldía. Si los otros apoderados no estuvieran apersonados en el proceso, de qué manera el juez sabría de su existencia; y en todo caso porque los notificaría a ellos en vez que al representado de manera directa. Creemos que se trata de un supuesto un poco forzado, difícil de darse en la práctica.

8.3. Muerte, declaración de ausencia o incapacidad sobrevenida del representante o del apoderado

En este supuesto de cese la ley diferencia entre representante y apoderado, entendiendo el primer caso como la representación legal y el segundo caso como la representación procesal voluntaria que venimos comentando. Se trata de que el apoderado fallezca, sea declarado ausente o incapaz. El primer problema que este supuesto genera es ¿Quién debe informar al juzgado sobre la ocurrencia de esta causa de cese? En la práctica, si el poderdante se entera de estos hechos, de inmediato debe comparecer al proceso o nombrar un nuevo apoderado, pues caso contrario se encontraría en estado de indefensión. Si es la contraparte quien se entera de la ocurrencia de esta causal, debería informar de inmediato al juez de la causa, pues de no ser así estaría vulnerando el derecho de defensa del representado, quien estaría en estado de indefensión al no tener a alguien que represente sus intereses.

Surge la duda de porqué suspender el proceso por 30 días en estos casos. Este plazo se entiende en los casos que se trate de un representante legal, pues la designación de uno nuevo podría demorar debido a los trámites legales que deban hacerse; pero en el caso de un apoderado creemos que debería ser el mismo plazo establecido en el caso de la renuncia de un apoderado. Es decir, el juez debe notificar al representado para que en el plazo de cinco días designe un nuevo apoderado. En ese sentido, al parecer la norma, al unir en un solo supuesto la representación legal y el apoderamiento, ha terminado dando un plazo más extenso en el segundo caso, el cual no tendría sustento.

8.4. Muerte del representado

La muerte del poderdante causa automáticamente el cese de la representación procesal voluntaria, pues al no existir el representado no habrá voluntad que representar.

En este supuesto se aplican las normas referentes a la sucesión procesal. Al respecto, el artículo 108 inciso 1 del CPC establece que fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor; y en caso los sucesores no comparezcan, el juez le designará un curador procesal; constituyéndose la figura de la representación legal.

Es deber del representante informar de manera inmediata al juez sobre la muerte de su representado, con la finalidad que dicho funcionario evite realizar actos procesales que posteriormente sean declarados nulos, por colocar en estado de indefensión a los sucesores legales del fallecido.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ÁVILA NANARRO, Pedro (1992): *La representación con poder*, 1ª ed. Madrid: Civitas; BARRERA GRAF, Jorge (1967): *La representación voluntaria en Derecho Privado*. México DF: UNAM-Instituto de Derecho Comparado; COUTURE, Eduardo J. (1944): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ediar; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2004): *Sujetos del proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En el proceso materia del recurso deducido, no se ha producido vulneración del derecho al debido proceso o restricción alguna del derecho de defensa del quejoso, más aun, cuando el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo ciento treinta y dos, Último párrafo, señala que la vista de la causa no puede ser aplazada por los abogados intervinientes, y que incluso es posible la sustitución del abogado en cualquier momento “hasta en el mismo acto del informe oral”, por lo que el nuevo abogado defensor del recurrente podía sin restricción alguna hacer uso de la palabra y no buscar como en su caso la notificación previa (*Queja N° 1075-2006*).

Cuando existan varios demandados que litigan en defensa de un patrimonio común, aquellos conforman una sola parte, por lo que deben designar un apoderado común. No habiéndolo hecho ni habiéndoseles requerido para ello, la expedición de una decisión válida está condicionada al emplazamiento de todos ellos (*Cas. N° 1625-97-Arequipa*).

El cese de la representación solo surtirá efectos desde que la parte comparece al proceso por sí o por medio del nuevo apoderado, con independencia de la fecha o forma en que el cese haya sido comunicado al anterior. Si de autos no aparece que la representada haya comparecido por sí misma, la representación judicial subsiste, situación que revela la validez de los actos procesales practicados en nombre de aquella. Si de autos no aparece que la representada haya comparecido por sí misma, la representación judicial subsiste al no darse el supuesto descrito en el artículo 79 del CPC, situación que revela la validez de los actos procesales practicados en nombre de aquella (*Exp. N° 67958-97*).

CAPÍTULO IV

REPRESENTACIÓN JUDICIAL POR ABOGADO, PROCURACIÓN OFICIOSA Y REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS

Artículo 80

Representación judicial por abogado

En el primer escrito que presenten al proceso, el interesado o su representante pueden otorgar o delegar al abogado que lo autorice las facultades generales de representación a que se refiere el artículo 74. En estos casos no se requiere observar las formalidades del artículo 72, pero sí que se designe el domicilio personal del representado y su declaración de estar instruido de la representación o delegación que otorga y de sus alcances.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 58, 72, 74; L.A. art. 37; L.O.P.J. art. 290.

A. Flavio Saavedra Dioses

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo regula la representación del abogado defensor en juicio, la cual se da mediante el escrito de apersonamiento, generalmente, en el primer escrito, esto es, con la interposición de la demanda o con la correspondiente contestación de la misma; dejando expresa constancia la parte procesal representada que se encuentra plenamente instruida de otorgar facultades de representación general a su abogado patrocinador.

Dicha medida se evidencia en la más fácil comunicación entre las partes procesales y los propios tribunales jurisdiccionales, los cuales precisamente también se encuentran integrados por abogados o profesionales del Derecho.

2. ASISTENCIA TÉCNICA DEL ABOGADO

En principio, dada la capacidad de actuación procesal que ostenta cada sujeto procesal podría implicar que la propia parte, el titular de su órgano de actuación o el representante de la parte incapaz realizaran en el proceso los actos que son propios de la parte procesal. No obstante, dado el carácter técnico-jurídico del instrumento procesal y de la materia especializada del proceso, el interés de las partes y

el del Estado en el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional han conducido, por regla general, a que los actos no los puedan realizar aquellas personas, sino unos técnicos o profesionales del Derecho que actúen por ellas (ORTELLS RAMOS, 2002: p. 146).

Por tanto, al considerarse el interés de las partes, así como el interés del propio Estado, la actuación de estos profesionales o técnicos del Derecho evitará o reducirá las posibilidades de que los actos procesales de las partes a las que asisten en el ejercicio de su derecho de defensa no se vean afectados por vicios de ignorancia o de error.

Caso contrario, la parte procesal no se encontrara siendo asistida por un abogado, no podría dictarse una sentencia sobre el fondo, al no haberse garantizado el derecho constitucionalmente protegido a la defensa.

3. PODERES GENERALES DE REPRESENTACIÓN AL ABOGADO

Tal como lo regula el propio artículo en comento, la regla general es el carácter preceptivo de la postulación mediante abogado, es decir, mediante el primer escrito (el cual, generalmente, es la demanda o la contestación de la demanda) se otorgarán facultades generales de representación al abogado patrocinador para todo el proceso, entendiéndose incluso para la ejecución de sentencia y el cobro de costas y costos del proceso, tal como lo preceptúa el artículo 74 del CPC.

Este poder general de representación que otorga el sujeto procesal a su abogado defensor no necesita de las formalidades *ad solemnitatem* regulado por el artículo 72 del CPC, esto es, escritura pública o acta legal ante el juez del proceso donde versa la controversia que se está dirimiendo (apoderamiento *apud acta* otorgado).

Sin embargo, si el justiciable lo que pretende es otorgar una representación con poderes especiales al abogado, entonces sí se deberán observar las formalidades del artículo 72 del CPC, además del principio de literalidad que rige para estos casos.

La aceptación de dicho otorgamiento de poderes generales de representación al abogado se corrobora con la firma de ambos, por lo que, en caso faltase la firma del abogado o del sujeto procesal representado, ergo, no podrá proveerse dicho escrito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ORTELLS RAMOS, Manuel (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2001): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir.: Andrés de la Oliva Santos). Madrid: Civitas; MORENO CATENA, Víctor (2005): "Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. N° 4.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Es válida la resolución que tiene por contestada la demanda, al no encontrarse impedido el letrado para efectuarlo en representación de su patrocinado. No se ha causado perjuicio alguno al demandante con el acto procesal viciado, ni tampoco ha dejado de realizar alguna defensa como consecuencia del supuesto vicio. Al no encontrarse la nulidad planteada sancionada por causal prevista se resuelve declarar infundada la nulidad (*Exp. N° 8133-2010*).

El art. 80 del Código Procesal Civil dispone que el otorgamiento de la representación judicial se ha de efectuar en el primer escrito que se presente al proceso; al no haberse observado dicha designación, resultó de plena validez los efectos que de dicha resolución se derivan, por el principio de convalidación contenido en el artículo 172 del Código Procesal Civil (no obstante de faltar algún requisito formal al acto procesal, esta, logra la finalidad para la que estaba destinada) (*Cas. N° 1004-2006-Junín*).

El abogado no requiere de poder otorgado por el interesado para interponer recursos impugnatorios como el de queja. Para el otorgamiento del aludido poder no se requiere de formalidad alguna, bastando que el interesado con un escrito exprese estar instruido de la delegación que otorga y de sus alcances, según el artículo 80 del CPC. No es de observancia lo dispuesto por el artículo 290 del LOPJ modificada por Ley N° 26624, pues las normas del CPC se aplican preferentemente respecto de la LOPJ (*Exp. N° N-291-97*).

La representación judicial del abogado, exige de la parte material o de su representante, siempre que este tenga facultad de delegación, que en el primer escrito que presente al proceso, exprese su voluntad de otorgar tal representación (*Cas. N° 1056-96-Lima*).

Artículo 81**Procuración oficiosa**

Se puede comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente.*
- 2. Que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes de comparecer este.*

Si no se produce la ratificación, se declarará 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.

Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 58, 68, 74, 412; C.P. Const. arts. 26, 40, 67, 84, 99, 109.

A. Flavio Saavedra Dioses

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que nuestro país no tenga un Colegio Profesional de Procuradores como sí ocurre, por ejemplo, en España, el CPC regula dicha representación a través de la figura del procurador, denominándola *procuración oficiosa*.

Ya de por sí, el término *oficioso* implica la actuación *ex officio* del órgano jurisdiccional, el cual permite la comparecencia en nombre de la persona de quien no se tiene representación judicial, con la finalidad de garantizar el derecho de defensa y el conocimiento de la litis instaurada, así como acortar los plazos procesales, lo cual redundará en un principio de economía procesal; aunque tal como

se verá más adelante, los términos en esta instancia regulados denotarían más la solicitud de parte, ya sea del representado o de la parte procesal contraria, pero no una designación de oficio por parte del órgano jurisdiccional, director del proceso.

2. EL CONCEPTO DE PROCURADOR

En la regulación de este artículo procesal, no se hace referencia a los *procuradores públicos*, entendidos como los abogados de los intereses del Estado, los cuales lo representan en las instancias procesales correspondientes o de la especialidad.

Por otro lado, aplicando el Derecho comparado, en la legislación española, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, refiere que la actuación de procurador es realizado a través de la designación especial por el Colegio de Procuradores (a diferencia de nuestro ordenamiento, en el cual no se requiere que el procurador sea profesional especialista en Derecho para la representación del procurado), quienes representan a la parte procesal interesada, la misma que ha solicitado ante el órgano jurisdiccional el auxilio judicial correspondiente, al no contar con los recursos económicos para la defensa de sus derechos e intereses dentro de un proceso.

Es por ello que, *el procurador*, dentro de la regulación del artículo en comento, puede ser definido como aquel representante procesal, que actúa e interviene ante el órgano judicial en nombre y por cuenta de la parte o procurado, presentando las peticiones y recibiendo las comunicaciones del tribunal y de las demás partes. Por tanto, no se le puede catalogar como un simple *colaborador de la administración de justicia*, aunque su quehacer se realice en esta órbita, pues lo que busca es la mejor representación de los derechos e intereses del representado o *dominus litis*, cumpliendo con las disposiciones legales que le sean aplicables como si fuese el propio sujeto procesal al cual está representando.

3. OBLIGACIONES DEL PROCURADOR

Una de las primeras obligaciones del procurador, en los que se concreta su representación activa, es el de seguir conociendo el asunto para el cual fue llamado mientras no cese en su representación. Con base en ello, el procurador debe realizar, como representante procesal de la parte, desde el acto de presentar la demanda hasta la última actuación que, en nombre de su patrocinado, deba hacerse durante el procedimiento.

Otra obligación del procurador es el de transmitir al abogado todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante, bajo las responsabilidades que las leyes se le imponen al mandatario.

Otra, es el de llevar las relaciones con los procuradores de las demás partes, lo que supone darles traslado de los escritos de su poderdante o del abogado.

Asimismo, el procurador tiene la obligación de comunicar inmediatamente al tribunal respectivo la imposibilidad de realizar alguna actuación que se le haya encomendado.

Finalmente, también tiene la obligación de abonar todos los gastos que se causaren a su instancia, a excepción de los gastos de abogado y de perito, salvo que el poderdante o procurado le haya entregado los fondos necesarios para su abono.

4. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA REPRESENTACIÓN POR PROCURADOR

A continuación se analizará los requisitos para la representación por procurador:

- a) *Impedimento del representado o procurado para comparecer por sí mismo ante la instancia:* a pesar que el CPC no diga nada al respecto, se deberá entender que la misma podrá ser solicitada por el propio interesado e incluso por personas relacionadas con el representado, las cuales deberán acreditar fehacientemente los supuestos de impedimento por los que el procurado no puede comparecer por sí mismo al proceso judicial, esto es, la acreditación de ausencia del país, la existencia de fundado temor o amenaza, situación de amenaza o de inminente peligro (causas objetivas), o cualquier otra causa análoga, dejando un *numerus apertus* por las cuales se podrá invocar la representación por procurador, pero siempre relacionadas a causas objetivas de impedimento de comparecencia procesal.
- b) *En caso de solicitud de la parte contraria, se deberá garantizar la ratificación del procurador dentro de los dos meses siguientes de asumida la gestión procesal por parte del procurador:* el Código adjetivo regula la posibilidad de que en caso se solicite la procuración oficiosa por parte del contrario, el procurador deberá garantizarle al juez su ratificación dentro de un plazo límite para la ratificación de su gestión procesal por parte del procurado; sin embargo, esta solicitud debe basarse en casos urgentes con la finalidad de que no se requiera admitir ninguna prueba para acceder a la gestión o administración de negocios del otro, solamente su ratificación en un plazo prudencial límite; bajo sanción de concluirse el proceso y el pago de daños y perjuicios al procurador; sin embargo, en caso se haya solicitado la procuración oficiosa por parte de la parte contraria, pese a que el Código adjetivo no lo regula, esta deberá también responder por los daños y perjuicios ocasionados, así como no solamente la conclusión del proceso ante la no ratificación del procurador, sino también de la

nulidad de todos los actos procesales intervenidos durante su gestión procesal, independientemente si han favorecido o no a la parte contraria.

5. EFECTOS DE LA RATIFICACIÓN DEL PROCURADOR

La relación del procurador ante los tribunales con la parte procesal tiene un doble aspecto y, por ende, efectos en ambos sentidos (ORTELLS RAMOS, 2002: pp. 146-154).

- a) *Relación interna*: la misma que es generada por el contrato de mandato en virtud del cual el procurador se ha obligado a gestionar un asunto judicial a favor de su mandante, que es la parte en el proceso. Por ese contrato, el procurador ha contraído una serie de deberes u obligaciones (ya descritas anteriormente), no obstante, su cumplimiento o no, en nada afecta la validez de la gestión procesal del procurador, sino que solo funde responsabilidades a exigir entre mandante (procurado) y mandatario (procurador).
- b) *Relación externa*: se encuentra dada por la actuación del procurador hacia el exterior (tribunal y las otras partes procesales), por tanto, se trata de darle validez a la gestión procesal del procurador, la cual surtirá todos sus efectos al considerarse plenamente válida si el procurado ratifica al procurador dentro de los dos meses siguientes en que es designado para su representación parte del órgano jurisdiccional, o en aquellos casos en que compareciendo por sí mismo o por su representante ante el órgano jurisdiccional no se oponga a la procuración oficiosa (ratificación tácita), dejando expresa constancia que no cabe una ratificación parcial o condicional, pues la ratificación, ya sea expresa o tácita, se entiende por toda la gestión procesal desplegada por el procurador a favor del procurado o representado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ORTELLS RAMOS, Manuel (2002): *Derecho Procesal Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2001): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (dir.: Andrés de la Oliva Santos). Madrid: Civitas; LEDESMA NARVÁEZ, Mariane-lla (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MORENO CATENA, Víctor (2005): "Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4.

Artículo 82**Patrocinio de intereses difusos**

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o las comunidades nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley y criterio del juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las rondas campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las comunidades campesinas o las comunidades nativas en los lugares donde estas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los gobiernos locales indicados en el párrafo anterior, el juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los artículos 93 a 95.

*En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial *El Peruano* o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente. En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.*

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las municipalidades distrital o provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción. ()*

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. arts. IV, 8, 58, 86, 113, 408 inc. 4; C.P.D.C. art. 128.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 27752 del 08/06/2002.

Giovanni F. Priori Posada

1. LOS ANTECEDENTES: LOS PRIMEROS RECLAMOS EN LA DOCTRINA NACIONAL POR LA REGULACIÓN PROCESAL DE LA TUTELA DE INTERESES NO INDIVIDUALES Y SU REGULACIÓN ANTES DE 1993

En 1993, año en el que entró en vigencia el CPC, el artículo 82 del entonces nuevo código, aparecía como una norma extremadamente novedosa en nuestro ordenamiento. Digo “ordenamiento” y no solo “ordenamiento procesal” pues en dicha norma se define “interés difuso” y ello convierte a esa parte de la norma en una auténtica disposición de derecho material, pues reconoce de modo general una situación jurídica distinta a las individuales y colectivas. Es cierto que además, establece reglas procesales para la protección de esos “intereses difusos”.

Una regulación general como la prevista en el artículo 82 venía siendo esperada desde hacía mucho, si se tiene en cuenta que la Constitución peruana de 1979 (vigente al momento de la entrada en vigencia del CPC) reconocía una serie de derechos no individuales (como el caso del derecho al medio ambiente) que exigían –pero no encontraban– una tutela jurisdiccional efectiva.

El 7 de diciembre de 1982 se promulgó la Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo), estableciendo una serie de normas procesales para la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1979. El acento estaba puesto en la protección de los derechos individuales. Baste ver el elenco de derechos protegibles por el proceso de amparo del artículo 24 de dicha ley. Se comprende entonces que el legislador haya previsto un régimen procesal elaborado bajo el esquema de la tutela de derechos individuales. El medio ambiente y los demás derechos colectivos y difusos previstos en la Constitución de 1979 no se encontraban expresamente mencionados en la Ley N° 23506, aun cuando no quedaba duda que su tutela también debía ser asegurada con los mecanismos en ella previstos, puesto que en el inciso 22 del artículo 24 de la mencionada norma recogía la genérica expresión de que el amparo protegía “los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución”. Sin embargo, en verdad, no había una sola institución en dicha ley para la protección efectiva de esos derechos.

Por su lado, de manera aislada, se reclamaba dentro de la doctrina nacional de fines de la década del 80 del siglo XX una adecuada regulación frente a lo que se denominó “daños masivos” (DE TRAZEGNIES, 1995: p. 405, cabiendo señalar que a pesar que el libro citado en este comentario corresponde a 1995, la preocupación por estos temas del autor en idénticos términos fue ya puesto de manifiesto en la primera edición de esa misma obra que data de 1988). Ya para 1989,

Fernando DE TRAZEGNIES, siguiendo a la doctrina argentina (fundamentalmente se basaba en BUSTAMANTE ALSINA), recogía una distinción entre “intereses colectivos propiamente dichos y los intereses difusos”. Al hacerlo, definía a los “intereses colectivos” como “aquellos que afectan a un grupo de personas integradas dentro de una institución formal y que, por ese mismo hecho, sus intereses comunes pueden ser representados por tal entidad” (DE TRAZEGNIES, 1995: p. 406). En cambio, el autor definía intereses difusos como aquellos que “no tienen el respaldo de una organización formal; pertenecen a un grupo o clase de personas, pero nunca ha habido una institucionalización jurídica de su situación común; de ahí que la categoría o grupo sea imprecisa o indeterminada en cuanto a su número” (DE TRAZEGNIES, 1995: p. 406).

Al hacer la distinción se advertía que “la teoría jurídica tradicional trataba estos casos como una simple suma de intereses individuales” (DE TRAZEGNIES, 1995: p. 406) y se reclamaba “por un derecho procesal de las masas” (DE TRAZEGNIES, 1995: p. 411), señalándose que “debemos preocuparnos entonces de diseñar mecanismos y procedimientos para accionar colectivamente, de manera que el interés grupal se encuentre también tutelado” (DE TRAZEGNIES, 1995: p. 411). Se hacía finalmente una reflexión sobre la necesidad de encontrar esos mecanismos idóneos en términos de un “desafío a la imaginación procesal” (DE TRAZEGNIES, 1995: p. 416).

El 8 de setiembre de 1990 se publicó el Decreto Legislativo N° 613 (Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales) que, en materia de protección procesal de un interés difuso, como el del medio ambiente, trajo importantes novedades. En el artículo III de su Título Preliminar estableció que: “Toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales”, y en su segundo párrafo, se agregó que: “Se puede interponer acciones, aun en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o denunciante. El interés moral autoriza la acción aun cuando no se refiera directamente al agente o a su familia”.

Esa norma fue la que rompió los esquemas de la tradicional concepción individualista de la legitimación procesal en el Perú, que hasta ese momento había vivido bajo la sombra de la terrible regulación del artículo VI del Título Preliminar del CC (PRIORI POSADA, 2002). Ese impacto del referido artículo VI fue tal que incluso el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales fue redactado en negación de lo señalado por la citada norma del CC. Esa misma incidencia, por cierto, se puede apreciar incluso en el modo en que se redactó el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, en el año 2005. Basta comparar ambas normas para advertir esa evidente relación.

Pero fuera de lo señalado en el artículo III de su Título Preliminar, el Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales introdujo una disposición procesal de singular importancia: la ampliación de la legitimación activa para el caso de la tutela del derecho del medio ambiente en el proceso de amparo, modificando con ello el artículo 26 de la Ley N° 23506. Se dispuso que cuando la demanda de amparo se interponga ante la violación o amenaza de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, la demanda la podría plantear cualquier persona. Se reconoció entonces la acción popular (es decir, una regla de legitimación conforme a la cual cualquier persona podía plantear la demanda) para la tutela de los derechos relativos al medio ambiente, lo que constituyó una revolución en el modo de comprender la defensa de este tipo de derechos en el Perú.

Asimismo, se establecieron otras dos normas: que la competencia por razón del territorio en los procesos en tutela de derechos ambientales correspondía al juez de donde se produjo el daño o el del domicilio del demandante, y se le quitó efecto suspensivo a la apelación contra la resolución que disponía una medida cautelar en el amparo.

Con el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales se comenzó entonces a abrir un sendero de diferenciación en la regulación procesal para la tutela de los intereses difusos, que debía concluir con una regulación general de la disciplina.

Resaltando el impacto que tuvo el Código del Medio Ambiente en la comprensión de estos “nuevos derechos” en el ordenamiento peruano, Fernando de TRAZEGNIES, daba una explicación a la ampliación de la legitimación prevista en dicha norma señalando, desde la perspectiva del Derecho Privado, que: “El Código del Medio Ambiente va aún más lejos y, abriendo un camino inusitado para el pensamiento jurídico liberal, dispone que ese derecho individual no está basado necesariamente en un interés individual directo sino que se relaciona con un aspecto social o colectivo” (DE TRAZEGNIES, 1994: p. 215).

Ese es el contexto en el que se dicta el artículo 82 del CPC.

2. LOS ANTECEDENTES: EL CONTEXTO DE LA REGULACIÓN DEL CPC Y SUS TRABAJOS PREVIOS HASTA LLEGAR A LA VERSIÓN ORIGINAL DEL ARTÍCULO 82

Ya a fines de la década del 80 del siglo XX comienza a notarse una enorme ansiedad por modificar el Código de Procedimientos Civiles de 1912, lo que llevó a que se creara una comisión para reformarlo en 1989 y otra en 1990 (MONROY, 2003: p. 14). Entender una norma como la que comentamos, supone comprender la época en la que se propone, discute y aprueba. La necesidad de dar respuestas jurisdiccionales a necesidades de protección que trascendían el ámbito individual era imperiosa y la respuesta ya aparecía tardía.

Es por ello que la regulación de la defensa de los intereses difusos apareció desde la publicación del “Proyecto del Código de Procedimientos Civiles” en el diario oficial *El Peruano*, en febrero de 1992 (ARIANO, 2010: p. 104 y ss.).

Cabe señalar además que, en el tiempo en que se elaboraban estos proyectos de reforma al entonces Código de Procedimientos Civiles de 1912, un grupo de juristas acababa de terminar de trabajar el Código Modelo de Proceso Civil para América Latina (concluido en 1988 en Montevideo, cfr. SCHIPANI y VACCARELLA, 1988: XXV) en cuyo artículo 53 se regulaba la “representación en caso de intereses difusos” que literalmente señalaba:

“En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el derecho pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la Ley o a juicio del Tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”.

El artículo 82 del CPC, en su versión original, reguló los siguientes temas: 1) la noción de interés difuso; 2) la legitimidad para obrar activa; 3) el requisito de publicación de la demanda; 4) la previsión de la consulta para las sentencias; y, 5) el alcance subjetivo de los efectos de la sentencia. La modificación que se produjo en el año 2002 –aunque varió su contenido– mantuvo los mismos cinco asuntos de regulación y agregó solo uno, el destino de la indemnización a ser solicitada.

Apenas entrado en vigencia el CPC, se dictó la Constitución de 1993 que no solo recogía, sino incrementaba el reconocimiento expreso de diversos intereses de grupo, de orden constitucional.

3. LA PÉRDIDA DE PROTAGONISMO DE LA NORMA EN COMENTARIO EN LA TUTELA DE LOS INTERESES DE GRUPO

A pesar de que la regulación establecida en el CPC de 1993 fue –aunque no una novedad– trascendente en el sentido de establecer de modo general reglas procesales para la tutela de los intereses difusos, no hubo que esperar que pasara mucho tiempo para que su protagonismo le fuera paulatinamente quitado con la entrada en vigencia de otras normas que comenzaron a regular protección de intereses de grupo (entre ellos, los derechos difusos).

A continuación solo una relación de las principales normas que deben ser tomadas en cuenta cuando se haga un análisis o comentario del artículo 82 del CPC:

Año	Norma	Contenido
1992	Decreto Ley N° 26102 Código de los Niños y Adolescentes (aunque esta norma puede decirse contemporánea a la elaboración y promulgación del CPC, según Ariano, 2010: p. 9 y ss.).	Establece que los padres, los responsables, el Ministerio Público, el defensor, los colegios profesionales, los centros educativos, los municipios, los gobiernos regionales y las asociaciones que tengan por fin su protección pueden iniciar los procesos que tengan por finalidad la protección de los "intereses difusos (ya sean individuales o colectivos)".
1996	Ley N° 26636 - Ley Procesal del Trabajo	Establece que los sindicatos pueden iniciar procesos que tengan por finalidad la tutela de derechos colectivos.
1996	Decreto Legislativo N° 807, facultades, normas y organización del Indecopi (art. 21)	Dispuso agregar el artículo 51 al Decreto Legislativo N° 716, concediendo al Indecopi, previo acuerdo de su Directorio, la posibilidad para iniciar procesos en defensa de los consumidores.
2000	Ley N° 27337 - Código de los Niños y Adolescentes	En este punto contiene una idéntica regulación a la del Decreto Ley N° 26102.
2001	Ley N° 27584 - Ley que regula el proceso contencioso administrativo	Establece que cualquier persona puede iniciar un proceso contencioso administrativo que tenga por finalidad la protección de un interés difuso.
2004	Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional	Establece que cualquier persona puede iniciar un proceso en tutela de los intereses difusos.
2005	Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente	Se establece la acción popular como medio de legitimación para la defensa del derecho al medio ambiente.
2010	Ley N° 29497 - Ley Procesal del Trabajo	Establece una diferencia entre intereses colectivos e individuales homogéneos de los trabajadores.
2010	Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor	Establece una serie de disposiciones para lo que denomina "defensa colectiva de los consumidores", haciendo una diferencia entre intereses colectivos de los consumidores e intereses difusos de los consumidores. Para el caso de los intereses difusos se faculta su inicio al Indecopi y a las asociaciones civiles.

4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA Y SU NOCIÓN DE “INTERÉS DIFUSO”

El artículo 82 del CPC, restringió su propio ámbito de aplicación a la protección de los intereses difusos. De este modo, si bien la mencionada norma se coloca en la historia jurídica del Perú como la primera norma que de modo general establece un medio de protección procesal a todos los intereses difusos (y no solo al medio ambiente, como venía ocurriendo), al mismo tiempo supuso una oportunidad perdida al no establecer disposiciones que prevean una regulación integral e idónea a todos los intereses de grupo.

Sabemos que la regulación procesal tradicional se ha basado en la tutela de derechos individuales. La segunda mitad del siglo XX generó el surgimiento de situaciones diversas, que fueron reconducidas a tres tipos de situaciones diferentes: derechos individuales homogéneos, derechos colectivos y derechos difusos. Los derechos individuales homogéneos son aquellos que pertenecen a diversas personas determinadas o determinables que tienen como elemento común una misma afectación. Los derechos colectivos son aquellos que le pertenecen a un conjunto determinado de personas entre las cuales existe un vínculo jurídico y organizado. Los derechos difusos son aquellos que corresponden a un conjunto indeterminado de personas, entre las cuales no existe ningún vínculo jurídico.

De este modo, el artículo 82 del CPC, no previó de modo expreso la posibilidad de aplicar sus disposiciones a intereses colectivos ni a los individuales homogéneos. Pero lo que es más, restringió cualquier posibilidad de interpretación legal extensiva al definir expresamente qué es lo que dicha norma entendía por interés difuso (en el mismo sentido GIDI, 2010: pp. 363-364). Sin embargo, de modo alguno puede considerarse que esta restricción en el supuesto de hecho de la norma impida la posibilidad de solicitar al órgano jurisdiccional la protección de intereses colectivos e individuales homogéneos, puesto que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva—reconocido no solo por la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también por la Constitución peruana de 1993— exige la protección de cualquier situación jurídica merecedora de tutela.

De este modo, a pesar que el artículo 8 del CPC, esté diseñado para la protección de los intereses difusos, no quiere decir que los derechos colectivos o individuales homogéneos no puedan encontrar una protección eficaz en el Perú. El reto lo tiene el juez el que, por su vinculación directa a la Constitución, está en la obligación de dar tutela efectiva a esos derechos, más allá de los olvidos del legislador (MARINONI, 2007: p. 278 y ss.; PRIORI POSADA, 2013: p. 589 y ss.).

Quizá un problema que pudiera generar el hecho de regular solo los intereses difusos determina que “para lo que no está reglamentado, se aplican las normas

procesales generales, cuando compatibles. Esto es insuficiente, principalmente en un país sin tradición sobre este tema” (GIDI, 2010: p. 363). Eso es claro, pues la aplicación de las normas generales podría generar que los derechos colectivos y los individuales homogéneos no encuentren una tutela efectiva. Podría ocurrir incluso que lo previsto para la protección de los derechos difusos no sea idóneo para la protección de los derechos colectivos o individuales homogéneos.

La definición que trae el CPC sobre lo que es un interés difuso es correcta (aunque por el contrario ANTONIO GIDI señala que “la definición hecha no es correcta”, debido a que no incluye a los intereses colectivos y a los individuales homogéneos, por ello yo creo que más bien que la regulación es insuficiente; GIDI, 2010: p. 364). Alude a los dos elementos sustanciales que –como tuve ocasión de señalar muchos años atrás (PRIORI POSADA, 1997: p. 101)– sirven para identificar un interés difuso, respecto de los demás intereses de grupo: el elemento objetivo y el subjetivo.

El elemento objetivo hace referencia al bien respecto del cual recae el interés, el que por su naturaleza, solo puede estar referido a necesidades de un grupo de personas. Piénsese en el medio ambiente, en el patrimonio cultural, en la salud pública o en la publicidad. El elemento subjetivo refiere a una consecuencia de lo anterior y es que las necesidades que ese bien busca satisfacer están referidas a un grupo indeterminado de personas. La indeterminación de las personas a las que dicho interés se refiere es puesta de manifiesto por el artículo 82 del CPC, cuando se menciona “conjunto indeterminado de personas”. En cambio, el elemento objetivo se pone de manifiesto con la siguiente expresión: “bienes de inestimable valor patrimonial”.

Es precisamente al señalar ejemplos de bienes respecto de los cuales puede recaer este tipo de intereses que el CPC pone como ejemplos: medio ambiente, patrimonio cultural, patrimonio histórico y consumidor. La referencia a los derechos del consumidor ha venido generando tal confusión que hasta ahora nos impide encontrar una adecuada regulación para su protección.

En el caso de los derechos de los consumidores es necesario tener en consideración que, por excepción, nos encontramos frente a un interés difuso. Solo respecto de aspectos vinculados a la publicidad o a la salud nos encontramos frente a bienes relativos a necesidades atribuibles a un grupo indeterminado de personas. La publicidad está destinada a una serie de personas cuyo alcance es imposible de establecer, y el bien es uno referido a la información que en medios de comunicación social se transmite con el propósito de vender un producto. Lo mismo puede señalarse sobre un producto que es puesto en el mercado (pero aún no adquirido por un consumidor específico) que tiene un defecto que pone en riesgo la salud de un conjunto indeterminado de personas. La sola puesta en riesgo de la salud de

una determinada comunidad es suficiente para actuar los medios de protección a pesar que ningún consumidor haya comprado o adquirido el producto.

Las situaciones antes descritas claramente son supuestos de intereses difusos relativos a consumidores. Pero esas situaciones deben distinguirse de otras específicas y particulares que, por más que se refieran a los consumidores, no configuran propiamente una situación que pueda ser definida como un “interés difuso”. Así, si un consumidor adquiere un producto en mal estado y se enferma, o si un consumidor es engañado en el momento específico en el que adquiere o recibe una información imprecisa o incompleta. Ni lo primero es salud pública, ni lo segundo es publicidad. Es claro que estamos ante importantes derechos que merecen tutela efectiva, pero no estamos frente a intereses difusos. Son auténticos intereses individuales. Lo que ocurre es que los fenómenos de contratación en masa generan que esas lesiones normalmente estén referidas a varios individuos, miles o millones. Ni siquiera esta millonaria afectación convierte a las situaciones recientemente descritas en intereses difusos. Los hace más bien “intereses individuales homogéneos”.

Es que la consideración de un interés difuso como tal no tiene que ver con el número de afectados, sino con la imposibilidad de determinarlos. Es claro que esa imposibilidad existe en los derechos al medio ambiente, al patrimonio cultural y en algunos derechos relativos a los consumidores. Pero hay situaciones vinculadas a los consumidores que no suponen afectación a derechos difusos. El énfasis que pongo en esto se debe a que no hemos sido capaces de identificar esta diferencia, lo que nos ha llevado a regular deficientes medios de protección de este tipo de derechos. Si a esta confusión le agregamos el deseo por importar instituciones del Derecho anglosajón sin mayor reflexión (*class actions*, véase el texto: PRIORI POSADA, 2005), lo que tenemos es el sistema peruano de protección de los derechos del consumidor: un sistema tan confuso como ineficaz.

Lo dicho es relevante en la medida que, como he señalado, sobre la base de la regulación del CPC se ha venido dando diversas regulaciones específicas, todas las cuales han encontrado siempre un denominador común en el disperso sistema de protección de intereses difusos en el Perú: solo el CPC definía lo que entendía por interés difuso. Las demás normas –con excepción de las relativas a la protección del consumidor– solo regulan, pero no redefinen los intereses difusos.

Sin embargo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor distingue en su artículo 128 entre “intereses difusos de los consumidores” e “intereses colectivos de los consumidores”. La incorrección de esta distinción es tan grave que es mejor apreciarla literalmente. Así, se señala expresamente:

“a) Interés colectivo de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de

consumidores que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase.

- b) Interés difuso de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados”.

Nótese el modo de definir: “El interés colectivo (...) son acciones que se promueven (...)”. Además del defecto de concordancia sintáctica entre un sustantivo singular y un verbo en plural, existe un grave defecto jurídico en definir a un “interés” como una “acción”. Mucho se ha escrito sobre la acción en la historia del Derecho Procesal e incurrir en una confusión como la citada en pleno siglo XXI, además de provocar una vergüenza cada vez que toca referir la norma en eventos académicos, genera una inconsistente regulación que no hace sino restar efectividad a la protección de los derechos de los consumidores.

Llamar “interés colectivo” a lo que no lo es, es también un grueso error. Los derechos comunes de un número de consumidores determinado o determinable no son intereses colectivos, son individuales; si tienen una afectación común, esto los convierte en individuales homogéneos. Es terrible además, que para la efectiva protección se exija legislativamente que exista una vinculación consistente en que haya un mismo proveedor. Lo correcto debió haber sido exigir la vinculación respecto del elemento objetivo afectación, y no el subjetivo proveedor.

Sé que no es esta la sede para comentar el Código de Protección y Defensa del Consumidor sino el CPC, pero estas líneas demuestran como el hecho que en su momento el CPC haya omitido la regulación de la tutela de los intereses colectivos e individuales homogéneos, a la par de los difusos, haya generado que la regulación posterior sea inconsistente y –por lo que se refiere a la tutela de los derechos de los consumidores– caótica.

5. LAS PRETENSIONES A SER PLANTEADAS

Este es un aspecto respecto del cual no había mención alguna en la versión original del artículo 82. Ese silencio no es sino consecuencia de un principio general en materia de la tutela procesal de los derechos derivado de la atipicidad del derecho de acción que gobierna nuestro sistema jurídico (PROTO PISANI, 2012: p. 2), conforme al cual es suficiente que el derecho material reconozca una situación jurídica para que su titular o la persona legitimada para ello pueda iniciar un proceso para su tutela.

De este modo, no se espera que las normas procesales establezcan una relación de pretensiones pasibles de ser planteadas (como podría ocurrir en un sistema jurídico de acciones típicas como lo era el Derecho romano). De este modo, todo

aquello pasible de ser planteado, conforme al Derecho –y no solo a la norma– material, puede ser planteado como pretensión en un proceso para la tutela de un derecho.

La doctrina nacional, desde los primeros comentarios que tuvo este artículo (aquí he de resaltar el magnífico trabajo de Ana María ARRARTE ARISNABARRETA, 1994), tenía bastante claro que la efectiva tutela de estos derechos se lograría a través de evitar que se produzca una lesión a ellos. De este modo, evitar e impedir la reiteración de la acción lesiva claramente se convertían en pretensiones pasibles de ser planteadas. A esta interpretación ayudó el hecho que la Ley N° 23506, en su momento, y el Código Procesal Constitucional luego, establecieran que los procesos constitucionales tengan la finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la lesión o evitarla. El problema que muchas veces se ha generado en la interpretación del sistema de tutela de estos derechos en el Perú ha sido el pensar que esas pretensiones son pasibles de ser planteadas solo en los procesos constitucionales. Ello es un error. El proceso civil es la vía ordinaria de protección de todos los derechos, con excepción de aquellos que la ley establece deban ser protegidos por otro tipo de procesos (laborales, por ejemplo). La vía ordinaria para la protección de los derechos constitucionales es también el proceso civil, pues, en efecto, la sobreestimación de los procesos constitucionales provocada por una doctrina y un Tribunal Constitucional desconectados de la teoría general del Derecho ha generado estas confusiones que han terminado por saturar los procesos constitucionales de urgencia, para terminarlos convirtiendo en modelos de justicia ordinaria. Y en el proceso civil, en mi opinión, puede ser planteada cualquier pretensión destinada a satisfacer plenamente las situaciones jurídicas materiales.

Es claro entonces que no se requería tampoco que el artículo 82 del CPC, estableciera de modo expreso la posibilidad de plantear como pretensión el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos o la mitigación de los daños generados. En la modificación del año 2002 se incorporó expresamente la mención a la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios. Se hizo con el propósito de regular el destino de esa indemnización en el caso en que la sentencia ampare la demanda.

6. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR

6.1. ¿Legitimidad o representación?

Esta es una polémica que surgió en 1997 entre mi maestro Juan MONROY GÁLVEZ y yo, a la cual la doctrina procesal nacional se ha plegado de alguna u otra forma.

Su historia es la siguiente: en 1995 el profesor Juan MONROY GÁLVEZ escribió un artículo (MONROY GÁLVEZ, 1995) en el que sostenía que el acceso a la jurisdicción para la tutela de los intereses difusos era un caso de representación procesal

atípica y no de legitimidad para obrar. En 1997 escribí un artículo (PRIORI POSADA, 1997), que luego, con algunas adiciones, se publicó en un libro que recogía también un trabajo de Reynaldo BUSTAMANTE (BUSTAMANTE; PRIORI POSADA, 1997). El prólogo del libro lo escribió nuestro maestro Juan MONROY GÁLVEZ.

En una nota a pie de página de dicho artículo que, con mayores argumentos, pasó a integrar el cuerpo del trabajo publicado en el libro yo sostenía –y sostengo–, discrepando de mi maestro, que el acceso a la jurisdicción para la tutela de los derechos difusos era un supuesto de legitimidad para obrar extraordinaria y no uno de representación ¿Cuál es la razón? El carácter difuso de la titularidad genera la indeterminación de quien se encuentra habilitado para iniciar un proceso, problema que no se supera con la representación. Los problemas de legitimación –sostenía y sostengo– no se superan con la representación ya que esta institución no tiene por finalidad sustituir a la legitimación, sino permitir que el legitimado (que está identificado) pueda actuar a través de otro sujeto, el representante. Los problemas de la legitimación se resuelven –como ocurre en otras situaciones– desde el propio instituto de la legitimación, concediéndosela de modo extraordinario a sujetos distintos a aquellos que, siguiendo las reglas generales, la tendrían.

Al escribir el prólogo del libro, el profesor Juan MONROY señaló que guardaba una “respetuosa discrepancia” respecto de mi posición pues luego de indicar que “la esencia de la legitimidad para obrar no es otra que la rigurosa exigencia de que participe en la relación procesal quien invoca ser parte de la relación material” (BUSTAMANTE y PRIORI, 1997: p. 15), agregaba que, “por lo tanto la legitimidad para obrar no puede consistir en un relajamiento de la exigencia –sea cual fuera la razón y la necesidad social que la sustente– porque entonces habremos solucionado un problema jurídico pervirtiendo una institución en su núcleo, cuando es posible que la actitud científica adecuada hubiera sido ubicar otra institución en donde la hipótesis requerida se cobije sin violentarla, o tal vez la solución hubiese sido crear otra” (BUSTAMANTE y PRIORI, 1997: p. 15). Es por ello que él sostenía que “mucho más sencillo y menos depredador y maltratante para el uso de las categorías procesales considerar que cuando la norma prescribe que el Ministerio Público, una asociación civil o cualquier ciudadano pueden demandar la defensa de un derecho difuso (...) lo que le está otorgando a cada quien es una representación de origen legal” (BUSTAMANTE y PRIORI, 1997: p. 15).

Esta discrepancia era de estricto orden dogmático, pero, en el fondo, buscaba darle sentido al término “patrocinio” usado por el artículo 82 del CPC, y, en su caso, las consecuencias de los defectos que pudieran advertirse en la legitimación o representación.

Esta polémica fue acogida por la doctrina nacional, en algunos casos tomando partido por alguna de las dos posiciones (HURTADO REYES, 2014: p. 441; LIÑAN

ARANA, 2003; RAFFO LA ROSA, 2003: p. 114) y, en otras, simplemente, describiéndola (ABAD YUPANQUI, 2004: p. 138; GLAVE MAVILA, 2013: p. 500; LEDESMA NARVÁEZ, 2011: p. 198). Es cierto también que otro sector de la doctrina se ocupó del tema, sin hacer referencia a la polémica (QUIROGA LEÓN, 2013: p. 500; LEDESMA NARVÁEZ, 2011: p. 440; TAM PÉREZ, 2008: p. 289). Pero esa polémica también explica el por qué las diversas leyes dictadas en esta materia utilizan diversas instituciones para referirse a un mismo asunto: patrocinio (CPC), legitimación (LPCA) y representación procesal (CPCConst.).

Mantengo hoy la posición que expresé hace casi 20 años. Temo que las objeciones que se hacen a mi posición parten de un concepto de legitimidad para obrar bastante restrictivo y que identifica a dicha institución como la correspondencia entre los sujetos de la relación jurídica material y los de la relación jurídica procesal. La legitimidad para obrar es algo más que eso, es un presupuesto de validez de la actuación de las partes en el proceso, que tiene que ser determinada en función de la pretensión planteada, en los siguientes términos: ¿quién puede discutir válidamente sobre determinada pretensión en un proceso? El concepto que acojo y que acogía en su momento era el de MONTERO AROCA (1994), quien define a la legitimidad para obrar como la posición para ser parte en el proceso en función de la pretensión planteada. La respuesta a esa pregunta debe ser dada –por regla general– en función de la afirmada titularidad de las situaciones jurídicas cuya tutela se pretende en el proceso, y en casos especiales como el de la tutela de los intereses difusos, donde esa titularidad es precisamente difusa, el único modo de asegurar el acceso a una tutela jurisdiccional efectiva es a través de una disposición que señale que en esos casos la posición habilitante para formular esa pretensión le corresponde, de modo extraordinario, a determinadas personas o instituciones.

6.2. ¿Quiénes están legitimados?

La respuesta a esta pregunta pudiera ser fácil si nos ceñimos a lo que expresamente señala el CPC, pero siendo este uno de los temas más importantes en materia de protección de derechos difusos, no ha encontrado en la legislación peruana una respuesta uniforme.

El CPC optó por diseñar un sistema de legitimidad para obrar restrictivo, a diferencia de lo que hasta ese momento –aunque solo para el caso de la protección del derecho al medio ambiente– se había regulado, en el que se le confería la legitimidad para obrar a cualquier persona (acción popular). De este modo, en su versión original, el artículo 82 del CPC, confirió legitimidad para obrar solo al Ministerio Público y a las instituciones sin fines de lucro que, a criterio del juez, se encontrasen legitimadas para la protección de estos derechos. En su modificación

del año 2002, se amplió la legitimidad a los gobiernos locales, gobiernos regionales, comunidades campesinas y nativas y rondas campesinas.

Este sistema de legitimación del CPC es, en estricto, una restricción al derecho de acceso a la jurisdicción que impide, de partida, hablar de una tutela efectiva de los derechos difusos en el Perú. La pérdida de protagonismo del artículo 82 del CPC, a la que me he referido precedentemente tiene su causa, a mi modo de ver, en esta deficiente regulación de la legitimación, que no se corrigió, sino más bien empeoró en el año 2002.

El sistema actual de legitimación es confuso. Cada norma tiene su propio sistema de legitimación, como hemos visto. La Ley que regula el proceso contencioso administrativo, el Código Procesal Constitucional y la Ley General del Ambiente prevén la acción popular como medio de legitimación. El CPC y el CNA prevén un sistema de legitimación en el que determinadas instituciones públicas y privadas están legitimadas. El Código de Protección y Defensa del Consumidor, tiene también su sistema.

Parte de esta confusión fue incluso objeto del primer pleno casatorio de la historia de la República en el año 2007. El problema que se planteó el pleno es: ¿quién se encuentra legitimado para pedir la protección del derecho al medio ambiente en un proceso civil? El problema que se presentaba consistía en que un ciudadano invocaba la protección del derecho al medioambiente y la parte demandada había planteado una excepción de falta de legitimidad para obrar, sustentada en el artículo 82 del CPC. La solución fue una respuesta bastante legalista, que no atendió a las exigencias que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva reclama de nuestra Corte Suprema para la tutela de derechos fundamentales como estos: la legitimación prevista en el Código Procesal Constitucional es para los procesos de amparo y la legitimación prevista en el artículo 82 del CPC, es para los procesos civiles. Esta solución de la Corte Suprema basada en una repartición de la realidad en leyes y códigos era, además, equivocada, pues existía otra ley, que no citó, que establecía que en el caso del derecho al medio ambiente la legitimidad para obrar le corresponde a cualquiera (TICONA POSTIGO, 2008: pp. 24-25).

Reclamo hoy lo que reclamé hace casi 20 años: el mejor modo de garantizar una protección jurisdiccional efectiva a estos derechos es regulando la acción popular como medio de legitimación para la defensa de los intereses difusos. Y creo que no es necesario que se dé una ley para ello, pues la sola consideración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental es suficiente para permitir que cualquier persona pueda iniciar un proceso –cualquiera sea este, es decir, no solo constitucional– para solicitar tutela de un derecho difuso, pues es el único modo de garantizar su efectiva tutela jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional lo ha entendido así también, cuando señala que: “En cuanto al interés difuso, cualquier persona natural está autorizada para iniciar las acciones judiciales que se hayan previsto en el ordenamiento con el objeto de dispensarle tutela, por lo que, para tales casos, no se requiere que exista una afectación directa al individuo que promueve la acción judicial. Además, también se ha previsto que gozan de legitimidad procesal para su defensa las personas jurídicas que tienen como objeto social la preservación del medio ambiente” (STC Exp. N° 0964-2002-AA/TC).

6.3. ¿Liticonsorcio necesario?

Una de las deficiencias técnicas en la regulación de la tutela de los intereses difusos consiste en haber establecido la necesidad de que los gobiernos regionales y locales participen, como si fueran liticonsortes necesarios, en los procesos tendientes a la tutela de los intereses difusos. Esa deficiencia radica en que esa consideración parece estar más bien pensada en los casos en que se plantea como pretensión el pago de una indemnización puesto que lo que parece haber querido resolver la norma era el destino del monto dado como indemnización, antes que uno de legitimidad. La pregunta es ¿también debe ser liticonsorte necesario en los casos en los que no se plantea una pretensión de indemnización? ¿Qué pasa si se plantea el cese o se formula una pretensión para que no se produzca el evento que se teme pueda dañar el medio ambiente? No parece razonable que así sea.

Otra situación que se ha planteado como problema en la doctrina nacional es que el artículo 82 no permite la acumulación de pretensiones indemnizatorias individuales que pudieran generarse del mismo hecho que genera la lesión al interés difuso (GLAVE MAVILA, 2013: p. 508). Yo agregaría que es necesario identificar con precisión el derecho cuya protección se solicita en esas pretensiones individuales, a fin de que no se termine admitiendo la intervención de los gobiernos locales, como liticonsorte necesario, en procesos en los que solo se discute una pretensión individual.

7. LOS ALCANCES DE LA COSA JUZGADA

Desde su versión original, el artículo 82 del CPC, señala que: “La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso”.

Esta disposición señala que la sentencia, cualquiera fuera su resultado, es vinculante para quienes han participado como parte en el proceso; sin embargo, si la sentencia declara fundada la demanda, sus efectos se extienden incluso a quienes no han sido parte del proceso.

7.1. La cosa juzgada *secundum eventum litis*

La cosa juzgada es una de las instituciones más importantes del Derecho Procesal, y lo es porque en ella descansa la esencia de la potestad jurisdiccional. Sin cosa juzgada no hay jurisdicción, y sin esta no es posible alcanzar la paz social. Lo dicho se basa en que la cosa juzgada es la calidad que adquieren las sentencias judiciales y que las hacen inmodificables, irrevisables e inimpugnables, de modo que la decisión en ella contenida se convierte en firme y de obligatorio cumplimiento. En el Derecho Procesal Civil clásico la sentencia solo tiene efectos para quienes han sido parte en el proceso y, además, toda sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada, sin importar el modo como dicha sentencia haya resuelto la controversia. De este modo, una sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada cuando contra ella se hayan interpuesto todos los medios impugnatorios previstos por el ordenamiento o cuando contra ella no se haya planteado ningún medio de impugnación.

Sin embargo, estamos frente a derechos cuya titularidad es difusa. La efectividad de la tutela jurisdiccional que reclama la Constitución para la protección de todos los derechos, incluyendo los difusos, determina la necesidad de hacer que la sentencia que se ha dictado en un proceso en el que no han participado todos los titulares del derecho en discusión (porque era imposible si quiera determinar cuántos o quiénes eran) los beneficie. Es necesario por ello ampliar los efectos de la sentencia. Pero, ¿podría también ampliarse los efectos de la cosa juzgada si la sentencia perjudica la protección de un interés difuso? Esta ha sido la preocupación de la doctrina comparada; y la doctrina y legislación comparadas han respondido que de dos maneras diferentes:

- (i) La cosa juzgada *secundum eventum litis*. Los efectos de la cosa juzgada se extienden a quienes no han sido parte del proceso solo si la sentencia declara fundada la pretensión (QUIROGA LEÓN, 2013: p. 500). Esto es lo que dispone el artículo 82 del CPC. Esta regla es similar a la contenida en el artículo 8 de la Ley N° 23506 (Hábeas Corpus y Amparo) que señalaba que solo las sentencias dictadas en los procesos de hábeas corpus y amparo que fueran favorables al recurrente constituían cosa juzgada. Igual regla no existe en el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 6 señala que la sentencia que se pronuncia sobre el fondo adquiere la calidad de cosa juzgada, sin importar el sentido del pronunciamiento. Esto trae serios problemas en la sistemática de la protección de los derechos difusos en el Perú, pues si se ha iniciado un proceso constitucional en tutela de un derecho difuso y la sentencia no le da la razón al demandante ¿constituiría dicha decisión cosa juzgada? La Constitución señala que los procesos constitucionales se regulan por ley orgánica, el artículo 82 no lo es. Sin embargo, en aras de la tutela efectiva de los derechos difusos no veo por qué no ampliar esta regla, así lo ha hecho el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 5287-2008-PA/TC, FJ. 21; VIALE SALAZAR, 2013: p. 508).

(ii) La cosa juzgada *secundum eventum probationis*. Los efectos de la cosa juzgada se extienden a quienes no han sido parte del proceso dependiendo del resultado de la valoración de la prueba que realice el juzgador. Así, si el juez, analizando los medios de prueba, se ha convencido de su posición sobre los hechos del caso, y sentencia con base a esa convicción, entonces, la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada. En cambio, si el juez, analizando los medios de prueba no se ha convencido de la posición sobre los hechos del caso y debiendo resolver, lo hace, aplicando las reglas de carga de la prueba, la sentencia no adquiere la calidad de cosa juzgada. En este caso entonces, la extensión de los efectos de la cosa juzgada solo se otorga a las sentencias expedidas con base a la convicción sobre los hechos, sin importar el modo como se haya resuelto sobre la pretensión. Esta no es la opción adoptada por el ordenamiento peruano, pero es la opción adoptada por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

De este modo el artículo 82 del CPC, recoge la regla según la cual se beneficia de la protección al interés difuso dispuesta en la sentencia a quien no ha sido parte del proceso.

7.2. El contenido de la sentencia

Al abordar el tema de las pretensiones señalé que se puede solicitar cualquiera que pueda ser necesaria para satisfacer la necesidad de protección del interés difuso. Sin embargo, el artículo 82 solo se refiere a la sentencia que dispone el pago de una indemnización, señalando que deberá ser entregada a las municipalidades distrital o provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción. Es lamentable que no se hayan dado disposiciones que complementen esa regla de modo que se permita un control de la población respecto del destino efectivo de dichos fondos. Siempre queda la duda acerca de qué pasa si quien generó el daño fue el propio gobierno local.

8. BALANCE FINAL SOBRE EL ARTÍCULO 82

Hay demasiadas omisiones en el artículo 82. Diría que en general en el Perú no tenemos un adecuado régimen general de protección de intereses difusos. Tenemos muchas normas dispersas, la mayoría de las cuales se ha dedicado a regular solo la legitimidad para obrar. Y a pesar de regular solo ese tema, lo regula de modo inconsistente.

Falta mucho por prever: un régimen consistente de efectos de la cosa juzgada, la prejudicialidad, las reglas para resolver los problemas de coexistencia

de procesos de tutela de intereses difusos, las reglas en caso existan pretensiones individuales y de tutela de intereses difusos basadas en los mismos hechos, reglas de carga de la prueba, de ejecución de sentencia impugnada y de medidas cautelares. En general, falta un régimen adecuado de tutela de los derechos difusos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABAD YUPANQUI, Samuel (2004): *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica; ARIANO DEHO, Eugenia (2010): *Código Procesal Civil - Texto vigente y antecedentes*. Lima: Palestra; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (1994): "La defensa procesal de los intereses difusos". En: *Ius et Praxis*, N° 24; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1994): "Estrategias de Derecho Privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental". En: *Themis*, N° 30; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1995): *La responsabilidad civil extracontractual*, tomo II, vol. IV. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1980): *Teoría general de la responsabilidad civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; BUSTAMANTE, Reynaldo y PRIORI POSADA, Giovanni (1997): *Estudios de Derecho Procesal*. Lima: ARA; GIDI, Antonio (2010): "Comentario al artículo 82 del Código Procesal Civil peruano". En: Johan Camargo Acosta (coord.). *Código Procesal Civil comentado*, tomo I. Arequipa: Adrus; GLAVE MAVILA, Carlos (2013): "La ausencia de un modelo de tutela de derechos colectivos y el dilema de la cosa juzgada". En: Giovanni Priori Posada (editor). *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra; HURTADO REYES, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Mariane-lla (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LIÑAN ARANA, Alberto (2003): "La protección procesal del medio ambiente". En: *II Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima; MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra; MONROY, Juan (1995): "La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación". En: *Ius et Veritas*, N° 10; MONROY, Juan (2003): *La formación del proceso civil peruano*. Lima: Communitas; MONTERO AROCA, Juan (1994): *La legitimación en el proceso civil (intento por aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Madrid: Civitas; PRIORI POSADA, Giovanni (1997): "La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el Derecho Procesal Constitucional". En: *Ius et Veritas*, N° 14; PRIORI POSADA, Giovanni (2002): "Reflexiones en torno al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil". En: *Advocatus*; PRIORI POSADA, Giovanni (2005): "Las *class actions*: apuntes metodológicos sobre un trabajo de investigación". En: *Ius et Veritas*, N° 29; PRIORI POSADA, Giovanni (2013): "El derecho al procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional". En: Giovanni Priori Posada (editor). *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional de Derecho Procesal. Proceso y Constitución*. Lima: Palestra; PROTO PISANI, Andrea (2012): "Introduzione sulla atipicità della azione e l'strumentalità del processo". En: *Il Foro Italiano*, 5ª parte; QUIROGA LEÓN, Aníbal (2013): "Legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos en el Perú". En: Giovanni Priori Posada (editor), *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra; RAFFO LA ROSA, Mauricio (2003): "La regulación de los intereses

supraindividuales en el Código Procesal Civil peruano a diez años de su vigencia”. En: *Derecho Procesal Civil. Congreso internacional*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima; SCHIPANI, Sandro y VACCARELLA, Romano (1988): *Un “Codice tipo” di Procedura Civile per l’America Latina*. Padua: Cedam; TAM PÉREZ, Jose (2008): “Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”. En: *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima; TICONA POSTIGO, Victor (2008): *Transacción e intereses difusos en la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema - Comentarios al primer pleno casatorio*. Lima: Grijley; VIALE SALAZAR, Fausto (2013): “Efectos ultra partes de la cosa juzgada en procesos de tutela de intereses difusos”. En: Giovanni Priori Posada (editor). *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional. Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

APOLÍN MEZA, Dante (2012): “La protección de los intereses individuales homogéneos y los problemas de acceso a la jurisdicción a través del proceso civil”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 38; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo y TAM PÉREZ, José (2009): “Derechos individuales homogéneos. Reflexiones en torno a una sentencia del Tribunal Constitucional”. En: *Constitución y proceso. Libro Homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Lima: Jurista; MONTERO AROCA, Juan (1994): “La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú”. En: *Ius et Praxis*, N° 24; MONTERO AROCA, Juan (1994): “Legitimidad para obrar y derecho jurisdiccional (entrevista realizada por Javier Caravedo Chocano, Alfonso Montoya Stahl y Giovanni Priori Posada)”. En: *Ius et Veritas*, N° 9; MONROY, Juan (1997): “Prólogo”. En: Reynaldo Bustamante y Giovanni Priori. *Estudios de Derecho Procesal*. Lima: ARA; RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson (2008): “El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”. En: *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima; REGGIARDO SAAVEDRA, Mario (2013): “Los problemas de la *class action* y su aplicación en el Perú”. En: Giovanni Priori Posada (editor), *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional. Proceso y Constitución*. Lima: Palestra; VIDAL SALAZAR, Michael (2013): “Apuntes sobre los procesos colectivos laborales en el ordenamiento jurídico peruano”. En: Giovanni Priori Posada (editor), *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional. Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El art. 82 del Código Procesal Civil regula el patrocinio de intereses difusos; para la defensa de estos intereses que son de naturaleza colectiva –pues pertenecen en abstracto a una pluralidad de sujetos indeterminados o indiferenciados– el legislador ha optado por establecer quiénes son los llamados a ejercer y representar su tutela, estableciendo que pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro según la ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello (*Cas. N° 2854-2005-Cajamarca*).

CAPÍTULO V ACUMULACIÓN

Artículo 83

Pluralidad de pretensiones y personas

En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.

La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 11, 15, 16, 84, 93, 97 y ss., 445, 483, 484, 503; C. de P.P. art. 20; L.G.S. arts. 139, 146, 219, 359; D. LEG 822 art. 196; L.G.S.C. arts. 33, 38; L.P.A.G. arts. 116, 149.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

En el campo procesal se discurre de *acumulación* para designar el fenómeno del proceso con “pluralidad de objetos” (GUASP, 1998: p. 228) y como el objeto del proceso se identifica por los tres clásicos elementos de la “pretensión”, cuales son las *personae, petitum* y *causa petendi* (CHIOVENDA, 1903: p. 157 y ss.; CERINO CANOVA, 1980: *pássim*), estaremos ante un proceso con pluralidad de objetos, siempre que exista más de una “pretensión”, considerando que basta que uno de los elementos identificadores de la misma no sea idéntico para que exista, obviamente, una distinta “pretensión”.

Ahora bien, el fenómeno acumulativo puede producirse *inicialmente* (o sea, desde la demanda) o *sucesivamente* (ya sea —entre otros supuestos— porque el demandado reconviene, o porque un tercero interviene en el proceso *inter alios* o porque se produce una “reunión” de procesos) y, en cualquiera de los casos, la consecuencia será que todas las pretensiones se sustanciarán *simultáneamente* (de allí que otra designación del fenómeno sea la de).

Nuestro legislador procesal, partiendo —probablemente— de la premisa de que son varios los supuestos que conducen a un proceso con pluralidad de objetos, ha tenido la muy mala idea de “acumularlos” en el Capítulo que inicia con el artículo 83, dando lugar a una confusa regulación en la que, como veremos, no es fácil distinguir cuáles condiciones y requisitos se precisen para una

acumulación inicial y cuáles para una sucesiva (*rectius*, sobrevenida), lo cual puede tener (y, de hecho, tiene) relevantes consecuencias sobre la funcionalidad del fenómeno acumulativo.

2. LAS RAZONES DEL FENÓMENO ACUMULATIVO

La posibilidad de llevar adelante un *simultaneus processus* está prevista en todos los ordenamientos procesales, normalmente, por las mismas razones. Sin embargo, ellas dependen del tipo de tutela jurisdiccional que esté en juego.

Así si lo que se pretende es una tutela jurisdiccional declarativa *normalmente su ratio* se encontrará o en la pura *economía procesal* o, en la mayoría de supuestos, en el de tratar de evitar *decisiones contradictorias* respecto de controversias de alguna manera conexas.

En cambio, si se pretende una tutela jurisdiccional ejecutiva su *ratio* será también la *economía procesal* (en el sentido de la búsqueda del más alto grado de la eficiencia procesal) a los efectos de que en una ejecución (sobre todo si es dineraria) se pueda satisfacer la mayor cantidad posible de créditos con cargo a los mismos bienes o satisfacer un derecho de crédito con cargo a varios bienes (que bien pueden pertenecer a distintos sujetos, como en el caso de que un crédito esté garantizado con varias hipotecas). No está de más decir que el CPC no dedica disposición específica alguna al fenómeno acumulativo ejecutivo (ARIANO, 2014: p. 157 y ss.), pues todas las disposiciones sobre el particular están ideadas para los procesos declarativos.

Lo cierto es que, por lo general, en todo fenómeno acumulativo estará en juego una cierta “economía procesal”, en el básico sentido del *máximo resultado con el menor dispendio de la actividad procesal* (RIBA TREPAT, 1997: p. 17 y ss.). No obstante, hay que tener en cuenta que el concepto de “economía procesal” contiene una alta carga ideológica (COMOGLIO, 1978: p. 631), por lo que dependiendo del “concepto” que inspire a un determinado ordenamiento, la “economía” a la que apunta el fenómeno acumulativo puede variar: así ella viene enfocada desde la óptica del justiciable (o sea a nivel, “micro” o, mejor, *liberal*), podemos tener un ordenamiento le deja en la libertad de acumular pretensiones según su propia conveniencia. En cambio, si la “economía” aspirada se enfoca desde el ángulo del “sistema” (o sea a nivel “macro” o, mejor, publicístico-autoritario), en razón de los “altos” valores a conseguir –que podrían ser muy loables pero también muy opresivos– podemos tener un ordenamiento que o restringe o facilita el fenómeno acumulativo.

3. LA INUTILIDAD (Y ERRONEIDAD) DEL ARTÍCULO 83

Del artículo 83 hay poco que comentar por cuanto de su texto no se puede extraer ni media norma. De hecho, por lo que atañe al primer párrafo: ¿qué de normativo hay en decir que “en un proceso pueden haber más de una pretensión o más de dos personas”? ¿Qué de normativo hay en decir que cuando hay más de una pretensión estamos ante “una acumulación objetiva” o que cuando hay más de dos personas estamos ante una “acumulación subjetiva”? Y lo propio vale respecto al segundo párrafo, que simplemente se limita a *describir* que una acumulación “puede ser” originaria o sucesiva “según se propongan” (¿se propongan qué?) “en la demanda o después de iniciado del proceso”.

De hecho, el artículo 83 es absolutamente inútil, por cuanto para saber dentro de cuáles parámetros un determinado ordenamiento admite el *simultaneus processus*, no hay que *describir* cuándo se da una figura u otra de acumulación, sino que hay que prescribir cuáles son las condiciones y requisitos para cada uno de sus supuestos.

De allí que si el artículo 83 no existiera, nada impediría al intérprete llegar a establecer que el ordenamiento peruano permite, cumpliendo con determinados requisitos y condiciones, la acumulación inicial y la sucesiva de pretensiones, porque ello se desprende de las siguientes disposiciones del propio Capítulo V (y de otras contenidas en el CPC sobre la reconvención: art. 445; sobre el litisconsorcio: art. 92 y ss.; sobre la intervención de terceros: art. 97 y ss.).

Sin embargo, la presencia del artículo 83 es perturbadora, pues induce a error: que baste que haya “más de dos personas” (*rectius*, partes) para estar ante un fenómeno de acumulación procesal (a la sazón: ante una “acumulación subjetiva”) Nada más incorrecto. Bien decía GUASP (1998: p. 228) que “no hay acumulación procesal verdadera” que no asuma el carácter objetivo. Y ello porque lo que se acumula en un “proceso” no son “personas”, sino objetos, esto es “pretensiones”, tanto es así que es perfectamente posible que “en un proceso” haya más de dos personas (como partes) y una única pretensión, porque se está ante un fenómeno procesal distinto: un litisconsorcio necesario (CALAMANDREI, 1962: p. 298) (v. comentario *sub* art. 93).

Por tanto, hay que tener muy en claro que para estar ante un fenómeno procesal acumulativo debe haber una *pluralidad de objetos* (o sea, más de una pretensión) y, por tanto, no basta la pluralidad de partes (más de un demandante o más de un demandado) para que estemos ante un auténtico fenómeno de acumulación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2014): "En la búsqueda de la eficiencia de la tutela ejecutiva: la acumulación (y coordinación) de ejecuciones". En: Priori, Giovanni (coord.). *Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra; CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo, de la 2ª ed. italiana (1943). Buenos Aires: EJE; COMOGLIO, Luigi Paolo (1978): "Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; CHIOVENDA, Giuseppe (1993): "Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'" (1903). En: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè; GUASP, Jaime (1998): *Derecho Procesal Civil*, tomo I (actualizado por P. Aragonese Alonso), 4ª ed. Madrid: Civitas; RIBA TREPAT, Cristina (1997): *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Bosch.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

APOLÍN MEZA, Dante (2005): "Apuntes iniciales en torno a la acumulación de pretensiones". En: *Derecho & Sociedad*, N° 35; ARIANO DEHO, Eugenia (2013): "La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables". En: *Ius et Veritas*, N° 47; CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo II, trad. Santiago Sentís Melendo de la edición italiana (1944). Buenos Aires: EJE; GONZÁLEZ, Atilio Carlos (1984): *La pluralidad en el proceso civil y comercial*. Buenos Aires: Astrea; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (1999): *Teoría general del proceso. El litisconsorcio necesario*. Lima: ARA; MONTERO AROCA, Juan (1973): *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*. Barcelona: Hispano Europea; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; REGGIARDO, Mario (2013): "Acumulación y vías procedimentales en el proceso civil". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 3. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La finalidad de los procesos con pluralidad de demandantes es lograr la uniformidad de criterios en relación con los mismos hechos invocados en la demanda, lo que en ningún caso importa restarle autonomía e independencia a la demanda frente de cada uno de tales pretensiones, dado que el Juez puede ordenar el cualquier momento su desacumulación, esto es cuando se afecte el principio de economía procesal por razón de tiempo, gasto o esfuerzo humano (*Cas. N° 519-2002-Ica*).

La acumulación es la institución procesal que explica la naturaleza de aquellos procesos (llamados en doctrina procesal como complejos) en los que se advierte la presencia de más de una pretensión (acumulación objetiva) o más de dos personas (acumulación subjetiva) en un proceso (*Cas. N° 1079-98-Puno*).

Si se demanda acumulativamente el pago de daños y perjuicios irrogados por el hecho de haber sido privada de su propiedad e impedida de percibir la renta que produce, no procede amparar el pago de frutos civiles, pues estaría duplicando el pago de los frutos dejados de percibir (*Exp. N° 943-93-Lima*).

Artículo 84**Conexidad**

Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 16, 86 a 89, 92, 103, 445, 519; C. de P.P. arts. 20, 21; L.P.A.G. art. 149.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN: TIPOS DE CONEXIÓN Y TIPOS DE ACUMULACIÓN

Todo fenómeno acumulativo encuentra su presupuesto “material” en una circunstancia: la *conexión* entre las diversas pretensiones. La conexión es el *nexo* que existe entre diversos elementos identificadores de las pretensiones (*personae, petitum y causa petendi*). De hecho, “ningún ordenamiento procesal admite que en un solo proceso se ejerciten acciones absolutamente inconexas” (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2004: p. 190), y el nuestro no es la excepción. De allí la presencia del artículo 84 en el CPC.

Los tipos de conexión que se pueden dar entre diversas pretensiones pueden ser dos: conexión *subjetiva* y conexión *objetiva*.

La conexión *subjetiva* el elemento común de las pretensiones es el subjetivo (*personae*), en el sentido de que todas las pretensiones se *plantean* y se *dirigen por y contra* los *mismos* sujetos (en buena cuenta: identidad de partes).

En línea (meramente) teórica la mera *conexión subjetiva* entre pretensiones se da cuando:

- a) En una misma demanda el demandante acumula varias pretensiones contra el mismo demandado, dando lugar a una acumulación meramente *objetiva inicial* u originaria (A plantea contra B, las pretensiones X, Y y Z);
- b) El demandado plantea reconvencción contra su demandante (A plantea demanda contra B, y B reconviene contra A);
- c) Se acumulan (reúnen) varios procesos pendientes entre las mismas partes.

En el supuesto de una acumulación inicial y en el de la reconvencción, es teóricamente factible que puedan plantearse cualquier pretensión, *sin que se requiera más conexión que la subjetiva*. En cambio, en el de la acumulación por reunión

de procesos, lo razonable es que no baste la mera conexión subjetiva, sino que entre los objetos de los respectivos procesos deban ser objetivamente conexos, pues caso contrario no existiría ninguna justificación para su reunión. Esto último vale ciertamente respecto de procesos declarativos, pues tratándose de procesos de ejecución el discurso puede bien ser distinto.

Sin embargo, está en la discrecionalidad de cada legislador establecer que *además* de la conexión subjetiva, se requiera, a los efectos de su acumulación procesal, que las diversas pretensiones presenten una conexión *objetiva* (tal como lo ha hecho el CPC respecto de la reconvencción: art. 445, que exige la pretensión contenida en la reconvencción sea “conexa con la relación jurídica invocada en la demanda” y en el inc. 3 del artículo 88 para la acumulación de procesos, que establece que tal acumulación está enderezada a evitar “pronunciamientos jurisdiccionales opuestos”, lo que presupone el vínculo objetivo entre las diversas pretensiones).

La *conexión objetiva*, por su parte, se da cuando el elemento común de las diversas pretensiones está en el objetivo, esto es, en el objeto (*petitum*) y/o en la causa de pedir o título (*causa petendi*).

Ahora, respecto de la conexión objetiva hay que distinguir dos modalidades, a saber:

- a) La *conexión objetiva* llamada “propia”: cuando el vínculo entre las pretensiones se da entre los *concretos* elementos *objetivos* de la pretensión (*petitum* y/o *causa petendi*);
- b) La *conexión objetiva* llamada “impropia”: cuando el vínculo no está propiamente entre los elementos objetivos concretos de las pretensiones, sino cuando todas las pretensiones plantean la misma cuestión jurídica. Es llamada también *conexión por afinidad*.

Cuando no existe conexión subjetiva entre las diversas pretensiones (los sujetos de las diversas pretensiones no son los mismos) la conexión objetiva (propia o impropia) da lugar a una *acumulación subjetiva de pretensiones* o, si se prefiere “acumulación objetivo-subjetiva” también llamada (sobre todo en la doctrina italiana) litisconsorcio facultativo o, también, voluntario (MONTERO AROCA, 1981: p. 227).

La acumulación subjetiva de pretensiones se puede presentar en una multiplicidad de supuestos. Así, sin ánimo de exhaustividad:

- a) Un mismo demandante (o varios demandantes) plantea (o plantean) en su demanda sendas pretensiones contra diversos demandados (o el mismo demandado).

- b) Una de las partes efectúa una “llamada en garantía” (*rectius*, plantea una pretensión de garantía contra un, hasta ese momento tercero, lo que el CPC llama en el artículo 104 –con extraño nombre– “aseguramiento de pretensión futura”);
- c) Un tercero interviene como principal, planteando una pretensión contra las partes originales.
- d) Un tercero interviene adhesivamente en un proceso *inter alios* (intervención adhesiva autónoma o, como la llama el CPC, “litisconsorcial”).
- e) Se acumulan (reúnen) varios procesos pendientes entre diversas partes.

En estos casos, dado que no existe identidad subjetiva, es no es (ni siquiera teóricamente) pensable que se puedan acumular pretensiones sin que exista conexión objetiva entre ellas.

2. PRECISIONES SOBRE LA LLAMADA “CONEXIÓN IMPROPIA”

Dentro del fenómeno acumulativo una de las mayores perplejidades atiene a lo que debe entenderse por conexión “impropia”, esto es, en la terminología del artículo 84 del CPC, cuando las diversas pretensiones presenten elementos “afines”, cual tipo de conexión objetiva habilitante de una acumulación de pretensiones.

La incertidumbre de lo que deba entenderse por conexión “impropia” (o por afinidad) ha conllevado que no pocos jueces la utilizaran (antes de la reciente reforma del artículo 86 del CPC, de la que trataremos) como una suerte de argumento “comodín” para declarar improcedente una demanda. Así, por ejemplo, se ha llegado a sostener que “las acumulaciones subordinadas proceden en los casos de conexidad impropia, es decir, cuando no hay identidad del objeto y título en las pretensiones, sino que se sustentan en la homogeneidad o afinidad, se sustentan en un mismo hecho o se fundamentan en una misma norma de derecho, o se pretende el mismo bien por otro derecho” (Exp. N° 2006-168-86-CI, auto de la Sala Superior Mixta de Tarma), lo que evidencia que no se tiene ni la más pálida idea ni de las razones que justifican una acumulación subordinada (de la que trataremos *sub* art. 87), ni del ámbito en el que puede operar una conexión “impropia” como elemento habilitante de una acumulación procesal.

De allí la necesidad de realizar algunas precisiones.

In primis, que ella nada tiene que ver con una acumulación meramente objetiva, esto es, cuando las pretensiones están solo subjetivamente vinculadas (hay identidad de partes). Lo segundo que la expresión “conexión impropia” proviene

de la doctrina italiana, para ser más precisos de ese genial inventor de palabras que era Piero CALAMANDREI. Es así que en el § 41 de sus *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, CALAMANDREI, al explicar las diversas relaciones que se pueden presentar entre las acciones (o causas), al llegar a la figura contemplada en la parte final del primer párrafo del artículo 103 del Código italiano de 1940 [que establece: “Diversas partes pueden actuar o ser demandadas en el mismo proceso (...) cuando la decisión depende, total o parcialmente, de la resolución de idénticas cuestiones”], señaló:

“El Código habla para esta hipótesis de litisconsorcio *facultativo*, junto con la otra hipótesis ya vista de litisconsorcio originado por la reunión de varias causas objetivamente conexas; pero en realidad, en la hipótesis aquí considerada, no se tiene verdadera conexión, en cuanto se trata de causas absolutamente autónomas, que no tienen en común, ni siquiera en parte, ni los elementos subjetivos ni los objetivos. Aquí el fenómeno es diferente: puede ocurrir que en varias causas absolutamente distintas, se presente la misma cuestión de derecho: se piense, p.ej., que un industrial interpretando en una cierta manera una cláusula de un contrato colectivo, niegue a todos sus obreros indistintamente un cierto aumento de salario, al cual estos, interpretando en modo distinto la misma cláusula creen tener derecho. Si estos obreros querrán llevar ante el juez sus pretensiones, cada uno de ellos planteará una causa distinta, tendiente a un diverso *petitum* y basada sobre un título distinto (la propia relación individual de trabajo); pero como la decisión de todas las diversas causas dependerá de la interpretación que los jueces darán en abstracto al contrato colectivo, o sea de la resolución en abstracto de una cuestión de derecho que si las causas fueran decididas separadamente se representaría en los mismos términos en cada una de ellas, la ley permite reunir por economía en un solo proceso, con la finalidad de hacer sí que la idéntica cuestión prejudicial sea decidida para todos de la misma manera.

Aquí, como es fácil entender, no se trata de verdadera conexión jurídica, sino de conexión, se podría decir, intelectual. Se puede pues hablar aquí, tanto por darle un nombre a este fenómeno (el presentarse en causas subjetiva y objetivamente distintas de una cuestión en abstracto idéntica), de conexión *impropia*, sobre la huella de la doctrina y de la jurisprudencia, que considerando admisible, también en el silencio del Código, un tal litisconsorcio, lo habían denominado litisconsorcio *impropio*” (CALAMANDREI, 1962: pp. 304-305).

La expresión calamandreiana, al parecer, tuvo éxito. Es así que poco después ZANZUCCHI, al tratar también él sobre las relaciones entre las acciones o causas en razón de conexión, tras pasar revista a los casos de conexión objetiva *verdadera y propia*, indicaba que:

“(...) el (nuevo) CPC, bajo la huella de una autorizada corriente doctrinal, expandida en la jurisprudencia, ha admitido una figura de conexión, que puede decirse impropia, la cual se tiene ‘cuando la decisión (de las varias causas) depende de la resolución de idénticas cuestiones’ de derecho (art. 103).

Faltando aquí la comunidad de los elementos objetivos de las varias demandas, se tiene un vínculo entre ellas de mera afinidad”.

Agregando que:

“Evidentemente en tales hipótesis no se tiene entre las diversas causas ninguna verdadera comunidad de elementos objetivos o ni siquiera solo subjetivos; las varias causas son del todo autónomas; solo su decisión presupone la resolución de idénticas cuestiones; lo que aconseja su reunión para evitar que las idénticas cuestiones sean resueltas en modo disforme, por economía de juicio o mejor de esfuerzo intelectual del juez (de allí que esta conexión haya sido llamada también ‘intelectual’”).

Ya bajo el imperio del viejo Código la comunidad de elementos a los efectos de la conexión había sido entendida de una manera muy amplia, admitiéndose justamente haber conexión no solo en el caso de comunidad de “*petitum*” o de “*causa petendi*” sino también cuando varias pretensiones, aun surgiendo de hechos distintos, dieran lugar a idénticas ‘cuestiones’, y presentaran una tal cual ‘comunidad de intereses’” (ZANZUCCHI, 1947: p. 193).

En similar sentido, SATTÀ, para quien “la identidad de cuestiones no implica, en cambio, una verdadera y propia conexión, y por tanto de litisconsorcio impropio y se resuelve en una identidad de situaciones jurídicas, que determina una convergencia de intereses en línea de mero hecho” (SATTÀ, 2000: p. 151) y, a su vez, FABBRINI, pese a su escepticismo sobre la figura, señala que “las cuestiones cuya identidad comporta (...) la aplicación del segundo párrafo del artículo 103 del CPC, no puedan ser otras que cuestiones de derecho, en cuanto si se tratara de comunión de cuestiones de hecho, no se podría no reconocer (...) una conexión por título entre las diversas causas reunidas en el juicio litisconsorcial” (FABBRINI, 1989: p. 285).

Cabe anotar que la posibilidad del (llamado) *litisconsorcio facultativo impropio* previsto en el artículo 103 del CPC italiano, encuentra su antecedente en el § 60 de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) alemana que prevé un litisconsorcio simple (*einfache Streitgenossenschaft*), en aquellos casos en los que el objeto del litigio esté constituido por pretensiones “esencialmente iguales fáctica y jurídicamente” (LEIBLE, 1998: p. 439).

Si se tienen en cuenta estos antecedentes, debe quedar claro que la llamada “conexión impropia” alude al requisito para una *acumulación subjetiva de pretensiones por mera relación de afinidad entre ellas*, con el fin de ser sustanciadas en el mismo procedimiento y resolverse conjunta y simultáneamente en la misma sentencia, en cuanto todas las pretensiones encuentren como denominador común el que su decisión dependa de la resolución de idénticas cuestiones jurídicas.

Así considero que debe ser entendido el artículo 84 cuando señala que la “conexidad” puede darse por existir “elementos afines” entre las pretensiones, artículo este que le otorga carta de ciudadanía, en nuestro ordenamiento, a una acumulación subjetiva de pretensiones fundada en una mera conexión “impropia”, ya sea esta (como se dirá) inicial o por reunión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALAMANDREI, Piero (1962): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo de la 2ª ed. italiana (1943). Buenos Aires: EJEA; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2004): “El proceso civil con pluralidad de objetos”. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; FABBRINI, Giovanni (1989): “Conessione”. En: *Scritti giuridici*, tomo I. Milán: Giuffrè; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*. Medellín: Diké; MONTERO AROCA, Juan (1981): “Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch; SATTA, Salvatore-PUNZI, Carmine (2000): *Diritto Processuale Civile*, 13ª ed. Padova: Cedam; ZANZUCCHI, Marco Tullio (1947): *Diritto Processuale Civile*, tomo I. Milán: Giuffrè.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

D'ONOFRIO, Paolo (1959): “Conessione (Diritto Processuale Civile)”. En: *Novissimo Digesto italiano*, tomo IV. Turín: UTET; FABBRINI, Giovanni (1989): “Litisconsorzio”. En: *Scritti giuridici*, tomo I. Milán: Giuffrè; GUZMÁN FLUJA, Vicente C. y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío (2008): “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación de acciones: arts. 71 a 73 LEC”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3; PROTO PISANI, Andrea (2006): *Appunti di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed. Nápoles: Jovene; MONTELEONE, Girolamo (2012): *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 6ª ed., vol. I. Padua: Cedam.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Existe conexidad entre pretensiones cuando estas presentan elementos comunes o por lo menos elementos afines, con lo cual nuestro ordenamiento adopta tanto el concepto de conexidad propia como el de conexidad impropia, exigiendo el primero la identidad de los elementos de las pretensiones relacionadas y el segundo únicamente la afinidad de los mismos (*Cas. N° 2081-97-Lima-Cono Norte*).

Para que las pretensiones puedan acumularse inicialmente es menester que aquellas sean conexas desde el punto de vista subjetivo o desde el título o causa de la prestación que se formula. La conexión causal permite al actor acumular y ejercer simultáneamente dos o más acciones, con tal que no sean incompatibles (*Exp. N° 166-96-Callao*).

Artículo 85**Requisitos de la acumulación objetiva**

Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que estas:

1. *Sean de competencia del mismo juez;*
2. *No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa;*
3. *Sean tramitables en una misma vía procedimental.*

Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código y leyes especiales.

También son supuestos de acumulación los siguientes:

- a. *Cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental, en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas.*
- b. *Cuando las pretensiones sean de competencia de jueces distintos, en cuyo caso la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 195; C.P.C. arts. 11, 15, 32, 50 inc. 1, 83, 86-88, 90, 91, 424 inc. 9, 427 inc. 7, 483, 486, 590, 602.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN: EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 85

Lo primero que hay que aclarar respecto del artículo 85 del CPC, es su ámbito: él atiende, única y exclusivamente, a la acumulación inicial, esto es, la que se promueve desde la demanda.

Ello estaba más que claro en el texto original del CPC (esto es el publicado el 4 de marzo de 1993), cuyo primer párrafo iniciaba así: “Se pueden acumular pretensiones *en una demanda* (...)”. Sin embargo, tal texto fue “corregido” por “Fe de Erratas” (*El Peruano*, 30/03/1992), sustituyendo aquello de “en una demanda” por “en un proceso”, oscureciendo así lo que se estaba regulando: los requisitos para plantear más de una pretensión en el acto inicial del proceso.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

Sin embargo, el propio texto del artículo 85 del CPC, nos daba (y nos da) la clave para entender su ámbito: dado que su inciso 2 señala que no serán acumulables pretensiones contrarias entre sí, “salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa”: ¿dónde más, sino en la demanda, podría “proponerse” la subordinación o la alternatividad entre pretensiones incompatibles?

Por tanto, debemos tener la certeza de que el artículo 85 no es aplicable a cualquier supuesto de acumulación, sino solo a aquella inicial (o, como, la denomina el CPC “originaria”). De hecho, hay que tener en cuenta que el artículo 85 del CPC, es una versión “modernizada” del artículo 247 del CPC de 1912 que a claras letras decía que: “En una *misma demanda* pueden ejercitarse dos o más acciones, con tal que no sean incompatibles. No obstante ser incompatibles las acciones, pueden ejercitarse *en una misma demanda* si se deducen alternativamente” (evidenciados míos).

2. EL SUPUESTO BASE: LA ACUMULACIÓN MERAMENTE OBJETIVA

Lo que prevé, pues, el artículo 85 del CPC, son los requisitos para acumular pretensiones en una demanda, con una precisión: ellos son los *mínimos*, previstos para el supuesto (como se dice en la sumilla) de (mera) *acumulación objetiva*, esto es cuando todas las pretensiones planteadas se dirigen contra el mismo demandado (o, para el supuesto de litisconsorcio necesario, contra todos los codemandados). En este supuesto las pretensiones son conexas solo *subjetivamente*, en el sentido de que todas las pretensiones tienen la misma dirección subjetiva (hay identidad de partes en el lado actor y en el lado demandado).

Cuando ello no sea así, esto es, cuando no haya identidad subjetiva entre las diversas pretensiones, estando ante un supuesto de acumulación subjetiva de pretensiones, el cumplimiento de lo previsto en el artículo 85 no bastará para habilitar el *simultaneus processus*, sino que se requerirá, además, del requisito del artículo 86 (del que hablaremos luego), esto es, de *conexión objetiva*.

Hago esta precisión porque no son pocos los que consideran que para una acumulación inicial meramente objetiva, no baste la mera conexión subjetiva, sino que se requiere de conexión objetiva, esto es que “el fundamento de hecho que se añague como elemento de conexidad debe ser uno relevante para ambas pretensiones”, pues de lo contrario “podría acumularse cualquier pretensión alegando hechos intrascendentes” (REGGIARDO, 2013: pp. 211-212). Ello no es precisamente así, pues en el artículo 85 del CPC, no existe indicio alguno que le permita al intérprete inferir que en una acumulación meramente objetiva inicial, se requiera de conexión *objetiva*, esto es que las diversas pretensiones planteadas contra el mismo demandado estén vinculadas o en el objeto (*petitum*) o en su título

(*causa petendi*). La inexistencia de la necesidad de conexión objetiva para habilitar una acumulación (meramente) objetiva es apreciable en la mayoría de ordenamientos que prevén expresamente la figura: así, por ejemplo, el artículo 104 del CPC italiano (“Contra la misma parte pueden plantearse en el mismo proceso varias demandas *incluso no de otra manera conexas*, siempre que se observe la norma del artículo 10, segundo párrafo”, evidenciados míos) y el artículo 88 del (nuevo) Código General del Proceso (CGP) colombiano (“El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, *aunque no sean conexas*, siempre que concurren los siguientes requisitos (...)”, evidenciados míos). Es más, el proyecto del CPC vigente, al establecer cuáles eran los requisitos para una “acumulación subjetiva de pretensiones” inicial (art. 86 del CPC), establecía que: “Son los mismos de la acumulación objetiva, *pero además debe haber conexidad entre las pretensiones*” (evidenciados míos). Ergo, si ese artículo no hubiera sido suprimido en la redacción final del CPC, hubiera quedado claro que la conexión objetiva era (como no podría ser de otra manera) solo exigible ante una acumulación inicial subjetiva de pretensiones.

Con todo, a estar al texto del artículo 85 del CPC, podemos tener la certeza de que no constituye un requisito habilitante de una acumulación meramente objetiva inicial, el que las diversas pretensiones sean conexas objetivamente, sino que bastará que se cumplan con los requisitos expresamente previstos por el artículo 85.

3. SIGUE. REQUISITOS PROCESALES

Los requisitos de una acumulación inicial meramente objetiva se dividen en dos categorías: a) de orden procesal, y, b) de orden objetivo o, mejor, de *contenido* de las pretensiones (en particular, de sus *petita*).

Los requisitos procesales atienden a la competencia y al procedimiento, esto es los indicados en los incisos 1 y 3 del artículo 85 del CPC.

Por lo que atañe a la competencia el inciso 1 del artículo 85 es lacónico: todas las pretensiones deben ser “de *competencia del mismo juez*”. La pregunta es ¿a qué criterio determinante de la competencia está aludiendo el inciso 1 del artículo 85 del CPC?

Pues, no ciertamente el criterio de la cuantía, en particular cuando todas las pretensiones la tengan, pues a luz del artículo 11 del CPC “si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas”. Ergo, ningún problema de competencia se podría plantear por la cuantía si es que se acumulan varias pretensiones cuyo valor individual no llega a ser de competencia del juez, pues la competencia por tal criterio se determina por la suma del valor de todas.

Tampoco, en línea de principio, es relevante el criterio territorial, por cuanto en una acumulación exclusivamente objetiva inicial el demandado es siempre el mismo. Incluso, de haber varios demandados, y contra todos ellos se dirigen todas las acumuladas (o sea, en un supuesto de litisconsorcio necesario), según el artículo 15 del CPC el juez competente por el territorio es el “del lugar del domicilio de cualquiera de ellos”. Sin embargo, la competencia territorial, podría sí obstaculizar una acumulación meramente objetiva si es que respecto de alguna de las pretensiones existe una regla de competencia territorial improrrogable cuyo lugar no coincida con aquél de las demás.

En rigor, la exigencia inciso 1 del artículo 85 del CPC, fundamentalmente atiende a la competencia por la *materia*. Así, no sería acumulable una pretensión de competencia del juez civil con otra que la ley *expresamente* la atribuye a la competencia del juez de familia, o del juez laboral o del juez de paz letrado, etc.

El otro requisito procesal atiende al procedimiento. Lacónicamente el inciso 3 señala que todas las pretensiones que se pretende acumular deben ser “tramitables en una misma vía procedimental”.

La lectura que se hizo en la praxis de este requisito fue que todas las pretensiones debían tener el mismo exacto procedimiento, esto es, el que todas, si individualmente consideradas, se articularan por la misma “vía procedimental” (conocimiento, abreviada o sumarísima), con la consecuencia de que muchas demandas fueron declaradas improcedentes por la no identidad de “vía procedimental” de las acumuladas.

Tal lectura (por demás “antieconómica”), sin embargo, era (y es) equivocada pues, en el fondo, la exigencia se circunscribe (y así debió interpretarse) a que todas las pretensiones acumuladas en la demanda sean de la misma “naturaleza” (todas declarativas; todas ejecutivas), con la consecuencia de que en caso de diversidad (meramente) procedimental declarativa, una interpretación coherente con el principio de efectividad de la tutela jurisdiccional, debería haber conducido a considerar que en caso de mera diversidad procedimental declarativa, era posible la sustanciación conjunta de todas las pretensiones en la “vía” que “propusiera” el actor (*ex inc. 9 del art. 424*) o en la que el juez considerara “apropiada” (*ex inc. 1 del art. 50*).

4. SIGUE. LA REFORMA DE LA LEY N° 30293

Sobre estos dos requisitos procesales ha incidido la reforma del artículo 85 del CPC, operada por la Ley N° 30293 (*El Peruano*, 28/12/2014).

En efecto, esta ley, dejando intactos la sumilla, el primer y segundo párrafos, ha agregado un tercero con el siguiente tenor:

También son supuestos de acumulación los siguientes:

- a) Cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental, en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas.
- b) *Cuando las pretensiones sean de competencia de jueces distintos, en cuyo caso la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado.*

La redacción del agregado, hay que decirlo, es pésima. Pero la disposición es bien intencionada, pues con ella, si es que se la interpreta, se ha pretendido flexibilizar un tanto los requisitos procesales de la *identidad* de competencia y de procedimiento, como requisitos habilitantes de la acumulación inicial de pretensiones.

De allí que cuando dice que “también (?) son supuestos de acumulación, etc. (...)”, debe entenderse que:

- a) Si bien constituye requisito general para la procedencia de la acumulación de pretensiones el que todas ellas sean de competencia del mismo juez (inc. 1), cuando una sea de competencia, p.ej. de un juzgado de paz letrado y otra de un juzgado especializado, la acumulación será procedente si la demanda se plantea ante el juzgado especializado.
- b) Si bien constituye requisito general para la procedencia de la acumulación el que todas tengan la misma “vía procedimental” (inc. 2), cuando no todas las pretensiones, *por ley*, tengan establecida la misma “vía”, la acumulación es procedente si la demanda se sustancia “por la más larga” (de las disponibles: conocimiento, abreviada o sumarísima).

La intención de la modificación es apreciable, pero equivocada. Y es equivocada porque no se ha partido de las premisas correctas, esto es que:

- 1) El artículo 85 está referido única y exclusivamente a la acumulación inicial de pretensiones (por lo que habría que haber cambiado su sumilla y su primer párrafo);
- 2) El requisito de la identidad de competencia está referido solo al supuesto de acumulación meramente objetiva “simple”, esto es aquella en la que todas las pretensiones se plantean por el mismo demandante en contra del mismo demandado, sin que exista conexión objetiva entre ellas;
- 3) El requisito de la identidad de la “vía procedimental” está referida esencialmente a que todas las pretensiones sean de la misma “naturaleza”, esto es, que todas se articulen por un proceso declarativo, en el sentido

de que no se podría acumular una pretensión declarativa con una ejecutiva y viceversa.

A partir de estas premisas se podía, luego, haber llegado a soluciones articuladas. Así:

- a) Si las pretensiones fueran además conexas objetivamente, no debería constituir obstáculo la diversidad de competencia “vertical” (esto es por la cuantía, que es lo que más o menos, se desprende del art. 32 del CPC). En cambio, por más conexas objetivamente que fueran las diversas pretensiones, si individualmente consideradas son de competencia *por materia* (o competencia territorial improrrogable) de distintos jueces, no debería proceder su sustanciación conjunta en un único proceso;
- b) En cuanto a la “vía procedimental”, si todas las pretensiones son declarativas, tengan o no conexión objetiva entre ellas, la diversidad procedimental no debería constituir un obstáculo para el tratamiento simultáneo en un único proceso, bajo las reglas de la “vía” declarativa —por utilizar la poco técnica expresión de la Ley N° 30293— “más larga”.

No se ha hecho así, perdiéndose una preciosa ocasión, además, para aclarar que para acumular inicialmente pretensiones contra el mismo demandado no se requiere conexión objetiva alguna sino solo el cumplimiento del requisito de la identidad de competencia.

Pese a esta crítica, con esta modificación, si es que es correctamente interpretada, se aliviará la vida de todos aquellos justiciables que hasta ahora veían declarar improcedente *toda* su demanda, sobre todo bajo el argumento de que las varias pretensiones no tenían “la misma vía procedimental”.

Con todo, incluso a la luz de la reforma señalada, debe quedar en claro que en nuestro ordenamiento, es perfectamente posible que el demandante acumule en su demanda cuanta pretensión tenga contra el demandado, siempre que todas las pretensiones sean de competencia por la *materia* (y, de ser el caso, *territorio improrrogable*) del mismo órgano judicial, sin que se precise que entre las pretensiones haya conexión objetiva alguna (ni en el *petitum* ni en la *causa petendi*) ni (ahora) identidad de procedimiento declarativo.

No está de más decir que una acumulación inicial meramente objetiva (supuesto base del art. 85), tiende pura y simplemente a la economía procesal (la “liberal”, esto es, la que queda en la esfera del justiciable). Sobre ello bien decía CHIOVENDA:

“El solo hecho de que varias acciones medien *entre las mismas personas* basta para justificar su unión en un juicio, puesto que de un lado esto evita el inútil desperdicio de tiempo, de actividad y de dinero a que daría lugar su proposición en varios juicios sucesivos o simultáneos, y de otro esta unión per se no agrava las condiciones del demandado (...), las acciones que medien *entre las mismas personas* pueden acumularse aunque no tengan nexo alguno” (CHIOVENDA, 1925: p. 661).

5. REQUISITO DE CONTENIDO

Conforme al inciso 2 del artículo 85 del CPC, no es posible acumular en una demanda pretensiones “contrarias entre sí”. Una pretensión es contraria a otra cuando “los efectos jurídicos o los simples efectos económicos que tienden a producir no pueden subsistir simultáneamente, sino que se oponen entre sí” (GUASP, 1998: p. 231). Estamos pues, ante un requisito para acumular basado en la coherencia lógico-jurídica: así, no podría pretender que se declare resuelto un contrato y que, a la vez, se ordene su cumplimiento; no podría pretenderse que se anule un contrato por simulación y, a la vez, que se le declare ineficaz por fraude *ex* artículo 195 del CC (de dos una, pues la una excluye a la otra).

Cabe aclarar que el requisito del inciso 2 atiende al contenido de los *petita* (esto es, a los efectos pretendidos) y no constituye *un requisito general*, sino, esencialmente (aunque no solo), cuando las diversas pretensiones sean conexas en su *causa petendi*, en cuanto unos mismos hechos generan, conforme al derecho sustancial, efectos distintos y concurrentes respecto de los cuales el actor debe optar (LIEBMAN, 1962: p. 58). De allí que no sea aplicable, por obvias razones, a una acumulación inicial objetiva “simple”, esto es, cuando entre las pretensiones solo exista conexión subjetiva.

Sin embargo, el propio legislador, con la evidente intención de favorecer el *simultaneus processus*, permite que incluso en el caso de que exista incompatibilidad entre las pretensiones, puedan acumularse siempre que vengan planteadas en la demanda “en forma subordinada o alternativa” (regresaremos luego al tema: *sub* art. 87).

6. SUPUESTOS PARTICULARES

El segundo párrafo del artículo 85 del CPC, establece que: “Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este código y leyes especiales”.

La disposición hace referencia a determinados supuestos en los que el propio legislador ha hecho excepción al cumplimiento de los requisitos procesales

del artículo 85 (aquellos de los incs. 1 y 3) a los efectos de la acumulación inicial de pretensiones.

Tal es el caso de la acumulación del pago de frutos y de daños en la demanda interdictal (art. 602); el de alimentos y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad (etc.), en las demandas de separación de cuerpos o divorcio (art. 486), y, la más reciente (debido a la Ley N° 29057, *El Peruano*, 29/06/2007), la que permite (no impone) al demandante en el proceso de desalojo fundado en la falta de pago de la renta, acumular la pretensión “de pago de arriendo”, con la expresa previsión de que “queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código”.

Todos estos son supuestos típicos de pretensiones conexas objetivamente con una “principal” (interdictal, de separación de cuerpos o divorcio, de desalojo), en donde el legislador permite expresamente su acumulación por el vínculo de “prejudicialidad-dependencia” existente entre ellas, por lo que habilita que incluso se haga excepción a la competencia por materia (como en el caso de los alimentos, en las demandas de separación de cuerpos o de divorcio).



BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II, vol. II, trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus; GUASP, Jaime (1998): *Derecho Procesal Civil*, tomo I (actualizado por P. Aragonese Alonso), 4ª ed. Madrid: Civitas; LIEBMAN, Enrico Tullio (1962): “Azioni concorrenti”. En: *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano; REGGIARDO, Mario, (2013): “Acumulación y vías procedimentales en el proceso civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 3. Lima: Gaceta Jurídica.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No es necesario que se determine previamente al proceso de reivindicación la situación jurídica de la construcción efectuada mediante un proceso de accesión, si resulta evidente que el actor ha acumulado a su pretensión reivindicatoria, aun cuando así no lo haya denominado, la pretensión de accesión en la modalidad de edificación de mala fe; y no existe prohibición legal alguna para realizar esta acumulación (*Cas. N° 1230-2006-Lima*).

Si bien se pretende acumular dos pretensiones, una principal y otra accesorio, dichas pretensiones se tramitan en distinta vía procedimental, por lo que no se cumple con el requisito que exige el inciso 3 del artículo 85 del Código Procesal Civil motivo por el cual debe declararse la improcedencia de la demanda, por indebida acumulación de pretensiones. Voto singular: No obstante que el otorgamiento de escritura se tramita como proceso sumarísimo, esta situación no impide que dado el carácter accesorio de esta se tramite por la vía del conocimiento, toda vez que con la principal se busca el reconocimiento del derecho de propiedad que el actor alega le asiste, resultando coherente que en caso de ampararse esta pretensión se le otorgue la respectiva escritura pública (*Exp. N° 842-2002*).

Artículo 86**Requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones**

Esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto o exista conexidad entre ellas; además, se deben cumplir con los requisitos del artículo 85, en cuanto sean aplicables.

Se presenta cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 16, 82-85, 89, 92, 94, 426, 427.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN: EL ABSTRUSO ARTÍCULO 86 (ORIGINAL)

El artículo 86 estaba (y está) enderezado a establecer cuáles requisitos adicionales a los del artículo 85 se requieren para una acumulación inicial de pretensiones que no sea meramente objetiva (o sea, con identidad de partes), sino “subjetiva”, esto es, cuando no todas las pretensiones a acumularse en la demanda tengan a los mismos “personajes” (las pretensiones o son planteadas por diversos sujetos contra el mismo demandado o se plantean por el mismo sujeto en contra de, cada uno, diversos demandados).

Sin embargo, su abstrusa redacción, aunada a la proliferación de disposiciones sobre el mismo fenómeno (art. 83, primer párrafo del art. 89 así como los arts. 92 y 94) ha conducido a la praxis a resultados simplemente desastrosos (mayores detalles: ARIANO, 2013).

En efecto, el abstruso primer párrafo del original artículo 86 establecía:

“Esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto, exista conexidad entre ellas y, además, se cumplan los requisitos del artículo 85”.

La disposición evidentemente se presentaba bastante extraña, pues parecía habilitar una “acumulación subjetiva de pretensiones” cuando todas ellas no solo

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

provinieran “del mismo título” y se refirieran “al mismo objeto” sino que *además* debía haber habido “conexidad entre ellas”.

Ahora, si “título” es causa de pedir (*causa petendi*), si “objeto” es petitório (*petitum*) y si “conexidad” es presencia de “elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas” (art. 84, ya visto), resultaría que, “traducido”, el primer párrafo artículo 86 del CPC, sonaba así:

“Esta acumulación (la subjetiva de pretensiones) es procedente siempre que las pretensiones *provengan de la misma causa de pedir, tengan el mismo petitório, existan elementos comunes entre las distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas* y, además, se cumplan los requisitos del artículo 85”.

Pero como no era (ni es) lógicamente posible exigir identidad objetiva (igual *petitum* e igual *causa petendi*) y a la vez simple conexión (que es *comunidad* de elementos y no *identidad*), no debió haberle sido difícil al intérprete llegar a la conclusión de que simplemente el artículo 86 estaba mal redactado: dado que algo no puede ser *idéntico* a lo que solo es (llamémoslo así) *parecido*, hubiera sido fácil concluir que para que procediera la (llamada) “acumulación subjetiva de pretensiones”, ellas, disyuntivamente, *podían ser*:

- a) *objetivamente idénticas*, esto es compartir su objeto y su causa (lo que puede ocurrir en muy pocos supuestos, como en el caso de solidaridad o de indivisibilidad de obligaciones); o,
- b) *objetivamente conexas*, esto es con *idéntico* objeto o con *idéntica* causa, o más simplemente con *conexión* entre los respectivos objetos y/o causas.

Pero no fue así, pues nuestros operadores judiciales (incluso el Tribunal Constitucional, en la lamentable STC Exp. N° 00055-2008-PA/TC, de 26 de setiembre de 2008), sin la más mínima reflexión crítica, exigieron, para la procedencia de (toda) la demanda, que entre las diversas pretensiones hubiera identidad *total* de elementos objetivos, dando lugar, no pocas veces, a verdaderas denegatorias de justicia.

2. LA REFORMA DE LA LEY N° 30293

Frente a ello, la Ley N° 30293 (*El Peruano*, 28/12/2014), dejando intactos la sumilla y el segundo párrafo, ha retocado la redacción del primer párrafo, cambiando las conjunciones y los signos de puntuación de los enunciados normativos originales.

Parece algo nimio y, sin embargo, es trascendente, pues a partir de la vigencia de la Ley N° 30293, ya no será posible declarar improcedente una demanda por no verificarse *todos* los requisitos del artículo 86.

En efecto, ha bastado la introducción de la conjunción disyuntiva “o” para que quede en claro que para la procedencia de la acumulación, las pretensiones o son *idénticas* en su objeto y causa, o son solo *idénticas* en su objeto y no en su causa, o son solo *idénticas* en su causa y no en su objeto, o, finalmente son solo *conexas* en su objeto y/o en su causa.

Además, hay que tener en cuenta que la “indebida acumulación de pretensiones”, en virtud de la reforma del artículo 427 operada también con la Ley N° 30293, ha dejado de ser un supuesto de improcedencia *in limine*, para serlo de inadmisibilidad (v. art. 426) y que conforme al nuevo texto del artículo 427 de ser alguna de las pretensiones improcedente, “la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolezcan del defecto advertido por el juez”.

3. SIGUE. LAS PRECISIONES FALTANTES

Sin embargo, sí hay algo que reprochar a la nueva ley: si de corrección de redacción se trataba, no se debió dejar el segundo párrafo del artículo 86 del CPC, tal cual y ello porque si aquel dice que hay una acumulación subjetiva de pretensiones “cuando *en un proceso* se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados”, lo que debió precisarse es el momento en que ello ocurre: no en la “atemporal” frase “en un proceso”, sino “en la demanda”, pues el artículo 86 está referido única y exclusivamente a la acumulación inicial de pretensiones (tal como estaba previsto en el art. 85 del Proyecto del CPC, publicado en febrero de 1992: “Acumulación subjetiva de pretensiones. Requisitos.- Se presenta cuando en una demanda se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados”).

De hecho, como se ha indicado al inicio, el artículo 86 del CPC, no es sino una variante del artículo 85 del CPC, en el sentido de que cuando las pretensiones que se acumulan *en una demanda* no tengan a los mismos personajes (esto es, sean planteadas por uno contra varios, por varios contra uno o por varios contra varios) no basta para su procedencia lo que prevé el artículo 85, sino que se requiere, como mínimo, que haya *conexión objetiva* entre los respectivos objetos o entre las respectivas causas.

Al parecer, el legislador no estaba consciente de ello, pues del todo incorrectamente ha agregado al “además se deben cumplir con los requisitos del artículo 85 del CPC”, del texto original el “en cuanto sean aplicables”. Y es incorrecto porque el artículo 85 del CPC, contiene los requisitos procesales y de contenido (lógico-jurídicos) para la procedencia de una acumulación inicial y ellos deben cumplirse siempre (ciertamente, ahora, con los importantes ajustes de la Ley N° 30293 a los que nos hemos referido *sub art.* 85 del CPC).

Ahora bien, en el supuesto de acumulación subjetiva de pretensiones, en particular cuando se hayan planteado varias pretensiones contra diversos demandados, a los efectos de la competencia territorial, entra en juego el artículo 16, disposición que, bajo la sumilla “acumulación subjetiva de pretensiones”, y con toda evidencia para favorecer el *simultaneus processus*, establece que “Cuando por razón de conexión se demanden varias pretensiones contra varios demandados, será competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos”.

Por último, hay que recordar que decir *acumulación subjetiva de pretensiones* y decir *litisconsorcio facultativo* es exactamente lo mismo, por lo que el análisis de la disciplina procesal de este particular fenómeno acumulativo debe integrarse con las disposiciones dedicadas por el CPC al “litisconsorcio facultativo”, en particular en lo atinente a la posición procesal de cada uno de los litisconsortes (v. comentario *sub* art. 94).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2013): “La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables”. En: *Ius et Veritas*, N° 47.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La acumulación subjetiva opera cuando varias pretensiones contra varios demandados provengan de un mismo título, conforme refiere el Artículo 86 del Código Procesal Civil. La denominación empleada en la redacción del citado dispositivo legal, al referirse al “mismo título” no debe entenderse en su acepción literal sino que está referida a la causa u origen de la pretensión, siendo aquella la que explica la existencia de la relación jurídica sustantiva (*Exp. N° 107-2002*).

La acumulación se justifica para evitar fallos contradictorios y por economía procesal, para lo cual es necesario que exista conexidad entre las pretensiones que se pretende acumular. Debe ampararse la acumulación si proviene de un mismo título y el objeto sea el mismo. La nulidad del acto jurídico de una sesión de directorio de una sociedad anónima que ratifica acuerdos de celebrar una operación de crédito con garantía hipotecaria es procedente acumular a la nulidad de la constitución de dicha garantía hipotecaria (*Exp. N° 254-2002*).

Los principios que justifican la acumulación son: el evitar pronunciamientos judiciales contradictorios y la economía procesal, para lo cual debe existir conexidad entre dos pretensiones, es decir, la presencia de elementos comunes o por lo menos afines. Es procedente la acumulación si el objeto de la pretensión es la nulidad del acto jurídico de una sesión de directorio en una sociedad anónima y en el otro la nulidad de una constitución de garantía hipotecaria, celebrada por la sociedad anónima con el banco y terceras personas (*Exp. N° 2035-2002*).

Si la pretensión de nulidad de acto jurídico está referido a varios títulos (contrato de compraventa) celebrados con distintas personas y sobre diferentes inmuebles, no procede amparar la acumulación por no provenir las pretensiones del mismo título (inciso 1 del Artículo 86 del Código Procesal Civil) (*Exp. N° 494-2001*).

Artículo 87**Acumulación objetiva originaria**

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse estas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda. ()*

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 908, 910, 1428, 1447, 1452, 1512, 1513, 1663; C.N.A. art. 96; C.P.C. arts. 32, 83, 85, 122 inc. 4, 424 inc. 5, 438 inc. 3, 483, 547, 590, 602.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

Como regla, sea cual fuere el momento en que se genera una acumulación de pretensiones (declarativas) la consecuencia será el que todas las pretensiones deberán ser (desde el inicio o desde que se genera el fenómeno acumulativo) sustanciadas juntas y, sobre todo, llegado el momento de resolver, el juez se deberá pronunciar sobre todas, caso contrario incurrirá en una omisión de pronunciamiento.

Esta regla general no está plasmada en el CPC en la parte en la que trata de la acumulación, pero constituye manifestación del principio de congruencia (*rectius*, de exhaustividad: PRIETO CASTRO, 1964: p. 313) plasmado con fórmula (para variar) desventurada, en el inciso 4 del artículo 122, al decir que las resoluciones judiciales deben contener “La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de *todos* los puntos controvertidos” (léase “todas las pretensiones”).

Sin embargo, esta regla general puede sufrir una excepción, sobre todo en el supuesto de acumulación inicial: cuando se plantea una acumulación que CHIOVENDA llamó “condicional”. Una acumulación “es condicional –decía el Maestro– cuando el actor no pide pura y simplemente la estimación de todas las demandas

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo N° 1070 del 28/06/2008.

acumuladas, sino de una sola condicionadamente al éxito de la otra” (CHIOVENDA, 1925: p. 658).

La acumulación “condicional”, que constituye una excepción a la regla de exhaustividad arriba indicada, es la prevista (más o menos, más menos que más) en el artículo 87.

Sin embargo, la poco feliz redacción de este artículo 87 (que inicia diciendo: “La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio”) ha puesto en cuestión la posibilidad de que en la demanda se plantee una acumulación “simple”, es decir, una acumulación –en palabras de CHIOVENDA– en la que “el actor pide pura y simplemente la estimación de *todas* las acciones acumuladas” (CHIOVENDA 1925: p. 661).

Tal duda carece por completo de asidero, pues el silencio del artículo 87 no responde a un (implícito) rechazo en nuestro sistema de una acumulación simple [faltaría (...)], sino, en todo caso, una “distracción” [de las tantas (...)] del legislador que omitió poner en blanco y negro la que constituye la regla general cuando se plantea una demanda objetivamente compleja: que el juez tiene que pronunciarse sobre todas las pretensiones planteadas.

Ergo, es perfectamente posible que el actor acumule en su demanda cuanta pretensión tenga contra el demandado, siempre que, naturalmente, se reúnan los requisitos del artículo 85 del CPC, sin que se requiera de conexión objetiva alguna entre ellas (v. comentario sub art. 85 del CPC).

Ahora bien, si como hemos dicho para acumular pretensiones en una demanda (contra la misma parte demandada) basta solo que se reúnan los requisitos del artículo 85 del CPC: ¿cuál es entonces el papel que cumple el artículo 87 del CPC?

Este artículo señala que la acumulación objetiva “originaria” (o sea, en la demanda) “puede ser” subordinada, alternativa o accesorio. Dando por descartado que con esta disposición se haya querido prescribir las únicas modalidades de acumulación inicial posibles, hay que tener la certeza de que su función es la de habilitar modalidades de acumulación inicial “condicional” que como tales *quiebran* la regla de exhaustividad de la decisión del inciso 4 del artículo 122, es decir, el que necesariamente el juez tenga que pronunciarse sobre todas las pretensiones planteadas.

2. LA ACUMULACIÓN SUBORDINADA

Sobre las huellas de la ya recordada noción chiovendiana, una acumulación se dice *condicional* cuando “el conocimiento y la decisión de una o más de las

demandas acumuladas es pedida bajo el presupuesto de que otra de tales demandas (por lo general planteadas en posición de prejudicialidad) sea decidida de una determinada manera” (RONCO, 2004: p. 909).

Siguiendo el orden del artículo 87 del CPC, el primer supuesto de acumulación condicional es el que viene allí designado como “acumulación subordinada”, concibiéndola, más o menos bien, como aquella en la que la pretensión puesta en suborden “queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada”.

Cabe aclarar que la acumulación subordinada, por lo general, no viene regulada, sino solo practicada. Así, en Alemania, lo que nosotros hemos llamado en el artículo 87 “acumulación subordinada” es llamada “acumulación eventual de demandas” (*eventuelle Klagenhäufung*). No se encuentra regulada en su ZPO, pero, tal como lo señala LEIBLE “está reconocida desde hace mucho en la jurisprudencia y doctrina imperante” (LEIBLE, 1998: p. 194), individualizando su nota distintiva en que “el demandante persigue dos (o más) pretensiones procesales por la vía de una petición principal y una auxiliar. Ello ocurre cuando el demandante hace valer una pretensión como principal y para el caso en que esa pretensión fuese rechazada por infundada, posiblemente también rechazada por inadmisibile, promueve simultáneamente otra petición subsidiariamente”.

En Italia, pese al silencio de su Código procesal, tanto su doctrina como su jurisprudencia aceptan la posibilidad de una acumulación “subordinada” o “eventual” (llamada así desde CHIOVENDA, 1925: p. 659). Por lo que atañe a España, la doctrina y la jurisprudencia, desde antiguo, reconocen la existencia y perfiles de la acumulación eventual (también llamada “eventual propia” o “subsidiaria”). Ahora se encuentra expresamente regulada en el artículo 71.4, LEC 2000, en los siguientes términos: “El actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de su acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada”.

En términos generales, el *dato estructural* de una acumulación subordinada de pretensiones es el siguiente: el actor plantea más de una pretensión en su demanda, pero no para que el juez se pronuncie necesariamente sobre todas ellas, sino que se pronuncie *en el orden prefijado por el actor*: primero sobre la planteada como principal (o preferente) y solo si es que el juez la desestima deberá pronunciarse sobre la que está en suborden.

Ergo, el pronunciamiento de la “subordinada” está claramente *condicionada* a la suerte de la pretensión planteada como principal: si la principal es estimada, el juez no debe ya pronunciarse sobre la otra, pues esta, justamente, estaba “subordinada” en su pronunciamiento, a la desestimación de la principal. En cambio, si es

que la principal no es estimada, el juez debe pronunciarse sobre la otra (u otras), estimándola o desestimándola.

Por tanto, en términos de congruencia de la decisión, cuando medie una acumulación “subordinada”, *jamás* podría estimar todas las pretensiones acumuladas, pero sí sería posible que las desestime todas (la preferente y, luego, la subordinada).

Esta modalidad de acumulación condicional, se llama también “eventual”, porque si bien con su planteamiento se produce litispendencia sobre todas las pretensiones (con la consecuencia, entre nosotros, del inc. 3 del artículo 438, es decir, el que no sea posible jurídicamente iniciar otro proceso con el mismo petitorio, por lo que si así se hace, se podrá deducir la correspondiente excepción), *el juez no debe necesariamente pronunciarse sobre todas las pretensiones* (que es el efecto procesal, como ya repetidamente se ha dicho, “normal” en una acumulación de pretensiones), sino que debe proceder *en el orden que ha planteado el actor*.

Ahora, las razones que pueden inducir al actor (o, también, al reconviniente) a plantear una acumulación subordinada (o eventual) de pretensiones pueden ser de lo más variadas.

Puede tratarse del caso que unos mismos hechos generen, según el derecho sustancial, distintos derechos concurrentes a favor del mismo sujeto. Así en el ámbito de los contratos con prestaciones recíprocas, el incumplimiento de una de las partes hace surgir en el contratante fiel tanto el derecho de pedir el cumplimiento de la prestación incumplida como la resolución del contrato (art. 1428 del CC); en el supuesto de lesión el contratante lesionado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato (art. 1447 del CC), pero también tiene derecho al reajuste de la prestación por él recibida, si es que “no es posible que el demandado devuelva la prestación recibida” (art. 1452 del CC); en el caso de vicios ocultos, el adquirente tiene derecho a la resolución de contrato (la llamada “acción redhibitoria”, con todas las consecuencias del art. 1512 del CC), pero también puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos (la llamada *quantum minoris* del art. 1513 del CC). En todos estos casos existen derechos alternativos, en relación a los cuales, como lo indica LIEBMAN:

“(…) la ley ofrece la elección entre dos resultados, cada uno de los cuales excluye necesariamente el otro, dada la imposibilidad de su obtención acumulativa (…) pero nada prohíbe la proposición de ambas (acciones) en un solo proceso, siempre que una de las dos sea planteada en forma eventual” (LIEBMAN, 1962: p. 58).

Pero también podría tratarse del caso de *causas de pedir alternativas* a un mismo *petitum*, en cuyo caso se podrían acumular las pretensiones con el mismo

petitorio, una como principal (con la causa de pedir A) y una subordinada (con la causa de pedir B).

Pero sea cual fuere la razón que induce al actor al planteamiento de una acumulación eventual de pretensiones, hay un dato que emerge del inciso 2 del artículo 85: la acumulación subordinada es la forma lógica para el planteamiento conjunto (pero condicionado) de pretensiones *incompatibles entre sí*, en el sentido de que el actor no podría plantearlas conjuntamente a los efectos de obtener un pronunciamiento simultáneo sobre todas: así no se podría pretender obtener la declaración de resolución de contrato por incumplimiento y, a la vez, de cumplimiento de la prestación dejada de cumplir; no sería posible pretender la declaración de rescisión por lesión y, a la vez, la de reajuste de la prestación por él recibida; no sería posible el planteamiento de la redhibitoria y, a la vez, la *quantí minoris*, etc.; *pues tales pretensiones se excluyen mutuamente (de las dos una, nunca las dos)*, pero sí sería posible que la resolución por incumplimiento, de resolución por lesión o la redhibitoria sean pedidas como principales y las de cumplimiento, reajuste o *quantí minoris*, se pidan en “sub-orden”, para la eventualidad de la no estimación de la respectiva “principal”.

Con todo, no cabe duda de que con la acumulación subordinada, se evita al actor tener que seguir procesos sucesivos (primero uno con una pretensión, y si le va mal, inicia un segundo para sustanciar la “otra” pretensión), por lo que estamos en el terreno de la “pura” economía procesal (nuevamente, la “liberal”), pues está en la pura opción del actor el plantear su demanda de esa manera o no, y, de hacerlo, cuando llegue el momento de resolver, al juez no le quedará más camino que seguir el orden escogido (en base a su propia conveniencia) por el demandante.

3. LA LLAMADA “ACUMULACIÓN ACCESORIA”

El segundo supuesto de acumulación condicional es aquella que el artículo 87 ha llamado “accesoria”, pero a diferencia de la acumulación subordinada, su tratamiento no es para nada diáfano, sino más bien bastante gris.

Y es gris porque en el inefable texto del artículo 87 del CPC, al legislador se le ocurrió señalar que la acumulación accesoria se presenta cuando “habiéndose varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se *amparan* también las demás”.

La “fórmula”, deja por un lado, en la sombra el qué se entienda por “pretensión accesoria” [tema por demás discutido en la doctrina italiana: en los tiempos de CHIOVENDA, 1922: p. 712, en el inmediato de la entrada en vigencia del CPC de 1940 (D’ONOFRIO, 1959: p. 102), hasta hoy (MONTELEONE, 2012: pp. 81-82)] y, por el otro, es fuente de equívocos pues parecería que inevitablemente (cual causa a efecto), el estimar la principal conduzca a la estimación de la accesoria.

En efecto, una cosa es decir que la estimación de una pretensión “accesoria” esté *condicionada* a la estimación de otra, y otra muy distinta es decir que estimada esa otra se deba estimar la “accesoria”, pues esta última, aparte de compartir la *causa petendi* de su principal (o, también, que la consecuencia de la estimación de la principal sea parte de su *causa petendi*), puede tener (y por lo general tiene) una propia: así, si se pretende principalmente la reivindicación de un bien y “accesoriamente” la devolución (o el valor) de los frutos, si se declara infundada la reivindicación, tal declaración arrastra también la referente a los frutos, pues la reivindicación más que seguramente se habrá desestimado en atención a que el actor no era (o no probó ser) el propietario del bien, por lo que el demandado (poseedor legítimo), no tendría frutos que devolver (o pagar su valor) a nadie. En cambio, si se estimara la demanda de reivindicación no está dicho que el demandado perdedor, se verá también condenado a devolver los frutos percibidos (o pagar su valor), pues ello depende de si (antes de la notificación de la demanda) el demandado era poseedor ilegítimo de buena fe (art. 908 del CC) o de mala fe (art. 910 del CC).

Ergo, mientras que para la estimación de la reivindicatoria no tiene relevancia que el poseedor demandado sea un poseedor de buena o mala fe, bastando simplemente que se determine que es ilegítimo pues el derecho de propiedad le corresponde al actor, para la estimación de la demanda en el extremo de la devolución (o el pago del valor) de los frutos es preciso que se determine la buena o mala fe del demandado. Y si no se prueba que sabía de la ilegitimidad de su título para poseer, el extremo de los frutos debe desestimarse, por más accesorio a la reivindicación que sea. De la misma manera: si se demanda el pago de una suma mutuada (el capital) y como accesorio el pago de los intereses compensatorios, la estimación de la principal no conlleva automáticamente a la estimación de la accesoría, pues bien puede darse que se haya pactado expresamente (art. 1663 del CC) que el mutuo sea gratuito, por lo que el mutuatario demandado efectivamente puede estar debiendo el capital mas no los intereses compensatorios.

Por tanto, en presencia de una acumulación fundada en vínculos de accesoriidad entre las pretensiones, a los efectos de establecer tanto la coherencia (lógica) como la congruencia de la resolución (esto es, la correspondencia entre lo pedido y lo que se decida), no se debe aplicar mecánica y simplistamente la fórmula de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, sino que se deben analizar los concretos nexos lógicos y jurídicos que efectivamente ligan a las diversas situaciones sustanciales deducidas y, con base en tal análisis, establecer sus consecuencias.

Ergo, hay que tener mucho cuidado cuando se establecen las consecuencias (finales) de una acumulación de pretensiones ligadas por vínculos de accesoriidad: no siempre la estimación de la principal conduce a la estimación de las accesorias.

Digamos, más bien, con mayor relatividad, que la estimación de la principal, abre la vía *para su* apreciación pero no necesariamente *a su* estimación.

Ciertamente, en términos de congruencia de la decisión, es de más fácil solución la hipótesis contraria: desestimada la pretensión principal, las accesorias no es que sigan su “suerte”, sino que no requieren siquiera ser analizadas, pues la estimación de la principal, que era el evento *condicionante* de su análisis y resolución, no se ha verificado. De allí que este tipo de acumulación haya sido denominada “eventual impropia”, por contraposición a la “eventual propia” (la subordinada), pues a diferencia de esta última, el pronunciamiento sobre las “accesorias” está sometido al “evento” de que se estime la principal. Naturalmente, como todo lo que viene calificado en términos de “propio/impropio”, el rotular la acumulación accesoria como “eventual impropia” no contribuye precisamente a su entendimiento. Quizá lo de “impropio” esté en que las diversas pretensiones no son “incompatibles entre sí”, sino todo lo contrario.

Pero, la equívoca fórmula del artículo 87 del CPC, puede hacernos caer en una trampa: cómo no se tiene claro cuándo “rotular” como accesoria una pretensión frente a otra (¿es accesoria de una reivindicatoria la pretensión de pago de frutos o la indemnizatoria?; ¿es accesoria de una pretensión de resolución de contrato por incumplimiento, la de indemnización por los daños provocados por el incumplimiento?), desde el momento que (según la práctica formalista que se ha impuesto) el actor tiene que explicitar la “forma” en que las acumula (es decir, tiene que expresamente señalar qué tal o cual pretensión es accesoria de otra), los jueces—antes de la reforma operada con la Ley N° 30293 (*El Peruano*, 28/12/2014)—no pocas veces solían declarar improcedente—ex inciso 7 del artículo 427 original— toda la demanda bajo el argumento de que la llamada “accesoria” de otra no es tal porque la estimación de esa otra no “conducía” (automáticamente) a la estimación de la otra.

Ahora, lo paradójico es que la (llamémosla así) “categoría” de la “pretensión accesoria” de otra, por lo general, ha sido legislativamente contemplada para *allanar* su tratamiento y resolución conjuntas (en particular atemperando el obstáculo relativo a la competencia, así, por ejemplo, en el artículo 99 del CPC italiano de 1865 y artículo 31 del de 1940; artículo 108 del CPC brasileño de 1973) y no ciertamente para cerrar la puerta del proceso a pretensiones que vienen planteadas conjuntamente por el nexo objetivo existente entre ellas.

Y ello es también visible entre nosotros.

Es así que, si la primera regla procesal que hace viable una acumulación de pretensiones es que todas sean de competencia del mismo juez (inc. 1 del art. 85),

en presencia de un vínculo de accesoriedad entre pretensiones, aquella sufre una expresa derogación, al menos, por lo que atañe a la competencia por la cuantía.

Así está en primer lugar el primer párrafo del artículo 11, que –para el caso más “canónico” (aunque discutido y discutible, a estar al propio texto del art. 11) acumulación accesoría– a los efectos de determinar al juez competente por la cuantía, establece que “se suma el valor del objeto principal de la pretensión, los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios, y otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda”.

Pero no solo conforme al artículo 32 del CPC, cuando la calificada como principal sea de competencia (por materia, no por cuantía) de un determinado juez, las calificadas como accesorias pueden ser válidamente planteadas en la misma demanda, aunque “consideradas individualmente no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del juez”. Ello significa que la conexión por accesoriedad va a determinar un *desplazamiento de la competencia* del juez que debería ser el competente para conocer de la accesoría (en razón de su cuantía) al juez que es el competente para conocer (por la materia) de la principal.

Más incierta se presenta la situación cuando entre en juego la competencia por materia, vale decir, cuando la planteada como “accesoria” sea de competencia de un específico juez. Sobre ello no existe una regla general, mas sí una especial para el supuesto de pretensiones alimenticias que, si planteadas “autónomamente”, son de competencia del juez de paz letrado (segundo párrafo del art. 547 del CPC y art. 96 del CNA), mientras que si planteadas como “accesorias” de “otras pretensiones” (así el art. 96 del CNA) serán (se entiende) de competencia del juez de la principal.

Ergo, la existencia de un vínculo de accesoriedad entre pretensiones hace mucho más viable su planteamiento conjunto en una misma demanda, mucho más, ciertamente, que si tal vínculo no existiera.

En tal línea, si todo fenómeno acumulativo tiende, alternativa o conjuntamente, a la economía procesal o a evitar aquellos pronunciamientos contradictorios que, eventualmente, podrían presentarse de sustanciarse y resolverse las diversas pretensiones por separado, en la acumulación “por accesoriedad” se tiende a ambas finalidades, pero, sobre todo, a la segunda, en cuanto estando la “accesoria” íntimamente ligada a la principal, es más que conveniente su sustanciación y resolución conjunta.

Pero hay que tener en cuenta que la llamada “acumulación accesoría”, a mi entender, no es sino un caso particular de aquella modalidad de acumulación *condicional* que, desde CHIOVENDA, se suele denominar “sucesiva” (o condicional

en sentido estricto) (CHIOVENDA, 1925: pp. 658-659), cuya particularidad estriba, entre nosotros, justamente, en atemperar los requisitos procesales del artículo 85 (en particular el atinente a la competencia por cuantía), justamente, para facilitar su acumulación.

Ahora, si no existen obstáculos procesales para su acumulación (hoy, además, en vía general, flexibilizados por la reforma aportada por la Ley N° 30293 al art. 85), pierde toda importancia el que alguna de ellas sea calificada o no de “accesoria” de otra, adquiriéndola únicamente al momento de la decisión y a los efectos de su congruencia (y coherencia lógica): “El juez no puede tomar en examen la segunda acción sino después de estimada la primera, aunque en la misma sentencia. Pero la segunda acción puede ser infundada y ser rechazada aunque la primera haya sido estimada” (CHIOVENDA, 1925: p. 659).

Sobre la oportunidad para el planteamiento de las “accesorias”, *ex* último párrafo del artículo 87, v. comentario *sub* artículo 88, N° 2.

4. LA EQUÍVOCA “ACUMULACIÓN ALTERNATIVA”

Si a estar al texto del artículo 87 del CPC, la acumulación (llamada) “accesoria” se presenta grisácea, el tratamiento reservado a la llamada “acumulación alternativa” nos sumerge en la total oscuridad.

A nivel teórico, si hay un sector del fenómeno acumulativo del todo incierto es el atinente a la legitimidad de esta modalidad de acumulación (TARZIA, 1964: p. 253 y ss.; SALVANESCHI, 1990: p. 103 y ss.; RASCIO, 1996: p. 176 y ss.; RONCO, 2004: p. 909 y ss.). Sin embargo, no creo que la incertidumbre que provoca el artículo 87 del CPC, sea producto de una incertidumbre teórica, sino de un (imperdonable) equívoco.

Para evidenciar el equívoco hay que tener en cuenta que conforme al inciso 2 del artículo 85 del CPC, en línea de principio, no es posible acumular válidamente pretensiones que sean “contrarias entre sí”. Sin embargo, sí lo sería si es que se proponen “en forma subordinada o alternativa”. Si solo existiera esta disposición bien se podría interpretar que el planteamiento alternativo de pretensiones incompatibles constituye una “alternativa” a la acumulación subordinada, en el sentido de que el actor las plantearía de manera disyuntiva (“o esto o esto otro”), sin indicación de preferencia alguna. Si así fuera estaríamos en la más clásica concepción de alternatividad chiovendiana, para quien la acumulación será alternativa:

“(…) cuando varias acciones son propuestas para que *una u la otra* sean estimadas. En la forma más absoluta de esta acumulación todas las demandas son propuestas condicionalmente, porque *cada una* es propuesta solo en cuanto

no sea estimada la otra; por tanto, examinada y estimada la una, *se prohíbe al juez examinar y estimar las demás*” (CHIOVENDA, 1925: p. 660).

Ahora, otra interpretación posible sería el que la “alternativa” del inciso 2 del artículo 85 del CPC, sea solo sinónimo de “subordinada”. Abundaría a esta interpretación el que, en el texto original del CPC (el promulgado en marzo de 1992, antes de su modificación por el Decreto Ley N° 25940), se considerara como supuesto de improcedencia de la demanda el que contuviera “pretensiones incompatibles no propuestas en forma subordinada”, sin mención alguna de la “alternativa”. Hay que tener presente que en nuestro derecho histórico nunca se discurió de “acumulación subordinada”, sino solo de acumulación “alternativa”, tanto es así que el CPC de 1912, establecía en su artículo 247 que: “En una misma demanda pueden ejercitarse dos o más acciones, con tal que no sean incompatibles”, agregando que “(no) obstante ser incompatibles las acciones, pueden ejercitarse en una misma demanda si se deducen alternativamente” (precisa Díez-Picazo Giménez, 2004: p. 194) que, en España, “algunas obras procesales y, en ocasiones en la práctica forense se denomina acumulación alternativa a lo que antes se ha denominado acumulación eventual”).

Sin embargo, sea cual fuere la interpretación que se dé al texto del inciso 2 del artículo 85 del CPC, lo cierto es que pese a que de él se infiere que con el planteamiento alternativo de más de una pretensión el actor perseguiría superar la situación de incompatibilidad, en el artículo 87 del CPC, al legislador no se le ocurrió mejor idea que establecer que la acumulación es alternativa cuando “el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir”, lo que significaría que el juez, pese a la incompatibilidad, para darle al demandado la oportunidad de escoger, ¡tendría que pronunciarse sobre ambas “pretensiones”! Un auténtico absurdo, entre otras razones, porque no son las “pretensiones” las que se cumplen: ¡se cumplen las prestaciones!

Y es que lo que el legislador terminó plasmando en el artículo 87, es una visión de la “alternatividad” entre pretensiones que traslada al plano procesal lo que es propio de las obligaciones alternativas (y de otros supuestos previstos en el derecho sustancial en donde el deudor puede escoger), sin caer en la cuenta que una cosa es formular un petitorio de condenas alternativas, porque la obligación cuyo cumplimiento se demanda, nació con prestaciones alternativas y otra muy distinta es que sean las “pretensiones” las alternativas y se busque la emisión de un pronunciamiento alternativo (“o esto o esto otro”).

En el primer caso, “podría” ser sensato (digo podría, porque es discutible que antes de que se haya procedido a la elección, de la prestación —que concentra la obligación—, pueda considerarse exigible) su planteamiento (cuando la elección de la prestación a cumplir, como es la regla, le corresponda al deudor), pero allí no

se tiene una acumulación de “pretensiones”, sino una única pretensión “dirigida a provocar la condena de la contraparte a prestaciones alternativas” (TARZIA, 1964: p. 255). El formular pedidos alternativos (*rectius*, de condena alternativa) está expresamente previsto en el ordenamiento brasileño (art. 288 del CPC brasileiro de 1973: “O pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo. Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo”) y en el lusitano (art. 553 del nuevo CPC portugués-Ley N° 41/2013: (Pedidos alternativos) 1.- É permitido fazer pedidos alternativos, com relação a direitos que por sua natureza ou origem sejam alternativos, ou que possam resolver-se em alternativa. 2.- Quando a escolha da prestação pertença ao devedor, a circunstância de não ser alternativo o pedido não obsta a que se profira uma condenação em alternativa”).

En el ordenamiento alemán, como lo recuerda LEIBLE (1998: p. 195), “tenemos una acumulación de demandas alternativas (*alternative Klagenhäufung*), cuando varias pretensiones son demandadas de manera que el demandante hace valer una u otra pretensión. Ello jurídicamente solo es posible en los casos de obligaciones alternativas. Una acumulación alternativa presupone, que se trata (sic) de obligaciones alternativas (§§ 262, 264 BGB) o que el deudor está (sic) facultado a sustituir (p. ej. según los §§ 251 parr. 2, 528 párr. oración 2, 775 párr. 2 BGB). En todos los demás casos la acumulación alternativa de demandas viola la exigencia de la determinación de la petición demandada (§ 253 párr. 2 N° 2)”.

En cambio, cuando la alternatividad estuviera dada entre auténticas pretensiones (obviamente con distinto *petitum*, porque si fuera el mismo –se me debe A, por X o por Y– el pronunciamiento, inevitablemente, sería único) y se buscara un pronunciamiento sobre todas ellas, estaríamos ante una demanda que no solo no cumpliría con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 424 del CPC (pues no sería ni determinada ni concreta si es que se pidiera “o A o B, me da lo mismo, que escoja el demandado”) sino que conduciría a una sentencia de contenido imposible: “Un pronunciamiento que contuviera estatuiciones alternativas –señalaba con toda razón TARZIA (1964: p. 263)– no sería, en efecto, idóneo para producir el efecto típico de la declaración de certeza (*accertamento*), que es justamente, eliminación de las alternativas posibles en orden a una determinada situación a través del juicio; ni podría tener la eficacia ejecutiva y adquirir autoridad de cosa juzgada. Sentencias de tal tipo no se emiten y, si se emitieran, deberían adscribirse a la especie patológica de las sentencias inexistentes, por la perplejidad de su contenido. Correlativamente, la demanda dirigida a una tal resolución es inadmisibles, y debe ser rechazada por imposibilidad de objeto”.

Sin embargo, la equívoca previsión del artículo 87 no ha sido objeto de mayor cuestionamiento por parte de nuestra doctrina, discutiéndose a lo más, si el juez, en estos (raros) casos debe pronunciarse *homogéneamente* sobre todas las “alternativas”, esto es, ambas fundadas o infundadas (APOLÍN MEZA, 2005: p. 34) o más bien, dependiendo del caso, una podría estimarse y la otra no (REGGIARDO, 2013: p. 209).

Frente a estas incertidumbres, sería recomendable que los propios demandantes (o reconvinientes) manden al desván de las cosas inútiles esta absurda “forma” de acumulación: cuando el propio ordenamiento sustancial les de la opción de escoger o ejercitar varios derechos concurrentes entre ellos, “opten” por una clara (y lógicamente sensata) acumulación subordinada.

5. ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES CONDICIONAL

El artículo 87 del CPC, no solo es equívoco en sus “categorías”, sino también en su ámbito. Y lo es desde la sumilla (“Acumulación objetiva originaria”) y el inicio de su primer párrafo [“La acumulación objetiva originaria puede ser (...)”], pues induce al intérprete a considerar que una acumulación condicional de pretensiones solo sería posible cuando haya identidad subjetiva, esto es, cuando todas las pretensiones sean planteadas por el mismo demandante (o demandantes) contra el mismo demandado (o demandados).

Esto no es así, *in primis*, como reiteradamente se ha dicho, porque toda acumulación es siempre objetiva, por lo que la sumilla y el inicio del primer párrafo del artículo 87 no deberían ser obstáculo para habilitar que, en el caso de litisconsorcio facultativo pasivo, la acumulación sea “eventual” (MONTERO AROCA, 1981: pp. 229-230). Luego, porque es del todo sensato (y, en muchos casos, hasta indispensable) que se puedan plantear condicionadamente pretensiones contra diversos demandados, esto es, en el modo subordinado (ej.: pretendo X contra A, y, subordinadamente, X contra B) o “accesorio” (*rectius*, sucesivo, “en cascada”: demando que se declare la nulidad del acto X contra A; si se declara la nulidad del acto X, que se declare la nulidad del acto Y contra A y B; si se declara la nulidad del acto Y, que se declare la nulidad del acto Z contra B y C, etc.).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

APOLÍN MEZA, Dante (2005): “Apuntes iniciales en torno a la acumulación de pretensiones”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 35; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. José Casais y Santaló, tomo I. Madrid: Reus; CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. José Casais y Santaló, tomo II, vol. II. Madrid: Reus; D’ONOFRIO, Paolo (1959): “Connessione (Diritto Processuale

Civile)". En: *Novissimo Digesto italiano*, vol. IV. Torino: UTET; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2004): "El proceso civil con pluralidad de objetos". En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; LEIBLE Stefan (1998): *Proceso civil alemán*. Medellín: Diké; MONTELEONE, Girolamo (2012): *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 6ª ed., vol. I. Padua: Cedam; MONTERO AROCA, Juan (1981): "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes". En: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch; PRIETO CASTRO, Leonardo (1964): "El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción". En: *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado; RASCIO, Nicola (1996): *Oggetto dell'appello civile*. Napoli: Jovene; REGGIARDO, Mario (2013): "Acumulación y vías procedimentales en el proceso civil". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 3; RONCO, Alberto (2004): "Studio sul litis-consorzio alternativo". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; SALVANESECHI, Laura (1990): *L'interesse ad impugnare*. Milán: Giuffrè; TARZIA, Giuseppe (1964): "Appunti sulle domande alternative". En: *Rivista di Diritto Processuale*.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CONSOLO, Claudio (1985): *Il cumulo condizionale di domande*, 2 vols. Padua: Cedam; ROMERO SEGUEL, Alejandro (1999): *La acumulación inicial de acciones en el Derecho Procesal español*. Barcelona: Cedecs.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el petitorio se contrae a que se declare al actor propietario de un inmueble y en forma acumulativa, objetiva, originaria y accesorio se pide el pago del valor de la construcción, la acumulación de pretensiones propuesta no tiene el carácter de accesorio sino de subordinada. Dada la naturaleza de las pretensiones solicitadas estas no pueden concurrir de modo accesorio, ya que en el supuesto de ampararse la pretensión principal, carecería de objeto que se ordene el pago de lo edificado, supuesto que solo sería posible de no declararse el derecho de propiedad (*Cas. N° 222-2004-Lima*).

No resultan amparables los fundamentos del recurrente en cuanto a la existencia de una supuesta indebida acumulación de pretensiones, toda vez que la pretensión de nulidad de acto jurídico y reivindicación constituyen pretensiones conexas que se tramitan en la misma vía procedimental, conllevando la nulidad de un acto jurídico a la reivindicación del predio sub materia al ser nulo el título que ampara la posesión, por lo que no se trata de pretensiones contradictorias entre sí, satisfaciéndose el requisito de la acumulación objetiva de pretensiones a que se refiere el artículo ochenticinco del Código Procesal Civil, siendo que el Artículo quinientos noventa del citado Código autoriza expresamente a que se pueda demandar el desalojo accesorio de un bien en un proceso de conocimiento conforme ha sucedido en el caso de autos (*Cas. N° 129-2003-Jul*).

La acumulación que se presenta no es ninguna de las previstas en el artículo 85 del Código Procesal Civil, no siendo estas las únicas formas de acumulación objetiva, ya que la misma norma señala expresamente que tal acumulación puede ser subordinada, alternativa o accesorio, es decir, no la restringe solo a estos supuestos, pudiendo ocurrir que en un acto postulatorio se demanden pretensiones autónomas entre sí que tengan en común el mismo hecho generador (*Cas. N° 244-2001-Cusco*).

Artículo 88

Acumulación objetiva sucesiva

La acumulación objetiva sucesiva se presenta en los siguientes casos:

1. *Cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones;*
2. *Cuando el demandado reconviene;*
3. *Cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno, a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos; y*
4. *Cuando el demandado formula el aseguramiento de la pretensión futura. (*)*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 83, 85, 87, 90, 98, 99, 343, 428, 445, 468, 484, 503.

Artículo 89

Acumulación subjetiva de pretensiones originaria y sucesiva

La acumulación subjetiva de pretensiones originaria se presenta cuando la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas.

La acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva se presenta en los siguientes casos:

1. *Cuando un tercero legitimado incorpora al proceso otra u otras pretensiones; o,*
2. *Cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos, se reúnen en un proceso único.*

En este último caso, atendiendo a la conexidad y a la eventual diferencia de trámite de los procesos acumulados, el juez puede disponer su desacumulación en el trámite, reservándose el derecho de expedir una sola sentencia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 15, 16, 83, 84, 86, 87, 91, 98, 99, 203, 343, 428, 445, 468; L.G.S. art. 219.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

Los artículos 88 y 89 tienen en común una “característica”: su sustancial inutilidad. De hecho, su contenido equivale a un cuadro sinóptico sobre la acumulación,

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

tal cual el elaborado por MONTERO AROCA (1973: pp. 70-71) y que GONZÁLEZ (1984: p. 40) reprodujo para la Argentina. Pero una cosa es elaborar un cuadro sinóptico con fines didácticos y otra muy distinta es transformar ese cuadro en una disposición legal, que es lo que se ha hecho, en sustancia, en esos artículos. De allí que no sorprenda que hace unos años PEYRANO haya dicho, en aparente elogio, que “los artículos 87, 88 y 89 (...) regulan y describen legalmente, lo que de ordinario, es materia librada a los desarrollos doctrinarios” (PEYRANO, 1999: p. 8). Sin embargo, que los artículos 88 y 89 describan, puede ser; que regulen, no lo parece.

Solo teniendo en cuenta que los artículos 88 y 89 no son más que una síntesis de los diversos supuestos de acumulación (que es lo que se hace en los manuales y no en las leyes) se puede entender (mas no justificar) la razón del desdoblamiento de tales supuestos entre los que dan lugar a una “acumulación objetiva sucesiva” (art. 88) de aquellos que dan lugar a una “acumulación subjetiva de pretensiones objetiva y sucesiva” (art. 89), cuando una tal separación nada agrega ni quita a la regulación de los respectivos supuestos acumulativos.

Ahora bien, de la lista de supuestos de acumulación, existen algunos que merecen sí unos comentarios: los de los incisos 1 y 3 del artículo 88 y el del inciso 2 del artículo 89, por cuanto los demás encuentran en otros lugares del CPC su respectiva regulación.

Así, por lo que atañe al inciso 2 del artículo 88, relativo a la reconvencción hay que estar a lo que establece el artículo 445 (v. su comentario); en cuanto al supuesto del inciso 4 del artículo 88 (introducido por la Ley N° 30293, *El Peruano*, 28/12/2014), hay que estar a lo dispuesto en el artículo 104 (v. su comentario) sobre el (extrañamente) denominado “aseguramiento de pretensión futura” (*rectius*, llamada en garantía, o mejor, pretensión de garantía, que, por cierto, no constituye un supuesto de “acumulación objetiva de pretensiones”, sino de “acumulación subjetiva de pretensiones”); y, por último, en cuanto al supuesto del inciso 1 del artículo 89, hay que estar a la regulación de la intervención de terceros, en particular la principal del artículo 99 (v. su comentario) y la litisconsorcial del artículo 98 (v. su comentario).

2. LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA

El supuesto del inciso 1 del artículo 88, esto es el que el demandante amplie su demanda agregando una o más pretensiones, hay que buscarlo con lupa, pues el CPC no lo prevé de la misma manera que en otros ordenamientos hispano-latinoamericanos.

En efecto, la razón de su presencia en el artículo 88 está en lo indicado al inicio: el cuadro sinóptico monteriano (!). Solo que MONTERO AROCA (y toda la

manualística española) incluían (e incluyen) la ampliación de la demanda como supuesto de acumulación sucesiva (o sobrevenida) de pretensiones porque *su ley* lo preveía (y lo prevé) expresamente (art. 156, LEC 1881: “No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda, quedando a salvo el derecho del actor para ejercitarlo en el juicio correspondiente”; art. 401, LEC 2000: “1. No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda. 2. Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados. En tal caso el plazo para contestar la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda”). Lo propio ocurre en el Derecho argentino (de allí, el esquema de GONZÁLEZ, 1984: p. 40), al menos en el artículo 87 del Código de la Nación [“Antes de la notificación de la demanda, el actor podrá acumular todas las acciones que tuviere contra la misma parte (...)”].

Ahora bien, si se observan las disposiciones españolas y argentina, lo relevante respecto de la “ampliación” (referida en la LEC 1881 y en el Código de la Nación argentino a la acumulación meramente objetiva, esto es la que requiere solo identidad de partes, sin necesidad de conexión objetiva), se advertirá que lo relevante es el momento preclusivo para que ello ocurra: la contestación de la demanda, en España; la notificación de la demanda en la Argentina. En cambio, nosotros, pese al inciso 1 del artículo 88, no tenemos ninguna disposición que establezca expresamente tal momento preclusivo, esto es, el hasta cuándo pueda el demandante, a demanda presentada, agregar otras pretensiones contra el mismo demandado, que es lo realmente importante. De allí que el inciso 1 del artículo 88 sea una previsión, sustancialmente, vacía de contenido normativo. Sin embargo, la previsión tiene una pequeñísima relevancia: es posible hacerlo, por lo que la pregunta es: ¿hasta cuándo?

La respuesta nos viene del primer párrafo del artículo 428 (retocado por la Ley N° 30293, *El Peruano*, 28/12/2014, para hacerlo aplicable también al procedimiento sumarísimo): “El demandante puede modificar la demanda antes que esta sea notificada”.

Por tanto, si el demandante puede, antes de la notificación, modificar su demanda (en su *petitum*, en su *causa petendi* y, cómo no, en su dirección subjetiva), también podrá plantear otras pretensiones más contra el mismo demandado (incluso no conexas objetivamente) y, si conexas objetivamente, contra otros sujetos. Es que, en rigor, antes que la demanda sea notificada al demandado, el demandante puede hacer, *ad libitum*, lo que más le convenga: modificar las pretensiones ya planteadas, desistirse “del proceso” (en cuanto a algunas de las pretensiones, v. art. 343) y, como consecuencia, agregar otras pretensiones (que es, en sustancia, una modificación de la demanda inicialmente planteada). Naturalmente para hacerlo

eficazmente, deberá tener en cuenta el nuevo segundo párrafo del artículo 428 (introducido por la Ley N° 30293), esto es, el que “las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio”.

Pero, si del artículo 428 del CPC, se trata, no se subsume dentro del supuesto del inciso 1 del artículo 88, su (ahora, tras la reforma de la Ley N° 30293) tercer párrafo, esto es el que establece que el demandante puede “también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho”, pues en tales casos no estamos ante “otras” pretensiones que se agregan a la inicial, sino a la misma, que viene ampliada en el *quantum* de su *petitum*.

En cambio, sí constituye una ampliación en sentido estricto de la demanda la previsión del último párrafo del artículo 87, en el sentido de que cuando las pretensiones “accesorias” no se hayan planteado inicialmente en la demanda “solo pueden acumularse estas hasta antes del saneamiento procesal” (equivoca fórmula debida al D. Leg. N° 1071). La disposición está sumergida en la incertidumbre de lo que se deba entender por “accesoriedad” (v. comentario *sub* art. 87), pero estamos ante un caso en el que, para favorecer el *simultaneus processus* sobre pretensiones con una conexión calificada, el legislador procesal ha renunciado a su férrea preclusión, esto es, que a demanda notificada, el demandante pueda ampliar su demanda con pretensiones ligadas a la ya planteada por un vínculo de accesorie-
dad (en la *causa petendi*).

Ahora bien, respecto al momento preclusivo indicado en el artículo 87 del CPC (“antes del saneamiento procesal”), debemos entender que se refiera al momento anterior a la “fijación de los puntos controvertidos” (v. art. 468), que es cuando el objeto concreto del proceso queda (más o menos) definitivamente fijado.

Naturalmente, aunque el CPC (para variar) nada diga, cuando el demandante proceda a la ampliación de pretensiones “accesorias”, debe darse al demandado la oportunidad de pronunciarse sobre ellas.

3. ACUMULACIÓN POR REUNIÓN DE PROCESOS

El inciso 3 del artículo 88 y el inciso 2 del artículo 89 se refieren al mismo supuesto: la acumulación sucesiva (*rectius*, sobrevenida) por reunión de procesos, por lo que, su comentario conjunto está más que justificado, en cuanto ambas disposiciones se complementan recíprocamente.

De hecho, solo tratándolos conjuntamente podemos hallar los requisitos de contenido y procesales para que la reunión de procesos proceda.

El primer dato está en el inciso 3 del artículo 88 (dato que no aparece en el inc. 2 del art. 89): la razón de la reunión: “a fin de que una sola sentencia evite pronunciamientos jurisdiccionales opuestos”. Ergo, la reunión de procesos llevados hasta ese momento de manera autónoma, encuentra su ratio no tanto en la mera economía sino, sobre todo, en el evitar decisiones contradictorias (GUZMÁN FLUJA Y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, 2009: p. 3), lo que presupone la conexión objetiva entre los objetos (pretensiones) de los respectivos procesos. Esta conexión implica que entre los objetos de los diversos procesos existe una relación de “prejudicialidad-dependencia”, esto es “una particular relación *sustancial* entre relaciones jurídicas, consistente en que la existencia o la inexistencia o la extinción de un derecho o de un estatus depende, justamente en el plano sustancial, de la existencia o de la inexistencia, entre las mismas partes o entre partes distintas, de *otra* relación jurídica, que pertenece al supuesto constitutivo o al impeditivo-modificativo-extintivo del primero” (la llamada “prejudicialidad técnica”: BALENA, 2009: p. 170), o también la “relación entre un solo derecho y la *relación jurídica compleja* del cual trae su origen” (la llamada “prejudicialidad lógica”: BALENA, 2009: p. 170).

En tal sentido, cuando entre el objeto de un proceso y del otro están ligados por un nexo de prejudicialidad-dependencia, el riesgo que se corre, si es que no vienen reunidos, es que se produzcan decisiones contradictorias, esto es “que la existencia de la (misma) relación prejudicial sea afirmada en un proceso y negada en el otro” (BALENA, 2009: p. 171).

Y este riesgo existe tanto si los procesos así vinculados se desarrollan entre las mismas exactas partes o entre partes diversas, por lo que, la ratio de la reunión es la misma en uno y otro caso, esto es, tanto no solo en el caso indicado en el inciso 3 del artículo 88, sino también en el del inciso 2 del artículo 89.

Ciertamente, el que la reunión de procesos –tanto respecto de aquellos que se desenvuelven entre las mismas partes o entre partes diversas– esté enderezada a evitar “pronunciamientos jurisdiccionales opuestos” (esto es, contradictorios, incompatibles, excluyentes, etc.), a lograrse con la emisión de una única sentencia sobre todas las pretensiones conexas, pone en evidencia que la acumulación tratada solo está referida a la reunión de procesos declarativos y no así de aquellos ejecutivos, en donde la razón, sin duda, es otra (una distribución más eficiente del patrimonio del deudor, el respeto de las preferencias creditorias, etc.: ARIANO, 2014: p. 157 y ss.).

En cuanto a los requisitos de orden procesal, de la lectura del último párrafo del artículo 89, referido a la acumulación por reunión de procesos, se desprende que no es un obstáculo la diversidad de “vías procedimentales”. En efecto, si bien el texto se presenta bastante enrevesado, al disponer que, en atención “a la eventual

diferencia de trámite de los procesos acumulados”, el juez podría “disponer su desacumulación en el trámite”, resulta evidente que sí es posible acumular procesos con “trámites” distintos, pues de otra manera no sería posible tal “desacumulación” meramente procedimental.

Y ello no solo vale cuando los procesos acumulados se hayan desarrollado (cuando estaban separados) entre partes distintas, sino también cuando haya identidad de ellas, pues no se encuentra una sola razón para que lo que se puede en un caso, no se pueda en el otro.

Por tanto, no debe haber duda de que la diversidad “procedimental” declarativa no constituye un obstáculo para la reunión de procesos, con la consecuencia de que será perfectamente posible acumular un proceso de conocimiento con un abreviado y/o con un sumarísimo. Lo que ciertamente no sería posible sería acumular un proceso declarativo (que se lleve con cualquiera de sus procedimientos) con un proceso de ejecución, por cuanto se trata de procesos de distinta “naturaleza” (tanto en su estructura como en su función).

Sin embargo, el CPC silencia el qué hacer luego de la reunión, esto es, por cuál de los cauces procesales se seguirá el proceso “unificado”. La solución debería propender por seguirse por el procedimiento menos perjudicial para las partes (que es más o menos la fórmula del art. 77.1 LEC, 2000; GUZMÁN FLUJA y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, 2009: p. 10 y ss.), aunque lo óptimo sería una intervención legislativa expresa (como la del art. 40 del CPC italiano, según la reforma de la Ley 353/1990: PROTO PISANI, 1991: p. 30 y ss.). En el entretanto podría seguirse la regla introducida por la Ley N° 30293, en el tercer párrafo del artículo 85 (v.), esto es, que cuando “las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental (...), las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas” (que, viéndolo bien, es más entendible respecto de la acumulación por reunión de procesos que respecto de una acumulación inicial).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIANO DEHO, Eugenia (2014): “En la búsqueda de la eficiencia de la tutela ejecutiva: la acumulación (y coordinación) de ejecuciones”. En: Posada, Giovanni (coord.). *Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra; BALENA, Giampiero (2009): *Instituzioni di Diritto Processuale Civile, I principi*, tomo I. Bari: Cacucci; GONZÁLEZ, Atilio Carlos (1984). *La pluralidad en el proceso civil y comercial*. Buenos Aires: Astrea; GUZMÁN FLUJA, Vicente y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío (2009): “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Acumulación de procesos. Casos especiales de acumulación necesaria: arts. 74 -98 LEC”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1; MONTERO AROCA, Juan (1973): *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de*

la pluralidad de partes en el proceso civil. Barcelona: Hispano Europea; PEYRANO, Jorge (1999): "Breve estudio crítico del Código Procesal Civil del Perú". En: *Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; PROTO PISANI, Andrea (1991): *La nuova disciplina del processo civile*. Nápoles: Jovene.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

TARZIA, Giuseppe (1988): "Connessione di cause e *simultaneus processus*". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera (*Exp. N° 1583-2005*).

Existirá acumulación subjetiva originaria cuando una demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varios demandados, lo que debe relacionarse necesariamente con la institución procesal del litisconsorcio, en sus distintas situaciones (*Cas. N° 2150-99-Lambayeque*).

Si bien ambos actores alegan la calidad de copropietarios del inmueble aludido, también es verdad que uno de ellos no tiene la calidad de heredera, de la cual sí goza el actor. No proviniendo las pretensiones incoadas del mismo título resulta evidente la existencia de una indebida acumulación subjetiva de pretensiones, al adolecer uno de los requisitos establecidos en el artículo 86 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 1987-99*).

Si se demanda a la vendedora el otorgamiento de dos escrituras públicas, una de independización y otra de compraventa, las que se tramitan en una misma vía procedimental, procede su acumulación por contener ambas la misma pretensión, como es el otorgamiento de escritura pública (*Exp. N° N-1039-97*).

Artículo 90**Requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos**

La acumulación sucesiva de procesos debe pedirse antes que uno de ellos sea sentenciado. El pedido impide la expedición de sentencia hasta que se resuelva en definitiva la acumulación.

La acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Si el pedido es fundado, se acumularán ante el que realizó el primer emplazamiento.

De la solicitud de acumulación se confiere traslado por tres días. Con la contestación o sin ella, el juez resolverá atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados al pedido. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.

Esta acumulación será declarada de oficio cuando los procesos se tramitan ante un mismo juzgado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 88, 124., 147, 148, 320, 368, 377, 387, 402, 483, 503, 640.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN

En atención a que sobre las razones que justifican la reunión de procesos ya nos hemos ocupado en el comentario al artículo anterior, en este no cabe sino analizar los (ulteriores) requisitos procesales previstos para su procedencia, así como el procedimiento a seguirse para lograrlo.

2. COMPETENCIA

Conforme al segundo párrafo del artículo 90 del CPC, cualquiera de los jueces que esté conociendo de alguno de los procesos que se pretende acumular es competente para conocer de la petición de reunión de procesos. Por tanto, la parte tiene toda la libertad de escoger al juez ante quien formular la instancia de acumulación. Lo más sensato sería pedirla ante el juez que esté más próximo a sentenciar, para evitar, justamente, que ello ocurra.

3. OPORTUNIDAD

Según el primer párrafo del artículo 90 la acumulación de procesos se puede pedir “antes que uno de ellos sea sentenciado”. Ello reconfirma que el único supuesto en juego es la reunión de procesos declarativos, pues son los únicos en los que se dicta sentencia.

Por tanto, para que la acumulación proceda se requiere que todos los procesos que se pretende reunir estén en su primera instancia. De no ser así, el remedio para evitar la emisión de “pronunciamientos opuestos” (que es la fórmula del inc. 3 del art. 88), es la suspensión por prejudicialidad civil, introducida por Ley N° 30293 (*El Peruano*, 28/12/2014), como segundo párrafo del artículo 320 (“El juez a pedido de parte, suspende la expedición de la sentencia en un proceso siempre que la pretensión planteada en él dependa directamente de lo que debe resolver en otro proceso en el que se haya planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Para ello es necesario que las pretensiones sean conexas, a pesar de lo cual no puedan ser acumuladas, caso contrario, deberá disponerse su acumulación”).

4. EFECTOS

La petición de acumulación de procesos no suspende la marcha del proceso, sino solo la expedición de la sentencia, mientras se sustancia el incidente de acumulación. Como la petición de acumulación se formula ante cualquiera de los jueces que están conociendo de los procesos que se pretende acumular, no habiéndose previsto ningún mecanismo de coordinación oficial entre los diversos jueces, a fin de que en los otros procesos no se llegue hasta la sentencia, lo oportuno es presentar ante aquellos copia de la solicitud de acumulación presentada ante el juez elegido, pues caso contrario, se correría el riesgo de que la acumulación se frustre.

5. PROCEDIMIENTO

La solicitud ante el juez elegido se presenta con copia certificada de la demanda y de la contestación (de haberla). La exigencia de que se presente copia certificada, representa un verdadero problema práctico, por la demora en que suelen incurrir nuestros órganos judiciales en la expedición de las copias. Debería tratarse de copia simple, tal como se ha previsto para la solicitud de medidas cautelares (v. art. 640) o, en todo caso, copias “autorizadas” por el abogado patrocinante, como cuando se plantea queja (v. art. 402) y recurso de casación (v. inc. 2 del art. 387).

La solicitud de acumulación debe ponerse en conocimiento de las partes, a fin de que dentro del plazo de tres días expresen lo conveniente. Debe entenderse que el “traslado” de la solicitud es a *todas* las partes, esto es, no solo a la contraparte del proceso en el que se pide la acumulación, sino, de ser distintas, a aquellos de los otros procesos que se pretende acumular. Para ello el solicitante deberá proporcionar todos los datos indispensables para que la notificación pueda llevarse a cabo.

Vencido el plazo de tres días —que debe computarse, *ex* artículo 147 (v.) desde la última notificación, si los sujetos a notificar son diversos y no han sido notificados en la misma fecha— el juez, con la contestación de las otras partes o sin ella,

debe resolver [el plazo es el indicado por el artículo 124 (v.)] para la expedición de autos, esto es cinco días.

Si estima la petición, los procesos se acumularán ante el juez “que realizó el primer emplazamiento”, esto es ante el juez del proceso en el que se notificó primero alguna de las demandas (supuesto particular de *forum preventionis*). Aunque la ley no lo prevea expresamente, si el juez que ha estimado la petición de acumulación es distinto del que deberá llevar adelante los procesos acumulados, deberá remitir las respectivas actuaciones, con el correspondiente oficio de remisión (v. art. 148, tal como reformado por la Ley N° 30293).

El auto que se pronuncia sobre la petición de acumulación de procesos, sea que la estime o la desestime, es apelable sin efecto suspensivo (v. art. 377), con todas sus consecuencias; esto es, si se desestima, que los procesos que se pretendían acumular puedan, en el entretanto, ser sentenciados, y si se estima, que se proceda a la acumulación, pese a la impugnación.

6. ACUMULACIÓN DE OFICIO

Conforme al último párrafo del artículo 90, “cuando los procesos se tramitan ante un mismo juzgado”, el juez puede disponer su acumulación de oficio. Luego, ni cuando el juez tome conocimiento (de cualquier manera) de la existencia de otros procesos conexos que se siguen ante distintos órganos judiciales, el juez podría, sin que medie instancia de parte, disponer que se acumulen.

Hay que entender que la resolución que dispone de oficio la acumulación de procesos, es apelable, también sin efecto suspensivo (que es la regla, tratándose de autos).

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- ARIANO DEHO, Eugenia (2014): “En la búsqueda de la eficiencia de la tutela ejecutiva: la acumulación (y coordinación) de ejecuciones”. En: Posada, Giovanni (coord.). *Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra; BALENA, Giampiero (2009): *Instituzioni di Diritto Processuale Civile, I principi*, tomo I. Bari: Cacucci; GONZÁLEZ, Atilio Carlos (1984). *La pluralidad en el proceso civil y comercial*. Buenos Aires: Astrea; GUZMÁN FLUJA, Vicente y ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío (2009): “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Acumulación de procesos. Casos especiales de acumulación necesaria: arts. 74 -98 LEC”. En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1; MONTERO AROCA, Juan (1973): *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*. Barcelona: Hispano Europea; PEYRANO, Jorge (1999): “Breve estudio crítico del Código Procesal Civil del Perú”. En: *Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; PROTO PISANI, Andrea (1991): *La nuova disciplina del processo civile*. Nápoles: Jovene.

Artículo 91**Desacumulación**

Cuando el juez considere que la acumulación afecte el principio de economía procesal, por razón de tiempo, gasto o esfuerzo humano, puede separar los procesos, los que deberán seguirse independientemente, ante sus jueces originales.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. V, 88, 89, 90, 445; L.A. art. 54.

Eugenia Ariano Deho

1. INTRODUCCIÓN: PERPLEJIDADES

Desde un punto de vista teórico, la figura del artículo 91 del CPC, se presenta como la opuesta a la de la acumulación: la separación (o si se prefiere, escisión) de pretensiones que hasta ese momento se sustanciaban simultáneamente.

Sin embargo, la “desacumulación” del artículo 91, parece referirse solo a la acumulación originada por la reunión de procesos, esto es, aquella en la que habiéndose acumulado (*rectius*, reunido) procesos que previamente se llevaban por separado, el juez, en atención a que el *simultaneus processus* “afecta” el principio de economía procesal (“por razón de tiempo, gasto o esfuerzo humano”), puede (se entiende de oficio), disponer que se “desacumulen”. De allí que tras la “desacumulación”, los procesos previamente acumulados, deban “seguirse independientemente”, ni más ni menos, “ante sus jueces originales”.

Ergo, tal como viene concebida por el artículo 91, la “desacumulación” se presenta de lo más desconcertante, sobre todo si tenemos en cuenta que, como dicho *sub* artículos 88-89, la acumulación de procesos, más que a la simple economía procesal está enderezada a evitar pronunciamientos “opuestos” (esto es, contradictorios, incompatibles, excluyentes entre sí).

A ello se agrega que no se establezca en cuál momento puede disponerse esa “desacumulación”: ¿en cualquier momento o al momento de sentenciar?

Es más, si se tiene en cuenta que la reunión de procesos puede ser dispuesta por cualquiera de los jueces que esté conociendo de alguno de los procesos que se pretende acumular (v. comentario *sub* art. 90, N° 2) y que el que termine conociendo de los procesos acumulados puede bien ser otro (el que notificó primero al demandado), este último juez podría considerar, del todo discrecionalmente, que el *simultaneus processus* “afecta” la economía procesal, con la consiguiente “devolución” del proceso acumulado al que dispuso su acumulación, con todo el derroche de “tiempo, gasto o esfuerzo humano” que ello conllevaría.

2. PERSPECTIVAS

Es que la figura de la separación de procesos (prevista en el § 145 de la ZPO alemana y en los arts. 103 y 104 del Código Procesal Civil italiano) está muy mal concebida, pues ella debería proceder únicamente en aquellos casos en donde esté solo en juego la economía procesal (lo que no ocurre en el caso de acumulación por reunión de procesos) o cuando no exista el riesgo de pronunciamientos contradictorios.

Y ello puede ocurrir cuando se esté ante una acumulación inicial meramente objetiva, esto es cuando las pretensiones no estén vinculadas objetivamente. Ese es justamente el primer supuesto del § 145 de la ZPO alemana (“El tribunal puede ordenar que las pretensiones que se hicieron valer en una demanda sean tratadas en procesos separados”). En este caso, es bien posible que llevar adelante un *simultaneus processus* pueda comprometer la “economía procesal”, pues una de las pretensiones acumuladas puede ser más compleja que la otra (por ejemplo, requiera una actividad probatoria compleja), por lo que podría ser oportuno su separación, para que sobre la (llamémosla así) pretensión más “simple” llegue más pronto a decisión.

Ciertamente en casos así, la solución óptima no sería la “separación de procesos” (que implica toda una gama de desbarajustes procesales), sino la emisión de una sentencia “parcial” (figura desconocida en el proceso estatal, pero acogida, ahora, por la Ley de Arbitraje, D. Leg. N° 1071, en su art. 54), sobre la pretensión que ya esté lista para ser decidida, continuándose con el proceso respecto de las demás. Y ello mismo podría ocurrir, sin mayores traumas, incluso frente a pretensiones vinculadas por prejudicialidad-dependencia, en el sentido de que si todas se sustancian simultáneamente, la pretensión prejudicial podría bien ser decidida primero (en una sentencia parcial) y respecto de las dependientes, en tanto no puedan ser decididas conjuntamente (porque aún no están listas para ello), se pueda proseguir con el proceso.

Otro supuesto razonable de “desacumulación”, sería el caso en el que el demandado plantee una reconvencción que no reúne los requisitos del artículo 445 (v.), esto es que no sea de competencia del juez de la demanda o no sea conexa con la pretensión demandada (segundo supuesto del § 145 de la ZPO alemana): en lugar de declararse improcedente la reconvencción, debería disponerse su separación del proceso en el que se planteó, para que se siga en un proceso autónomo.

Y así podríamos seguir fantaseando, pero ello conlleva un discurso *de iure condendo* que no corresponde hacer en esta sede.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2003): *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.

CAPÍTULO VI LITISCONSORCIO

Artículo 92

Litisconsorcio activo y pasivo

Hay litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 16, 56, 83, 84, 93, 94, 95, 461, 496, 587 párr. 3.

*Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia*

1. INTRODUCCIÓN

El esquema básico del proceso judicial supone la presencia de un solo sujeto como demandante y un solo sujeto como demandado; sin embargo, como señala MONROY GÁLVEZ, en el mundo real los procesos son más complicados (1993: p. 38), en donde varias personas pretenden algo contra una o varias más.

En efecto, la realidad nos demuestra que no todo proceso se compone conforme al esquema básico; sino que por el contrario, por un sinnúmero de situaciones, el demandante o el demandado (o ambos) lo constituyen una pluralidad de sujetos que pueden estar actuando de manera conjunta o independiente reclamando la titularidad de algún derecho u oponiéndose a una misma pretensión o pretensiones. A la institución procesal que se encarga de estudiar los escenarios descritos en nuestro proceso civil se le denomina litisconsorcio.

Teniendo lo expuesto como base, y al constituir el presente comentario la forma en que el CPC introduce la institución del litisconsorcio, procederemos a desarrollar conceptos previos que consideramos pertinentes a fin de entender esta figura; y cómo es que se encuentra relacionado con otras instituciones procesales, principalmente con la acumulación subjetiva de pretensiones y la intervención de terceros.

2. ACUMULACIÓN, LITISCONSORCIO E INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Para empezar, el CPC no ha definido el concepto de "parte" en el proceso, únicamente establece a quienes se les considera como tal (art. 56). En atención a ello,

conviene para los propósitos de este trabajo traer la definición que de “parte” hace el profesor italiano CALAMANDREI (1986: p. 297) a partir de su noción procesal: “(...) hay que partir de esta premisa elemental: que la cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustancial, por el solo hecho de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante el juez: la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone (...)”.

Ahora bien, tal como señalamos existen diversas situaciones que pueden dar lugar a supuestos que en un proceso aparezcan más de una persona en la posición de demandante y/o demandado, supuestos para los cuales se ha regulado las instituciones procesales de acumulación, litisconsorcio e intervención de terceros, que no son otra cosa que reglas que se deberán seguir para que el proceso continúe de manera regular cuando se enfrente a la pluralidad.

En ese sentido, tenemos que el CPC regula la figura de la acumulación como institución sobre cuya base se desprenden las dos siguientes. Así, a decir del máximo exponente de nuestro CPC, la acumulación procesal es considerada como “la estructura procedimental básica de otros temas, que, apoyándose en su estructura, adquieren una mayor complejidad” (MONROY GÁLVEZ, 1993: p. 41).

Atendiendo a ello, en concordancia con el CPC, la acumulación procesal es la institución por la cual existe, en un mismo proceso, varias pretensiones, varios sujetos en calidad de parte o ambas cosas simultáneamente. Esta se divide a su vez en acumulación objetiva (de pretensiones) y acumulación subjetiva (de sujetos); por otro lado, tanto la acumulación objetiva y subjetiva pueden ser originaria y sucesiva (atendiendo al momento del proceso en el que se presentan o pudiesen presentarse).

De este modo, tenemos que el litisconsorcio es considerado por el CPC como la manifestación de la acumulación subjetiva originaria de pretensiones. A su turno, la intervención de terceros se encontraría del lado de la acumulación subjetiva sucesiva.

Sobre el particular, y siguiendo a la mayoría de los autores peruanos que han desarrollado este tema, coincidimos en que el único supuesto de acumulación propiamente dicho es el de la acumulación objetiva. En efecto, “no resulta saludable seguir manteniendo la clasificación de objetiva y subjetiva que recoge el Código Procesal. Ella debe ser abordada bajo una figura: la acumulación de pretensiones, pues no existe acumulación que no sea objetiva” (LEDESMA NARVÁEZ, 2012: p. 200).

Es decir, únicamente podemos hablar de acumulación de pretensiones, pues no se trata de acumular en el proceso sujetos con sujetos. Además, si siempre que hablamos de acumulación subjetiva nos referimos al litisconsorcio no cabe duda que son instituciones distintas cuyo rasgo común es la pluralidad; además como veremos más adelante, la acumulación de pedidos atañe al interés para obrar del actor, mientras que el litisconsorcio tiene que ver con la relación material o respecto

a quien es tributario de los efectos de la sentencia. Si bien esta discusión podría parecer una cuestión semántica o terminológica, la fundamentación de cada una de dichas instituciones (acumulación o litisconsorcio) nos obliga a identificarlas como dos instituciones diferentes, aunque lo importante, siempre será que dicha diferenciación venga a partir de los elementos que configuran cada una de ellas, más allá de su corrección nominal.

En la misma línea, descartamos que la intervención de terceros sea un fenómeno exclusivo de la acumulación subjetiva sucesiva. Sin embargo, sí constituye la institución procesal que se encarga de estudiar la legitimación del tercero que interviene en un proceso con el propósito de convertirse en parte. Es decir, legitimación para conformar la parte de manera sobrevenida, “la intervención de terceros en el proceso supone siempre la inerencia, que hasta entonces era tercero, en un procedimiento judicial ya en marcha entre otras personas para convertirse él en parte” (MONTERO AROCA, 2007: p. 260). En ese sentido, la intervención de terceros puede constituir un supuesto de acumulación de pretensiones (ej. aseguramiento de pretensión futura o intervención excluyente principal) o suponer únicamente la incorporación de varios sujetos que actúan como un solo demandante y/o demandado (ej.: intervención coadyuvante y litisconsorcial).

3. PLURALIDAD DE PARTES Y LA PLURALIDAD DE OBJETOS PROCESALES

Teniendo en cuenta el escenario propuesto por el CPC en torno a la regulación de la acumulación de pretensiones y la actuación de varios sujetos en el proceso civil, conviene traer la clasificación de MONTERO AROCA cuando señala que únicamente podemos hablar de pluralidad de partes y de objetos procesales (2007: p. 211).

Así, siguiendo al autor español, cuando nos encontramos ante un supuesto de pluralidad de partes estamos ante una legitimación plural; es decir, dos o más personas se constituyen en un único proceso en la posición de demandante y/o demandado, porque están legitimados para ejercitar una única pretensión o para oponerse a ella, de modo que el órgano judicial debe dictar una única sentencia en la que se contendrá un único pronunciamiento que afectará a todas las partes (aunque a veces de modo diferentes). El presente supuesto es el que nuestro CPC denomina litisconsorcio necesario.

Por otro lado, cuando hablamos de acumulación de pretensiones hacemos referencia a la pluralidad de objetos procesales en la cual se dictará una sentencia con varios pronunciamientos.

Ahora bien, cuando nos encontramos ante un supuesto donde existe pluralidad de objetos procesales entre las mismas partes, nos encontramos ante el fenómeno que nuestro CPC denomina acumulación objetiva de pretensiones.

Asimismo, cuando un demandante ejercita varias pretensiones frente a varios demandados, o bien varios demandantes ejercitan varias pretensiones frente a un único demandado o varios demandantes ejercitan varias pretensiones frente a varios demandados, nos encontraremos ante un supuesto de acumulación objetiva-subjetiva. En este caso, se inician tantos procesos como pretensiones se sustanciarán en un único proceso, conformando de esa manera el objeto de la decisión judicial. El fenómeno descrito es denominado por nuestro CPC como litisconsorcio facultativo.

Nótese que en este último supuesto, si bien nuestro CPC lo clasifica dentro de la categoría de litisconsorcio, nos encontramos realmente ante un supuesto de acumulación de pretensiones. En efecto, “no es un litisconsorte propiamente dicho porque no hay comunidad de suertes, como lo sería en el necesario, sino lo que existe es –como señala Parra Quijano– una pluralidad de partes que aprovechan el procedimiento para discutir independientemente sus pretensiones; de ahí que predomine en esta figura la acumulación voluntaria, facultativa o eventual en la reunión de pretensiones” (LEDESMA NARVÁEZ, 2012: p. 227).

Si bien no compartimos la clasificación del CPC, lo importante es saber identificar en cualquiera de los supuestos, la variedad de objetos que serán materia de decisión judicial. Queda claro entonces la primacía del principio de economía procesal en la regulación de esta figura.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CALAMANDREI, Piero (1986): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): “Partes, acumulación, intervención y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas* N° 6; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

De acuerdo con posición de las partes, el litisconsorcio se clasifica en activo cuando existen varios demandantes, pasivo cuando existen varios demandados y mixto cuando existen varios demandantes y demandados. Al momento de su formación se clasifica en originario, cuando existe pluralidad de sujetos desde el inicio del proceso, y sucesivo, cuando se produce durante el desenvolvimiento del proceso - sucesión procesal, integración de la litis acumulación de procesos e intervención adhesiva litisconsorcial. Por último, el litisconsorcio, atendiendo a su fuente de origen, es facultativo cuando la pluralidad de sujetos obedece a criterios de ocasionalidad o economía; y, por ende, surge por voluntad de las partes, y en modo alguno por una exigencia legal; y será necesario cuando la presencia de una pluralidad de partes en el proceso se imponga por la naturaleza de la propia pretensión discutida o por las implicancias de la resolución judicial que ha de recaer en el proceso (*Cas. N° 2906-2006-Arequipa*).

Artículo 93

Litisconsorcio necesario

Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, solo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc 3; C.C. arts. 665, 979, 1186; C.P.C. arts. 15, 65, 76, 83, 92, 95, 97, 98, 99, 103, 344 párr. 2, 481, 496, 533.

*Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia*

1. CONCEPTO, TIPOS DE LITISCONSORTE NECESARIO

El litisconsorte necesario constituye una institución procesal derivada de la legitimación procesal. Nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio necesario cuando dos o más personas cuentan con legitimidad conjunta para demandar o ser demandados en un proceso. En otras palabras, el litisconsorte necesario constituye un supuesto de legitimación plural en el proceso.

En ese sentido, podemos definir al litisconsorte necesario como la situación en que “dos o más personas se constituyen en un único proceso, en la posición de actor y/o demandado, porque están legitimadas para ejercitar una única pretensión o para oponerse a ella, de modo que el órgano judicial debe dictar una única sentencia en la que se contendrá un único pronunciamiento que afectará a todas las partes” (MONTERO AROCA, 2007: p. 211).

Como podemos observar de la definición descrita, la principal diferencia de la presente institución procesal con la institución de acumulación lo constituye en que esta última conlleva a que se emita varios pronunciamientos como tantas pretensiones existan que, por regla general, afectan de manera distinta a las diferentes partes del proceso; sin embargo, en el litisconsorte necesario únicamente existirá una única pretensión con un único fallo que afectará de manera conjunta a todos los sujetos que actúen como parte (excepcionalmente podrá afectarles de manera distinta).

Ahora bien, a efectos de poder detectar cuando existe legitimación plural para demandar o ser demandado corresponde analizar los dos tipos de litisconsorte necesario que la doctrina reconoce: i) propio; y, ii) impropio.

El primer supuesto es el más sencillo. Existe litisconsorcio necesario propio cuando es la propia ley la que señala que personas deben demandar o ser demandados conjuntamente.

Así, a modo de ejemplo, podemos señalar que en la denominada “Acción petitoria de herencia” (art. 665 del CC) se requiere demandar a la pluralidad de sucesores. En el proceso de separación de cuerpos y divorcio por causal (art. 481 del CPC) el cónyuge demandante ha de demandar tanto al otro cónyuge como al Ministerio Público. Mientras que en la intervención principal excluyente (art. 99 del CPC), como en el supuesto de tercería de propiedad (art. 533 del CPC), se requiere interponer la pretensión tanto al demandante como al demandado del proceso primigenio.

El segundo supuesto es el que mayor explicación requiere, y es que el litisconsorte necesario impropio es el que más frecuente se da en la casuística y es imposible determinar de manera general todos los casos en los que se puede dar.

A diferencia del litisconsorte necesario propio, el litisconsorte necesario impropio no se encuentra constituido de manera previa por la ley, sino que se encuentra determinado por la situación material en la que se encuentran las partes. Es decir, “se desprende de la naturaleza de la relación jurídico-material respecto de la que (las partes) hacen las afirmaciones legitimadoras” (MONTERO AROCA, 2007: p. 223).

Por eso, como venimos señalando, el litisconsorcio necesario es un supuesto de legitimación. En tal sentido, existirá litisconsorcio necesario impropio cuando es “necesario para que pueda concluirse que existe legitimación que la afirmación activa la hagan todos los titulares del derecho y/o que la imputación pasiva se haga frente a todos los titulares de la obligación” (MONTERO AROCA, 2007: p. 221).

Como se observa, la naturaleza del litisconsorte necesario impropio se encuentra en la indivisibilidad de la relación material de los sujetos que pueden demandar o ser demandados porque todos ellos son titulares —o dicen ser— de los derechos subjetivos que invocan como propios, o en su caso, obligados a satisfacer las exigencias reclamadas por el accionante. A decir de APOLÍN MEZA: “la pretensión o pretensiones deducidas en el proceso se encuentran referidas o relacionadas a situaciones jurídicas plurisubjetivas, es decir, que la situación jurídica afirmada en la pretensión es de titularidad de una pluralidad de sujetos” (2013: p. 340).

A modo de ejemplo, tenemos que en la denominada “acción pauliana o revocatoria” constituyen sujetos pasivos de la demanda tanto el deudor que ha realizado el fraude de su derecho, junto con el acreedor adquiriente. La demanda de nulidad de un contrato debe dirigirse necesariamente contra todos los sujetos que intervinieron en el mismo. Cuando se discuta el derecho de propiedad sobre una cosa que se encuentra en posesión de varios sujetos conjuntamente, todos han de ser demandados en el proceso.

2. FUNDAMENTOS DEL LITISCONSORTE NECESARIO

Para poder determinar cuándo nos encontramos ante una situación de indivisibilidad de la relación material y en consecuencia ante un supuesto donde se requiere que la afirmación de la legitimación le atañe a dos o más personas, es necesario comprender que el fundamento del litisconsorte necesario lo encontramos en la utilidad de la sentencia a emitirse en el proceso.

En ese orden de ideas, conviene citar a PRIORI POSADA cuando señala: “El modo de definir el litisconsorcio necesario parte de considerar la eficacia de la sentencia en la persona de quienes han actuado como parte en el proceso, puesto que la norma señala que en estos casos la participación de todos aquellos a los que la sentencia va a afectar será necesaria y obligatoria” (2015: p. 215).

En efecto, complementando lo señalado, podemos decir que la eficacia de la sentencia se encuentra en que esta comprenda a todos los sujetos en los que recaiga de manera directa sus efectos ya que de lo contrario nos encontraríamos ante una sentencia inútil. En otras palabras, existe litisconsorte necesario –pasivo– cuando sobre dos o más personas van a recaer los efectos directos de la sentencia.

De ahí que el fundamento del litisconsorte necesario lo encontremos en la utilidad de la sentencia y es que en caso contrario no se encuentren todos los sujetos que deben ser considerados como parte, la sentencia no podrá producir sus efectos normales, deviniendo en consecuencia inútil en tanto no puede ser oponible ante todos los sujetos que debieron ser considerados como parte. Lo anteriormente mencionado viene a ser lo que la doctrina clásica ha denominado como “la teoría de la sentencia inutiliter data” (CHIOVENDA, 1949: p. 304).

Conforme señala MONTERO AROCA: “la inutilidad proviene de la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico-materiales respecto de las cuales, independientemente de cuál haya de ser el contenido de la sentencia, estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelva la legitimación deben hacerse frente a varias personas, de modo que si ello no se hace así la sentencia no podrá tener los efectos normales queridos por el actor; esto es, la sentencia será inútil, no solo contra los que no han sido parte, sino también respecto de los que sí lo han sido” (2007: p. 227).

Finalmente, a la luz de lo expuesto, podemos concluir que el litisconsorte necesario tiene fundamento en el artículo 139.3 de nuestra Constitución, en tanto constituye un requisito a efectos de poder conseguir una sentencia útil; es decir, efectiva y es que conforme señala el Tribunal Constitucional: “Si bien nuestra Carta Fundamental no se refiere en términos de significado a la ‘efectividad’ de la tutela jurisdiccional, resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela” (STC Exp. N° 4119-2005-PA/TC: f. j. 64).

La consideración del litisconsorcio necesario a partir de sus efectos permite identificar de mejor manera los casos donde esta institución funciona. Allí donde haya duda, se deberá descartar la existencia de este tipo de litisconsorcio en la medida que la eficacia de una sentencia considerando sus límites subjetivos requiere el aseguramiento del derecho de defensa de contra quien se opondrá dichos efectos.

3. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LITISCONSORTE NECESARIO ACTIVO

Conforme al artículo en comentario (e inclusive el artículo anterior), el litisconsorte necesario se requiere no solo en los supuestos que exista legitimación plural para ser demandado, sino también en los supuestos en los que se requiera legitimación plural para ser demandante.

Al respecto, conviene señalar que si bien existen normas que permiten la flexibilización del presente requisito en determinados supuestos (ej. art. 979 del CC, referido a reivindicación y defensa del bien común), la presente norma constituye la regla general.

A modo de ejemplo, si por medio de un contrato A y B se obligaron ante Z a realizar de manera conjunta un cuadro por la suma de diez mil soles y este último no cumple con pagar, a efectos de interponer la demanda de obligación de dar suma de dinero se requeriría tanto la participación de A y B en calidad de demandante.

En atención a ello, consideramos que una lectura literal del presente artículo podría conllevar al rechazo de una demanda (o su improcedencia) si es que no es interpuesta por todos los litisconsortes necesarios. En otras palabras, se estaría condicionando a determinadas personas a que ejerzan su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de manera conjunta ya que de lo contrario se verían imposibilitados de ejercitarlo, lo que a nuestro juicio es inconstitucional.

Acorde a lo señalado por el Tribunal Constitucional, el derecho al acceso a la justicia constituye “la garantía de que los ciudadanos puedan acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de reclamos en un proceso judicial” (STC Exp. N° 0363-2009-PA/TC: f. j. 6).

Naturalmente el citado derecho al acceso a la justicia no es limitado, sino que para ejercerlo se requiere cumplir con las condiciones de la acción y los presupuestos procesales; sin embargo, consideramos que establecer la exigencia de que dos o más personas sean las que tengan que interponer la demanda constituye una limitación desproporcionada al citado derecho.

En igual sentido ha opinado una parte de la doctrina nacional al señalar que el litisconsorte necesario activo “es un grave error, no solo por la desfasada concepción de legitimación para obrar que utiliza, sino porque determinaría que (...) un sujeto jamás podría acceder a la función jurisdiccional (...) lo cual sería absurdo” (APOLÍN MEZA, 2013: p. 345).

Ahora bien, la solución la encontramos en la respuesta jurisprudencial que se le dio al presente problema en España antes de la vigencia de su actual Ley de Enjuiciamiento Civil (en tanto esta última no hace referencia a la figura del litisconsorte necesario activo y en consecuencia se le ha considerado derogado). Así, a decir de MONTERO AROCA (2007: p. 235) la salida lógica la constituye la siguiente:

- a) En el caso en que los demás litisconsortes necesarios activos no se pronuncien en contra de iniciar la demanda o estén a favor de esta, el demandante deberá solicitar a través de la figura de la denuncia civil que se les notifique con la demanda para que ellos decidan si coadyuvan o no con la misma. En el caso que quieran participar deberán hacerlo como parte, mientras que en el supuesto en que no lo hagan (ya sea por una manifestación tácita o expresa de su voluntad) ello no deberá de impedir la continuación del proceso. En ambos casos la sentencia a emitirse les será vinculante y desplegará todos sus efectos.
- b) En el caso en que los demás litisconsortes necesarios activos se pronuncien oponiéndose a la demanda, la solución será la misma, sin embargo, se les deberá incluir como sujetos de la parte demandada. En este supuesto la sentencia a emitirse también les será vinculante y desplegará todos sus efectos.

Nótese que la solución propuesta pone énfasis en que los sujetos que integran el litisconsorte necesario tengan conocimiento de la demanda y puedan ejercitar su derecho de defensa. De esta manera, la cosa juzgada no extenderá sus efectos a personas ajenas al proceso (y que ni se han podido defender). Por consiguiente, consideramos que esta es la solución práctica que deberá darse vía jurisprudencial en la medida que constituye un equilibrio entre el derecho de acceso a la justicia del sujeto que quiere interponer una demanda y los derechos de defensa y a ser oído que tienen los demás sujetos que se encontrarían en un escenario de litisconsorte necesario activo.

4. CUESTIONES PROCESALES

En primer lugar queremos hacer la salvedad que el comentario referido a la integración e intervención del litisconsorte necesario lo realizaremos al comentar el artículo 95 del CPC. Realizado tal descargo, procederemos a tratar aspectos procesales que surgen a raíz de la presente figura.

En torno a la competencia del juez en los casos que exista litisconsorcio pasivo, se aplica la regla general respecto a la competencia objetiva y funcional; en cuanto a la competencia territorial, conforme al artículo 15 del CPC, es competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos.

Con respecto a la actuación de los litisconsortes en el proceso, si bien existe legitimación plural ello no significa que deban de actuar de manera conjunta. Sobre el particular, consideramos que la regla general constituye la actuación individual de cada uno de ellos, siendo la excepción que actúen de manera conjunta conforme al artículo 76 del CPC (supuesto que ha de darse cuando el juez así lo ordene).

Entendemos como actuación individual la facultad de que cada sujeto que integra el litisconsorte necesario adopte actitudes materiales y procesales distintas, compareciendo cada uno con abogado de manera independiente y estableciendo alegatos independientes (e inclusive contradictorios) que respalden su postura del caso.

Ahora bien, la actitud material que adopten tiene sus límites en los actos que constituyen disposición del objeto procesal (desistimiento, allanamiento, reconocimiento, transacción, conciliación, entre otros), en tanto para la procedencia de estos se requiere el consentimiento de todos. Lo que incluye además el reconocimiento de hechos realizados por algunos de los litisconsortes; por ello, en tanto exista un litisconsorte que no reconozca un determinado hecho, este deberá ser objeto de prueba en el proceso.

En relación al derecho a la prueba, cada litisconsorte necesario cuenta con el conjunto de elementos que forman parte de este derecho; es decir, derecho a: i) ofrecer medios probatorios; ii) que se actúen adecuadamente los medios probatorios; y, iii) que se valoren los medios probatorios en forma adecuada y motivada.

Sobre la prueba cabe hacer una precisión adicional y es en virtud del principio de comunidad o de adquisición, la prueba que presenten cada uno de los litisconsortes puede beneficiar o perjudicar a todos, siendo necesario que al momento de la sentencia se valoren todas las pruebas de manera conjunta.

En lo referente a los medios impugnatorios, un acto procesal puede ser impugnado por cualquiera de los litisconsortes. En ese sentido, el recurso interpuesto por uno de ellos impide la firmeza de la sentencia, incluso frente a quien no la recurrió. Lo que determina que “el medio impugnatorio así interpuesto, favorecerá al litisconsorte que no ha impugnado o incluso que haya consentido el acto procesal, pues la resolución que resuelve la impugnación afectará por igual a todos los litisconsortes” (APOLÍN MEZA, 2013: p. 349).

Como vemos, en el litisconsorcio necesario al encontrarnos frente a una relación material integrada por varios sujetos, la actividad que despliegue cada sujeto

incidirá en el convencimiento que el juzgador debe llegar respecto a los hechos ante él propuestos.

Sobre los cómputos de plazos, cabe mencionar que el apersonamiento, contestación de demanda, impugnación y cualquier otro acto procesal, deberá realizarse de manera individual, por lo que las notificaciones y correspondientes plazos serán de manera independiente.

Esto último nos lleva además a tratar sobre la rebeldía de uno o todos los litisconsortes; sobre el particular, consideramos que de ser el caso en que si solo algún o algunos de los litisconsortes necesarios dejan de presentarse al proceso, habiéndolo hecho los demás, solo se les deberá declarar rebelde a ellos, no afectando a los litisconsortes diligentes la situación de rebeldía de aquellos; por ello, consideramos que en este supuesto no aplica la presunción de verdad relativa de los hechos, esta únicamente aplicará cuando todos los litisconsortes sean declarados rebeldes, supuesto que únicamente sucederá si todos los litisconsortes no contestan la demanda.

Por último, debemos hacer referencia al pago de costas y costos, al respecto no consideramos un acierto la última modificatoria realizada al CPC (Ley N° 30293), por medio de la cual se estableció en el artículo 414 que cuando la parte condenada en costas y costos esté conformada por una pluralidad de sujetos, la condena al pago los obliga solidariamente, acogiéndose de esta manera una postura ya comentada por la doctrina nacional (LEDESMA NARVÁEZ, 2012: p. 224).

Las razones de nuestra discrepancia es que la pluralidad de sujetos no guarda relación con la actividad que efectuó cada uno de ellos intra proceso, ni con el hecho que pluralidad no es igualdad de intereses. Lo que se debe medir —en todo caso— es el impacto de la defensa del derrotado en la economía del vencedor. Pareciese que el legislador pensó en solidaridad como si todos los procesos estuviesen referidos a obligaciones solidarias. No cabe otra explicación, porque si lo que quiso el legislador es facilitarle al juez la determinación de los costos, la incorporación de una regla de solidaridad no cumple con el objetivo.

5. EL LLAMADO LITISCONSORTE CUASINECESARIO

El artículo en mención señala que la existencia del litisconsorcio necesario y su respectivo emplazamiento en el proceso es obligatorio “salvo disposición legal en contrario”. De esta manera, de un modo indirecto, el CPC se encuentra reconociendo lo que se ha denominado como litisconsorte cuasinecesario.

El litisconsorte cuasi-necesario es definido como el supuesto en que si bien existe pluralidad de legitimados para ser demandados, la ley permite que el proceso se desarrolle válidamente emplazando únicamente a un solo sujeto de los legitimados

a ser demandados, permitiendo que la sentencia a emitirse sea vinculante a todos ellos. Es decir, que existe una anuencia legislativa para litigar de dicha forma.

A decir de ARRARTE ARISNABARRETA, “En esta modalidad de litisconsorcio la norma positiva establece la posibilidad de que se entable una relación procesal válida sin que en ella participen todos los titulares de la relación material que en términos normales se encontrarían obligados a ello, estableciendo adicionalmente que los alcances de la decisión que emita el órgano jurisdiccional –es decir los alcances subjetivos de la cosa juzgada– afectará a todos de manera homogénea, hayan o no intervenido en el proceso” (1997: p. 138).

Los ejemplos clásicos que se dan sobre el presente supuesto lo constituyen las obligaciones solidarias (art. 1186 del CC), la impugnación de los acuerdos de la junta general de accionistas (art. 143 de la LGS) y los procesos de tutela de intereses difusos (art. 82 del CPC). En todos estos supuestos por ley se permite que la demanda solo sea interpuesta contra uno de los varios legitimados pasivamente, siendo vinculante la sentencia hacia todos los demás. Esto se explica porque la ley procesal incorpora aquello que ya funciona en el plano material.

Además, en el proceso iniciado contra un litisconsorte cuasinecesario, podrán intervenir los demás sujetos legitimados en cualquier estado del proceso hasta antes que se emita sentencia definitiva, gozando para ello de las mismas facultades que el emplazado con la demanda, desde el momento en que su intervención es admitida hacia adelante.

Por último, cabe mencionar que la sentencia que se emita en un proceso en el que se hayan incorporado litisconsortes cuasinecesarios podrá ser ejecutada contra ellos también.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APOLÍN MEZA, Dante (2013): “¿Acumulación subjetiva o litisconsorcio? Tratamiento del litisconsorcio en el proceso civil peruano”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Lima: Editorial Ius et Veritas; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (1997): “Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas; CHIOVENDA, Giuseppe (1949): *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch; PRIORI POSADA, Giovanni (2014): “Partes y terceros en el proceso civil peruano”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 18. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 94

Litisorcicio facultativo

Los litisorcios facultativos serán considerados como litigantes independientes.

Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 83, 84, 86, 88-90, 92.

Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia

1. CONCEPTO

En primer lugar debemos resaltar que el denominado litisorcicio facultativo no constituye un supuesto de litisorcicio, sino un supuesto de acumulación.

Conforme ya ha sido materia de explicación, el litisorcicio en sentido estricto implica la existencia de varios sujetos legitimados ya sea para ser demandante y/o demandado, los cuales ejercerán una pretensión(es) de forma conjunta, o se opondrán a una pretensión(es) de manera dependiente. Lo característico de este supuesto es que la sentencia contendrá un pronunciamiento(s) que afectará a todos los sujetos que conforman la parte demandante y/o demandado.

Ahora bien, la acumulación de pretensiones implica la pluralidad de objetos procesales (pretensiones) que conllevarán a una sentencia con tantos pronunciamientos como pretensiones existan. La acumulación de objetos procesales puede darse entre las mismas partes (acumulación objetiva de pretensiones) o porque existe varios demandantes o demandados (o ambos), que por voluntad propia, ejercitan tantas pretensiones independientes como sujetos existan en el proceso (acumulación objetiva-subjetiva). Este último supuesto es el que nuestro CPC denomina "litisorcicio facultativo" o también llamado por la doctrina "litisorcicio voluntario".

Atendiendo a lo expuesto, estamos ante un caso de litisorcicio facultativo "cuando un actor ejercita varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación pasiva), o bien varios demandantes ejercitan varias pretensiones frente a un único demandado (acumulación activa) o bien varios demandantes interponen varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación mixta), iniciándose en todo caso tantos procesos como pretensiones que se sustanciarían en un único procedimiento y se resolverán en una única sentencia" (MONTERO AROCA, 2007: p. 217).

De lo hasta ahora expuesto, podemos establecer las características principales de la presente figura, las que a la vez nos permiten diferenciarla del litisorcicio necesario. Así tenemos:

- a) El litisconsorte necesario se da por la naturaleza de la relación jurídico material, mientras que el litisconsorte facultativo se da por la voluntad de los sujetos que forman parte.
- b) En el litisconsorte necesario varios sujetos aparecerán en la posición de un mismo demandante y/o demandado, en tanto existe una legitimación plural. En el litisconsorte facultativo cada sujeto actuará de manera independiente y en consecuencia, existirán varios demandantes y/o demandados en el proceso, en este supuesto cada demandante y/o demandado debe de acreditar su legitimación procesal autónoma.
- c) En el litisconsorte necesario el objeto procesal es de titularidad conjunta de todos los litisconsortes ya sea para ejercitar una pretensión(es) u oponerse a ella. En el litisconsorte facultativo hay varias pretensiones y cada sujeto que participa del proceso es titular de su propia pretensión.
- d) En el litisconsorte necesario existirá una comunidad de suertes ya sea del demandante y/o demandado, mientras que en el litisconsorte facultativo, la actuación de los demandantes y/o demandados será de manera independiente, conllevando ello a que cada uno corra con una suerte distinta.

2. FINES DEL LITISCONSORTE FACULTATIVO

Sobre este punto, como pocas veces sucede en el Derecho, la doctrina es pacífica en señalar que la importancia de la presente figura descansa en dos finalidades: i) hacer efectivo el principio de economía procesal, y; ii) evitar sentencias contradictorias.

El concepto de economía procesal está referido a procurar un ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo de todas las partes en el proceso (MONROY GÁLVEZ, 2009; p. 205).

- a) Respecto a la economía de tiempo, esta se refiere a que la discusión de varias pretensiones a través de un solo proceso logre reducir significativamente los plazos que implicaría discutir las mismas pretensiones a través de procesos separados.
- b) En cuanto a la economía de gasto, esta implica que a través de una acumulación objetiva-subjetiva se logre la reducción de gastos procesales, que beneficie tanto a las partes como al sistema de justicia.
- c) En torno a la economía de esfuerzo, esta se encuentra muy ligada a la economía de gasto, y conforme señala MONROY GÁLVEZ, esta se refiere a “la posibilidad de concretar los fines del proceso evitando la realización de actos que, aun estando regulados, tiene la calidad de innecesarios para tal objetivo” (2009; p. 205).

La finalidad de evitar la contradicción de sentencias persigue procurar la seguridad jurídica y con ello la eficacia práctica de las decisiones judiciales. En ese entendimiento, siguiendo lo señalado por APOLÍN MEZA (2005: p. 78), dos o más sentencias pueden ser contradictorias de las siguientes maneras:

- a) Contradicción de sentencias en cuanto a su parte resolutive: implica la existencia de sentencias con partes resolutivas contradictorias, en procesos en los que se resolvió pretensiones con elementos objetivos semejantes (*petitum y/o causa petendi*) pero en los que varía un elemento subjetivo (ya sea en la parte demandante o demandada).

Para ejemplificar el presente supuesto podemos poner el caso en el que un bus atropelló de manera directa a tres personas en un paradero. En este supuesto existirán sentencias contradictorias si ante tres procesos independientes seguidos por las víctimas contra el conductor del bus, se le encuentra responsabilidad civil al conductor en dos procesos; sin embargo, se le exime en uno.

- b) Contradicción de sentencias en cuanto a su parte considerativa: “En este caso, la contradicción no se encuentra en el fallo de la sentencia sino en sus fundamentos, lo cual no impedirá el cumplimiento de las sentencias, pero que sin duda generará inseguridad que el sistema justicia debe de evitar” (APOLÍN MEZA, 2005: p. 78). A nuestra consideración, este supuesto implica la existencia de sentencias con fallos iguales, en procesos en los que se resolvió pretensiones con elementos objetivos similares (*petitum y/o causa petendi*), en los que varía un elemento subjetivo (ya sea en la parte demandante o demandada), pero en los que al revisar los fundamentos de la sentencia podemos observar algún elemento de los hechos o derechos distintos.

A modo de ejemplo, podemos utilizar el mismo caso anteriormente señalado; sin embargo, en los que existan tres fallos que determinan la responsabilidad civil del conductor, pero en uno de los cuales se determinó la existencia de una concausa que en los demás se dio por descartado, en cuyo caso la discusión podrá discurrir entre los efectos positivos de la cosa juzgada y razones de temporalidad en otros, que se pudiesen haber evitado si las demandas hubiesen sido acumuladas.

Como se puede advertir, las dos finalidades mencionadas encuentran sustento en la practicidad y eficacia del proceso. Por ello, coincidimos con REGGIARDO SAAVEDRA, quien citando a COOTER y ULLEN señala que los fines de la acumulación (y en consecuencia también de la acumulación objetivo-subjetiva) coinciden totalmente con el objetivo económico del Derecho Procesal.

Sobre el particular señala: “la regulación de las instituciones procesales debe buscar minimizar los costos administrativos del proceso y los costos provocados

por los errores judiciales. El primer supuesto se refiere a los costos en tiempo y dinero que genera un proceso no solo a las partes, sino también al órgano jurisdiccional que finalmente es financiado en buena medida con el dinero de los contribuyentes. La actividad jurisdiccional que se sustente en consideraciones teóricas pero que genere un costo que se puede evitar, es innecesaria y, en consecuencia, derrocha recursos escasos. El segundo supuesto se refiere a los daños que se genera no solo a las partes, sino a los demás miembros de la sociedad, con el hecho de que el órgano jurisdiccional no tenga una posición definida sobre el tema” (REGGIARDO SAAVEDRA, 2010: p. 147).

Atendiendo a todo lo expuesto, podemos concluir señalando que la finalidad del litisconsorcio facultativo se encuentra en lograr la reducción de los costos a los litigantes del proceso así como también al aparato judicial (economía procesal) y reducir los errores judiciales al perseguir la búsqueda de fallos que no sean contradictorios, o que no siendo contradictorios en sentido estricto cuenten distintas versiones de los mismos hechos o apliquen razones de derecho distintas en casos similares (evitar fallos contradictorios).

Queda claro entonces que debemos reunir pretensiones cuando asó convenga al sistema de justicia; sin embargo este tipo de fines no son compartidos por las partes –y sus abogados– a quienes les es más conveniente separar las causas para lograr pronunciamientos contradictorios que los beneficie de alguna manera, por ello el juzgador deberá estar atento a las conductas estratégicas –de quien no acepta la acumulación– disfrazadas de “derecho de defensa”.

3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

La existencia del litisconsorcio facultativo implica una acumulación objetiva-subjetiva de pretensiones. Así pues, a efectos de que se produzca la existencia del litisconsorcio facultativo se requiere cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 86 del CPC (requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones), en el artículo 89 del mismo cuerpo de leyes (acumulación subjetiva de pretensiones originaria y sucesiva) y en el artículo 90 del citado Código (requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos).

En primer lugar desarrollaremos los requisitos mencionados en torno a la acumulación objetiva-subjetiva. Sobre el particular, nos enfocaremos en el requisito de conexidad en tanto los requisitos aplicables de manera supletoria de la acumulación objetiva no revisten mayor inconveniente.

Conforme a la actual redacción del artículo 86 del CPC, el presente tipo de acumulación es procedente en tanto las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto o exista conexidad entre ellas.

El actual texto de la norma difiere del anterior en el agregado de la conjunción disyuntiva “o”. Solo con esta modificación el CPC superó un error que conllevaba a jueces a realizar una interpretación literal de la norma y convertía la acumulación objetivo-subjetiva en algo casi imposible de realizar.

De esta manera ya no es objetable de ninguna manera que los requisitos de la acumulación objetivo-subjetiva no son concurrentes sino alternativos, a efectos de la procedencia basta con que se cumpla con uno solo de ellos. Sin embargo, creemos que la redacción de la norma pudo mejorar al hacer referencia únicamente al requisito de la conexidad. Veamos:

El CPC señala que hay conexidad “cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines a ellas” (art. 84). De esta manera, el CPC regula dos tipos de conexidad objetiva, la conexidad propia y conexidad impropia.

Existe conexidad propia cuando el vínculo entre las pretensiones se da entre los concretos elementos de la pretensión (*petitum* y/o *causa petendi*).

Por ello, consideramos que con la sola referencia a la conexidad se hacía referencia a los otros dos supuestos establecidos en el artículo 86 del CPC. En efecto, “título” no es otra cosa que la causa de pedir (*causa petendi*) y “objeto” es petitorio (*petitum*). Con solo la referencia a la conexidad propia nos encontramos ante tres supuestos en los que es procedente la acumulación: i) cuando exista igualdad del petitorio; ii) cuando exista igualdad en la causa a pedir, o; iii) cuando exista igualdad tanto en el petitorio como en la causa a pedir.

Por otro lado, existe conexidad impropia (o también llamada conexidad por afinidad), “cuando el vínculo no está propiamente entre los elementos objetivos concretos de las pretensiones, sino cuando todas las pretensiones plantean la misma cuestión jurídica” (ARIANO DEHO 2013: p. 197).

Existirán cuestiones jurídicas idénticas cuando en la causa a pedir se presente la misma cuestión de derecho o exista una cuestión prejudicial que deba ser decidida para todos de la misma manera (por ejemplo, un supuesto de hecho esencial común a todas las pretensiones o que se requiera la acreditación de un determinado hecho en común).

Realizado los alcances de la procedencia del litisconsorcio facultativo nos toca desarrollar la oportunidad en que puede realizarse. En ese sentido, puede darse de manera originaria y/o sucesiva.

La acumulación objetivo-subjetiva originaria se da al momento de interponer la demanda (inclusive puede darse al modificar la demanda de manera previa a que sea notificada).

Sobre la acumulación objetiva sucesiva, conforme al artículo 90 del CPC, esta se puede dar en cualquier momento antes que en cualquiera de los procesos a acumular exista sentencia definitiva o haya operado el abandono del proceso. Por otro lado, la norma ordena al juez conferir traslado de la misma y con mérito a las pruebas que se adjunten, con contestación o sin ella, resolver el pedido.

Lo relevante en la acumulación sucesiva es que el CPC regula determinados supuestos en los que se puede dar (art. 89 del CPC). Sobre el particular, consideramos que los mencionados en el mismo no constituyen una lista taxativa y deben ser considerados principalmente dos supuestos más: los supuestos no mencionados de intervención de terceros y la reconvencción que realice el demandado en donde incluya una pretensión que no solo involucre al demandante.

Los supuestos de intervención de terceros no requieren mayor explicación, el mismo CPC señala cuándo procede cada supuesto. Sin embargo, pareciera que la reconvencción con acumulación objetiva-subjetiva no se encontraría regulada en tanto la reconvencción se encuentra como supuesto de acumulación objetiva sucesiva (art. 88 del CPC).

Sobre el particular, consideramos que no existe ningún impedimento legal para que el juez admita una reconvencción que contenga una pretensión no solo al demandante del proceso primigenio, sino a otro u otros demandados.

La reconvencción no constituye una contrademanda, la reconvencción es el género y la contrademanda es la especie (MONROY GÁLVEZ, 2007: p. 513). Por ello, consideramos que la reconvencción no solo puede darse cuando el demandado interpone una pretensión contra el demandante del proceso primigenio, sino además cuando interpone una pretensión que puede involucrar al demandado o a otros demandados, siempre y cuando cumpla con el requisito de conexidad. Negar la procedencia de la acumulación objetivo-subjetiva vía reconvencción constituye una transgresión al principio de celeridad y economía procesal y una vulneración al derecho al debido proceso.

4. CUESTIONES PROCESALES

Lo primero que hay que mencionar es que cada litisconsorte facultativo debe de acreditar legitimación procesal autónoma, sobre el particular LEDESMA NARVÁEZ, citando a RIVAS, señala: “Solamente podrán configurar un litisconsorcio facultativo quienes estuviesen legitimados para discutir (entiéndase también para oponerse) por sí e independientemente de los otros litisconsortes, la relación jurídico sustancial que hiciera al litigio” (2012: p. 228).

Cada pretensión acumulada en este proceso es totalmente independiente de las demás, en virtud a ello es que el presente artículo establece que los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes y que los actos que cada uno no favorecen ni perjudican a los demás.

La independencia con que actúa cada litisconsorte implica que cada uno debe fundamentar y probar su posición en los alegatos que realice en el desarrollo del proceso.

Por otro lado, cada litisconsorte deberá utilizar los medios impugnatorios de manera autónoma. Por ello, si alguno de los litisconsortes facultativos no impugna un acto procesal o la sentencia, se entenderá respecto a él que tal acto procesal o la sentencia se encuentra consentida.

La autonomía implica también que cada litisconsorte puede realizar actos de disposición al interior del proceso (tales como desistimiento, allanamiento, reconocimiento, transacción, conciliación) siendo únicamente afectado quien lo haya realizado.

Con respecto a la sentencia, esta no es idéntica para los distintos litisconsortes facultativos en la medida que debe pronunciarse respecto de cada uno de manera independiente, inclusive puede ser inhibitoria para algunos y sobre el fondo para otros.

Por último conviene mencionar que la actuación independiente de los litisconsortes encuentra su límite en la no afectación de la unidad del proceso. Consideramos que esta limitación se refiere principalmente a la apreciación conjunta de las alegaciones referidas a hechos comunes y a la prueba de ellos. Sobre el particular, concordamos con BUSTAMANTE ALARCÓN cuando señala: “Conforme al principio de comunidad o de adquisición en materia probatoria, cuando se acumulan varios procesos o procedimientos los medios probatorios aportados en uno de ellos sirve también para los demás, pues si el juzgador adquiere convicción sobre un hecho conexo o común a todos ellos sería absurdo que los efectos de esa convicción dejaran de aplicarse a alguno de ellos, a pesar de que se resuelvan por una sola resolución o por una sola sentencia” (2001: p. 275).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APOLÍN MEZA, Dante (2005): “La conexidad como requisito para una debida acumulación de pretensiones”. En: *El proceso civil: enfoques divergentes*. Lima: Instituto Riva Agüero; ARIANO DEHO, Eugenia (2013): “La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables”. En: *Ius et Veritas* N° 47; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA; LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): “Teoría general del proceso”. Lima: Palestra Editores; MONROY GÁLVEZ, Juan (2009): *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch; REGGIARDO SAAVEDRA, Mario (2010): “Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil”. En: *Themis* N° 58; RIVAS, Adolfo (1993): *Tratado de las tercerías: el proceso complejo*, vol. II. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.

Artículo 95**Facultades del juez respecto del litisconsorcio necesario**

En caso de litisconsorcio necesario, el juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar.

Si carece de la información necesaria, devolverá la demanda y requerirá al demandante los datos para el emplazamiento al litisconsorte.

Si el defecto se denuncia o el juez lo advierte después de notificada la demanda, suspenderá la tramitación del proceso hasta que se establezca correctamente la relación procesal.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 98, 102, 103, 155, 451 inc. 4.

Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia

1. INTEGRACIÓN DE OFICIO E INTERVENCIÓN

El escenario general en el proceso debe ser que el litisconsorcio necesario debe quedar constituido desde la demanda; sin embargo, existen casos en los que el demandante incumple con la carga de demandar a todos los litisconsortes, el incumplimiento de tal carga se puede deber por desconocimiento, mala fe procesal o por estar coludido con el demandado. Cuando por alguna de las razones mencionadas se incumple con la citada carga opera la figura de la integración e intervención.

La integración “parte de un supuesto, la existencia de una pretensión con varios sujetos legitimados, de tal manera que ella debe ser dirigida no contra uno sino contra todos, para los cuales es necesario obtener su citación” (LEDESMA NARVÁEZ, 2013: p. 230).

Por su parte, la intervención presupone “la injerencia de alguien, que hasta entonces era tercero, en un procedimiento judicial ya en marcha entre otras personas para convertirse parte de él” (MONTERO AROCA, 2007: p. 260).

De acuerdo al artículo en comentario la integración puede operar de oficio ya sea al momento de la calificación de demanda, contestación o en un momento posterior en el proceso. Sin embargo, puede darse también el supuesto que las partes lo soliciten o el tercero ajeno al proceso (tercero hasta ese momento) solicite su

intervención por considerarse litisconsorte necesario. Por fines didácticos desarrollaremos los tres supuestos mencionados en el comentario del presente artículo.

La integración tiene fundamento en el principio de dirección e impulso del proceso en la medida que el juez tiene el deber de velar que el proceso se encuentre saneado en todo momento.

De acuerdo a la norma en comentario, el juez puede de oficio integrar la relación al momento de calificar tanto la demanda, la contestación o antes de emitir sentencia.

Sobre el particular, consideramos que el único supuesto en el que el juez puede integrar a un litisconsorte necesario al momento de la calificación de la demanda viene a ser cuando se presente un caso de litisconsorcio necesario propio y el demandante incumplió con demandar a todos los que corresponda por ley. Consideramos únicamente este supuesto y no el litisconsorcio necesario impropio, ya que a diferencia de este último la falta de legitimación en este caso es evidente y puede establecerse inclusive sin tener en cuenta cualquier tipo de alegato del demandado.

La integración al momento de calificar la contestación o en algún momento previo a emitir sentencia puede suceder en cualquier caso en que el juez considere de los actuados la existencia de otro legitimado en el proceso que deba actuar de manera conjunta con alguna de las partes.

Cuando suceda cualquiera de estos supuestos, el juez debe de suspender el proceso hasta que la relación jurídica procesal se encuentre debidamente establecida.

A efectos de lograr el correcto emplazamiento de la persona a integrar, la norma señala que –de ser necesario– podrá requerir al demandante para que proporcione los datos necesarios para el emplazamiento. Sin embargo, lo expuesto no impide que el juez recurra a los edictos y/o al curador procesal (en caso de que el demandante declare bajo juramento o promesa desconocer el domicilio del sujeto a notificársele), ni tampoco excluye la posibilidad que el juez ordene al demandado en el proceso brindar los datos procesales, siempre y cuando tenga un motivo sólido para considerar que el demandado se encuentra en una posición privilegiada para conocer tal información.

Para la intervención puede suceder los siguientes escenarios:

- a) En primer lugar, cuando el demandante modifica su demanda y enmienda su error de no considerar a todos los litisconsortes necesarios, como sabemos, la modificación únicamente puede operar previa a la notificación de la demanda.

- b) En segundo lugar, puede operar cuando el demandado denuncia la falta de un litisconsorte necesario interponiendo la excepción de legitimidad para obrar pasiva. En este escenario, en caso que se declare fundada la excepción corresponde suspender el proceso hasta que se determine correctamente a los sujetos que actuarán como demandados (art. 451 inc. 4 del CPC).
- c) El tercer y último escenario puede darse cuando alguna de las partes en el trascurso del proceso formula una denuncia civil (art. 102 del CPC) solicitando la intervención al proceso de uno de los sujetos legitimados de una pretensión única.
- d) Por último, consideramos que el último escenario en el que puede operar la intervención viene a ser cuando se apersona al proceso un tercero solicitando su incorporación al proceso, por considerar que de manera conjunta con los demandados cuenta con legitimación pasiva en el proceso; es decir, que constituye litisconsorte necesario o cuasi-necesario (art. 98 del CPC).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2013): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El caso en que una demanda recaiga sobre un bien que correspondía a una sociedad conyugal o patrimonio autónomo, en donde uno de los cónyuges fallece, el juez debe integrar la relación procesal comprendiendo a la sucesión del cónyuge fallecido, quienes por ser copropietarios de la masa hereditaria dejada por este, se convierten en litisconsortes necesarios del cónyuge supérstite (*Cas. N° 891-99-Lima*).

A efecto de dar cumplimiento al principio del tracto sucesivo, previsto en el artículo 2015 del CC, es necesario comprender en la demanda a todos los intervinientes en las transferencias efectuadas del inmueble materia del proceso, en calidad de litisconsortes necesarios. El juez, por economía procesal, debe integrar la relación procesal emplazando a los referidos litisconsortes en aplicación del artículo 95 del CPC (*Exp. N° 28317-98*).

El juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona distinta a las partes, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar. Si el inmueble hipotecado ha sido adquirido por la sociedad conyugal y la cónyuge no ha sido emplazada para la ejecución, el juez debe integrar la relación procesal con ella, pues resulta evidente que la decisión a recaer en autos también le va a afectar (*Exp. N° 276-97*).

Artículo 96

Audiencia complementaria

Si al momento de la integración ya se ha realizado la audiencia de pruebas y alguno de los incorporados ofreciera medios probatorios, el juez fijará el día y la hora para una audiencia complementaria de pruebas que debe realizarse dentro de un plazo que no excederá de veinte días.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 202, 203, 206.

*Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia*

1. AUDIENCIA COMPLEMENTARIA COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA Y EL DERECHO A LA PRUEBA

A través de la integración se emplaza al proceso a un sujeto por considerar que este comparte legitimación plural con los demás sujetos para ser parte en el proceso. En tal sentido, desde su incorporación el sujeto incorporado goza de todos los derechos procesales que los demás legitimados en el proceso.

De ahí que el presente artículo establezca la obligatoriedad de una audiencia complementaria en el caso que el sujeto integrado presente pruebas. De esta manera, el CPC tutela por el respeto de su derecho de defensa y a la prueba; pero sobre todo le da al juez la posibilidad de conocer los hechos que el litisconsorte incorpora al proceso.

El derecho de defensa implica la garantía de una persona de permitírsele ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías y a lo largo de todo el proceso. Por su parte el derecho a la prueba garantiza el derecho a: i) ofrecer medios probatorios; ii) derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios; y, iii) que los medios probatorios se valoren en forma adecuada y motivada.

Al realizarse la audiencia de pruebas complementaria cuando el sujeto integrado incorpore nuevas pruebas al proceso, se garantiza los derechos mencionados en la medida que se le permite ser oído y se tutela porque se actúen adecuadamente los medios probatorios que haya ofrecido (y obviamente hayan sido admitidos) en tanto el principio de inmediación de la prueba constituye un principio elemental de la actuación de la prueba.

El principio de inmediación garantiza la eficacia de la prueba en tanto “exige que el juzgador se halle en contacto personal e inmediato –por oposición al delegado

y mediato— con las personas, hechos y cosas que sirven o servirán como fuente o medio de prueba, según sea el caso, de modo tal que pueda alcanzarse una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba; o, por lo menos, que sea el juzgador quien efectivamente perciba la narración de los hechos que hace la parte o el testigo, o escuche las explicaciones suministradas por los peritos, para inducir de esas percepciones la ocurrencia o inexistencia del hecho por probar o verificar” (BUSTAMANTE ALARCÓN, 2001: p. 267).

La audiencia de pruebas constituye una forma de exteriorizar el principio de inmediación que ha de existir entre el juez y la prueba en el proceso, ya que garantiza que el juez tenga un mayor acercamiento a las partes y al material probatorio. Por esta razón es que se requiere una audiencia complementaria en el supuesto de hecho mencionado por la norma.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA.

CAPÍTULO VII
INTERVENCIÓN DE TERCEROS,
EXTROMISIÓN Y SUCESIÓN PROCESAL

Artículo 97

Intervención coadyuvante

Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.

Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. arts. III, IV, 52 inc 2, 364; L.G.S. art. 141.

Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia

I. INTRODUCCIÓN

La intervención coadyuvante (o también llamada intervención adhesiva o accesoria), constituye una de las tantas formas en que se permite “la injerencia de alguien, que hasta entonces era tercero, en un procedimiento judicial ya en marcha entre otras personas para convertirse parte de él” (MONTERO AROCA, 2007: p. 260).

Sobre el particular, un sector de autores de la doctrina nacional ha mencionado que aquel que interviene no constituye parte en la medida que no es titular de la relación material que se ventila en el proceso (MONROY GÁLVEZ, 1993: p. 45; ARRARTE ARISNABARRETA, 1997: p. 143); y otro grupo se ha pronunciado señalando que sí constituye parte en tanto puede efectuar diversas peticiones en el curso del proceso (PALACIOS PAREJA, 1994: p. 68; LEDESMA NARVÁEZ, 2012: p. 234).

Al respecto, coincidimos con lo señalado por PALACIOS PAREJA y LEDESMA NARVÁEZ en tanto si bien la figura coadyuvante puede suponer la existencia de diferencias materiales con las partes iniciales del proceso, este cuenta con la mayoría de los atributos procesales en el proceso.

En ese sentido, la figura del coadyuvante constituye una forma de legitimación *a posteriori* en el proceso puesto que “no se trata de la legitimación para ser parte inicial (actor o demandado), sino de la legitimación para intervenir, para incorporarse al proceso, siempre como parte, pero de modo sobrevenido” (MONTERO AROCA, 2007: p. 261).

2. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

El coadyuvante constituye un sujeto ajeno al proceso (hasta ese momento) que pretende su incorporación en el proceso para colaborar con la victoria de una de las partes. El presupuesto necesario para admitir su incorporación lo constituye que tenga interés tangencial de no sufrir los efectos reflejos de la sentencia que se dicte debido a que la derrota procesal de una de las partes le puede generar un perjuicio jurídico.

Lo primero que debemos desarrollar del concepto mencionado es que únicamente se debe de admitir la incorporación de coadyuvante de sujetos que puedan sufrir los efectos reflejos de la sentencia y no de aquellos que sufren los efectos directos de la misma. En efecto, el proceso civil estructura las formas en que los sujetos a los que recaen los efectos directos de la sentencia deben de incorporarse al proceso; por ello, si estos no logran su incorporación por las vías establecidas, no se podría aceptar que lo logren desnaturalizando la presente figura (ej. litisconsorte necesario que fue declarado rebelde).

Los efectos reflejos de la sentencia se originan porque el coadyuvante es titular de una relación técnicamente dependiente de la deducida por las partes en el proceso en la medida que la derrota de una de las partes le generará un perjuicio. En ese sentido, nótese que lo expuesto involucra dos relaciones jurídicas distintas, la deducida en el proceso por las partes y aquella otra de la que sí es titular ese tercero.

De lo expuesto, podemos señalar que la acreditación de tal perjuicio que se genere por el efecto reflejo de la sentencia constituye la legitimación del coadyuvante para intervenir en el proceso. Por ello, debe de “afirmar la titularidad de otra relación jurídica que es dependiente de la primera, de modo que la decisión que en el proceso se adopte será hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación segunda” (MONTERO AROCA, 2007: p. 271).

Sin embargo, cabe resaltar que la variación de la relación jurídica de la que es titular el coadyuvante debe de obedecer a un perjuicio jurídico real que puede producirle el proceso debido a la derrota de una de las partes. De ahí que es cuestionable que se admita la incorporación de un tercero que alegue únicamente un perjuicio moral o de mero hecho, inclusive la incorporación de un tercero alegando

como interés la obtención de una sentencia justa o por alegar tener interés en crear un precedente judicial.

3. CUESTIONES PROCESALES

La intervención del coadyuvante le permite “colaborar” con la defensa o con el fortalecimiento de la pretensión de los litigantes, pero en ningún caso será materia de discusión en el proceso su interés, pues él no involucra pretensión o defensa alguna” (ARRARTE ARISNABARRETA, 1997: p. 144). Su intervención bajo ningún supuesto implica modificar, ampliar o aumentar las pretensiones que son materia del proceso; es decir, no implica un supuesto de modificación o acumulación de pretensiones.

En efecto, tal como vimos, su intervención obedece a evitar un perjuicio que pueda generarle la derrota de alguna de las partes, de ahí que se le habilita varios atributos procesales a efectos de evitar que no se produzca tal perjuicio. Además, en ningún caso su intervención constituye justificación para que pueda soportar los efectos directos de la sentencia.

Como señala el artículo materia de comentario, su intervención puede admitirse en cualquier momento del proceso “incluso durante el trámite en segunda instancia”, lo que en la práctica quiere decir que podrá admitirse su incorporación hasta antes que se emita la sentencia de segunda instancia. Después de tal acto procesal, la solicitud de incorporación que pueda realizar debe ser rechazada de plano.

Ahora bien, en el caso que se rechazara su incorporación porque el juez considere que no cuenta con legitimidad para intervenir en el proceso, podrá interponer los medios impugnatorios que considere pertinentes conforme lo establecido en el CPC. Sobre el particular, cabe señalar que no puede negársele su derecho de impugnación alegándose—bajo una interpretación literal del artículo 364 del CPC—que no ha llegado a tener la condición de parte en el proceso (mal llamado “tercero legitimado” por el Código adjetivo) porque todas las resoluciones que denieguen un derecho procesal son pasibles de control por la segunda instancia, hecho que además de consumarse estaría negando al “tercero” (hasta ese momento) de su derecho a la pluralidad de instancias.

Respecto a las atribuciones procesales con las que cuenta, cabe señalar que son las mismas con las que cuenta la “parte” cuya defensa “coadyuva”. Es decir, puede presentar tachas, alegatos, pruebas, medios impugnatorios, etc. Sin embargo, el presente artículo menciona la limitación de sus atribuciones, la misma que constituye en que no implique: i) estar en oposición a la parte que ayuda, y/o; ii) la disposición del derecho discutido.

Sobre este último límite no es necesario mayor referencia, el coadyuvante no podrá realizar los actos de desistimiento, allanamiento, reconocimiento, transacción, conciliación en el proceso. Sin embargo, sobre el límite de su actuación procesal referido a no actuar en oposición a la parte es que se requieren hacer precisiones adicionales.

En primer lugar cabe señalar que no constituye oposición a la actividad que realice la parte a la que coadyuva cuando actúa para suplir o complementar su actividad en el proceso. Estos dos supuestos se pueden ocasionar por diferentes razones, siendo los más frecuentes la falta de diligencia en la forma en que se está llevando el proceso o una infructífera estrategia procesal.

Por lo expuesto, y siguiendo en ese sentido lo señalado por ARRARTE ARISNABARRETA, consideramos que en la medida que la parte no haya manifestado expresamente su voluntad de consentir y aceptar los efectos perjudiciales de un acto procesal, no existe impedimento para que el coadyuvante pueda suplir su inactividad en el proceso (1997: p. 145).

Cuestión particular lo constituye cuando las partes en el proceso se encuentran disimulando un conflicto de intereses para lograr un resultado (fraude procesal). Este único supuesto, es el único en el que podría admitirse una actuación procesal aun en contra de la voluntad del coadyuvado (ej. se apele la sentencia pese a que la "parte" haya señalado su intención de no hacerlo). Ello en virtud de una visión publicista del proceso conforme a los artículos III y IV del Título Preliminar del CPC y artículo 52, inciso 2 del mismo cuerpo de leyes.

Por último, conviene hacer referencia a la incidencia de su intervención en el proceso, la misma que consideramos se encuentra regido bajo las siguientes premisas:

- a) No suspensión del proceso: La solicitud de incorporación realizada bajo ningún motivo suspende el proceso. Por ello, lo aconsejable es que si se ha de intervenir en un momento en que aún no ha prelucido la realización de un acto procesal porque todavía no vence el plazo para realizarlo, además de la solicitud de incorporación se presente el acto procesal que está a punto de prelucir (ej. si se interviene después de emitida la sentencia de primera instancia pero aún se encuentra vigente el plazo para interponer recurso de apelación contra la misma).
- b) La no retroactividad de las actuaciones: En virtud del principio de preclusión procesal, la intervención del "coadyuvante" no implica que se pueda retrotraer el proceso a una etapa procesal previa a la que se encuentra. "Con ello lo que se está diciendo en la fórmula consagrada es que

el interviniente acepta el proceso *in terminis*” (MONTERO AROCA, 2007: p. 287).

Bajo el actual sistema de preclusiones que rige el CPC es que consideramos que el coadyuvante únicamente podrá colaborar con la defensa de la parte de acuerdo al estado en que se encuentre el proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (1997): “Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas; LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): “Partes, acumulación, intervención y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas* N° 6; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch; PALACIOS PAREJA, Enrique (1994): “La intervención de terceros en el proceso civil peruano”. En: *Revista de Derecho PUCP*. N° 48. Lima. Fondo de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El recurrente no tiene interés para recurrir toda vez que, al tener la calidad de tercero coadyuvante, se encuentra limitada su actuación a la defensa del interés de la parte que ayuda; sin embargo, el mencionado tercero invoca un interés propio y no de su coadyuvado. Un tercero coadyuvante no puede disponer del derecho discutido por no ser parte del proceso (*Cas. N° 2333-2009-Lima*).

Si bien es cierto el principio de preclusión imposibilita volver sobre los actos procesales ya cumplidos, ello resulta de aplicación a quienes integran la relación jurídica procesal, esto es, a la parte demandante y demandada en el proceso, quienes tienen la oportunidad –en la etapa postulatoria– de ofrecer los medios probatorios que acrediten los hechos que sustentan sus pretensiones; exigencia legal que no le alcanza al tercero coadyuvante, quien incluso conforme lo preceptúa el segundo párrafo del artículo 97 del Código Procesal Civil, puede intervenir durante el trámite en segunda instancia; intervención que deberá sujetarse a lo preceptuado por el artículo 101 del anotado código (*Exp. N° 2842-2002*).

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido. El tercero coadyuvante no tiene capacidad para impugnar una resolución que da amparo a un pedido formulado por la parte que supuestamente aquel viene coadyuvando (*Exp. N° 944-2002*).

[Por] la intervención de terceros, que regula el Código Procesal Civil en sus artículos 97 y 98, queda definido con absoluta claridad que la intervención voluntaria de un tercero dentro de un proceso ya iniciado, puede ser coadyuvante o como litisconsorte, determinándose que el tercero coadyuvante no puede ser considerado como litisconsorte. Ambas figuras se diferencian en que el artículo 98 del Código Procesal Civil exige que el tercero se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y por tal razón, estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso (*Exp. N° 929-2002*).

Artículo 98**Intervención litisconsorcial**

Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de esta.

Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. arts. 93, 101, 364; L.P.A.G. art. 60.

*Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia*

1. INTRODUCCIÓN

La intervención litisconsorcial constituye una de las tantas formas en que se permite "la injerencia de alguien, que hasta entonces era tercero, en un procedimiento judicial ya en marcha entre otras personas para convertirse parte de él" (MONTERO AROCA, 2007: p. 260).

En ese sentido, la figura de intervención litisconsorcial constituye una forma de legitimación a posteriori en el proceso puesto que "no se trata de la legitimación para ser parte inicial (actor o demandado), sino de la legitimación para intervenir, para incorporarse al proceso, siempre como parte, pero de modo sobrevenido" (MONTERO AROCA, 2007: p. 261).

Bajo la presente figura se pueden presentar dos supuestos que conllevan a distintas consecuencias. En primer lugar, podemos estar ante un supuesto en que el "tercero" a incorporarse lo constituye un litisconsorte necesario que por alguna razón (ej. fraude procesal) no constituye parte de la relación jurídico procesal del proceso y su ausencia pasó también desapercibida por el Juez. En segundo lugar, puede constituir la incorporación de un litisconsorte cuasi-necesario, el mismo —como ha sido explicado— no es necesario por disposición expresa de la ley para que el proceso pueda realizarse válidamente.

2. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

La intervención litisconsorcial constituye el supuesto en el cual un sujeto afirma ser cotitular del derecho discutido en un proceso iniciado y en base a ello

solicita su incorporación al proceso. Su incorporación al proceso no constituye un supuesto de modificación o acumulación de pretensiones. Conforme señala ARRARTE ARISNABARRETA "el tercero litisconsorcial tiene un interés propio y presente en la decisión que se dicte, por cuanto él también es titular de la relación material que originó el proceso, por lo que la sentencia que se emita le afectará indefectiblemente" (1997: p. 146).

Lo característico de esta figura lo constituye que el sujeto que solicita su incorporación debe de encontrarse legitimado de manera plena para intervenir en el proceso. Es decir, debe de afirmar ser titular del derecho discutido en el proceso. Por ello, la intervención litisconsorcial constituye la forma en que un litisconsorte necesario o cuasinecesario solicita su incorporación al proceso.

En efecto, como señala el presente artículo, se requiere como presupuesto para intervenir considerarse (entiéndase "afirmar") "titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia". De lo citado, es que se concluye que únicamente pueden intervenir de manera litisconsorcial los que tienen legitimidad para ser litisconsortes necesarios o litisconsortes cuasinecesarios, en la medida que ellos son los únicos a los cuales recaerá los efectos directos de la sentencia sin que exista una acumulación de pretensiones.

La doctrina nacional y extranjera ha entendido de manera unánime que la intervención litisconsorcial constituye el supuesto en que un litisconsorte cuasinecesario se incorpora a un proceso iniciado; sin embargo, ha guardado silencio respecto a la posibilidad que sea un litisconsorte necesario.

Sobre el particular, consideramos que este último caso también se puede dar pero en muy pocas ocasiones, ello en la medida en que para que suceda se requeriría que ninguna de las partes haya denunciado la falta de un litisconsorte necesario en el proceso y también haya pasado desapercibido por el juez. En ese sentido, consideramos que un supuesto en el que podría darse vendría a ser cuando las partes se encuentren confabuladas para conseguir un resultado, ocultando el proceso de un litisconsorte necesario (fraude procesal).

Lo expuesto hasta ahora nos permite desarrollar las diferencias de la presente figura con la de la intervención del coadyuvante, las cuales consideramos son las siguientes:

- a) En la intervención litisconsorcial existe una cotitularidad por parte del interviniente con una de las partes de la relación deducida en el proceso, en la intervención del coadyuvante no existe tal cotitularidad, sino una relación del coadyuvante con una de las partes que es dependiente de la relación deducida en el proceso.

- b) Los efectos de la sentencia recaerán de manera directa en el interviniente litisconsorcial, mientras que los efectos de la sentencia recaerán de manera reflejo en el interviniente coadyuvante.
- c) El interviniente litisconsorcial tiene mayores atributos procesales que el interviniente coadyuvante, en la medida que este último encuentra el límite de su actuación procesal en no actuar de manera opuesta al coadyuvado.

3. CUESTIONES PROCESALES

La intervención litisconsorcial le permite al sujeto “intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de esta”. Después de todo, se trata de un caso en el que existen varios sujetos como parte en la medida que cuentan con legitimación plural en el proceso.

Como señala el artículo materia de comentario, su intervención puede admitirse en cualquier momento del proceso “incluso durante el trámite en segunda instancia”, lo que en la práctica quiere decir que podrá admitirse su incorporación hasta antes que se emita la sentencia de segunda instancia. Después de tal acto procesal, la solicitud de incorporación que pueda realizar debe ser rechazada de plano.

Ahora bien, en el caso que se rechazara su incorporación porque el juez considere que no cuenta con legitimidad para intervenir en el proceso, podrá interponer los medios impugnatorios que considere pertinentes conforme lo establecido en el CPC. Sobre el particular, cabe señalar que no puede negársele su derecho de impugnación alegándose –bajo una interpretación literal del artículo 364 del CPC– que no ha llegado a tener la condición de parte en el proceso (mal llamado “tercero legitimado” por el Código) porque todas las resoluciones que denieguen un derecho procesal son pasibles de control por la segunda instancia, hecho que además de consumarse estaría negando al “tercero” (hasta ese momento) de su derecho a la pluralidad de instancias.

Respecto a las atribuciones procesales con las que cuenta, estas son iguales a las de la parte “originaria” del proceso. Es decir, puede presentar tachas, alegatos, pruebas, medios impugnatorios, etc., pudiendo inclusive adoptar actitudes materiales y procesales distintas, compareciendo cada uno con abogado de manera independiente y estableciendo alegatos y pruebas independientes (e inclusive diferentes) que respalden su postura del caso.

Ahora bien, cuando se incorpore en el proceso un litisconsorte necesario implicará una limitación a la actuación de los sujetos que actúen como una misma parte. Ello en la medida que existirán limitaciones al momento de realizar los actos que constituyen disposición del objeto procesal (desistimiento, allanamiento,

reconocimiento, transacción, conciliación, entre otros), en tanto que para la procedencia de estos se requiere el consentimiento de todos. Lo que incluye además el reconocimiento de hechos realizados por alguno de los litisconsortes; por ello, en tanto exista un litisconsorte que no reconozca un determinado hecho, este deberá ser objeto de prueba en el proceso.

Por último, conviene hacer referencia a la incidencia de su intervención en el proceso, la misma que consideramos se encuentra regido bajo las siguientes premisas:

- a) No suspensión del proceso: La solicitud de incorporación realizada bajo ningún motivo suspende el proceso. Por ello, lo aconsejable es que si se ha de intervenir en un momento en que aún no ha precluido la realización de un acto procesal porque todavía no vence el plazo para realizarlo, además de la solicitud de incorporación se presente el acto procesal que está a punto de prelucir (ej. si se interviene después de emitida la sentencia de primera instancia pero aún se encuentra vigente el plazo para interponer recurso de apelación contra la misma).
- b) La no retroactividad de las actuaciones: En virtud del principio de preclusión procesal, la intervención litisconsorcial no implica que se pueda retrotraer el proceso a una etapa procesal previa a la que se encuentra. “Con ello lo que se está diciendo en la fórmula consagrada es que el interviniente acepta el proceso *in terminis*” (MONTERO AROCA, 2007: p. 287).
- c) Ahora bien, en el supuesto excepcional que se trate de la incorporación de un sujeto que es litisconsorte necesario, consideramos que únicamente en este caso no asume el proceso “*in status*”: conforme señala MONTERO AROCA: “una cosa es que el tercero al intervenir no pueda hacer que se retrotraigan las actuaciones y otra muy distinta que tenga que aceptar el que podríamos llamar estado del debate en su contenido” (2007: p. 288). Y es que al constituir el litisconsorte necesario un sujeto que debió estar presente desde el inicio del proceso, para él ningún hecho habrá quedado incontrovertido y por ello, es que a nuestro juicio puede ejercer su derecho de defensa contradiciendo los hechos de la otra parte y ejerciendo además su derecho a la prueba con todo lo que ello significa, inclusive se puede realizar una audiencia complementaria aplicando de manera analógica el artículo 98 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (1997): “Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch.

Artículo 99**Intervención excluyente principal**

Quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado.

Esta intervención solo será admisible antes de la expedición de sentencia en primera instancia.

El excluyente actuará como una parte más en el proceso. Si ofreciera prueba, esta se sujetará al trámite propio del proceso en que comparece, otorgándose similares facultades probatorias a las partes.

La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. arts. 100, 101.

Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia

1. INTRODUCCIÓN

La presente forma de intervención constituye un caso de acumulación objetiva-subjetiva de pretensiones, que se origina de manera sucesiva en el proceso. En la doctrina se le conoce como un caso de intervención principal.

Debido a ello, cuando hablamos de intervención excluyente principal no nos encontramos ante uno de los supuestos en los cuales un sujeto se incorpora como una de las partes preestablecidas del proceso, como suceden en los anteriores casos (intervención coadyuvante e intervención litisconsorcial), sino que nos encontramos ante un caso en el que un sujeto interpondrá su propia pretensión contra las partes originarias del proceso por considerar que es titular de la relación jurídica que ha sido deducida por las partes en el proceso.

En efecto, conforme señala MONROY GÁLVEZ: “La intervención del excluyente principal significa que, desde la perspectiva del bien jurídico que se discute, hay tres intereses que se resisten recíprocamente, por lo que requieren de un proceso en el que se defina por el órgano jurisdiccional el interés triunfante” (1993: p. 49).

2. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

La intervención excluyente principal ha sido definida por la doctrina como “la injerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otros, pretendiendo, total o parcialmente, la cosa o derecho litigioso” (MONTERO AROCA, 2007: p. 263).

Conforme señala CHIOVENDA, citado por MONROY GÁLVEZ, la presente forma de intervención tiene como fin “prevenir el daño que, de hecho, podría recibir el tercero por la victoria de las partes del pleito principal, y también con el fin de evitar una duplicidad inútil de juicios y la contradicción de sentencias” (1994: p. 44).

A efectos que se admita la intervención del interviniente excluyente principal es necesario que demuestre plena legitimación en el proceso. Es decir, que afirme ser titular del derecho discutido en el proceso, de manera que su derecho sea incompatible con el derecho que se encuentre discutido en el proceso.

A modo de ejemplo, en un proceso de mejor derecho de propiedad puede intervenir un sujeto ajeno al proceso alegando ser titular del derecho discutido en el proceso (es decir, ser el propietario); sin embargo, no puede intervenir un acreedor hipotecario en la medida que su derecho no es incompatible con el que se está discutiendo en el proceso.

Como ya hemos mencionado, la presente forma de intervención genera una acumulación objetiva-sucesiva de pretensiones que se ocasiona de manera sucesiva en el proceso. Debido a ello, el proceso se ve enriquecido con una pretensión adicional en la que el interviniente viene a ser el demandante y los sujetos originarios del proceso constituyen los demandados, convirtiéndose de esa manera en litisconsortes pasivos necesarios que se opondrán contra dicha pretensión. En palabras de PALACIOS PAREJA: “La relación jurídico procesal adquieren un nuevo sujeto, pero sin que ello pierda su unidad, pues el proceso sigue siendo el mismo y único. Se da una ampliación en el proceso” (1994: p. 82).

3. CUESTIONES PROCESALES

Conforme señala el artículo en comentario, el presente tipo de intervención puede ser admitida hasta antes que se emita sentencia de primera instancia. De lo contrario, deberá ser rechazada de plano por extemporánea y es que conforme señala MONROY GÁLVEZ, tal limitación obedece a lo extraordinario de la presente situación (1994: p. 44).

Ahora bien, debido a que el interviniente excluyente principal se encuentra incorporando su propia pretensión al proceso y que en consecuencia, constituye un nuevo demandante en el mismo, este cuenta con todos los derechos y facultades que todo demandante en un proceso cuenta; es decir, goza con plena facultad para ejercer los distintos derechos que contiene el debido proceso (prueba, defensa, doble instancia, etc.).

Lo expuesto no implica que se suspenda el proceso primigenio sino únicamente la emisión de la sentencia, reservándose para un momento en que se pueda

emitir una única sentencia en la que se pueda resolver todas las pretensiones del proceso. Lo que sucede en la práctica es que van a existir dos procesos en los que se va a emitir una sola sentencia.

En efecto, una vez admitida la intervención excluyente de propiedad, esta deberá ser tramitada como una demanda contra las partes primigenias del proceso, debiéndose dar traslado de la misma y realizarse todos los actuados y etapas procesales que implica un proceso.

Por último, cabe señalar que la sentencia a emitirse tendrá efectos directos contra todas las partes del proceso y por tanto los vinculará y obligará por igual.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): "Partes, acumulación, intervención y sucesión procesal en el Código Procesal Civil". En: *Ius et Veritas* N° 6; MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch; PALACIOS PAREJA, Enrique (1994): "La intervención de terceros en el proceso civil peruano". En: *Revista de Derecho PUCP* N° 48. Lima. Fondo de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El proceso de otorgamiento de escritura no es el idóneo para establecer si a la litisconsorte, le asiste o no el derecho de propiedad del predio que según el actor le pertenece; pues ella, ha sido incorporada a este, no como tercero excluyente principal y como tal carece de pretensión propia que amerite pronunciamiento especial respecto del referido derecho (*Exp. N° 505-98*).

Solo quien pretende en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra el demandante y demandado. A pesar de haberse admitido en el proceso a un tercero excluyente principal, no resulta procedente declarar titular del derecho discutido en atención a que cuenta con derecho inscrito respecto de las unidades catastrales de las cuales solicita el otorgamiento de escritura (*Exp. N° 8689-97*).

Si se solicita la intervención excluyente principal y ella no se resuelve con la sola presentación sino que se posterga su dilucidación hasta la sentencia, ello afecta el derecho de los apersonados durante el proceso. Al respecto el artículo 9 del CPC previene que la expedición de la sentencia queda suspendida hasta que se resuelva el petitorio, para que en caso se ampare la relación jurídico-procesal se recomponga con los favorecidos, o en contrario, se pueda apelar de ella (*Exp. N° 1558-97*).

Artículo 100

Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente

Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.

También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.

Las intervenciones descritas en este artículo se tramitarán de acuerdo a lo dispuesto en el Sub-Capítulo 5, Capítulo II, Título II, Sección Quinta de este Código.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. arts. 99, 101, 533 a 539.

*Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia*

1. INTRODUCCIÓN

La presente forma de intervención constituye un caso de acumulación objetiva-subjetiva de pretensiones, que se origina de manera sucesiva en el proceso. En la doctrina se le conoce como un caso de intervención principal.

Debido a ello, cuando hablamos de intervención excluyente de propiedad o de derecho excluyente, no nos encontramos ante uno de los supuestos en los cuales un sujeto se incorpora como una de las partes preestablecidas del proceso, como suceden en los anteriores casos (intervención coadyuvante e intervención litisconsorcial), sino que nos encontramos ante un caso en el que un sujeto interpondrá su propia pretensión contra las partes originarias del proceso, a efectos de liberar su propiedad o cobrar con preferencia su crédito.

2. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

La intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente, constituye la expresión clásica de tercería por medio de la cual un sujeto solicita la inafectación de un bien que afirma es de su titularidad y que se encuentra afectado por una medida cautelar, o se le reconozca su derecho a ser pagado con preferencia de lo obtenido en la ejecución forzada de un proceso.

A efectos que se admita el presente tipo de intervención, el interviniente debe demostrar su legitimidad para intervenir en el proceso, la misma que se circunscribirá a afirmar la titularidad del bien sobre el cual recae la medida cautelar en el proceso, o a afirmar que tiene un derecho preferente al del ejecutante en el proceso.

En palabras de MONROY: "Si una persona considera que el bien sujeto a medida cautelar es de su propiedad o tiene otro tipo de derecho respecto de él, el que puede ser preterido como consecuencia de la medida cautelar, puede intervenir en el proceso con el exclusivo propósito de solicitar se declare la prelación de su derecho. Asimismo, si el derecho del interviniente es de preferencia respecto de lo que se obtenga de la ejecución judicial del bien, puede también intervenir y solicitar se declare tal prelación en relación al ejecutante" (1994: p. 45).

Nótese de lo expuesto que el interviniente a través de esta forma de intervención no interpone una pretensión que es incompatible con la pretensión de las partes primigenias del proceso, ni tampoco tiene interés directo en lo que se defina en el proceso ordinario, su interés se agota en liberar su propiedad o cobrar con preferencia su crédito.

De ahí la diferencia de la presente figura con la intervención excluyente principal. En esta última, un sujeto interviene interponiendo una pretensión incompatible con la que se encuentra en el proceso, mientras que en la intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente no existe una pretensión incompatible, "el ejecutante no discute la cuestión principal que sería la obligación de pago del demandado, sino otro tema, que es si el bien con el que se pretende hacer cobro puede estar o no sujeto a ejecución, en virtud a ser o no del deudor y demandado" (ARRARTE ARISNABARRETA, 1997: p. 149).

3. CUESTIONES PROCESALES

Cuando el interviniente actúa para liberar su propiedad de una medida cautelar o respecto del cual tiene un derecho preferente al actor, su intervención se dará en el incidente cautelar, ello en tanto –conforme vimos– no tiene ningún interés en el desarrollo del proceso principal.

En cuanto a la intervención del derecho preferente, este se puede dar en cualquier momento antes que se realice el pago al acreedor, suspendiéndose el pago hasta que se resuelva si existe preferencia de la tercera.

Respecto a las demás cuestiones procesales nos remitimos a los comentarios de los artículos 533 al 539 del CPC, en la medida que conforme señala el artículo materia de comentario, el presente tipo de intervención se regirá conforme a lo regulado en el subcapítulo referido a la tercera.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (1997): "Sobre el litisconsorcio y la intervención de terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas; MONROY GÁLVEZ, Juan (1993): "Partes, acumulación, intervención y sucesión procesal en el Código Procesal Civil". En: *Ius et Veritas* N° 6.

Artículo 101

Requisitos y trámite común de las intervenciones

Los terceros deben invocar interés legítimo. La solicitud tendrá la formalidad prevista para la demanda, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes.

El juez declarará la procedencia o denegará de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Solo es apelable la resolución que deniega la intervención. Los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que este se halle al momento de su intervención.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. arts. IV, IX, 97, 98, 99, 100, 107, 130, 131, 424, 425, 690, 726.

*Rafael Prado Bringas
Francisco Zegarra Valencia*

1. CUESTIONES PROCESALES DE LA INTERVENCIÓN

Conforme describimos en los comentarios a los artículos anteriores, la intervención constituye el mecanismo procesal a través del cual se incorporan sujetos a un proceso pendiente con el objetivo de convertirse parte en el mismo. En otras palabras, constituyen casos de legitimación para incorporarse a un proceso de modo sobrevenido.

De ahí que consideramos que cuando el presente artículo señala que los terceros deben invocar interés legítimo, se refiere a que deben de acreditar tener legitimación para intervenir de modo sobrevenido en un proceso, de acuerdo al tipo de intervención que invoquen; en tanto “son esas posiciones las que dan sentido a la legitimación para intervenir en un proceso respecto del que el tercero es aparentemente ajeno, en principio, no se vería afectado por la cosa juzgada que en ese proceso se forme” (MONTERO AROCA, 2007: p. 260).

La intervención se puede dar por diversos supuestos, ya sea porque el “tercero” alega que la sentencia a pronunciarse puede ocasionarle un perjuicio de modo reflejo (intervención coadyuvante), alega ser cotitular de la relación jurídica entablada en el proceso (intervención litisconsorcial), o por alegar la titularidad de una relación jurídica material incompatible con la deducida en el proceso por las partes (intervención excluyente principal e intervención excluyente de propiedad y de derecho preferente).

Por otro lado, coincidimos con PRIORI POSADA (2014) cuando señala que a pesar de que se encuentran reguladas distintas formas de intervención en el proceso; “sin embargo, esta amplia regulación se contrasta con la ausencia de una norma genérica que permita la intervención de cualquier tercero que pudiera tener algún derecho e intereses que pudiera verse afectado en el proceso”.

El pedido de incorporación deberá realizarse con las formalidades que le fueran aplicable de la interposición de la demanda. Es decir, cumpliendo con los requisitos pertinentes del artículo 424 del CPC, debiéndose cumplir en dicho acto procesal con la presentación de todos los medios probatorios que considere pertinente para sustentar su legitimidad y pretensión, ya que después de aquel momento precluyera la oportunidad del tercero para hacerlo.

Ahora bien, conforme señala la norma el juez podrá admitir o rechazar el pedido de manera *in limine*; sin embargo, consideramos que ello no es impedimento para que previamente a pronunciarse sobre la procedencia del pedido, el juez de trámite al mismo a efectos que las partes del proceso puedan emitir las alegaciones que consideren oportunas al respecto, para que de esta manera el juez pueda realizar un análisis de procedencia con mayores elementos sobre el tema.

Por otro lado, se menciona que solo es apelable la resolución que deniega la intervención; sobre el particular, hacemos nuestra la opinión de PALACIOS PAREJA cuando señala: “La limitación en la impugnación es solo para el tercero, que solo puede cuestionar la resolución que le causa agravio, es decir, aquella que deniega su pedido. Sin embargo, las partes originarias podrán apelar la resolución que admite la intervención, siempre que fundamenten su recurso, expresando el vicio o el error cometido y el agravio que les produce” (2005: p. 485).

Por último, conviene hacer una breve precisión en lo que respecta a que “los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en el que se halle al momento de su intervención”. Y es que si bien en ciertos supuestos de intervención ello implica asumir el proceso en el estado que se encuentra sin poder retrotraer el proceso en virtud del principio de preclusión procesal, asumiendo el proceso *in terminis* (intervención coadyuvante e intervención litisconsorcial); sin embargo, en otros supuestos ello no implicará que deba aceptar el estado del proceso en su contenido, no asumiendo el proceso *in status* (intervención excluyente principal e intervención excluyente de propiedad y de derecho preferente).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTERO AROCA, Juan (2007): *De la legitimación en el proceso civil*. Madrid: Bosch;
PALACIOS PAREJA, Enrique (2005): “Algunas consideraciones acerca de la acumulación y el litisconsorcio”. En: *El proceso civil: enfoques divergentes*. Lima: Instituto

Riva Agüero; PRIORI POSADA, Giovanni (2014): "Partes y terceros en el proceso civil peruano". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 18. Lima: Gaceta Jurídica.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La intervención de terceros en el proceso solo se posibilita cuando aún no ha concluido el proceso. Si la venta del bien gravado a favor del tercero que solicita ser parte en el proceso, se ha realizado cuando el bien se encontraba en proceso de remate, y se ha pactado que el precio a pagarse se destinará al pago de la obligación pendiente con el ejecutante, no procede admitir su apersonamiento al procesal (*Exp. N° 226-99*).

La debida composición del proceso con la intervención de litisconsorte, cuando ya está entablada la relación procesal entre actor y demandado, no puede quedar librado únicamente a la voluntad de las partes y terceros intervinientes, sino a la necesidad de conformarse una relación jurídica válida tniéndose en cuenta los efectos de la definición de la controversia, que por esta razón cuando el juez estima necesaria o admite la intervención de un tercero por su situación legitimada, tal decisión es inimpugnable, conforme lo dispone el artículo ciento uno segunda parte del Código Procesal Civil (*Cas. N° 192-95-Lima*).

No puede admitirse por regla general el apersonamiento en un juicio, cualquiera sea su estado, a quien no es parte en el mismo, a no ser que el compareciente esté legitimado procesalmente por tener un interés que sea protegible jurídicamente. Todo interés legítimo lleva aparejada la correspondiente acción ante los tribunales (*Exp. N° 1167-94-Piura*).

Artículo 102**La denuncia civil**

El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1498, 1499; C.P.C. arts. 60, 95, 101, 103-105, 155, 427 inc. 1, 587, 589, 593.

Héctor Lama More

1. INTRODUCCIÓN

La redacción de esta figura procesal no ha sido de las mejores, pues ha generado tratamientos diferenciados en la jurisprudencia y, en no pocas oportunidades, más de una confusión, ello en razón de que la norma procesal no ha precisado los alcances de este medio procesal; es decir, si estamos frente a un supuesto de necesaria y obligatoria integración procesal con el objeto de lograr una correcta relación jurídica en el proceso, o, si estamos frente a una voluntaria integración activada a iniciativa del demandado, quien en defensa de su interés o sus derechos patrimoniales hace uso de este medio procesal. Este le permite extender la obligación o responsabilidad a él imputados por el demandante, a un tercero, que no siendo parte en el proceso, sí puede, eventualmente, serlo, buscando con ello la integración del denunciado al proceso; en razón de que tiene con este tercero un vínculo material o sustantivo que, en virtud de la ley, comparta la responsabilidad u obligación o que sea excluido de ella.

En el primer supuesto, la denuncia permitiría corregir la defectuosa relación jurídica que haga viable la expedición de una sentencia de mérito, es decir, de un pronunciamiento definitivo sobre el fondo, que ponga fin a la controversia; mientras que en el segundo supuesto no existe debate sobre la correcta relación procesal y, que, aun sin la denuncia civil, puede expedirse una sentencia válida sobre el fondo del asunto controvertido. En este supuesto, el demandado busca, de ser el caso, que el juez se pronuncie sobre la relación material existente entre él y el denunciado. Pienso que la *denuncia civil* prevista en la norma procesal materia de comentario tiene su correlato en el segundo supuesto. Veamos.

2. PARTE PROCESAL Y TERCEROS

La doctrina procesal contemporánea ha respondido de modo unánime haciendo constar la necesidad de fijar reglas procesales claras respecto de la intervención

o incorporación de aquellas personas que no habiendo sido emplazados originalmente deban serlo, por necesidad de tener un proceso válido o por requerimiento del demandado en protección de su interés o derechos patrimoniales y obtener así, una idónea solución del conflicto o, respecto de aquellas personas que sin llegar a ser parte en el proceso deben ser noticiados del mismo a efectos que estos puedan hacer valer sus derechos, sea interviniendo voluntariamente en él o haciéndolos valer en otro proceso, manteniendo su condición de terceros. Aparece en el escenario la figura de parte procesal, terceros, la legitimación o legitimidad, así como la de litisconsorte, esta última que en sus diversas variantes integran la relación material. Ello nos permite distinguir de aquellos que, no integrando formalmente la relación material que subyace al proceso, se encuentran vinculados a ella a través de los sujetos que la integran y que podrían ser válidamente incorporados al proceso a efecto que puedan hacer valer sus derechos.

Ahora bien, el concepto de parte en el sentido procesal se distingue el de parte en el sentido material. La doctrina ha distinguido entre tales conceptos. En términos sencillos diremos que, desde el punto de vista procesal, parte demandante será quien interpone la demanda y la parte demandada será la persona o personas contra quien se dirige la demanda, sin que importe, como bien lo señala DEVIS ECHANDÍA (1984: pp. 307-309), la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y del litigio que sobre ese derecho se haya presentado. Por ello, diremos que tercero, en el sentido procesal, será quien no sea parte demandante ni parte demandada. Dicho en otras palabras, parte, en el sentido formal, se entiende las que lo son en el proceso; en el sentido sustantivo o material, se entiende que son los sujetos del litigio o de la relación jurídica sustantiva sobre la que versa el conflicto de intereses.

3. LEGITIMACIÓN

Abordaremos, en este escenario, brevemente la figura de la legitimación, figura procesal de relevante importancia y no por ello menos controvertida. Esta tiene que ver con la titularidad del derecho o de la relación jurídica sustantiva. En este aspecto debemos estar atentos en entenderla tanto como la que se necesita para dar inicio a un proceso –derecho de acción, según lo establece CHIOVENDA–, como de la que se identifica respecto de las partes para estar o no presentes en el proceso, a efectos de que se produzca una correcta y adecuada relación procesal que permita la emisión de una sentencia de mérito; es decir, una que ponga fin, de modo definitivo, al conflicto. Si las partes, en el sentido procesal, no se encuentran legitimadas para estar en el proceso –salvo los supuestos de legitimación extraordinaria prevista en el artículo 60 del CPC–, por no integrar la relación material objeto de la controversia, no existirá posibilidad jurídica de que el juez expida un pronunciamiento sobre el fondo del

asunto controvertido. Es posible que quien es tercero, en el sentido procesal, sea parte en el sentido material o sustantivo, o que quien es parte demandante o demandada en el aspecto formal no lo sea en el sustantivo o material.

En nuestro sistema procesal vigente, la ausencia de legitimación activa da lugar a un pronunciamiento inhibitorio; incluso cuando esta es manifiesta puede ser causal de rechazo *liminar* de la demanda. De otro lado, si estamos frente a una falta de legitimación pasiva, es decir, del demandado, y esta es detectada por el juez, el demandante puede corregir su demanda y dirigirla contra quien cuente con dicha legitimidad por integrar el lado pasivo de la relación sustantiva.

Cierta doctrina (DEVIS ECHANDÍA, 1984: pp. 253-254) ha sostenido que la figura de la legitimación es un asunto que debe ventilarse o dilucidarse en la sentencia, es decir, al momento de pronunciarse sobre el litigio, por tratarse de un asunto de fondo –*legitimatío ad causam* o legitimación en la causa–; y, si bien reconoce que la legitimación puede estar referida al derecho que se tiene de poner en actividad la jurisdicción y recibir una sentencia que resuelva en el fondo sobre las pretensiones incoadas; no obstante, señala que la legitimación no es una condición ni presupuesto de la acción, sino del éxito de la pretensión.

En este aspecto, en nuestro país, el legislador nacional ha considerado a la legitimidad como un presupuesto material –conocido en la doctrina como *condición de la acción*– para iniciar el proceso. Creo que esta debe entenderse –con la doctrina procesal tradicional– en el sentido que considera a la acción como un derecho sustancial en actividad o un elemento del mismo (DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 254); por ello la ha incluido en el inciso 1 del artículo 427 del CPC, como una causal de rechazo *liminar* de la demanda, cuando la ausencia de este presupuesto es manifiesta; en este caso, la jurisprudencia local ha reconocido que se cumple con ello cuando el demandante invoca ser titular del derecho materia de la demanda, dejando para la etapa respectiva la verificación probatoria de tal invocación; sin embargo este aspecto –de legitimidad para obrar–, que el juez debe tener en cuenta al momento de calificar la demanda no debe confundirse con la necesaria y permanente verificación de la titularidad del derecho invocado por las partes –legitimación de las partes respecto del derecho discutido–, la que debe ser observada a lo largo del proceso, pues ello permitirá la expedición de una sentencia de mérito.

4. LITISCONSORCIO

La figura procesal de litisconsorte resulta relevante, en este aspecto, para los fines de apreciar si la relación procesal es correcta o si existe ausencia de algún sujeto que, integrando la relación sustantiva, no se encuentra presente en el proceso. En este caso, si el tercero tiene con alguna de las partes un vínculo sustancial inescindible respecto del derecho materia de debate, deberá ser integrado

necesariamente al proceso, pues de lo contrario no será posible, jurídicamente, resolver de modo válido el conflicto. Este sería un supuesto de *litisconsorcio necesario*: el juez, al tomar conocimiento de este hecho, sea por sus propios medios o por “denuncia” de una de las partes, deberá disponer su integración al proceso como parte procesal. Aquí creo que estamos, en este caso, frente a un supuesto de intervención forzada.

Por otro lado, la norma procesal reconoce también la existencia de litisconsorcio facultativo, entendida como una acumulación subjetiva –por ejemplo, varios demandantes– voluntaria ocurrida en virtud del principio de economía procesal, pese a que cualquiera de ellos pudo hacer valer su derecho de modo individual e independiente. Es el caso, por ejemplo de la demanda de amparo interpuesta por varios trabajadores despedidos por el mismo empleador, o la demanda interpuesta por varios alimentistas contra el obligado a prestar alimentos. Nuestra norma procesal, además, ha regulado la intervención litisconsorcial, que permite la integración voluntaria como tercero, de un sujeto que se considera titular de una relación sustantiva a la que deba extenderse la sentencia y que, por tal razón, pudo haber sido demandado o demandante; es el caso, por ejemplo, de los obligados solidarios que no fueron emplazados por el acreedor demandante. Luego tenemos al litisconsorte incorporado al proceso por efecto de la *denuncia civil* que hace valer el demandado, quien, al ser emplazado, termina integrando la relación procesal como parte de esta. En este último supuesto, estamos frente a una intervención forzada o coactiva; es decir, no depende de la voluntad del tercero denunciado.

Por ello, no debemos confundir la “denuncia” en el sentido lato, con la *denuncia civil* en el sentido estricto. La primera tiene por objeto poner en conocimiento del juez de la existencia de un tercero que debe ser incorporado necesariamente al proceso para superar el defecto en la relación procesal –litisconsorte necesario– o, en su caso, de la existencia de un tercero que puede ser afectado o alcanzado indirectamente con el resultado del proceso. Esta “denuncia” puede hacerla el demandado o el demandante. Inclusive, en determinadas ocasiones, las referidas incorporaciones o citaciones, puede hacerlas de oficio el propio juez, sin perjuicio de que estos terceros soliciten su intervención de modo unilateral. Es el caso de la intervención del tercero coadyuvante o el tercero con intervención litisconsorcial. En el primero –litisconsorte necesario– su intervención es obligatoria; en los otros, es facultativa.

5. LA DENUNCIA CIVIL NO DA LUGAR A UN LITISCONSORTE NECESARIO

Es común observar la confusión entre la *denuncia civil* y la figura del *litisconsorte necesario*. Ello se aprecia no solo en determinada jurisprudencia local,

sino incluso en jurisprudencia expedida en sede casatoria, lo cual se ha podido verificar en un pronunciamiento emitido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En efecto, en la Casación N° 0692-2001-Ica, sobre pago de dólares y otro, el 11 de julio de 2001, esta Sala Suprema, en el segundo fundamento de dicha sentencia, señaló:

“Segundo: Que, la denuncia civil está regulada en el artículo ciento dos del Código Procesal Civil, el mismo que establece que solamente procederá denunciar civilmente a otra persona si es que esta, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido; es decir, la norma acotada exige que para que una persona sea denunciada civilmente debe tener la calidad de parte pasiva resultando obligada a lo que se decida en la sentencia, *pues la denunciada civilmente es considerada como un litisconsorte necesario* dado que integra la parte pasiva de la relación jurídico material” (cursiva agregada).

Error: la denuncia civil no da lugar a un litisconsorte necesario; da lugar a la incorporación al proceso, como parte, de un tercero que no lo fue inicialmente pero que, en virtud de la ley –y a instancia del demandado– es incorporado como parte demandada. No obstante, si el demandado no formula *denuncia civil*, tal hecho no afecta la marcha del proceso, el cual continuará sustanciándose válidamente, encontrándose habilitado para poner fin al conflicto o controversia, con pronunciamiento de mérito. Sin duda, existe litisconsorcio entre denunciante y denunciado, no obstante, este no es un supuesto de litisconsorcio necesario.

6. CONCEPTO

Por ello resulta relevante dejar establecido –como lo veremos con detalle más adelante– que la *denuncia civil*, en sentido estricto, busca incorporar al denunciado como parte emplazada. La *denuncia civil* permite al demandado la posibilidad de que, en virtud de la ley, sea otro quien, en su lugar o conjuntamente, responda frente a la pretensión formulada por el demandante. Es el caso, por ejemplo, del llamamiento en garantía o aseguramiento de pretensión futura, como el caso del denunciado por el demandado en el juicio de evicción previsto en los artículos 1498 y 1499 del CC, entre otros supuestos. Es cierto que debe existir un vínculo de litisconsorcio entre denunciante y denunciado, pero en ninguno de estos casos el denunciado civil –que luego es incorporado como parte– constituye o se transforma en *litisconsorte necesario*. Estamos frente a supuestos excepcionales en que, por disposición legal, la parte pasiva del proceso es integrada por acción, iniciativa o denuncia civil del demandado y no por decisión del demandante. Se trata de un supuesto de *intervención forzosa* de un tercero, activada por el demandado,

con el objeto de que este tercero sea emplazado con la demanda y soporte directamente las consecuencias del proceso. La doctrina reconoce, con sus variantes, a esta figura como la *litis denuntiatio* o denuncia del pleito o *litis*.

Existen otros supuestos, reconocidos en la doctrina y legislación comparada, de la conocida *denuncia de la litis*. Estos se refieren al pedido formulado por el demandado para que el juez notifique a un tercero con la demanda, pero no para su incorporación al proceso como parte, sino para que tomen conocimiento del proceso, a efectos de que hagan valer su derecho, sea solicitando su intervención en este proceso –como terceros– o para que luego no aleguen ignorancia de la litis en curso cuando se inicie otro juicio contra ellos respecto de la reclamación que tuvo que soportar el denunciante en el primer juicio. Este es el caso, por ejemplo, de la denuncia formulada por el demandado contra el obligado solidario que no fue demandado por el acreedor. En dicho caso, el denunciante busca que, de ser vencido en juicio por el acreedor, pueda iniciar un juicio de repetición posteriormente. Debe quedar claro que, en este caso, la *denuncia del pleito* no habilita la ejecución del referido denunciado en el mismo proceso, salvo que se haya hecho uso del mecanismo de llamamiento en garantía; mientras tanto, el denunciado seguirá siendo un tercero y no parte procesal.

Otro supuesto de la denominada “denuncia” es el que prevé el segundo párrafo del artículo 690 del CPC, referido a la obligación de notificar con el mandato de ejecución a los terceros que pudieran verse afectados con la ejecución, en especial, con la ejecución de la garantía real. En tal caso, la norma autoriza la intervención de los terceros bajo las reglas previstas en el numeral 101 del CPC.

También suelen ubicarse en estas “denuncias” las que formula el demandado en el juicio de desalojo, reivindicación o entrega de bienes inmuebles. Esta denuncia consiste en informar al juzgado que los referidos bienes están en poder o posesión de terceros. Si la obligación de entrega es del demandado, los denunciados serán notificados con la demanda, pero su intervención, en caso lo soliciten, será la de terceros; si la alegación es que el demandado, que es poseedor del bien, no es el obligado a entregarlo, estaremos frente a un supuesto de falta de legitimación pasiva, en cuyo caso el juez podrá disponer, eventualmente, que el demandante entable correctamente la relación procesal, indicando quién debe ser sujeto pasivo de ella. Es evidente que este no es un supuesto de denuncia civil, pues una cosa muy distinta es cuando el demandado es un servidor de la posesión –es decir, tiene el bien en su poder– pero por encargo de otro o siguiendo instrucciones suyas; en este caso, estaremos frente a un supuesto de intervención forzada que nuestro CPC denomina *llamamiento posesorio*, como veremos más adelante.

7. ANÁLISIS DEL TEXTO NORMATIVO

Abordaremos el texto de la norma citada de manera secuencial, con el objeto de entender la figura en los términos que en ella se redactan.

¿Quién formula la denuncia civil? El demandado. Esto es importante, pues este mecanismo procesal no está habilitado ni pensado para el demandante, ni puede actuar, en esto, de oficio el juez; ello en razón de que no estamos frente a un supuesto de una obligatoria integración de la relación procesal. En la *denuncia civil* no existe debate sobre la validez de la relación jurídica procesal.

¿Qué busca el demandado con la denuncia civil? Se trata de un medio que ejerce el demandado con el objeto de defender su interés o patrimonio respecto del denunciado; pretende que otro —que no ha sido demandado— en su lugar o conjuntamente con él, responda frente al demandante, respecto de la obligación o responsabilidad en el derecho objeto de controversia.

¿Debe el denunciado civil ser incorporado como parte o mantendrá la condición de tercero? Lo que se busca es que el denunciado civil sea incorporado como parte demandada, sea excluyendo al demandado denunciante o concurriendo con él en el reclamo que formula el demandante. Tal incorporación se produce en virtud de lo dispuesto en la ley o atendiendo a la naturaleza jurídica de la relación sustancial existente entre ambos. En términos generales, quien no ha sido demandado en un proceso solo puede ser incorporado como parte demandada cuando se presenta un supuesto de litisconsorcio necesario, o cuando estamos frente a un supuesto de denuncia civil. En este último, por ejemplo, encontramos los supuestos siguientes: el denunciado a través del aseguramiento de pretensión futura —llamamiento en garantía—, o del denunciado en el juicio de evicción, entre otros.

¿Puede el demandado denunciar a un tercero para que conozca de la litis? Sí, pero estaríamos frente a un supuesto de denuncia en sentido lato y no propiamente en el supuesto de *denuncia civil* en el sentido estricto, conforme lo prevé la norma procesal objeto de comentario. En la denuncia, en el sentido lato, el juez notifica al tercero con la demanda solo para que tome conocimiento de ella y, en caso el tercero, solicite su intervención y el juez la admita, mantendrá su condición de tercero, pudiendo ser un tercero coadyuvante, tercero litisconsorcial o simplemente un tercero con legítimo interés. Él no será parte procesal y la sentencia se ejecutará contra la parte demandada, salvo, claro está, que la ley lo autorice (ej.: el tercero ocupante del predio, en un proceso de desalojo cuando fue notificado con la demanda, según los artículos 587, 589 y 593 del CPC; el tercero servidor de la posesión luego de haberse producido el llamamiento posesorio y es vencido el demandado poseedor).

En la denuncia civil, ¿hay litisconsorcio entre denunciante y denunciado?
Ciertamente debe existir un vínculo de naturaleza jurídica entre el denunciante y denunciado, en torno a la obligación o responsabilidad del derecho discutido en juicio, de lo contrario no sería posible que el denunciado excluya al denunciante o concorra con él como demandado como consecuencia de la denuncia formulada. Por ello, es evidente la existencia de litisconsorcio entre denunciante y denunciado. El efecto de la denuncia es que la sentencia que se dicta alcanza a ambos de modo uniforme; en eso se parece al litisconsorte necesario, pero se aleja de esta figura en razón de que la sentencia que se dicte será válida sin que se produzca la *denuncia civil* y sin que se requiera la presencia del denunciado.

PARRA QUIJANO (1986: p. 227), refiriéndose a la denuncia civil formulada contra el vendedor en el proceso de evicción —dada la obligación al saneamiento que este tiene—, reconoce que entre denunciante y denunciado existe un *litisconsorcio recíproco*. Señala el autor, refiriéndose a la *denuncia civil formulada en el juicio de evicción*, que el litisconsorcio existente entre denunciante y denunciado tiene una característica adicional: que el estado de necesidad —la *necessitas*— es lo que impulsa a la parte a llamar al denunciado ya que si se enfrenta solo y pierde el proceso, pierde la garantía. Agrega que ese estado de *necessitas* lo obliga a tener intereses comunes, incluso comunidad de suertes: denunciante y denunciado quieren ganar el proceso, ya que el comprador quiere conservar el bien, el vendedor quiere que gane el comprador para que no lo obliguen a indemnizar —obligación de saneamiento por evicción—, y cada uno, desde sus distintas posiciones, resultan ganadores si no es evicta la cosa. No obstante, si la cosa es evicta —agrega— denunciante y denunciado resultan convertidos en contendientes y el juez tendrá que resolver sobre las prestaciones mutuas entre denunciante y denunciado, como lo precisa la norma procesal.

Agrega el jurista colombiano que para la validez de la sentencia de fondo no se requiere citar al denunciado; se trata de un llamado voluntario respecto del demandado. Sin embargo, creo que producida la denuncia y admitida esta, la incorporación del denunciado es un supuesto de intervención forzada; no obstante, indica, la sentencia es única e idéntica para ambos y, con singular precisión, el citado procesalista señala que el llamado es voluntario porque puede suceder perfectamente que el garantizado —denunciante— no llame al garante —denunciado— y no por esto resulta afectado el proceso o impedirá dictar sentencia de fondo, como si se tratara de un litisconsorte necesario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso - aplicable a toda clase de procesos*, 3ª ed. Buenos Aires: Universidad; PARRA QUIJANO, Jairo (1986): *Intervención de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires: Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARELLANO GARCÍA, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*, 14ª ed. México DF: Porrúa; DÁVILA MILLÁN, Mª Encarnación (1997): *Litis consorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, 3ª ed. Barcelona: Bosch; GUASP, Jaime (1998): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. Madrid: Civitas; PALACIO, Lino Enrique (1993): *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 10ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª reimp. Temis-Depalma: Bogotá-Buenos Aires; SATTI, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: EJEA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La denuncia civil se encuentra regulada en el artículo 102 del Código Procesal Civil, el que establece que solamente procederá denunciar civilmente a otra persona si es que esta, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido; es decir, la norma acotada exige que para que una persona sea denunciada civilmente debe tener la calidad de parte pasiva, resultando obligada a lo que se decida en la sentencia, pues la denunciada civilmente es considerada como litisconsorte necesario dado que integra la parte pasiva de la relación jurídico material (*Exp. N° 1060-2008*).

Procede la denuncia civil de los subarrendatarios que ocupan el predio sublitis, toda vez que el resultado del mismo va a afectar sus derechos. Si se permite la incorporación al proceso del tercero que ocupa el predio, es menester integrar a los otros ocupantes del inmueble materia de la pretensión demandada, a efecto que puedan hacer uso de su derecho a la tutela jurisdiccional (*Exp. N° 44888-98*).

La denuncia civil, si bien no se encuentra considerada dentro de los supuestos del artículo 700 del CPC, nada obsta para que sea empleada por el demandado como medio de defensa si considera que el tercero tiene una obligación o responsabilidad en el derecho discutido (*Exp. N° 97-57546-2742*).

La denuncia civil consagrada en el artículo 102 del Código Procesal Civil permite incorporar al proceso a un tercero que no habiendo sido demandado expresamente, asuma las obligaciones o responsabilidades que surjan del derecho discutido, de tal manera que sean emplazados con la demanda y entablen relación procesal con el demandante, no así con el denunciante que puede conservar su condición de codemandado o ser excluido del proceso (*Cas. N° 678-96-Lima*).

Artículo 103**Trámite y efectos de la denuncia**

Si el juez considera procedente la denuncia, emplazará al denunciado con las formalidades establecidas para la notificación de la demanda, concediéndole un plazo no mayor de diez días para que intervenga en el proceso, el cual quedará suspendido desde que se admite la denuncia hasta que se emplaza al denunciado.

Una vez emplazado, el denunciado será considerado como litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que este.

La sentencia resolverá, cuando fuera pertinente, sobre la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1498, 1500; C.P.C. arts. 93, 95, 101, 102, 104, 105, 135, 587.

Héctor Lama More

El texto de esta norma nos lleva a concluir, como se ha indicado al comentar la norma procesal precedente, que la figura regulada en nuestra legislación procesal como *denuncia civil*, no está referida a aquellos supuestos en que el demandado busca “noticiar” o “poner en conocimiento” del proceso a un tercero a efecto de que este pueda hacer valer su derecho solicitando su intervención en el mismo, si lo estima pertinente, manteniendo su condición de tercero con legítimo interés; en tales casos la intervención de estos terceros sigue la regla fijada en el numeral 101 del CPC.

Por el contrario, en nuestro país, el efecto de la denuncia civil es, sin duda, la de convertir al denunciado —que fue inicialmente tercero— en parte procesal demandada; ello es así en razón de que solo pueden ser “emplazados con la demanda” quienes serán parte demandada, a efectos de que puedan ejercer su derecho de defensa y al contradictorio tal como le corresponde a quien es parte procesal. Los terceros no pueden ser “emplazados” en juicio, pues la pretensión no va dirigida contra ellos; la única manera de convertir en parte procesal demandada por acción del demandado a quien no fue inicialmente emplazado o que no lo fue por el demandante, es que la ley lo autorice de modo expreso. Es el supuesto del tercero que es objeto del mecanismo procesal denominado *denuncia civil*.

Luego del emplazamiento, el denunciado interviene con las mismas facultades que la ley le confiere al denunciante, ejerciendo todos y cada uno de los derechos procesales que tiene quien fue originalmente demandado; es decir, tiene derecho a hacer uso de los medios de defensa que tiene la parte, de forma y de fondo, puede deducir excepciones procesales, formular cuestiones probatorias,

contestar la demanda y ofrecer pruebas respectivas. El denunciado es litisconsorte del denunciante, y ambos tienen un mismo interés, desean que la demanda sea desestimada.

Con relación a que si el denunciado se convierte o no en parte del proceso, la doctrina procesal no ha tenido respuesta uniforme. DÁVILA MILLÁN (1997: pp. 41-46) señala que la mayoría de la doctrina italiana considera que en la *litis denunciatio* (denuncia civil en nuestro CPC), el interviniente se convierte en parte. En efecto, citando a COSTA señala que “si los efectos que se quieren lograr con la llamada al tercero son los que se extiende a él el fallo, este tiene que asumir la cualidad de parte”, en tanto que citando a ZANZUCHI, indica que “el tercero llamado por el solo hecho de la llamada, asume la posición de parte”. La citada procesalista española cita como supuestos de la *litis denunciatio*, la denominada *llamada en garantía*, que nuestra norma procesal reconoce como *aseguramiento de pretensión futura*. Ella la denomina *laudatio o nominatio auctoris* que, con las particularidades propias de nuestra regulación en materia posesoria, nuestra norma procesal regula como *llamamiento posesorio*.

ALSINA (1963: pp. 592-593) ubica a la *litis denunciatio* como un supuesto de intervención obligada de un tercero en el proceso, señalando los siguientes supuestos: (1) cuando la parte, en caso de ser vencida podría tener una acción contra el tercero (como en la evicción que prevé el artículo 2108 del Código Civil de su país); (2) el patrón que indemniza el perjuicio causado por su dependiente (art. 1123); (3) el tercero que excitó al animal que ocasionó el daño (art. 1125); (4) el propietario de la cosa inanimada contra el culpable del accidente (art. 1133); (5) en las acciones de nulidad de testamento y petición de herencia (art. 3421); (6) la acción del asegurador contra el conductor (Código de Comercio, art. 525); (7) la indemnización por accidente de trabajo (Ley 9.688, arts. 10 y 18); entre otros. En los supuestos descritos por el ilustre procesalista argentino, la denuncia opera en virtud de la ley, activada por el demandado.

Por su parte, Piero CALAMANDREI sostiene que la denuncia de la litis, es algo menos que el llamamiento en garantía, ya que en este caso se tiene una demanda nueva del garantizado contra el garante; sin embargo, en el primer caso, el garantizado se limita a llamar al garante para informarlo de la existencia del proceso.

En este caso, a diferencia de las teorías antes citadas, para este procesalista, el denunciado no se transforma en parte del proceso por el hecho de la denuncia civil, continuando con su rol de tercero procesal, en tanto que la sentencia que se expida en dicho proceso no se ejecutará contra él; sin embargo, podrá dirigirse otra pretensión en su contra tomando como base el resultado del proceso donde intervino de modo coactivo.

Lo importante para esta teoría es que al denunciado se le puede oponer el resultado del proceso sin que tenga opción de alegar con posterioridad que existían razones suficientes para hacer que se rechace la demanda.

¿En qué oportunidad debe formularse la denuncia civil? El artículo materia de comentario no precisa la oportunidad; sin embargo, teniendo en cuenta que estamos frente a una incorporación del denunciado como parte demandada, al ser emplazado con la demanda la denuncia civil debe formularla el demandado, en todo caso, antes que se dicte sentencia. No obstante, dependiendo de cada supuesto, la oportunidad la señala la norma legal que regula cada caso. Así, por ejemplo, en el caso del juicio de evicción, el artículo 1498 del CC, establece que el demandado –adquiriente del bien materia de reclamo por el demandante– debe solicitar se notifique al transferente (denunciado civilmente) con la demanda dentro del plazo que tiene para contestarla. Tal dato resulta relevante, pues si no lo hace en dicha oportunidad el proceso continuará solo con el adquiriente como demandado; sin embargo, ante la ausencia de denuncia civil, este pierde el derecho a exigir al transferente el saneamiento por evicción; así lo señala el artículo 1500 del CC.

¿Qué debe contener la sentencia respecto de la denuncia civil? En principio, diré que la sentencia tendrá como pronunciamiento principal la pretensión formulada en la demanda; sin embargo, en virtud de la denuncia civil, expedirá resolución sobre ella, la que alcanzará al denunciante y denunciado de modo uniforme. Se trata de un único pronunciamiento que vincula a ambos; sin embargo, tratándose de una relación sustancial que no ha sido objeto de pretensión por el demandante, el juez, en caso de amparar la demanda, debe precisar en la sentencia las responsabilidades u obligaciones que le corresponden a cada uno de ellos (denunciante y denunciado), sin que ello signifique afectar en modo alguno el derecho del demandante vencedor en juicio. Se trata de una decisión que tiene por objeto poner fin a cualquier debate o diferencia que pudiera existir en relación a los alcances que le corresponden a cada uno de ellos respecto de la obligación o responsabilidad en el derecho invocado por el demandante y reconocido por el juez en la sentencia. Es un asunto que solo es de interés del denunciante y del denunciado. Así, por ejemplo, si el asegurador paga al demandante la indemnización reclamada en la demanda, el juez deberá establecer si, en virtud del contrato de seguro, el denunciado –causante directo del daño– tiene o no responsabilidad a efecto del reembolso de lo pagado por el denunciante.

No habrá necesidad de que el juez resuelva sobre la relación sustantiva entre el denunciante y el denunciado si la demanda es desestimada o, si el proceso, en general, concluye por cualquier causa con pronunciamiento inhibitorio; es decir, sin declaración sobre el fondo del asunto controvertido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1963): *Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; DÁVILA MILLÁN, Mª Encarnación (1997): *Litis consorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, 3ª ed. Barcelona: Bosch.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CHIOVENDA, Giuseppe (1989): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 1ª ed. México DF: Cárdenas; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso - aplicable a toda clase de procesos*, 3ª ed. Buenos Aires: Universidad; PARRA QUIJANO, Jairo (1986): *Intervención de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires: Depalma; ROSENBERG, Leo (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Lima: ARA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La incorporación de un denunciado civil al proceso no implica que se vuelvan a realizar todos los actos procesales efectuados con anterioridad a su incorporación (*Cas. N° 3762-2006-Moquegua*).

Si la pretensión versa sobre el pago de un certificado de depósito bancario, la calidad de parte pasiva en el proceso solo le corresponde al banco, de ahí que la parroquia no puede ser considerada como denunciada civilmente por cuanto ella no tiene la obligación de pago del título (*Cas. N° 692-2001-Ica*).

No existiendo prohibición alguna de que la denuncia civil se encuentre contenida en la contestación de la demanda, ni mucho menos mandato imperativo de que deba formularse en escrito aparte, esta debe entenderse como válidamente efectuada en la forma realizada en autos, máxime si es obligación de los magistrados analizar, evaluar y merituar cada uno de los fundamentos expuestos por las partes en litigio (*Cas. N° 1805-2000-Ayacucho*).

Ante la pretensión indemnizatoria por haber pagado negligentemente cheques girados con firmas notoriamente falsificadas, no procede la denuncia civil formulada por el banco demandado para que se incorpore al proceso, a las personas en cuyas cuentas corrientes se depositaron los cheques falsificados, porque corresponde al acreedor hacer valer la solidaridad entre los supuestos deudores (*Exp. N° 19723-98*).

Al no acreditar la parte demandada, encontrarse al día en el pago de la renta convenida, resulta de amparo la pretensión de desalojo por falta de pago. Si el demandado señala su condición de casado, es su obligación acreditar su estado civil, demostrar que su cónyuge se encuentre ocupando el bien y que haya formulado denuncia civil en el estado respectivo, para poder amparar su derecho (*Exp. N° 859-98*).

Artículo 104**Aseguramiento de pretensión futura**

La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él.

El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 99, 102, 103.

Héctor Lama More

Nuestra norma procesal ha incorporado una figura procesal de relevante importancia, que permite a la parte demandada solicitar el emplazamiento a un tercero pues considera que tiene derecho a exigir de esta persona el pago de una suma de dinero por concepto de daños y perjuicios que le cause el resultado del proceso, o considere tener derecho a repetir lo que tuviera que pagar en ejecución de sentencia, con el objeto que en ese proceso, y no en otro, se resuelva dicha pretensión y llegado el momento se ejecute la misma.

DEVIS ECHANDÍA (1984: pp. 342-343) sostiene que una de las variedades del llamamiento en garantía se presenta cuando se trata de responder por obligaciones personales, como la de indemnizar perjuicios o restituir lo pagado y, por tanto, puede originarse en la ley (el patrón que responde por los daños que ocasiona su empleado) o en el contrato (como el caso del fiador o asegurador que es obligado a responder por su fiado o asegurado, pero queda con derecho a repetir contra él).

La legislación comparada no ha efectuado un tratamiento uniforme sobre la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía. PARRA QUIJANO (1986: pp. 197-198), siguiendo la legislación de su país en esta materia, señala que “si se llama a alguien a fin de que se entere de la existencia de la litis, existirá denuncia del pleito; si eventualmente con la denuncia se ejerce una acción para involucrar una pretensión contra el llamado, aparecerá el llamamiento en garantía”. Además, sostiene el jurista colombiano que la figura de llamamiento en garantía es de origen alemán, sin embargo no se incluyó en su legislación; pese a ello —señala— a través de la denuncia del pleito, en Alemania solamente se puede notificar a un tercero de la existencia de este; mientras que en Italia, además de ello, se puede ejercer la acción revérsica; es decir, que la diferencia es la economía procesal. Sobre este

asunto —agrega— los alemanes consideran que es mejor que en un proceso posterior se discuta lo referente a la acción revérsica, mientras que para los italianos se puede hacer tal acción en el mismo proceso.

Según parece, conforme a lo indicado, en nuestro país el legislador optó por la tendencia italiana, pues la denuncia civil, según las normas procesales objeto de comentario, no tienen por objeto solo notificar o poner simplemente en conocimiento del tercero (denunciado civil) del proceso en curso, sino, además, la de incorporarlo al proceso como parte demandada, permitiendo al demandado/denunciante (en el caso del llamamiento en garantía) ejecutar la acción revérsica contra el denunciado en el mismo proceso.

Para DEVIS ECHANDÍA (1984: pp. 342-343) se presenta llamamiento en garantía en el sentido amplio, siempre que entre la parte citada y la principal que la hace citar exista una relación de garantía y agrega que esa garantía puede ser de dos clases: (1) *garantía real*, cuando consiste en responder por el goce y disfrute de un derecho real que ha sido transferido por el garante al garantizado, y que, por lo tanto, tiene un simple origen contractual, como sucede en la evicción de que responde el vendedor al comprador, que recibe la denominación de *litis denuntiatio* o denuncia del pleito; o (2) *garantía personal*, cuando se trata de responder por obligaciones personales, como la de indemnizar perjuicios o restituir lo pagado, y por tanto puede originarse directamente en la ley; como es el caso del patrón que responde por daños causados a terceros por su empleado o dependiente y queda con derecho a repetir contra éste, o también puede originarse en contrato, como el caso del fiador o asegurador que es obligado a pagar por su garantizado o asegurado, pero queda con derecho a repetir contra él.

Como se puede apreciar, el amplio concepto que expone el citado autor respecto del llamamiento en garantía incluye la facultad del demandado de llamar o denunciar al transferente en el juicio de evicción, como el derecho que tiene el demandado de llamar o denunciar al tercero, responsable directo del daño causado u al obligado a asumir la deuda, para ejercer contra él la acción reversible, en el mismo proceso.

Este jurista colombiano, si bien reconoce que la doctrina ha abordado de modo diferenciado al llamamiento en garantía de la denuncia del pleito o *litis denuntiatio* señala, no obstante, que en la actualidad dichas figuras reciben el mismo tratamiento. Así, refiriéndose a ambas señala: “en el moderno derecho procesal la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía se consideran como una misma institución procesal; para extenderla tanto a la garantía real como a la personal de origen contractual o extracontractual” (DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 343).

Asimismo, el autor, refiriéndose a las modalidades de *intervención forzada*, que, según indica, la doctrina reconoce, señala:

“Cuatro son las clases de intervención forzada que la doctrina contempla: 1. el *llamamiento en garantía*, en el sentido general, que comprende las obligaciones personales cuando la parte vencida tendría la acción reversible contra el llamado; 2. la *denuncia del pleito*, que se refiere especialmente al saneamiento de derechos reales y que en el fondo es un llamamiento en garantía, por lo que en los códigos que no distinguen estos dos conceptos, como el anterior nuestro, pueden refundirse las dos acciones, pero que es mejor separar; 3. la *laudatio o nominatio auctoris*, cuando el tenedor demandado denuncia el nombre de la persona por quien posee y que debe responder de la demanda; 4. el *llamamiento del tercero pretendiente*, que alega el verdadero titular del derecho discutido, con exclusión de las dos partes, que en nuestro Código no existe” (DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 342).

Nuestra legislación procesal ha regulado las tres figuras detalladas por el autor colombiano. En relación a la cuarta, denominada “llamamiento del tercero pretendiente”, nuestra norma procesal ha previsto una figura similar denominada “intervención excluyente principal”; no obstante, no la ha contemplado como una denuncia o llamamiento dentro del supuesto de intervención forzada, sino que la ha regulado en el numeral 99 del CPC, como un supuesto de intervención voluntaria.

Siguiendo el estilo del citado autor, diremos que, según se verifica del texto normativo, en nuestro ordenamiento procesal, la *denuncia civil* estaría pensada para hacerse valer por el demandado/denunciante cuando este tiene con un tercero/denunciado *una relación de garantía real o personal*; mientras que la figura del *aseguramiento de pretensión futura*, que sería en este caso el denominado *llamamiento en garantía*, tendría como objeto la acción revérsica o reversible por el demandado/denunciante contra el tercero/denunciado, en virtud de *la garantía personal* existente entre ambos. Esta acción se haría realidad en el mismo proceso siempre que el demandado/denunciante sea vencido; en consecuencia, el *aseguramiento de pretensión futura* es, en nuestro país, un supuesto de la denuncia civil (*litis denuntiatio, denuncia del pleito*).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso - aplicable a toda clase de procesos*, 3ª ed. Buenos Aires: Universidad; PARRA QUIJANO, Jairo (1986): *Intervención de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires: Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARELLANO GARCÍA, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*, 14ª ed. México DF: Porrúa; PALACIO, Lino Enrique (1993). *Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 10ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Artículo 105**Llamamiento posesorio**

Quien teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación a la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante, además de la multa prevista en el artículo 65. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103.

Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el juez emplazará con la demanda al poseedor.

Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de este y del poseedor por él designado.

Lo normado en este artículo es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 897; C.R.C. arts. 65 párr. 4, 102, 103, 587, 588.

Héctor Lama More

Figura conocida en la doctrina como *laudatio* o *nominatio auctoris*, se presenta cuando es demandado quien no tiene la calidad de poseedor del bien objeto del proceso. Es el caso, por ejemplo, de una acción de desalojo, reivindicación o entrega de bien, iniciado con el objeto de que el demandado entregue la posesión del bien al demandante; no obstante, se verifica que el demandado no tiene el bien en interés propio sino en interés ajeno, no siendo por ello poseedor sino un servidor de la posesión (art. 897 del CC), por lo que corresponde a este indicar el nombre y dirección de la persona que ejerce la posesión del bien, con el objeto de que sea el emplazado con la demanda y ocupe su lugar en el proceso. En un caso de sustitución de partes: quien fue inicialmente demandado deja de serlo, mientras que al denunciado o llamado se le considerará demandado. Al denunciante, que en virtud del llamamiento deja de ser parte, se extenderán los efectos de la sentencia condenatoria, y si se encuentra en el bien será objeto de lanzamiento.

Sin embargo, debemos tener cuidado, pues la figura de la *tenencia* varía conforme a la regulación en materia posesoria vigente en cada ordenamiento civil. Así, en aquellos sistemas adscritos al modelo posesorio de SAVIGNY (teoría del

animus), como es el caso de la legislación española, francesa, italiana, entre otras en Europa, así como en la mayoría de las vigentes en nuestro continente, se considerarán poseedores solo a aquellos que cuentan con *animus domini*; es decir, que se tiene el bien sin reconocer en otro la propiedad. En estos sistemas legales, el arrendatario, el usufructuario, el comodatario, el usuario, entre otros, no serán poseedores sino meros detentadores.

Por tal razón, DÁVILA MILLÁN (1997: p. 44) señala que se trata de una intervención provocada que consiste en la citación que efectúa el demandado que le ha sido reclamada la posesión de una cosa sobre la que disfruta determinados derechos, arrendamiento, usufructo, etc., al propietario para que intervenga en el proceso para defenderla. Tal supuesto no es el que prevé la norma procesal objeto de comentario ni tampoco lo es el que se cita en la norma procesal alemana (ZPO), referido al medio procesal que hace uso el demandado, en su condición de poseedor inmediato, para denunciar la causa al poseedor mediato, con el objeto de que este continúe el proceso como demandado, desligándose de este al denunciante (DÁVILA MILLÁN 1997: p. 45).

Una idea más cercana a la que se regula en nuestra norma procesal es la que señala DEVIS ECHANDÍA (1984: p. 347). Este procesalista indica que tal intervención se presenta cuando el demandante se equivoca respecto de la persona que debe citar como demandada para la restitución de una cosa y dirige su demanda contra quien tiene la apariencia de la posesión del bien objeto de sus pretensiones, pero que, en realidad, es un simple tenedor que detenta o disfruta ese bien a nombre del verdadero poseedor, que es quien ha debido ser demandado.

En nuestro país, como en el derecho posesorio brasileño, rige la teoría objetiva de la posesión que difundió IHERING en el siglo XIX. En virtud de ella, no se requiere tener *animus domini* para ser poseedor, sino se requiere tener un *animus tenendi* o, como lo señaló después SALLEILES, un *animus possidendi*. Por ello, para ser poseedor se requiere tener el bien en interés propio y no en interés ajeno. Se puede ser poseedor de un bien, en nuestro ordenamiento civil, aun reconociendo en otro la propiedad. En efecto, son poseedores los que *de hecho* ejercen uno o más poderes inherentes a la propiedad, siendo suficiente que de hecho se use o disfrute un bien para ser poseedor aun cuando ella se ejerza contrario a derecho. Por ello, nuestra norma civil prevé la posesión legítima (que se ejerce con arreglo a derecho), como la ilegítima (que se ejerce contrario a derecho); la posesión temporal que se ejerce en virtud de un título (posesión inmediata), como la que ejerce el que confirió el título (posesión mediata); la norma procesal materia de comentario regula el supuesto de un proceso en que se demanda a una persona que tiene un bien en nombre de otro, con el objeto de que lo entregue.

Se trata de un supuesto en que el demandado, según nuestro ordenamiento civil, no es poseedor sino un servidor de la posesión, pues ejerce tenencia. No aplica, por ejemplo al arrendatario, usufructuario o, en general, al poseedor inmediato, sino a quien tiene el bien en nombre de otro, siguiendo instrucciones suyas. Es el caso, por ejemplo, del guardián, el depositario, el administrador, el dependiente en un negocio, etc.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DÁVILA MILLÁN, M^a Encarnación (1997): *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, 3^a ed. Barcelona: Bosch; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Teoría general del proceso - aplicable a toda clase de procesos*, 3^a ed. Buenos Aires: Universidad.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La reivindicación es la acción real por excelencia, orientada a obtener la restitución del bien a favor de su propietario. Dicha pretensión atañe derechos, de quienes vienen detentando la posesión sin tener la condición de propietarios, por lo que es importante que se involucre a todos los que ejercen la referida posesión, a la par que los derechos que pudieran asistirles se diluciden en este proceso frente al de propiedad, que se irroga el demandante. En aras de un debido proceso, la notificación con la demanda debe dirigirse al inmueble cuya restitución se pretende (*Exp. N° 1180-99*).

Mediante el *ius vindicandi*, el propietario recurre a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero ajeno a derecho. No se puede emitir pronunciamiento respecto al mejor derecho en el proceso por reivindicación, pues por la naturaleza de la pretensión, solo debe concurrir un acreedor de la propiedad y no varios que aleguen la condición de propietarios de un mismo bien. Existiendo un título de propiedad, que la demandada opone al de los actores, no significa que esta se encuentre en condición de tercera ajena al derecho en controversia (*Exp. N° 4272-98*).

Si la demandante autorizó a la demandada para que ocupara su casa, estaría acreditado su título de posesión por el derecho de uso y habitación otorgado por la propia actora, sin embargo, ello se desvanece desde que la emplazada señala que no reside en el predio, esto es, no tiene la posesión sobre el bien. Si la demandada ha señalado que ella no es la actual ocupante del predio, sino una tercera persona, a quien se le emplazó válidamente, devolviendo esta la cédula, ello no justifica declarar la nulidad. La nulidad puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (*Exp. N° 2624-98*).

Artículo 106**Llamamiento en caso de fraude o colusión**

Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 17; C.P.C. art. 50 inc. 5.

Héctor Lama More

Como lo refiere la doctrina, estamos frente a una intervención *ex officio*; en consecuencia, no es un supuesto de *denuncia civil*. Esta disposición que obliga al juez a citar a las personas que pueden ser perjudicadas con el proceso con el objeto de que hagan valer sus derechos, deja clara la regla general en virtud de la cual el proceso no puede ser utilizado con fines ilícitos; que se encuentra proscrito el proceso fraudulento.

PARRA QUIJANO (1986: pp. 263-264) sostiene que estamos frente a una intervención voluntaria, en el sentido que, citado el tercero, este puede o no concurrir y no por eso resulta el proceso afectado, ni mucho menos quedarán juzgados los derechos del tercero. Estos permanecerán "imprejuzgados". Señala este jurista que los presupuestos para esta intervención son: (a) El proceso debe ser de conocimiento; (b) debe existir fraude o colusión entre las partes y que este cause perjuicio a la persona que el juez esté llamando al proceso; (c) el juez debe ordenar la citación de oficio al tercero perjudicado, es decir, sin necesidad que medie petición de parte; y, (d) se incluye la posibilidad de citar al tercero, como si fuera de oficio, cuando el tercero solicita su intervención al enterarse de la existencia del proceso.

Esta norma resulta coherente con la regla general fijada por el ordenamiento procesal respecto del deber que tienen las partes de conducirse de buena fe. Según CHIOVENDA este deber comprende, entre otras obligaciones, la de no sostener a *sabiendas* cosas contrarias a la verdad (1989: p. 88). Si bien el citado jurista italiano reconoce que en la legislación procesal italiana de su época no existían formulaciones genéricas de deberes procesales (por ejemplo no faltar a la verdad en juicio); no obstante, con relación a la falta del deber de las partes a la buena fe, la ley establece sanciones generales y especiales. Algunas de ellas son: (i) el de garantizar incluso a los terceros contra el dolo puesto en juego en el proceso en perjuicio suyo, concediendo un medio extraordinario de impugnación al tercero que resultaría si no perjudicado por la sentencia; (ii) casos especiales de fraude

procesal previstos y penados en el Código Penal como modificación artificial del estado de los lugares o de las cosas o de las personas con el fin de producir engaño al juez en el reconocimiento judicial o al perito en el examen, o en el caso de soborno (CHIOVENDA, 1989: p. 91).

Sobre la importancia de estar atentos respecto de las obligaciones y responsabilidad de las partes, ROCCO (1983: p. 175) indica, citando la ley procesal italiana, que las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con *probidad y lealtad*, lo cual no debe entenderse como un puro *deber moral*. Precisa, además, que tal deber tiene todas las características de un verdadero precepto jurídico, acompañado de verdaderas sanciones que conciernen tanto a los defensores como a las partes.

La conducta fraudulenta llevada a cabo por las partes puede presentarse en un proceso simulado, pues lo que se busca con dicho proceso es defraudar a terceros. En ese sentido, SATTI (1971: p. 167), con singular precisión señala: “a diferencia del proceso aparente (que no tiene en sí y por sí, nada de ilícito), el proceso simulado es esencialmente fraudulento, en tanto las partes tienden a obtener a través del proceso y la sentencia un proceso prohibido por la ley, como la donación entre cónyuges, o defraudar a terceros, en particular a los acreedores”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, Giuseppe (1989): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 1ª ed. México DF: Cárdenas; PARRA QUIJANO, Jairo (1986): *Intervención de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires: Depalma; ROCCO, Ugo (1983): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª reimp. Temis-Depalma: Bogotá-Buenos Aires; SATTI, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Santiago Sentis Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: EJEA.

Artículo 107**Extromisión**

Excepcionalmente, en cualquier momento el juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. arts. IV, 101, 587.

Héctor Lama More

En el lenguaje común, extromisión puede entenderse como el acto de salir, retirar o expulsar a una persona de un lugar determinado. Siguiendo esta lógica, en materia procesal, cuando alguna parte o tercero es retirado, excluido o expulsado del proceso, algunos califican a este acto dentro de los alcances de la figura de extromisión.

Técnicamente, estamos frente a un supuesto de exclusión de un tercero, que habiendo sido incorporado al proceso, el derecho o interés que le asistía ha desaparecido o simplemente no existía. Para que opere la extromisión no es necesario que alguna de las partes lo solicite, pues el juez puede disponer el apartamiento del tercero de oficio si se encuentra frente a este supuesto. Este medio procesal no aplica para la parte procesal, sino para un tercero; por ello, si se declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar y, por ello, la parte que inicialmente fue demandada deja de serlo, ello no significa que estemos frente a un supuesto de extromisión sino de exclusión del proceso a quien fue inicialmente parte procesal por no integrar la relación sustantiva pasiva. Tampoco es un supuesto de extromisión la separación de la condición de parte del demandado en un desalojo cuando este tiene el bien como tenedor y no como poseedor.

SATTA (1971: p. 158) señala que en el llamado en garantía (real o personal) puede eventualmente excluir al garantizado, y precisa que a través de la extromisión se determina, en sustancia, una prejudicialidad de la declaración del derecho respecto de la tutela invocada por el garantizado. Refiere, además, que la oponibilidad de la sentencia al excluido es la consecuencia lógica de esta posición concordantemente asumida por el garante, según los principios que regulan la cosa juzgada.

Se trata de la separación de un *tercero legitimado*, no aplicando a quien ha sido o es parte procesal que, habiendo sido incorporado al proceso por intervención voluntaria o coactiva, carece del derecho o interés que legitimaba su intervención. Así, por ejemplo, si el obligado solidario –que no fue emplazado por el

acreedor demandante— fuera incorporado al proceso, a su solicitud o por citación solicitada por el demandado deudor, deberá ser separado si acredita que no asumió la obligación, por haber sido suplantada su firma en el documento donde consta la obligación. Otro ejemplo se da cuando la demanda interpuesta por el agraviado en un accidente de tránsito es dirigida solo contra el chofer como autor directo. En este caso es incorporado al proceso a quien aparece en el atestado policial como propietario, y este será separado si acredita que en la fecha del accidente él no era propietario del vehículo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

SATTA, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa. Buenos Aires: EJEA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La extromisión es una figura procesal aplicable a un tercero legitimado que es separado del proceso por resolución debidamente motivada del juez al considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o ha sido comprobada su inexistencia, conforme lo normado por el artículo ciento siete del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente (*Apelación N° 049-2003-Arequipa*).

Si no aparece del contrato que la recurrente haya asumido obligación de pago alguno, no se puede atribuir la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación que no es de su cargo, pues los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan. El instrumento procesal para separar del proceso a un tercero legitimado por haberse comprobado la inexistencia del interés que lo legitimaba para litigar es la extromisión, regulada en el artículo 107 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 44-2002*).

Si los poseedores del predio, materia de prescripción, se han apersonado alegando ser propietarios de este, por transmisión sucesoria; denota ello, el interés legítimo para intervenir en esta causa, no pudiendo calificarse —a priori— la documentación adjuntada, por cuanto el mismo deberá dilucidarse en el fallo que ponga fin a la controversia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107 del CPC. Si se encuentra latente el derecho e interés que legitima a los terceros, la extromisión se encuentra afectada de nulidad insalvable, pues trastoca así, el legítimo derecho a la defensa y a un debido proceso, cuyo acatamiento es obligatorio, bajo sanción de nulidad (*Exp. N° 474-99*).

La figura procesal de la extromisión, está reservada expresamente para los terceros legitimados y no para las partes originarias de un proceso. La ratio legis de la norma está en otorgar al juzgador la facultad expresa de integrar al proceso a un tercero en cualquiera de las modalidades que previene la norma y en separarlo cuando considera que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia (*Exp. N° 333-98*).

Artículo 108**Sucesión procesal**

Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:

- 1. Fallecida una persona que sea parte en el proceso, es reemplazada por su sucesor, salvo disposición legal en contrario;*
- 2. Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso;*
- 3. El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor; o*
- 4. Cuando el plazo del derecho discutido vence durante el proceso y el sujeto que adquiere o recupera el derecho, sucede en el proceso al que lo perdió.*

En los casos de los incisos 1 y 2, la falta de comparecencia de los sucesores, determina que continúe el proceso con un curador procesal.

Será nula la actividad procesal que se realice después que una de las partes perdió la capacidad o titularidad del derecho discutido, siempre que dicho acto le pueda haber generado indefensión. Si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, el juez debe designar a un curador procesal, de oficio o a pedido de parte. ()*

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 14; C.C. arts. 61, 1215; L.G.S. art. 353; C.P.C. arts. 55, 61 inc. 4, 93, 157 inc. 2, 174, 660.

Daniel Linares Avilez

1. INTRODUCCIÓN

Con claridad y relativa suficiencia, importante doctrina nacional se ha ocupado de definir a la sucesión procesal, así como de desarrollar y ejemplificar los supuestos en los cuales procedería; ya sea con motivo de su estudio como una figura que se distingue de los supuestos de intervención de terceros (ABANTO, 2007) o tras el análisis de los supuestos contenidos en el artículo 108 del CPC.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

Por nuestra parte, siguiendo a LEDESMA (2008: p. 413), diremos que:

“Se entiende por sucesión procesal a la mutación de las partes en un proceso pendiente, fundado en quien ingresa adquiere la titularidad del derecho material a título oneroso o gratuito.(...) La sucesión procesal es apreciada por la doctrina procesal como una expresión de legitimidad para obrar derivada o adquirida, porque el sucesor comparece al proceso como titular de un derecho u obligación que originalmente había pertenecido a otro justiciable”.

Es importante indicar, que no hay un supuesto de sucesión procesal, cuando la cesión de los derechos contenidos en el título o el fallecimiento del causante de la sucesión, ocurrió antes del inicio del proceso judicial que se interpone contra el titular original.

Dicho esto, entremos a analizar brevemente cada supuesto enunciativo regulado por el legislador donde operaría la sucesión procesal.

2. SUPUESTOS ENUNCIATIVOS DONDE OPERA LA SUCESIÓN PROCESAL

Es importante tener en cuenta, como ya lo ha determinado la doctrina que he citado en la introducción de este comentario, que el catálogo de supuestos regulados en el artículo 108 del CPC, no es taxativa, sino más bien ejemplificativa o enunciativa, por lo que será importante la labor de los jueces al evaluar la eventual aparición de un nuevo supuesto que pueda desencadenar la sucesión procesal. Habiendo dicho esto, pasemos a examinar los supuestos regulados.

El inciso 1 del artículo bajo comentario regula la sucesión procesal *mortis causa*. Sobre este supuesto, la norma es clara, teniendo presente que la muerte pone fin a la persona conforme lo establece el artículo 61 del CC, y que la transmisión sucesoria se produce al momento del fallecimiento tal como dispone el artículo 660 del CPC, corresponde que el causante sea sustituido por sus sucesores como parte del proceso.

Al respecto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en la Cas. N° 4358-2007, en un proceso de ejecución de hipoteca, sancionó la nulidad de actuados ante la falta de nombramiento de curador de los sucesores de una persona fallecida que no se apersonaron, en aplicación de lo establecido por el artículo 108 del CPC.

El inciso 2 se refiere a la sucesión procesal tras la extinción o la fusión de una persona jurídica. Al respecto, es lógico que tras la extinción de una persona jurídica que es parte en un proceso, se haya transferido el derecho litigioso ya sea al acreedor o socio, según corresponda, en el *iter* de la liquidación de aquella.

Asimismo, lo propio ocurre en el caso de la fusión, donde opera la sucesión procesal tras la transferencia del derecho litigioso por parte de la persona jurídica absorbida hacia la persona jurídica absorbente o incorporante. También es importante resaltar, en este extremo, que el artículo 353 de la LGS, prevé que tras la fecha de entrada en vigencia de la fusión “cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante”; por lo tanto, será esta última la que asuma la actuación de parte en el proceso tras la entrada en vigencia del acuerdo de fusión, debiendo solicitarse la sucesión procesal o, en su defecto, continuándose el proceso con el nombramiento de un curador procesal.

El inciso 3 regula lo relativo a la enajenación del derecho litigioso, en cuyo caso el adquirente entra a ocupar el lugar del enajenante operando la sucesión procesal. Como ejemplo, pensemos en un proceso en el que se está pidiendo la ejecución de un título valor y el ejecutante decide transferir su derecho de crédito a un tercero, actuando ahora, en este como parte ejecutante el adquirente del título valor.

Finalmente, el inciso 4 establece que la sucesión procesal se presenta tras el vencimiento del derecho discutido durante el proceso, frente a lo cual quien adquiere o recupera el derecho sucede a quien lo perdió. Con relación a este supuesto, la redacción no es tan clara al hablar del “vencimiento del plazo del derecho discutido”; considero que –en todo caso– debió hablarse de vencimiento del plazo del título en virtud del cual se ejerce un derecho que está siendo discutido en el proceso.

En efecto, si atendemos a los ejemplos que brinda la doctrina al momento de abordar este supuesto, nos daremos cuenta de que lo propuesto es adecuado. Así, ZAVALA ejemplifica este supuesto, trayendo a colación el caso donde:

“(…) existiendo de por medio un contrato de arrendamiento, el inquilino que tiene la posesión inmediata del bien, es despojado de la que detenta, por lo que interpone en contra del despojante la acción de interdicto de recobrar. Vencido el plazo del contrato de arrendamiento, el propietario, de continuar el despojo, prosigue el proceso, sucediendo al inquilino o arrendatario” (1994: p. 185).

Como puede observarse, es el contrato de arrendamiento (título) el que vence y no el derecho litigioso en sí.

3. LA NULIDAD DE LA ACTIVIDAD PROCESAL Y LA INDEFENSIÓN EN EL MARCO DE LA SUCESIÓN PROCESAL

Sin perjuicio de lo abordado hasta este punto, consideramos que no se ha prestado la debida atención a un asunto medular establecido en la norma que regula la sucesión procesal; en concreto, nos referimos al último párrafo del artículo bajo comentario, donde se establece que: “Será nula la actividad procesal que se realice

después que una de las partes perdió la capacidad o titularidad del derecho discutido, siempre que dicho acto le pueda haber generado indefensión”.

La redacción de este fragmento de la norma entraña algunas importantes cuestiones que merecen ser analizadas por separado y con detenimiento.

En primer lugar, prestemos atención al supuesto habilitante de la norma: el legislador ha optado por sancionar con la nulidad a toda actividad procesal que se realice después de que una de las partes o bien perdió (i) la capacidad (entendemos que se refiere a la *capacidad en el proceso*), o (ii) la titularidad del derecho discutido.

El primer escenario es aquel donde se ha perdido la capacidad en el esquema del proceso; es decir, el sujeto que originariamente era parte procesal pierde la *capacidad para ser parte* y, por tanto, también la *capacidad procesal*. El ejemplo más ilustrativo lo encontramos en el primer supuesto regulado por la norma bajo comentario: una persona que es parte en un proceso fallece, frente a ello la propia *personalidad jurídica* de esta fenece y con ello se pierde el sustrato material básico que habilita que dicho sujeto sea titular de situaciones jurídicas procesales (capacidad para ser parte) y a ejercerlas por sí mismo (capacidad procesal).

El segundo escenario se focaliza en aquellos casos donde el derecho en discusión objeto de la *litis* se pierde. En realidad, la amplitud de este escenario comprende al primero y también a los demás supuestos regulados en el artículo, incluso pudiendo adaptarse a la aparición de nuevos supuestos donde pueda operar la sucesión procesal.

En segundo lugar, el legislador ha establecido una condición más a ser verificada para que se produzca la nulidad de los actos procesales: que el acto cuya nulidad se persigue le haya causado indefensión a la parte sobre la cual se aplicará la figura de la sucesión procesal. Consideramos que este es un extremo problemático de la norma dependiendo de frente a qué concreto escenario nos encontremos.

Imaginemos un proceso de obligación de dar suma de dinero en el que el sujeto que integra la parte demandante fallece poco después de la audiencia de puntos controvertidos, sin que el demandado, ni el juez tuviesen posibilidad de saberlo. Frente a ello, sus hijos —herederos forzosos—, en medio de la conmoción del suceso, nunca se enteran de que su padre era parte en dicho proceso, por lo que no acuden a las audiencias programadas con posterioridad en su calidad de sucesores. Finalmente, se expide la sentencia y se declara infundada la demanda, en favor del demandado, quien diligentemente litigó hasta el final del proceso.

Un año después, los hijos se enteran que su padre fue parte en dicho proceso ya concluido y deciden pedir la nulidad de la sentencia y de todo lo actuado

desde el fallecimiento de su padre, alegando indefensión basándose en el artículo en comentario.

Claramente, nos encontramos frente a un supuesto donde el derecho de defensa ha sido vulnerado con lo que se ha generado un estado de indefensión en la parte demandante, ahora encarnada por los sucesores, pero ¿realmente debería declararse la nulidad de todo lo actuado? ¿Qué suceden con los derechos del demandado que diligentemente defendió su posición y no tuvo oportunidad de conocer del fallecimiento de su contraparte? ¿Quién debe asumir el costo de la indefensión?

Pues bien, con el fin de absolver estas y otras interrogantes, es imperioso determinar qué se entiende por indefensión, cuándo ocurre y quién debe asumirla, en el marco de la sucesión procesal.

El Tribunal Constitucional, en sentencia recaída sobre el Exp. N° 1231-2002-HC/TC, argumentó que:

“(1) La constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14), artículo 139, en virtud del cual se garantiza a los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquier sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos” (Fundamento jurídico 2).

Como se desprende del párrafo anterior, la indefensión ocurre ante la imposibilidad, generada por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer la necesaria defensa de derechos e intereses legítimos. Sin embargo, no toda imposibilidad de ejercer tales medios necesarios de defensa implica estar en un escenario de indefensión provocado por un órgano judicial.

En efecto, sobre el particular se ha dicho que: “No existe violación del derecho de defensa si el estado de indefensión se ha generado por una acción u omisión imputable al afectado. La dimensión constitucional del derecho de defensa exige, pues, que el interesado haya actuado con ‘la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí misma en tal situación, o quien no hubiese quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible’ (STC Exp. N° 210-1996-HC/TC). En este sentido, no existe una infracción al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa –y, por tanto, no se genera una indefensión reprochable– en tanto el afectado contó con la posibilidad de pese a existir una posibilidad de defenderse”.

En consecuencia, cuando la indefensión de la parte afectada (en el caso concreto, del sucesor procesal) se debe a su falta de diligencia, no cabe sancionar con

nulidad los actos procesales que se dan luego de que la capacidad o la titularidad del derecho discutido se han perdido. Asimismo, si es que el estado de indefensión es ocasionado intencionalmente por culpa o dolo de quien lo adolece, tampoco procederá aplicar la nulidad que prevé el artículo.

Ahora bien, ¿qué sucede si, como en el ejemplo que propusimos, la indefensión no se ocasiona ni por un acto concreto del órgano judicial, ni por falta de diligencia de alguna de las partes?

En principio, considero al respecto que es distinto el caso donde la sucesión se produce a consecuencia de actos entre vivos, de aquel por *mortis causa*; en el primer supuesto, lo más probable es que el desconocimiento de la existencia del proceso judicial se deba a la omisión de traslado de información de una parte a la otra, más que a un evento fortuito.

Me explico mejor en relación al primer supuesto distinguido, sucesión procesal que tiene como causa material a un acto entre vivos, pongámonos en el supuesto de transferencia de una cartera de créditos de A hacia B. Al realizarse esta, A no informa a B de la existencia de un proceso judicial en curso respecto de uno de los créditos cedidos; B demora 6 meses en poner en conocimiento de la cesión al deudor y, durante ese tiempo, el proceso avanza sin que haya puesto ninguna de las partes en conocimiento del juez que B era sucesor de A, lo que pudo haber hecho este último, más no el deudor que ignoraba la cesión hasta que se le notificó la existencia de la misma.

La pregunta es ¿debe declararse la nulidad de los actos procesales que se produjeron durante esos seis meses que fueron contrarios a los intereses de B? En principio, considero que no, ya que si bien B no tuvo conocimiento oportuno del proceso para solicitar la sucesión procesal, lo que es cierto es que la omisión de información fue consecuencia de la celebración de un acuerdo con A cuyas consecuencias debe asumir; y, en todo caso, le corresponden a B las acciones tutelares que le otorga la responsabilidad civil contractual, con lo que la internalización del costo de la indefensión de B la asumiría A. Respecto del deudor, conforme el artículo 1215 del CC, la sucesión no le era eficaz en cuanto no le había sido comunicada; por lo tanto, se encontraría en su derecho de continuar el proceso respecto de A.

En el caso de la sucesión procesal por *mortis causa* el presupuesto y el desenlace es distinto. En efecto, en este caso, no hay celebración de acuerdo alguno que catalice un deber contractual del causante para con sus sucesores (que, en el plano del proceso, serían sucesores procesales) de informarle a estos de la existencia de un proceso donde aquel es parte.

Que los sucesores conozcan o no de la existencia de un proceso donde su causante era parte, será en el peor de los casos, un evento tan fortuito o aleatorio como la muerte de este; y, en el mejor de los casos, podrían estar al tanto tras haber sido suficientemente informados de los asuntos de su causante.

Sin embargo, hay que recordar que nos encontramos en el caso donde los sucesores no conocen del proceso de su causante, entonces ¿debe declararse la nulidad de los actos procesales que se produjeron desde la muerte del causante hasta el apersonamiento de sus sucesores tras tomar conocimiento del proceso? Considero que, en principio, sí debe declararse la nulidad de los actos procesales dados después de la muerte del causante, mas observando algunos requisitos de su procedencia.

Un primer requisito es que, lógicamente, se demuestre el estado de indefensión y consecuente perjuicio del o los sucesores tal como regula el propio artículo bajo comentario, en concordancia con lo establecido en el artículo 174 del CPC.

Un segundo requisito es el relativo a que la nulidad debe ser ejercida en el primer momento en que el sucesor tiene oportunidad de hacerlo, pues debe tenerse en cuenta que esta es un recurso de último ratio.

Por lo tanto, siempre será importante distinguir si la sucesión tiene como causa material a un acto entre vivos o se da por *mortis causa*, a efectos de determinar a quién le corresponde internalizar los costos de la eventual indefensión y, lo más importante, para examinar la procedencia de la nulidad de lo actuado desde que ocurre el evento que gatilla la operación de la sucesión procesal.

Finalmente, cerrando el último párrafo del artículo en comentario el legislador prevé que *si transcurridos treinta días no comparece el sucesor al proceso, el juez debe designar a un curador procesal, de oficio o a pedido de parte*.

Efectivamente, si el juez conoce de la situación que faculta a que opere la sucesión procesal y el sucesor no ha comparecido al proceso, en el lapso previsto, es deber de aquel designar un curador procesal a pedido de parte o de oficio. Contravenir este mandato, acarreará que la responsabilidad de la indefensión recaiga en el juez.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABANTO, Jaime (2007): "La curaduría procesal en el proceso civil: Un tema pendiente en la reforma judicial". En: *Derecho y cambio social*. Año 4, Lima: Consulta: 4 de abril de 2016. <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/curador%20procesal.htm>>; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil: análisis artículo por artículo*, tomo I, Lima: Gaceta Jurídica; ZAVALA, Salvador (1994): "Intervención de terceros, extromisión procesal y sucesión". En: *Themis*. N° 29, Lima: Asociación Civil Themis.

CAPÍTULO VIII
DEBERES Y RESPONSABILIDADES
DE LAS PARTES, DE SUS ABOGADOS
Y DE SUS APODERADOS EN EL PROCESO

Artículo 109**Deberes de las partes, abogados y apoderados**

Son deberes de las partes, abogados y apoderados:

1. *Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;*
2. *No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;*
3. *Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;*
4. *Guardar el debido respeto al juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;*
5. *Concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y,*
6. *Prestar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV párr. 2; 8, 9, 51-54, 58, 68, 110, 112; C.P. art. 398; L.O.P.J. arts. 5 párr. 2; 135, 136, 184 incs. 12 y 13; 185 inc. 3; 201 inc. 4; 288 incs. 2, 3 y 5; 292; R.ADM. 474-99-P-CSJL art. 1 y ss.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula los principios-deberes que deben respetar todos los intervinientes en el proceso jurisdiccional civil, por tanto, las partes —demandante como demandado—, sus apoderados y sus abogados deben ceñir su comportamiento a los principios éticos de veracidad, probidad, lealtad que en buena medida engloba el principio de la buena fe procesal.

En nuestra opinión el principio de veracidad, probidad y lealtad forman parte del principio de buena fe procesal, es decir, todos ellos forman parte del principio de la buena fe procesal.

Siendo esto así, podemos afirmar que el no actuar temerariamente dentro del proceso, el guardar el debido respeto al juez, como a las partes y los auxiliares de justicia, el acatar las órdenes del juez y el prestar diligente colaboración en las actuaciones, *no son más que situaciones que ponen de manifiesto el principio de la buena fe en el proceso jurisdiccional.*

Como consecuencia de ello, mediante este dispositivo legal se regulan en sí el principio de *buena fe procesal*, el cual a su vez es una manifestación del *proceso cooperativo*.

A fin de que el lector pueda interpretar de la mejor manera este artículo, analizaremos en primer lugar qué es un proceso cooperativo y luego al principio de la buena fe procesal y sus implicancias dentro del Derecho Procesal Civil contemporáneo.

2. EL PROCESO COOPERATIVO

El proceso cooperativo es un postulado moderno de cómo debe ser visto, analizado y estudiado el proceso civil en general.

Al respecto, MITIDIERO (2009: pp. 132-133) señala que:

“El proceso cooperativo parte de la idea que el Estado tiene como deber primordial propiciar condiciones para la organización de una sociedad libre, justa y solidaria, dado que se encuentra fundada en la dignidad de la persona humana. Individuo, sociedad civil y Estado acaban por ocupar así posiciones coordinadas. (...) Por esta vía, el contradictorio acaba asumiendo nuevamente un carácter destacado en la construcción del formalismo procesal, siendo un instrumento óptimo para la viabilización del diálogo y la cooperación en el proceso, que implica necesariamente la previsión de deberes de conducta tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional (deberes de esclarecimiento, consulta, prevención y auxilio). El juez tiene su papel redimensionado, asumiendo una doble posición: se muestra paritario en la conducción del proceso, en el diálogo procesal, siendo, por lo demás asimétrico en cuanto a la decisión de la causa. *La buena fe observada en el proceso, por todos sus participantes (entre las partes, entre las partes y el juez y entre el juez y las partes), es la buena fe objetiva, que se suma a la subjetiva para la realización de un proceso leal. La verdad, aunque procesal, es un objetivo cuyo alcance interesa inequívocamente al proceso, siendo, por tanto, tarea del juez y de las partes, en la medida de sus intereses, perseguirla*” (cursiva nuestra).

Siendo esto así, el deber de colaboración en el proceso corresponde a todos los intervinientes en el mismo (partes, apoderados, abogados, jueces, auxiliares jurisdiccionales y órganos de auxilio judicial).

Por ello hoy en día:

“[P]ara el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional, es indispensable una buena dosis de sensibilidad del juez respecto de los valores sociales y mutaciones axiológicas de su sociedad. El juez ha de estar comprometido con esta y con sus preferencias. Se repudia al Juez-Pilatos, que es el juez indiferente, en cuyo espíritu reina la indeseable premisa del proceso como instrumento meramente técnico, sin compromisos con la justicia o injusticia de sus juzgamientos” (DINAMARCO, 2009: p. 509).

3. LA BUENA FE PROCESAL

Como enseña la mejor doctrina:

“[L]a buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto solo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma. Desde esta perspectiva necesariamente genérica, la buena fe procesal puede definirse como aquella *conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta*” (PICÓ I JUNOY, 2003: p. 69).

La buena fe procesal está estrechamente relacionada con el modo de actuar o la conducta que deben tener los intervinientes en el proceso jurisdiccional, por ello, la buena fe procesal no solo puede ser una medida de conducta para con las partes, sus apoderados y sus abogados, sino que además también debe ser requerida a los demás intervinientes del proceso como son el juez, los auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial.

Lo dicho en el párrafo anterior va de la mano con la visión de un proceso cooperativo –el que más adelante analizaremos–, no solo las partes, apoderados y abogados tienen el deber ético-moral de comportarse bajo los parámetros socialmente aceptados en un proceso, sino que el propio Estado a través de quienes lo representan también tienen dicho deber.

Ahora bien, como ya hemos señalado anteriormente, dentro del principio de la buena fe procesal se encuentra el principio-deber de veracidad, probidad y lealtad, los mismos que sí son deberes imputables o pertenecientes a las partes, apoderados y abogados.

El *principio-deber de veracidad* de las partes implica “la necesidad de no alegar como hechos existentes los que les constan como inexistentes, y viceversa, esto es, no alegar como desconocidos a aquellos hechos cuya existencia conocen” (MITIDIERO, 2009: p. 132).

Esto no quiere decir que la parte no pueda quedar inactiva, de decidirlo puede permanecer inactiva lo que se condice con el principio dispositivo, pero si actúa,

tiene el deber de decir la verdad, bajo pena de actuar contrario al principio de buena fe procesal, es decir, actuar con mala fe procesal y ser pasible de las sanciones señaladas en la norma procesal.

El *principio-deber de probidad* se refiere a la proscripción de utilizar al proceso jurisdiccional para cometer fraude, lo que no debe ser entendido como solo un proceso fraudulento, sino que en cualquier etapa del proceso y al realizar cualquier acto procesal, las partes, apoderados y abogados deben ceñir su conducta a no cometer fraude.

El *principio-deber de lealtad* está relacionado más con la conducta entre las partes, apoderados y abogados, es decir, en el respeto entre una para con la otra parte.

Ahora bien, teniendo en consideración que el principio de buena fe procesal es un concepto jurídico indeterminado y que como tal no puede encerrar todas las conductas posibles que lo infrinjan, es el juez –más que el legislador– quien debe determinar caso por caso qué conductas son contrarias a este principio y cómo tales deben ser sancionadas y reprimidas, esto es, debe sancionar los actos de mala fe procesal.

4. LA BUENA FE PROCESAL COMO CLÁUSULA GENERAL

Pese a que en nuestro CPC existe una norma que regula las conductas que son consideradas como de mala fe procesal (art. 112), creemos que dicho listado es meramente referencial y será el juez a través de la casuística quien determinará que conductas son repudiadas por nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, se ha dicho que:

“[S]olo desde esta perspectiva amplia se logra la continua adaptación entre los valores éticos de la sociedad y los valores normativos del ordenamiento, correspondiendo al juez, en cada caso concreto, analizar si la conducta procesal de la parte se adecua a la forma de actuar admitida por la generalidad de los ciudadanos. Como se ha indicado, resulta imposible formular planteamientos apriorísticos sobre o que resulta ser la buena fe procesal, por lo que en muchas ocasiones deberemos que acudir a la casuística jurisprudencial para saber cuándo una determinada actuación de un litigante la infringe o no. En definitiva será la jurisprudencia, en muchos casos, y no tanto la ley, la que nos indicará las reglas a tomar en consideración para concretar las conductas procesales maliciosas” (PICÓ I JUNOY, 2003).

El principio de buena fe se extrae de una *cláusula general procesal*. La opción por una cláusula general de buena fe es la más correcta. Es que la infinidad de situaciones que pueden surgir a lo largo del proceso torna poco eficaz cualquier

enumeración legal exhaustiva de las hipótesis de comportamiento desleal (DIDIER, 2010: pp. 69-70, 86-87).

5. EL JUEZ Y LA BUENA FE PROCESAL

El juez dentro del proceso jurisdiccional es quien representa al Estado, y por tanto, tiene las facultades necesarias a fin de que las partes adecuen su comportamiento en el proceso a los cánones mínimos exigibles y admitidos por la sociedad –buena fe procesal– (arts. 51, 52 y 53 del CPC).

El inconveniente que puede generarse radica en que es precisamente el juez quien determinará qué conducta es contraria a la buena fe procesal y por tanto es un actuar de mala fe procesal pasible de sanción, aunado a ello, no es un secreto que en casi todos los procesos jurisdiccionales cuando se señala día y hora para la realización de una audiencia, los auxiliares jurisdiccionales hacen el llamado a la hora exacta, piden sus documentos a las partes, apoderados y abogados, pero luego de –como mínimo– media hora los intervinientes pueden acceder al despacho del juez a fin de que se lleve a cabo la diligencia, esto podría originar que algún litigante increpe al juez por cuanto considera que no se le está tratando con respeto, ello no podría considerarse como una conducta reprochable o sancionable, será deber del juzgador dar la explicación y las disculpas del caso a las partes por dicho inconveniente.

Además, no toda expresión descomedida o agravante será motivo para una sanción, ya que el juez tendrá que analizar el contexto y la situación del momento en que se da la misma.

Por ello, el juez tiene ante estas situaciones un rol tuitivo y casi psicológico, la consideración de un acto como de mala fe procesal debe ser la última posibilidad de consideración.

En sintonía con lo expuesto, y siendo discrecional la facultad del juez para establecer si una conducta es contraria a la buena fe procesal o no, dicha discrecionalidad tiene límites ya que la misma no puede devenir en arbitrariedad, por tanto, el juez tiene el deber de justificar –motivar– en sus resoluciones las causas y por qué considera tal o cual conducta como de mala fe y si debe ser pasible o no de una sanción (multa).

En esa línea de ideas:

“[D]ebe destacarse que si bien es cierto que la indeterminación del contenido de la buena fe puede plantear el problema de la inseguridad jurídica, ya que puede utilizarse por el juez como medio para imponer sus propias valoraciones personales al margen de las comúnmente aceptadas por la sociedad,

favoreciendo de este modo la aparición de la arbitrariedad, este peligro puede superarse, en primer lugar, mediante la exigencia de la motivación de la resolución en la que se aprecia la mala fe de un litigante –y el posterior control a través de los recursos procedentes contra dicha resolución–; y, en segundo lugar, como se ha indicado anteriormente, mediante la creación de una doctrina jurisprudencial que identifique supuestos típicos de mala fe que, en principio, serán susceptibles de aplicarse con carácter general a situaciones equivalentes, si bien ello solo podrá tener lugar una vez analizadas las particularidades de cada proceso” (DIDIER, 2010: pp. 71-72).

6. CONCLUSIONES

- Los principios de veracidad, probidad y lealtad forman parte del principio de la buena fe procesal.
- La buena fe procesal viene a ser la conducta aceptada como válida para la sociedad y exigible a los intervinientes en un proceso jurisdiccional.
- La buena fe procesal es un concepto jurídico indeterminado, como tal no puede señalarse todas las posibles situaciones que impliquen su vulneración; por ello, será el juez caso por caso quién deberá determinar si se ha actuado de mala fe o no.
- El proceso cooperativo es un postulado por el cual se considera que todas las partes intervinientes tienen deberes y facultades que deben cumplir a fin de que se logre la finalidad del proceso jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DIDIER Jr., Fredie (2010): *Fundamentos del principio de cooperación en el Derecho Procesal Civil portugués*, trad. Christian Delgado Suárez. Lima: Communitas; DINAMARCO, Cándido (2009): *La instrumentalidad del proceso*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas; MITIDIERO, Daniel (2010): *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*, trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas; PICÓ I JUNOY, Joan (2003): *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BORDA, Alejandro (1993): *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perroté; CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita (2006): *La teoría de los actos propios*. Lima: Palestra; DE LOS MOZOS, José (1965): *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch; PUIG, José (1951): *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ariel.

Artículo 110**Responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados**

Las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.

CONCORDANCIAS:

*C.C. arts. 1971, 1972; C.P.C. arts. IV, 3, 50, 109 inc. 2, 111-113, 186, 441, 538; L.G.S. arts. 149, 360, 384; L.O.P.J. arts. 9, 292; R.ADM. 474-99-P-
CSJL art. 1 y ss.*

César E. Moreno More

1. INTRODUCCIÓN

Según una enseñanza tradicional, la ilicitud es un elemento *imprescindible* para la afirmación de responsabilidad civil, vale decir, para la imputación del deber de resarcimiento al responsable (ESPINOZA ESPINOZA, 2011: p. 85 y ss.; TABOADA CÓRDOVA, 2003: p. 39 y ss.). En otras palabras, el deber de resarcimiento solo se afirma ante el acaecimiento de un acto (o, más en general, de un hecho) ilícito (TORRENTE; SCHLESINGER, 2009: p. 819 y ss.; ALPA, 2010: pássim; CORSARO, 2003: p. 49 y ss.; BIANCA, 1994: p. 531 y ss.; PUECH, 1973: pássim).

Esta postura que, si es seguida hasta sus últimas consecuencias, llega a identificar la ilicitud con la culpa y la violación de la norma (CIAN, 1966: p. 3) y, por ende, de un derecho subjetivo absoluto (GIORGIANNI, 1963: p. 112), no solo no está en condiciones de explicar y dar solución a los nuevos conflictos aquilianos que incesantemente surgen en la sociedad contemporánea; sino que ni siquiera es capaz de dar una solución satisfactoria a los conflictos que constituyen el presupuesto de la disciplina general de la responsabilidad civil.

Es por ello que ante la nueva realidad, el paradigma del ilícito estaba destinado a sucumbir: el desarrollo tecnológico trajo consigo nuevas hipótesis de daños que, las más de las veces, *debían* ocurrir (RODOTÀ, 1964: p. 21) y cuya producción no podía adscribirse más al defecto de la voluntad del dañador, ya que, al no ser posible siquiera identificar una causa, el daño devenía en anónimo (JOSSELAND, 1897: p. 7). A pesar de esta constatación, toda vez que determinado daño (ante el

cual era difícil negar su resarcibilidad) no encajaba dentro del paradigma del ilícito, la doctrina tradicional –cuyos postulados (la identificación antes referida) se justificaban por el tipo de estructura económico-social en el que fueron elaborados (BARCELLONA, 1973: p. 360)– creaba un nuevo derecho absoluto o afirmaba algún aspecto absoluto de la situación subjetiva (BUSNELLI, 1964: pp. 34-35; CORSARO, 2003: p. 26 y ss.) para así no contradecir el paradigma del acto ilícito (COMPORTI, 1965: p. 37; TUCCI, 1967: pp. 254-255; BARCELLONA, 2000: pp. 409-410).

Sin embargo, y a pesar de destacados esfuerzos (como los de BARBERO, 1960: p. 572 y ss.; y DEVOTO, 1965: p. 498 y ss.), con la negación del ilícito como (única) fuente de responsabilidad civil (TRIMARCHI, 1970: p. 91), la suerte de sus correlarios estaba echada: tanto la culpa como el derecho subjetivo dejaron de ser las constantes de la ecuación de la responsabilidad civil. Así, por una parte, la culpa de ser el fundamento de la responsabilidad civil (CALIXTO, 2008: p. 148), pasó a ser un criterio de imputación que concurría en importancia con el criterio objetivo del riesgo; mientras que, por la otra, ya no era necesario la identificación de (la violación de) un derecho subjetivo absoluto, sino simplemente de una situación jurídica idónea estructuralmente para recibir tutela aquiliana por parte del ordenamiento (RODOTÀ, 1964: pp. 18, 204-205).

Este cambio de paradigma, que podría ser resumido con la frase *del ilícito a la reparación* (CORSARO, 2003: p. 1 y ss.) –y no con aquella tan común entre la doctrina latinoamericana (de inspiración francesa): *de la deuda de responsabilidad al crédito de reparación* (LAMBERT-FAIVRE, 1987: p. 1 y ss.) de mayor alcance y que incluso llega a desnaturalizar la institución– y que pone como objetivo de la responsabilidad civil la tutela de la víctima, en lugar que la punición de un culpable, trae consigo un cambio de perspectiva en el método de análisis de la responsabilidad civil: lo que se busca es establecer el (o los) criterio(s) “en virtud del cual se pueda sustituir la atribución automática del daño, con una atribución jurídica” (RODOTÀ, 1964: p. 74; HUSSON, 1947: pp. 329-330), en otras palabras, se busca establecer aquel (o aquellos) criterio(s) que determinará(n) el traslado del peso económico del daño del damnificado al dañador (SALVI, 1998: p. 2; FREZZA; PARISI, 2006: p. 9).

No obstante este considerable avance en la teoría de la responsabilidad civil, parecería que el peso de la tradición aún sigue latente en esta forma de analizar la responsabilidad civil, ya que por más que se afirme la existencia de una cláusula general de responsabilidad civil (lo cual debería implicar la utilización de los instrumentos hermenéuticos necesarios a fin de concretizar y/o integrar el dispositivo), o que el análisis de la responsabilidad civil implica dos tipos de niveles (material y de imputación), o que además de este es necesario un análisis de resarcibilidad (CAMPOS GARCÍA, 2012: p. 210 y ss.) aún se sigue recurriendo al método de

la subsunción; de modo que en el campo de la responsabilidad civil lo único que se habría logrado es cambiar una metáfora por otra (BARCELLONA, 2000: p. 407).

Esto último se aprecia con mayor nitidez cuando se tiene en frente conflictos aquilianos que rompen con los esquemas de los paradigmas anteriormente referidos; esto debido a que ambos trabajan bajo la hipótesis de un tipo específico de conflicto aquiliano (BARCELLONA, 2011: p. 34). Una de aquellas hipótesis a la que hacemos referencia es precisamente la recogida en el artículo bajo comentario. Nos explicamos: en principio, los intervinientes en el proceso (las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados) en ejercicio de sus derechos de acción y contradicción, son *libres* de realizar todos los actos procesales que crean convenientes; esto en función de que los derechos de acción y contradicción no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, salvo los previstos por la ley (art. 3 del CPC). En otras palabras, los actos procesales reciben una calificación deontológica (SCARPELLI, 1963: p. 1634 y ss.) de permiso (licitud) y no de deber; por ello, y teniendo en consideración que se trata de actividades biológicas (TRIMARCHI, 1961: p. 43) campo por excelencia de la responsabilidad por culpa, al no existir (violación de un) deber (o mejor, de una regla de conducta), no debería haber responsabilidad.

Tal vez para solucionar este *impasse* se crea conveniente recurrir a la teoría de la responsabilidad por acto lícito (CAMPOS GARCÍA, 2015: p. 461), sin embargo –y no obstante algunos crean, con razón o no, que las hipótesis comprendidas por esta categoría caen fuera de la responsabilidad civil (SAAVEDRA VELAZCO, 2014: p. 273)– la falta de unicidad de la teoría (MIRABELLI, 1955: p. 113; TORREGROSSA, 1964: p. 71 y ss.; TUCCI, 1967: p. 267; USTÁRROZ, 2013: p. 111) juega en su contra. Asimismo –como veremos a continuación– si se logra comprender bien la forma en cómo se estructuran los conflictos aquilianos, no es necesario siquiera recurrir a ella.

2. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD

Conforme al segundo paradigma que hemos descrito, el cual goza de amplia aceptación en la doctrina moderna (ALPA, 2010: *pássim*), la responsabilidad civil es entendida como un juicio que se lleva a cabo para afirmar la responsabilidad del dañador o de aquel que la ley considere por tal, aunque no lo sea materialmente (RODOTÀ, 1964: p. 77). Este juicio consiste en la identificación de los *elementos* de la responsabilidad civil (ESPINOZA ESPINOZA, 2011: p. 85 y ss.; TABOADA CORDOVA, 2003: p. 32 y ss.). De modo que, toda vez que ante una hipótesis de daño se identifiquen los elementos que el supuesto de hecho requiere para la afirmación de la responsabilidad, y no se verifique una excluyente o eximente de responsabilidad (arts. 1971 y 1972 del CC), el deber de resarcimiento se hará de cargo del

responsable. La situación no cambia en nada si a este juicio de responsabilidad se le suma (previamente) el así llamado *análisis de resarcibilidad* (CAMPOS GARCÍA, 2012: p. 210 y ss.), ya que, una vez superado este último –siempre dentro de esta perspectiva– nuevamente el juzgador deberá identificar los elementos del supuesto de hecho requeridos por la norma.

Sin embargo, esta forma de proceder no toma en cuenta dos factores: en primer lugar, el hecho de que la responsabilidad civil se configure como concepto de relación (RODOTÀ, 1964: p. 75) determina que su correcta comprensión deba tomar en consideración necesariamente ambos polos, vale decir, tanto la esfera jurídica interferida (damnificado) como la actividad interferente (dañador) deben ser analizadas; segundo, los problemas que los conflictos aquilianos plantean no son unívocos, de allí que el sistema deba dar una solución diferenciada en función de aquella falta de univocidad (BARCELONA, 2000: p. 439).

Es precisamente el haber pasado por alto estos dos factores que en la actualidad no se sabe establecer el alcance y campo de aplicación del *abuso del derecho* (al respecto BARCELONA, 2014: p. 467 y ss.; BARCELONA, 2011: p. 182 y ss.), el por qué aún se insiste en la tipicidad de las causas de exclusión de responsabilidad (en contra TRIMARCHI, 1970: pp. 96-97), y el por qué se da carta de ciudadanía a los actos lícitos dañosos en el ordenamiento peruano (cfr. CAMPOS GARCÍA, 2015: p. 461).

3. TIPOS DE CONFLICTOS Y TIPOS DE PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Si tuviésemos que ceñirnos a cualquiera de los paradigmas anteriormente referidos y abordar nuestro problema desde sus perspectivas, nos quedarían cuatro opciones: primero, dada la calificación deóntica de permiso de los actos procesales, llegaríamos a la conclusión de que en nuestro caso los daños producidos a la contraparte caerían fuera del ámbito de la responsabilidad civil, y para paliar las consecuencias del daño tendríamos que identificar una hipótesis *indemnizatoria*; segundo, no obstante la calificación deóntica antes referida, dado que la responsabilidad civil no se fundamenta en la violación del deber sino en la lesión de una situación jurídica subjetiva, los intervinientes en el proceso deberían ser considerados responsables (CASTRONOVO, 1997: p. 121 y ss.); tercero, ante la consternación de no encontrar ilícito, tendríamos que echar mano a la teoría de los actos lícitos para tratar de paliar las insuficiencias manifiestas que muestran ambos paradigmas (lo cual, tal como advierte TUCCI, 1970: pp. 12-13, no es la misma solución reportada en la primera opción); por último, tendríamos que recurrir a la teoría del abuso del derecho, como última vía de escape.

Si bien algunas de estas soluciones no pueden descartarse *a priori*, ninguna de ellas toma en consideración los dos factores antes referidos y, por ende, que la estructura dual de los conflictos aquilianos demanda un tratamiento diferenciado en función de los diversos problemas que aquella diferencia plantea. Por ello, para poder dar una solución cabal al problema planteado y reconducir a sistema dicha solución sin predicarle adjetivos de excepcionalidad, es necesario ubicar el conflicto que establece el dispositivo bajo comentario en uno de los dos tipos de conflictos aquilianos, cuya lógica y estructura pasamos a describir.

Un detalle que los paradigmas antes referidos no han tomado en consideración en relación a los conflictos aquilianos, es que estos no se basan en el conflicto entre derechos, o entre un derecho y un interés (planteamiento bastante común cuando se aborda el problema del abuso del derecho), sino entre calificaciones deónticas de permiso iguales, vale decir, entre actividades que son consideradas igualmente permitidas (BARCELLONA, 2011: p. 165). De allí que los problemas que la responsabilidad civil busca dar solución sean problemas de coexistencia (BARCELLONA, 2000: p. 442) entre una esfera interferida y una actividad interferente que, en principio, no son incompatibles (en abstracto) entre sí (BARCELLONA, 2000: p. 444). En otras palabras, los conflictos aquilianos se establecen entre dos permisos que por sí mismos son compatibles, pero que bajo determinadas condiciones se tornan incompatibles (BARCELLONA, 2000: pp. 444-445).

Esta compatibilidad se da porque: en determinadas hipótesis, ellas (esfera jurídica interferida y actividad interferente) en la generalidad de los casos no interfieren entre sí, o no necesariamente lo hacen; mientras que en otras, su interferencia es absolutamente fisiológica y, por ello, es prevista y querida por el ordenamiento, a pesar de su carácter inevitablemente perjudicial (BARCELLONA, 2011: p. 166). Sin embargo, dicha compatibilidad desaparece cuando acontecen *ocasionalmente* circunstancias que determinan un *riesgo de interferencia* que en su ausencia no se daría; o cuando la interferencia programada asume *modalidades prohibidas*. El primer tipo de incompatibilidad al que hemos hecho referencia se denomina *conflicto ocasional*, mientras que el segundo se denomina *conflicto modal* (BARCELLONA, 2000: p. 445).

Dada la compatibilidad *ab origine* entre la esfera interferida y la actividad interferente, el ordenamiento no puede establecer criterios absolutos que regulen simétricamente dichas hipótesis, otorgando un poder a uno y una prohibición absoluta al otro. De allí que estos conflictos deban ser regulados mediante *criterios de jerarquización relativa*, que determinen la prevalencia de un interés sobre el otro en función de las *circunstancias y modalidades* en las que se verifica la interferencia (BARCELLONA, 2011: pp. 167-168).

En palabras de Mario BARCELLONA:

“(...) precisamente, dicho criterio debe ser necesariamente relativo y no absoluto, porque, de lo contrario, este se resolvería, respectivamente, o en la privación generalizada de tutela de la esfera interferida, o en la prohibición generalizada de la actividad interferente. Sin embargo, la función que dicho criterio está llamado a cumplir es la de mantener en pie tanto la protección de la esfera interferida, como la licitud de la actividad interferente, y de jerarquizarlas solo sectorialmente y, vale decir, solo en la medida en que se den las condiciones de su incompatibilidad recíproca” (BARCELONA, 2000: p. 446).

Como habíamos hecho referencia anteriormente, estos dos tipos de conflictos plantean problemas distintos, los cuales demandan soluciones distintas en función a dicha diferencia. Mientras que el conflicto ocasional plantea un *problema de riesgo*, vale decir, plantea un problema de coyuntura de tiempo, lugar y/o circunstancias concomitantes que hace posible una interferencia que en su ausencia no ocurriría; el conflicto modal plantea un *problema de disfuncionalidad sistémica*, problema que se plantea en función de las formas que hacen inaceptable la interferencia o incoherente con el objetivo en vista del cual ha sido admitido o programado (BARCELONA, 2000: p. 447).

Es precisamente en función de los diferentes problemas que plantean estos tipos de conflicto (*problema de riesgo/problema de disfuncionalidad sistémica*) que el ordenamiento reacciona con soluciones diferenciadas. Por una parte, los problemas de riesgo requieren ser resueltos mediante *criterios de administración y distribución del riesgo*, vale decir, mediante parámetros que, tomando en consideración el grado de probabilidad de que se verifique en concreto la concomitancia de las circunstancias de las que depende la eventualidad de una interferencia, sean válidas para diferenciar situaciones de riesgo tolerable (en las que el daño recae en quien lo ha sufrido) y situaciones de riesgo intolerable (en las que, por el contrario, el daño es imputado a quien lo ha causado) (BARCELONA, 2000: p. 447).

Por la otra, los problemas de disfuncionalidad sistémica requieren ser resueltos mediante *criterios de dimensionamiento funcional de la interferencia*, regidos por la racionalidad instrumental que ha llevado a admitirla o a programarla, vale decir, mediante modelos comportamentales que, tomando en consideración el conflicto y sin proponerse aplacarlo, tiendan a garantizar que este cumpla las funciones para las que no ha sido aplacado o, incluso, ha sido activado y, por ello, sean válidas para diferenciar las conductas en presencia de las cuales este se mantiene como un conflicto productivo (cuyas consecuencias perjudiciales son dejadas a cargo de quien las ha sufrido) de aquellas en presencia de las cuales este se convierte en un conflicto improductivo (cuyas consecuencias perjudiciales son puestas a cargo de quien ha realizado dichas conductas) (BARCELONA, 2000: p. 448).

Mientras que el primer tipo de conflicto, al plantear un problema de administración y distribución del riesgo, será regido por el criterio de la culpa o del riesgo;

el segundo, al plantear un problema de dimensionamiento funcional de la interferencia, será regido por el dolo, la mala fe, la incorrección, la deslealtad o algún otro criterio referido a la modalidad de la conducta (BARCELONA, 2011: pp. 170-171).

4. ESTRUCTURA DE LOS CONFLICTOS AQUILIANOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTUACIONES PROCESALES TEMERARIAS O DE MALA FE

Como indicábamos líneas arriba, uno de los aspectos que la doctrina (en este punto no cabe ya diferenciar entre tradicional y no tradicional, pues ambas llevan a resultados análogos) ha pasado por alto es el carácter relacional de la responsabilidad civil (CASTRONOVO, 2012: p. 47 y ss., quien, por el contrario, identifica en dicho carácter la esencia de la relación obligatoria). Esto implica que ante determinada hipótesis de daño, ambos polos de la *relación* deban de ser analizados para su adscripción a uno de los tipos de conflictos identificados, estableciendo así, mediante los *criterios de jerarquización relativos*, qué interés debe prevalecer.

De esta forma, la reconducción de un conflicto aquiliano a uno de los dos tipos de conflictos dependerá de la relación en la cual se disponga la instancia conservativa inherente a la esfera interferida, y el principio permisivo que legitima en abstracto el actuar interferente: desde el punto de vista de la esfera interferida, el proceso de reconducción dependerá del modo en que se encuentra estructurada la atribución de utilidad y de *chances* adquisitivas; por su parte, desde el punto de vista del actuar interferente, dicho proceso dependerá de su adscripción al ámbito de la libertad general o a un poder de interferencia específico en las esferas jurídicas ajenas (BARCELONA, 2000: p. 451).

En específico, mientras que el ámbito de los *conflictos ocasionales* está determinado por el hecho de que la esfera interferida es definida por una *res* y el actuar interferente es adscribible al ejercicio de la libertad general; el ámbito de los *conflictos modales* está determinado por el hecho de que la esfera interferida es definida por el *facere* propio o ajeno, y el actuar interferente constituye el ejercicio de un poder de interferencia específico (BARCELONA, 2000: p. 451).

Establecidas las estructuras de los dos conflictos aquilianos, corresponde ahora establecer la estructura del conflicto aquiliano que reporta el dispositivo bajo comentario, para así adscribirlo a uno de los tipos identificados. En primer lugar, por el lado de la esfera jurídica interferida, es poco probable (por no decir imposible) que la parte procesal damnificada con la actuación procesal de su contraparte (actividad interferente) sufra un daño en su integridad física o la destrucción de algunos de sus bienes. Los actos procesales se circunscriben a un ámbito en el cual no se crean riesgos que determinen daños que presenten como característica su materialidad. Esto no quiere decir que un acto procesal no pueda producir

un daño que afecte una *res*, no obstante, dicha afectación no recaerá sobre la *res* misma, sino sobre su contexto valorativo o impedirá concretamente el goce de sus facultades (BARCELLONA, 2000: p. 456). Esto último se da por ejemplo cuando se interponen medidas cautelares sobre bienes de la contraparte. Asimismo, la afectación podrá recaer concretamente sobre un *facere* propio, el cual también constituye un recurso dada su instrumentalidad respecto al actuar apropiativo, pero especialmente respecto a la gestión de la propia esfera personal y patrimonial (BARCELLONA, 2000: p. 476).

Es en este plano, por ejemplo, que se muestra toda la inutilidad del denominado *análisis de resarcibilidad*, ya que la ponderación a la que invoca esta postura a fin de determinar el ámbito de aplicación de la tutela resarcitoria (CAMPOS GARCÍA, 2012: p. 210 y ss.), vale decir, el área de relevancia aquiliana de los intereses tutelables, y que es atribuida al juzgador (sea juez o árbitro), ya fue realizada por el ordenamiento (o el legislador), al cumplir su función atributiva o de asignación de recursos, función que va de la mano con la riqueza que se crea y asigna por el mercado (BARCELLONA, 2008: p. 135); asignación que, por otra parte, poco o nada tiene que ver con la tipicidad o atipicidad de un modelo de tutela resarcitorio (como, por el contrario, cree CAMPOS GARCÍA, 2013: p. 259).

En segundo lugar, por el lado de la actividad interferente, los daños que se producen a causa de las actuaciones procesales no se producen por el ejercicio de libertades generales que se disponen a interferir con la esfera del damnificado de manera *ocasional*. A diferencia de los *conflictos ocasionales*, en la hipótesis analizada las partes están plenamente determinadas antes inclusive de que se genere el conflicto, ya que la interferencia entre la actividad interferente y la esfera interferida es fisiológica. Así, esta hipótesis rompe con la concepción según la cual la responsabilidad civil se daría como una *responsabilidad del pasante* (CASTRONOVO, 1997: p. 180) o del *quisque de populo* (DI MAJO, 1999: p. 447), concepción a la que no le queda otra opción que transferir estas hipótesis al campo contractual, solo por la similitud con esta última de la determinación *ex ante* de las partes involucradas en el conflicto, ya que —siempre según esta teoría— esta cercanía, este estar *vis-a-vis*, generaría un contacto social idóneo para crear una relación obligatoria (CASTRONOVO, 2012: p. 57). Efectivamente, nos veríamos en la necesidad de suscribir esta última opción (conclusión a la que debería llegar lógicamente todo aquel que parta de los mismos presupuestos teóricos, como en sede nacional parece hacerlo MORALES HERVIAS, 2013: p. 53 y ss.) si no hubiésemos identificado los dos tipos de conflictos aquilianos cuyas estructuras y problemas son muy distintos entre sí.

Pues bien, las actuaciones procesales constituyen el ejercicio de un poder atribuido por el ordenamiento, pues este último considera alcanzar determinados

fines con la interferencia prevista: en el caso en específico, que las partes hagan valer sus *derechos* (y demás calificaciones deónticas) en juicio.

Por tanto, habiendo determinado que la instancia conservativa de la esfera interferida está determinada por el *facere* propio y por el contexto valorativo de una *res*, y que la actividad interferente constituye el ejercicio de un poder y no de una libertad general, la conclusión no puede ser otra que en la hipótesis prevista por el dispositivo bajo comentario nos encontramos ante un *conflicto modal*, el cual, precisamente por el problema que plantea, no puede ser regido por un criterio de administración y distribución del riesgo (culpa o riesgo), sino por un criterio de dimensionamiento funcional de la interferencia (dolo, mala fe, deslealtad, incorrección, etc.).

Es precisamente por esta razón que el legislador –como este y en otros casos de conflictos modales (p. ej. en los casos de ruptura injustificada de las tratativas o en los de competencia desleal)– no establece a la culpa o al riesgo, sino a la temeridad y a la mala fe como criterios de imputación de responsabilidad.

Entonces, ¿ante una hipótesis de este tipo, vale decir, cuando una de las partes procesales sufra un daño por una actuación procesal temeraria o de mala fe de la otra, el juez deberá identificar los elementos de la responsabilidad civil para así imputar el deber de resarcimiento al responsable? Creemos que la respuesta, a estas alturas, cae por su propio peso: ni la ilicitud (o antijuridicidad) ni la culpa o el riesgo (criterios de imputación subjetivo u objetivo) son necesarios en esta hipótesis. Será necesario, en cambio, identificar la estructura del tipo de conflicto para así adscribirlo a uno de los dos tipos de conflictos identificados, y así aplicar el criterio de imputación correspondiente.

Demás está decir que, en este caso en específico, de no llegar a identificar al causante de los perjuicios de entre los intervinientes en el proceso involucrados en la producción del daño, quedarán todos ellos obligados solidariamente al resarcimiento del daño.

5. LA MULTA PROCESAL COMO SANCIÓN AUTÓNOMA AL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

Como hemos podido apreciar, a diferencia de lo que comúnmente se pueda pensar, el dispositivo bajo comentario contiene una regla de responsabilidad y no solo un “deber del juez de impedir o sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria” (LEDESMA NARVÁEZ, 2012: p. 275 y ss., cuyo comentario así lo da a entender). Una interpretación que no se percate de ello, solo será capaz de brindar una lectura parcial del contenido normativo que se puede obtener de este dispositivo.

Así, el ordenamiento reacciona ante este tipo de conductas con una medida sancionatoria que es totalmente autónoma al resarcimiento del daño, ya que no tiene por finalidad reestablecer la esfera jurídica del damnificado y que, por tanto, tampoco estará en función del daño efectivamente causado. Es por ello que la determinación de la cuantía de la multa se deja a la discrecionalidad del juez, dentro del límite establecido por el dispositivo (de 5 a 20 URP).

Su autonomía respecto al resarcimiento también implica que su imposición no dependa de la determinación de la responsabilidad civil del infractor, y por ende no será necesario un juicio de responsabilidad previo para luego imponer la multa. Para estos efectos, el juez deberá servirse del catálogo de conductas establecidas en el artículo 112.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALPA, Guido (2010): *La responsabilità civile. Parte generale*. Turín: UTET; BARBERO, Domenico (1960): “Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito”. En: *Rivista di Diritto Civile*; BARCELLONA, Mario (1973): “‘Scopo della norma violata’. Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana”. En: *Rivista di Diritto Civile*; BARCELLONA, Mario (2000): “Strutture della responsabilità e ‘ingiustizia’ del danno”. En: *Europa e Diritto Privato*, N° 2; BARCELLONA, Mario (2008): “Funzione compensativa della responsabilità e *private enforcement* della disciplina *antitrust*”. En: *Contratto e impresa*, N° 1; BARCELLONA, Mario (2011): *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Turín: UTET; BARCELLONA, Mario (2014): “L’abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico”. En: *Rivista di Diritto Civile*, N° 2; BIANCA, Cesare Massimo (1994): *Diritto Civile V: La responsabilità*. Milán: Giuffrè; BUSNELLI, Francesco Donato (1964): *La lesione del credito da parte di terzi*. Milán: Giuffrè; CALIXTO, Marcelo Junqueira (2008): *A culpa na responsabilidade civil*. Río de Janeiro: Renovar; CAMPOS GARCÍA, Hector (2012): “El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Ius et Veritas*, N° 15. Lima: Asociación Ius et Veritas; CAMPOS GARCÍA, Héctor (2013): “El ámbito dual del ‘juicio de resarcibilidad’ en el ordenamiento jurídico peruano”. En: *Derecho y Sociedad*, N° 40. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; CAMPOS GARCÍA, Héctor (2015): “La responsabilidad por actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano”. En: AA.VV. *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los treinta años del Código*. Lima: Asociación Ius et Veritas; CASTRONOVO, Carlo (2012): “La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad civil”, trad. César Moreno. En: *Revista de Derecho Privado*, N° 23; CASTRONOVO, Carlo (1997): *La nuova responsabilità civile*. Milán: Giuffrè; CIAN, Giorgio (1966): *Antigiuridicità e colpevolezza*. Padua: Cedam; COMPORTI, Marco (1965): *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Nápoles: Morano editore; CORSARO, Luigi (2003): *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*. Milán: Giuffrè; DEVOTO, Luigi (1965): “La concezione analitica dell’illecito”. En: *Rivista di Diritto Civile*; DI MAJO, Adolfo (1999): “L’obbligazione senza presatazione approda in Cassazione”. En: *Il corriere giuridico*, N° 4; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2011): *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Rhodas; FREZZA, Giampaolo y PARISI, Francesco (2006): *Responsabilità civile e analisi economica*.

Milán: Giuffrè; GIORGIANNI, Virgilio (1963): *L'abuso del Dritto nella teoria della norma giuridica*. Milán: Giuffrè; HUSSON, Léon (1947): *Les transformations de la responsabilité*. París: Presses Universitaires de France; JOSSE-RAND, Louis (1897): *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (1987): "L'evolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation". En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 1; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2012): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MIRABELLI, Giuseppe (1955): *L'atto non negoziale nel Diritto Privato italiano*. Nápoles: Jovene; MORALES HERVIAS, Rómulo (2013): "Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil". En: *Derecho PUCP*, N° 71; PUECH, Marc (1973): *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*. París: LGDJ; RODOTÀ, Stefano (1964): *Il problema della responsabilità civile*. Milán: Giuffrè; SAAVEDRA VELAZCO, Renzo (2014): "Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual. Estrategia de precios vs. estrategia de sanciones: Primera parte". En: *Themis*, N° 66; SALVI, Cesare (1998): *La responsabilità civile*. Milán: Giuffrè; SCARPELLI, Uberto (1963): "Il permesso, il dovere e la completezza degli ordinamenti normativi". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003): *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley; TORREGROSSA, Giovanni (1964): *Il problema della responsabilità da atto lecito*. Milán: Giuffrè; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero (2009): *Manuale di Diritto Privato*. Milán: Giuffrè; TRIMARCHI, Pietro (1961): *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán: Giuffrè; TRIMARCHI, Pietro (1970): "Illecito (Diritto Privato)". En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX. Milán: Giuffrè; TUCCI, Giuseppe (1967): "La risarcibilità del danno da atto lecito nel Diritto Civile". En: *Rivista di Diritto Civile*; TUCCI, Giuseppe (1970): *Il danno ingiusto*. Nápoles: Jovene; USTÁRROZ, Daniel (2013): *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Atlas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNEIRO DA FADA, Manuel (2010): *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*. Coimbra: Almedina; DI MAJO, Adolfo (2010): *Profili della responsabilità civile*. Turín: Giappichelli; MENEZES CORDEIRO, Antonio (2014): *Litigância de má-fe, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, 3ª ed. aumentada y actualizada. Coimbra: Almedina; MORENO MORE, César (coord.) (2015): *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Legales; SCHREIBER, Anderson (2013): *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos*, 5ª ed. São Paulo: Atlas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Existe temeridad procesal cuando por razones injustificadas, las partes no asisten a la audiencia generando una evidente dilación en el proceso. El principio de economía y celeridad procesal se afecta, además del normal desarrollo del trámite del proceso, contribuyendo además a elevar la carga procesal del juzgado. El artículo 110 del Código Procesal Civil otorga al juez la facultad de aplicar apremios a las partes, por sus actuaciones procesales temerarias (*Exp. N° 68-2000*).

Artículo 111**Responsabilidad de los abogados**

Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el juez considere que el abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 1755 y ss., 1762; C.P.C. arts. 8, 9, 110, 112, 184 inc. 13, 186, 292, 338; C.P. arts. 39, 398; L.O.P.J. art. 92 inc. 6, 292; R.ADM. 474-99-P-CSJL art. 1 y ss.

César E. Moreno More

1. INTRODUCCIÓN

Hemos establecido claramente que el artículo 110, contiene una regla de responsabilidad civil para un tipo de conflicto que hemos denominado *modal* (al respecto BARCELONA, 2011: p. 163 y ss.). Esto quiere decir que ni la culpa ni el riesgo serán los criterios de imputación idóneos para resolver este conflicto, ya que el tipo de problema que plantea y la estructura del conflicto en específico mal se adaptan a un criterio de distribución del riesgo (*vid. retro* comentario sub art. 110).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico hace frente a la misma conducta que da lugar al deber de resarcimiento, con otros medios distintos al de la responsabilidad civil. En el comentario *sub* artículo 110, indicamos que el juez puede establecer una multa a cargo de aquel interviniente en el proceso que lleve a cabo una actuación procesal temeraria o de mala fe, entendiéndose por interviniente a las partes, a los abogados, apoderados y terceros legitimados. No obstante, cuando aquellas conductas que conllevan a la actuación procesal temeraria o de mala fe sean realizadas por un profesional, en este caso el abogado, corresponderá la aplicación de otro tipo de medidas, que por su naturaleza, no pueden identificarse a las anteriores; medida que podrá imponer el juez recurrido o el órgano competente para ello. Asimismo, el juez deberá de poner en conocimiento de los hechos al órgano competente a fin de que este imponga las medidas correspondientes.

Dada la naturaleza de este tipo de medidas, estas no pueden confundirse con la responsabilidad civil del abogado. Esta observación es necesaria toda vez que la sumilla del presente artículo podría generar dudas al respecto. Por ello nos vemos en la necesidad de primero desarrollar brevemente la responsabilidad civil en que puede incurrir el abogado, para posteriormente avocarnos al tema de fondo.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

En esencia, la responsabilidad civil en que puede incurrir el abogado es de dos tipos. En primer lugar, si el abogado incumple con las obligaciones pactadas, responderá frente a su cliente por la vía contractual. Aquí se abre toda una serie de problemas para establecer el límite de la responsabilidad civil del abogado, vale decir, si este será el *casus* o la diligencia, ya que, en principio, la obligación que asume un abogado es de medios y no de resultado (sobre esta clasificación, cfr., de último RIBEIRO, 2010: p. 19 y ss.; RENTERÍA, 2011: p. 41 y ss.; para la discusión en torno al contenido de la obligación del abogado en el ordenamiento alemán, cfr. FAVALE, 2013: p. 850 y ss.). Una cuestión aparte es determinar quién asume las costas y costos del proceso, en caso la pérdida del mismo sea imputable exclusivamente al abogado.

Segundo, como vimos en el comentario sub artículo 110, el abogado (en tanto interviniente en el proceso), también puede (y debe) responder frente a la parte contraria, en la medida en que se determine su responsabilidad exclusiva o solidaria. Esta vez la vía apropiada será la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, la responsabilidad del abogado también ha sido enfocada desde una perspectiva más amplia, comprendiéndola dentro de una categoría que se ha llegado a conocer como responsabilidad profesional, la cual abarcaría distintas actividades caracterizadas, todas ellas, por su profesionalidad (al respecto, cfr. CATTANEO, 1958: p. 3 y ss.). No obstante, tal como ha sido correctamente evidenciado (DE TRAZEGNIES GRANDA, 2006: p. 367 y ss.) algo como la responsabilidad profesional no existe, ya que es muy difícil (por no decir imposible) unificar bajo un mismo régimen jurídico actividades tan distintas entre sí, que lo único que tienen en común es que quien presta la actividad es un profesional. En palabras de Fabrizio CAFAGGI:

“(...) la categoría de la actividad profesional no ha constituido hasta ahora un punto de referencia (considerado) lo suficientemente homogéneo para la construcción de un área dotada de autonomía conceptual” (CAFAGGI, 1998: p. 139).

Cabe advertir que la negación de la categoría no implica que los profesionales se eximan de responsabilidad. A decir verdad, cada actividad en específico está regulada por reglas especiales. Sin embargo, a falta de uno, bien puede echarse mano al régimen general establecido para la prestación de servicios (art. 1755 y ss. del CC).

Es dentro de las reglas dispuestas para esta última, que ha cobrado gran relevancia el dispositivo del artículo 1762, sobre todo para las prestaciones médicas (cfr. NINAMANCO CÓRDOVA, 2012: p. 70 y ss.). No obstante, cabe advertir, que dicho régimen general es insuficiente, ya que, como ha sido reconocido en

el ordenamiento italiano (CAFAGGI, 1998: p. 139) esta se muestra excesivamente reducida en relación al área efectivamente reconducible al ejercicio de actividades profesionales.

Otro aspecto de vital importancia en la responsabilidad civil del abogado (y del profesional en general) es la absorción progresiva de reglas deontológicas (CAFAGGI, 1998: p. 138), situación que, sin embargo, no se le ha dado la debida relevancia en sede nacional.

3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

En virtud del presente artículo, el juez está facultado a remitir copia de las actuaciones temerarias o de mala fe del abogado a la presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados, para que estos tomen las medidas correspondientes.

Sin embargo, la norma que se desprende del artículo bajo comentario debe ser construida a través de una interpretación sistemática con la LOPJ. En efecto, es en virtud del artículo 292 de esta última que se le atribuye al juez recurrido el poder de imponer no solo multas (aquí el art. 292-entra en contradicción con el art. 110 del CPC, ya que mientras este último establece que las multas a imponer no deben ser menores de cinco ni mayores de 20 URPs, el primero establece que las multas no deben ser menores de uno ni mayores de 20 URPs) sino también otras medidas disciplinarias que van desde la amonestación, hasta la suspensión en el ejercicio profesional.

La presidencia de la Corte Superior podrá conocer en última instancia las apelaciones de las medidas impuestas por los magistrados (art. 92, núm. 6 de la LOPJ). Por su parte, el Ministerio Público conocerá de las actuaciones que revisitan la calidad de delito y ejercerá la acción penal correspondiente.

Por último, el Colegio de Abogados, en virtud de lo dispuesto en el Código de Ética de los Colegios de Abogados (sobre el problema de la juridicidad de los códigos de ética, cfr. BENATTI, 2014: p. 171 y ss.), dispondrán las sanciones correspondientes, que de conformidad con el artículo 53 del mismo, son:

- a) Amonestación escrita, la cual quedará registrada en los archivos por un periodo de tres (3) meses.
- b) Amonestación con multa, la que quedará registrada en los archivos por un periodo de seis (6) meses. La multa no deberá exceder de diez (10) Unidades de Referencia Procesal.
- c) Suspensión hasta por dos (2) años.

- d) Separación hasta por cinco (5) años.
- e) Expulsión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARCELLONA, Mario (2011): *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Turín: UTET; BENATTI, Francesca (2014): *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*. Boloña: Il Mulino; CAFAGGI, Fabrizio (1998): "La responsabilità del professionista". En: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XVII. Turín: UTET; CATTANEO, Giovanni (1958): *La responsabilità del professionista*. Milán: Giuffrè; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2006): "La responsabilidad profesional no existe". En: De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos A. (dirs.). *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, vol. 5. Lima: Grijley; FAVALE, Rocco (2013): "Il sistema dell'Anwaltshaftung nel modello tedesco". En: *Contratto e impresa/Europa*, N° 2; NINAMANCO CÓRDOVA, Fort (2012): "Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil. Un nuevo enfoque de la responsabilidad civil de los profesionales". En: *Actualidad Jurídica*, N° 229. Lima: Gaceta Jurídica; RENTERÍA, Pablo (2011): *Obrigações de meios e de resultado. Análise crítica*. São Paulo: Método; RIBEIRO, Ricardo Lucas (2010): *Obrigações de meios e obrigações de resultado*. Coimbra: Wolters Kluwer.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MENEZES CORDEIRO, António (2014): *Litigância de má-fe, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*, 3ª ed. aumentada y actualizada. Coimbra: Almedina; MORENO MORE, César (coord.) (2015): *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Legales.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Al haberse demostrado la falsedad de la existencia de la litispendencia alegada por el ejecutado, quien tiene la profesión de abogado, debe ser sancionado, pues ha infringido el deber de proceder con veracidad, lealtad y buena fe, entorpeciendo la administración de justicia (*Exp. N° 99-20409-2460*).

Habiéndose nombrado peritos a efectos de establecer el saldo deudor impago, y conminado a la demandada y su abogado para que pongan a disposición del juzgado los libros necesarios para la práctica de la pericia, estos no han prestado las facilidades necesarias para realizar la pericia contable, situación que justifica la medida coercitiva de multa impuesta a la parte y a su abogado, más aún si ha transcurrido un año y medio sin avance sustancial en el proceso (*Exp. N° 4265-98*).

Si en la realización de la audiencia tanto el personal del juzgado como el policial fueron objeto de agresión física y verbal, dichos hechos constituyen indicios razonables de la comisión de un delito previsto como violencia y resistencia a la autoridad, que deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Público (*Exp. N° 317-97*).

Artículo 112

Temeridad o mala fe

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;*
- 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;*
- 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;*
- 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;*
- 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y,*
- 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.*
- 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación. (*)*

CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. IV, 50 incs. 1 y 5, 109, 110, 111, 114 inc. 4, 178, 424 inc. 7, 538;
L.G.S. arts. 360, 384; L.O.P.J. arts. 9, 184 inc. 12, 292.*

Enrique Palacios Pareja

1. INTRODUCCIÓN

Las palabras del profesor Francesco CARNELUTTI no han perdido vigencia en el tiempo, cuando refirió que “el terreno del proceso, en mayor medida todavía que el del contrato, es fértil para la grama del engaño, y su política debe dirigirse, mediante amplia y decidida acción, a liberarlo de esta plaga” (CARNELUTTI, 1944). Y es que en el marco de un proceso justo, resulta inevitable que el ordenamiento jurídico prevea la existencia de conductas que, atentando contra las finalidades del proceso, deban ser sancionadas.

Recordemos que en la estructura del proceso intervienen las partes –demandado y demandante– y el juez. Estos actores del proceso, tienen los mismos intereses: solucionar el conflicto jurídico y establecer el orden social. Sin embargo, la satisfacción de estos intereses no se pueden dar al arbitrio de las partes, ya que el proceso tiene una formalidad, la cual se evidencia con las reglas procedimentales del proceso.

(*) Inciso incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 26635 del 23/06/1996.

En atención a ello el legislador ha previsto que, para el cumplimiento de estas reglas procedimentales, se atribuya a las partes deberes expresados en el artículo 109 del CPC, los cuales son: “1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; 3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; 4. Guardar el debido respeto al juez, a las partes y a los auxiliares de justicia; 5. Concurrir ante el juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales, y; 6. Prestar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal”. Estos deberes tendrán que cumplirse durante todo el proceso a fin de garantizar el cumplimiento de su finalidad.

Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que dentro del proceso civil el juez tenga la facultad-deber de sancionar a las partes por la realización de conductas que sean contrarias a los deberes que tienen dentro del proceso. Se aprecia que esas conductas son de mala fe y/o atentan contra la conducencia del propio proceso.

Sin embargo, no podemos hablar de una facultad de sanción, sin tener una norma que habilite al juez a sancionar. Así, el artículo 9 de la LOPJ, establece que: “Los Magistrados pueden llamar la atención, o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar su sanción, de todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes señalados en el artículo anterior, así como cuando incumplan sus mandatos. Esta facultad comprende también a los abogados”, es la norma facultativa para que el juez pueda sancionar a las partes. Esta norma, es el presupuesto de efectividad del artículo 112 del CPC.

Conviene advertir que a lo largo de todo el CPC se hace uso indistinto de las palabras temeridad y mala fe, como si significaran lo mismo, atribuyéndole las mismas consecuencias jurídicas. Sin embargo, creemos que se trata de conceptos distintos, como lo explicamos en el punto 3 de estos comentarios.

2. FINALIDAD DEL PROCESO Y EFECTIVIDAD MEDIANTE EL ARTÍCULO 112 DEL CPC

Desde una perspectiva teleológica, conviene analizar qué es lo que el legislador ha querido proyectar dentro del proceso judicial con la regulación normativa del artículo bajo análisis. Como ya se ha expresado, el punto de partida es la finalidad del proceso y los deberes de las partes.

Y es que, como toda actividad, la función jurisdiccional tiene que estar avocada a una finalidad, la cual habrá de guiar —o ha guiado— no solo la construcción, sino también la interpretación de las normas que establezcan el método de desarrollo de la jurisdicción (el proceso, por excelencia). La importancia de esta determinación radica en que “los poderes del juez civil están en íntima conexión con el fin que se proponga del proceso civil; no obstante la intensidad de esos poderes siempre es posible situarla en una escala, donde algunos sistemas preferirían una mayor participación del juez en la actividad procesal, mientras otros lo reducirían a lo estrictamente necesario aun cuando tienen identidad de fines” (HUNTER, 2011).

En específico, nuestro ordenamiento jurídico ha expresado en el artículo III del CPC, que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica.

Como ya se ha señalado en la parte introductoria, el legislador en el artículo 109 del CPC, ha establecido los deberes de las partes del proceso. Sin embargo, es recién con el artículo 112 del CPC que se establece la tipificación de las conductas sancionables por parte del juez. Desde ya reconozcamos la importancia de este artículo, puesto que es la concretización del artículo 109 del CPC, la cual tipifica conductas sancionables.

Así, nuestro CPC tiene rasgos cooperativistas. El llamado “proceso cooperativo”, en palabras de Daniel MITIDIERO “parte de la idea que un Estado tiene como deber primordial el propiciar condiciones para la organización de una sociedad libre, justa y solidaria; fundado ello en la dignidad de la persona humana. Individuo, sociedad civil y Estado acaban por ocupar, así, posiciones coordinadas. (...) Por este camino, lo contradictorio termina teniendo un protagonismo local de nuevo en la construcción del formalismo procesal, siendo óptima herramienta para facilitar el diálogo y la cooperación en el proceso, que a su vez implica necesariamente una previsión de los deberes de conducta de las partes en cuanto al órgano judicial (derechos de esclarecimiento, la consulta, la prevención y la asistencia)” (MITIDIERO, 2007).

Nótese que el supuesto es la concurrencia de deberes de las partes del proceso, de la sociedad y del Estado; tendiendo ellos a un fin, nuevamente la satisfacción de intereses. Y es que al establecerse nuestro proceso civil como un proceso cooperativo, se incide directamente en los deberes de las partes, haciéndose imperativo su cumplimiento. El deber de cooperación habrá, entonces, de ser el mega concepto sobre el cual se desarrollen los demás deberes de las partes del proceso.

También es de notar que es el artículo 112 del CPC, el que desarrollando el artículo 109 del CPC, ha señalado taxativamente cuales son las conductas pasibles de sanción por temeridad o mala fe procesal. El artículo 109 del CPC, por su

parte, remite, en su inciso 2, a que las partes “no deben actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales”.

Esta metodología adoptada por el legislador es eficaz. Ello porque, por un lado tenemos que el artículo 109 del CPC, señala en positivo lo que deben hacer las partes en el proceso, y por otro lado, el artículo 112 del CPC, señala qué es lo que las partes no deben hacer en el proceso. El legislador, ha cuidado de tener incentivos para el cumplimiento de los deberes dentro del proceso en base a la sanción que pueda derivarse de la comisión de actos que atenten contra estos deberes, sin dejar de lado el señalar las conductas que satisfagan la finalidad del proceso.

3. TEMERIDAD Y MALA FE

Nuestro CPC utiliza indistintamente los términos temeridad y mala fe procesal. Sin embargo, la doctrina mayoritaria a la que nos adherimos, afirma que son dos conceptos distintos.

Así, tenemos que con respecto a la temeridad procesal ALVARADO VELLOSO y LINO PALACIO refieren que esta “consiste en la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón” (ALVARADO VELLOSO y PALACIO, 1992).

En este mismo sentido, TORRES MANRIQUE, detalla que “la temeridad no es otra cosa que una acción, en este caso actuar procesal, que desborda lo normal, lo razonable y lo debido, así como ataca valores morales del demandado quien se ve obligado a defenderse, si es que lo puede hacer sobre afirmaciones tendenciosas. Sin embargo, quien acciona defendiéndose, aunque sea claro conocedor de su culpabilidad, no puede ser calificado de temerario, ya que es lícita la búsqueda de un resultado atenuado o –por lo menos– en previsión de no ser víctima de un abuso de derecho. (...) Litigar con temeridad o accionar con temeridad en el juicio es la defensa sin fundamento jurídico. Es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión y, no obstante ello, así lo hace, abusando de la jurisdicción, o resiste la pretensión del contrario” (TORRES MANRIQUE, 2004).

Por otro lado, sobre la malicia o mala fe procesal, OSWALDO GOZAÍNI ha señalado que “(...) es la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe” (GOZAÍNI, 1988).

En este orden de ideas, se puede concluir sobre la temeridad procesal y la malicia procesal que “la primera, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su mínima razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción; y la segunda, se configura en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción” (MAURINO, 2001).

4. LA REGULACIÓN DEL CPC

Claramente, nuestro CPC ha establecido, en su artículo 112, una lista de actos que identifica como “temeridad o mala fe”.

Ahora, en base a lo desarrollado en los puntos anteriores podemos diferenciar qué conductas del artículo 112 del CPC, están referidas a la temeridad procesal y qué conductas están referidas a la malicia procesal. Gráficamente, esto podría ser expresado de la siguiente manera:

Artículo 112 del CPC	
Supuestos de temeridad procesal	Supuestos de malicia procesal
<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente (manifestación de la facultad de acceso al expediente). 2. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; (manifestación de la facultad de poder acudir al órgano jurisdiccional: derecho de acción). 3. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios (manifestación de la facultad de oposición). 4. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso (manifestación de cualquier facultad, como al de alegación o de cuestionamiento de actos procesales). 5. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación (manifestación negativa de la facultad de alegación).

De la realización de este esquemático ejercicio, se advierte que todas las conductas establecidas como actos de malicia procesal, son conductas que fácilmente pueden ser configuradas como el ejercicio de las facultades procesales de las partes. Esto no hace más que evidenciar, que la malicia procesal es el ejercicio de una facultad procesal a fin de vulnerar las reglas del procedimiento y los principios procesales. Asimismo, se evidencia que los actos diferenciados como de temeridad procesal, son actos en donde las partes ejercen facultades sin motivo ni razón jurídicamente sustentable.

Por ello, no debemos dejar de lado la finalidad de la norma bajo análisis: la numeración de conductas plausibles de sanción establecidas en el artículo 112 del CPC, tiene como finalidad el reconocimiento de actuaciones de las partes a fin de que el juez pueda repelerlas mediante la facultad sancionadora que el ordenamiento jurídico le ha brindado. Sin embargo, al no haber sido realizada esta diferenciación por el legislador, no evidencia distinción alguna sobre los efectos jurídicos cuando nos encontremos frente a alguna de estas conductas. Consecuentemente, en todos los casos el juez deberá sancionar al infractor de acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de la LOPJ.

Creemos que este tratamiento igualitario no es justificado y que, por el contrario, sí se puede justificar que las conductas que sean de mala fe procesal sean sancionadas con mayor severidad que las conductas que sean temerarias. Esto, porque la temeridad procesal (siendo grave y reprobable) es de menor intensidad o gravedad si se quiere, que los actos de mala fe procesal.

5. ABUSO DEL DERECHO

La proscripción del abuso del derecho es un principio del Derecho, por lo que el mismo irradia a todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Procesal no es ajeno a ello, ya que siendo que el proceso se compone del ejercicio de facultades procesales de las partes, este debe de realizarse sin abusar del derecho específico que contiene dicha facultad.

En ese sentido, JOSSERAND señalaba que “los derechos sí pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad; un abuso de derechos del que serían responsables con relación a las víctimas posibles” (JOSSEAND, 1950).

Y es que como hemos advertido en las líneas precedentes, resulta que la temeridad procesal se diferencia de la malicia procesal en que la primera consiste en litigar sin razón mínima, mientras que la malicia procesal es un empleo tendencioso de facultades procesales específicas.

Sobre ello, el profesor FERNÁNDEZ DE LEÓN señala que “desde el punto de vista jurídico, abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándolos a fines distintos de aquellos que son ilícitos por naturaleza o costumbre” (FERNÁNDEZ DE LEÓN, 1955).

A razón de ello, consideramos que los actos contenidos en el artículo 112 del CPC, configuran, a su vez, actos de abuso de derecho. Avala esta afirmación, lo señalado por LOUTAYF, cuando afirma que “(...) el abuso puede darse en todo tipo de proceso (tanto en los asuntos civiles como en los penales), aunque las particularidades de cada uno puede requerir tratamientos también particulares. Así, en el proceso civil puede incurrir en conducta temeraria tanto el actor (cuando demanda) como el demandado (cuando se opone a la pretensión del actor); ambas partes pueden desplegar conducta maliciosa, aunque normalmente es el demandado el que busca obstaculizar el trámite iniciado por la contraria. Puede incurrir en conducta abusiva el representante del Ministerio Público cuando demanda o acusa: el hecho que tenga el deber legal de acusar penalmente no significa que quede descartada la posibilidad de conducta abusiva; también el imputado puede incurrir en abuso cuando se defiende en los asuntos penales (aunque la posibilidad de abuso se acota teniendo en cuenta que lo ampara la garantía constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo)” (LOUTAYF RANEA; LOUTAYF, 2010).

Por esto al estar frente a la vulneración de un principio del derecho, consideramos que la sanción por la comisión de estos actos deba agravarse. Entonces, el juez no solo se limitará a sancionar estos hechos, de acuerdo a la facultad establecida en el artículo 109 del CPC; sino que al ser un acto considerado como expresión del abuso de un derecho, deberá proceder a declarar la nulidad del mismo.

Y es que como ya lo hemos señalado en una anterior oportunidad “la reacción judicial no debe limitarse a declarar que se ha incurrido en abuso del derecho procesal ni a imponer multas, sino que deben adoptarse las medidas necesarias para evitar que ese ejercicio abusivo logre sus perversos objetivos. Existe sustento legal para ello, pues el artículo 50 del Código Procesal Civil, incisos 1 y 5, establece como un deber del juez dirigir el proceso velando por su rápida solución, sancionando al abogado que actúa con dolo o fraude. El artículo 114 inciso 4 del mismo Código tipifica como un supuesto de temeridad o mala fe cuando se utiliza el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o propósitos dolosos o fraudulentos. Asimismo, conforme al artículo 184 inciso 12 de la Ley Orgánica

del Poder Judicial, es deber de los Magistrados evitar la lentitud procesal, sancionando las maniobras dilatorias” (PALACIOS PAREJA, 2007).

Y no estamos ante una posición minoritaria dentro del ámbito académico, puesto que esta opinión es compartida por el profesor PEYRANO, cuando ha afirmado que “tampoco hay duda respecto de que el tenor de las normas legales que consagran dichos deberes son reveladoras de que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial” (PEYRANO, 1994).

De esta manera, la incidencia de la actuación temeraria y maliciosa no solo devendrá en sanciones hacia la parte que los comete, sino que tendrá un impacto directo dentro del proceso, evitando que la parte que ha incumplido con sus deberes se beneficie de sus indebidas consecuencias, recomponiendo el proceso al estado anterior del abuso cometido. Así, el juez cuenta con mayores herramientas para combatir estos actos dentro del proceso e incentivar la cooperación de las partes para la solución del conflicto que se discute en el proceso, guardando plena concordancia con la finalidad del artículo 112 del CPC, y de todo el ordenamiento.

Finalmente, conviene recordar, que “el apego al texto de la ley que solo prevé una tutela resarcitoria de los daños generados por el ejercicio abusivo de los derechos en el proceso, sin actividad interpretativa y creadora del juez, es algo que debe desterrarse. El magistrado debe anticiparse y tomar medidas para evitar que se produzca el daño en vez de limitarse a imponer sanciones que, por lo demás, en nada reparan los daños causados. Como enseña el profesor brasilero Luis Guillermo Marinoni ‘No hay razón para la timidez en el uso de la tutela anticipatoria, pues el remedio surgió para eliminar un mal que ya está instalado. Es necesario que el juez comprenda que no puede haber efectividad sin riesgos. (...) El juez que se abstiene es tan nocivo como el juez que juzga mal’” (PALACIOS PAREJA, 2007).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y PALACIO, Lino (1992): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni; CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA; FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo (1955): *Diccionario Jurídico*, 3ª ed. Buenos Aires: Contabilidad moderna; GOZAÍNI, Oswaldo (1988): *La conducta en el proceso*. Buenos Aires: Platenc; HUNTER, Iván (2011): “Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Chile)*; JOSSEBRAND, Louis (1950): *Derecho Civil*, vol. I. Buenos Aires: Bosch; LOUTAYF RANEA, R. y LOUTAYF, M. (2010): “Proscripción del abuso del derecho en el proceso civil”. En: *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Diciembre; MAURINO, Alberto (2001): *Abuso del derecho en el proceso*. Argentina: La Ley; MITIDIERO, Daniel (2007): *Bases para construcción de un proceso civil cooperativo: o Direito Processual Civil no marco*

teórico do formalismo - valorativo. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tesis de doctorado; PALACIOS PAREJA, Enrique (2007): "El abuso del derecho en el proceso: una expresión de la corrupción". En: *Brújula-PUCP*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; PEYRANO, Jorge (1994): "El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil". En: *Themis - Época 2*, N° (27-28), Lima: Asociación Civil Themis; TORRES MANRIQUE, Jorge (2004): "Temeridad y malicia procesales al banquillo: Crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse". En: *Revista Electrónica Derecho y Cambio Social*, N° 15. Disponible: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/temeridad%20y%20malicia%20procesal.htm#_ftn23> (acceso: 21/10/14).

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2001): *Debido proceso versus prueba de oficio*. Bogotá: Temis; ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2011): *Sistema procesal: Garantía de la libertad*. Lima: Egacal; ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2010): *El garantismo procesal*. Arequipa: Adrus; ALVARADO VELLOSO, Adolfo (1982): *El juez: sus deberes y facultades*. Buenos Aires: Depalma; AAVV, (2010): "Los abogados ante las sanciones del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*, tomo 36. Lima: Gaceta Jurídica; CALAMANDREI, Piero (1960): *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJEJA; COUTURE, Eduardo (1993): *Fundamento del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma; Díez-PICAZO, Luis (1963): *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*, tomo I, 10ª ed. Madrid: Tecnos; DROMI, Roberto (2005): *Derecho Administrativo*. Argentina: Ciencia y Cultura; LORCA NAVARRETE, Antonio María (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*. Madrid: Dykinson; LORCA NAVARRETE, Antonio María (2013): "El denominado proceso justo". En: *Iu et Ratio*; LORCA NAVARRETE, Antonio María (2009): *Estudios sobre garantismo procesal: El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal*. San Sebastián: DIJUSA; MONTERO AROCA, Juan (1999): *Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*. Lima: Enma; PEYRANO, Jorge (1995): *Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurídicas; TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Existe temeridad procesal cuando por razones injustificadas, las partes no asisten a la audiencia generando una evidente dilación en el proceso. El principio de economía y celeridad procesal se afecta, además del normal desarrollo del trámite del proceso, contribuyendo además a elevar la carga procesal del juzgado. El artículo 110 del Código Procesal Civil otorga al juez la facultad de aplicar apremios a las partes, por sus actuaciones procesales temerarias (*Exp. N° 68-2000*).

El hecho de presentar simultáneamente, bajo el mismo tenor e igual contenido, cuatro demandas con el patrocinio de los mismos letrados, constituyen actos de temeridad que deben ser sancionados, pues, se orientan a quebrar indirectamente el sistema, para acogerse a la competencia de una judicatura que pueda resultar más adecuada a las expectativas de la parte. Cualquier discrepancia que se pueda tener con el contenido de un mandato judicial debe ser objeto del medio impugnatorio respectivo, pero, no propiciar el dictado de resoluciones que puedan resultar contradictorias frente a un mismo tema (*Exp. N° 4558-99*).

TÍTULO III

MINISTERIO PÚBLICO

Artículo 113

Atribuciones

El Ministerio Público ejerce las siguientes atribuciones:

1. *Como parte;*
2. *Como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite; y;*
3. *Como dictaminador.*

CONCORDANCIAS:

C. arts. 158, 159, 160; C.C. arts. 47, 49, 96, 99, 108, 121, 122, 127, 129, 132, 220, 243 inc. 2, 250, 254, 256, 258, 275, 460, 496, 508, 512, 514, 516, 535, 563, 583, 587, 588, 598-A, 599, 622, 815, 987, 1307; C.P.C. arts. IV, 57, 58, 82, 101, 113 a 118, 203, 481, 506, 507, 510, 512, 544, 574, 583, 759, 787, 790, 798, 825, 827 inc. 5, 830; C.P. Const. arts. 15, 32; C.N.A. arts. 138 a 145; L.O.M.P. arts. 1, 66, 84, 85, 89, 96, 96-A.

J. María Elena Guerra Cerrón

1. INTRODUCCIÓN

Tanto la Constitución para la República del Perú de 1979 como la vigente Constitución Política de 1993 consagran a un Estado democrático, que entre otros, garantice la organización de instituciones estables y legítimas, la independencia y la unidad de la República; donde se manifiesta el principio de separación de poderes y funciones, así como el respeto al mismo. En este marco constitucional, una de las organizaciones estables y legítimas es el Ministerio Público.

2. RESEÑA HISTÓRICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Como el antecesor más remoto del Ministerio Público se considera al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los Tribunales del Consejo de Indias, cuya función fue establecida en 1542 al instalarse la Real Audiencia de Lima y después la del Cuzco.

La asimilación de los miembros del Ministerio Público al aparato judicial se mantuvo durante la época republicana. Desde la instalación de la Alta Cámara de Justicia y la creación de la Corte Suprema (1825) el Ministerio Público siempre

estuvo al lado de los jueces. Los Reglamentos de Organización de los Tribunales no lo mencionaban como un organismo.

En la evolución legislativa del Estado peruano, constitucionalmente no fue regulada la actividad del Ministerio Público en forma clara y nítida hasta la Constitución de 1979.

En la Constitución de 1823, en el capítulo pertinente al Poder Judicial, artículos 95 al 137, no hay referencia del Ministerio Público. La Constitución de 1826 solo regulaba la existencia de un fiscal a nivel de la Corte Suprema. En el Estatuto político de 1828 se precisaba que la Corte Suprema estaba constituida por 7 vocales y un fiscal; las Cortes Superiores también deberían tener un fiscal, luego hace mención a los agentes fiscales, deduciéndose que su competencia era a nivel de primera instancia. La Constitución de 1834 hacía mención al fiscal de la Corte Suprema y los mismos requisitos se exigían tanto para ser vocal y fiscal. Igual hace referencia a los fiscales de las cortes superiores y agentes fiscales. En la Constitución de 1839, se regula a los fiscales de la Corte Suprema, de la Corte Superior y agentes fiscales a nivel de los juzgados de primera instancia; tampoco hay precisión de atribuciones.

La Convención de 1855 aprobó la Ley sobre organización del Ministerio Público, cuyas funciones son resumidas por nuestro historiador Jorge BASADRE: “aparte de la supervigilancia del Poder Judicial y, en especial (se refería al Fiscal de la Nación) sobre los fiscales de las cortes y agentes fiscales, le correspondía dictaminar en los asuntos y casos que le competían según la Ley de ministros; cuidar que todo funcionario público cumpliera la Constitución y las leyes; dar parte al Congreso sobre las infracciones de cualquier funcionario de la República, inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público o corporación legal sin excepción alguna, dando parte de los abusos y de las transgresiones de las normas legales y reglamentarias; cautelar que las elecciones populares se verificaran con plena libertad y en los tiempos designados”. Aparte de ello, durante mucho tiempo, al Ministerio Público se le mantuvo como defensor del Estado en juicios.

En la Carta Magna de 1856, expedida durante el Gobierno de Ramón Castilla, se hacía una referencia más nítida a un fiscal de la Nación, fiscales de las cortes superiores y agentes fiscales a nivel de juzgados de primera instancia, pero no se precisaron competencias.

La Constitución de 1860 igualmente regula al Ministerio Público y se hace referencia a los fiscales de la Corte Suprema, cortes superiores y juzgados, así como su forma de nombramiento, sin precisar atribuciones. Como la Constitución de 1869 fue efímera, la Carta Magna de 1860 tuvo vigencia hasta 1920, año en que fuera aprobada la nueva Constitución Política por la Asamblea Nacional, durante

el Gobierno de Augusto B. Leguía. En esta Carta Política se hizo referencia normativa a los fiscales de la Corte Suprema, de las cortes superiores y a los agentes fiscales de los juzgados de primera instancia, sin precisarse las competencias.

El 2 de enero de 1930 también se promulgó el nuevo Código de Procedimientos en Materia Criminal y en el artículo 2 se precisó con suma claridad que el ejercicio de la acción penal era pública, siendo asumida por el Ministerio Fiscal su organización, constitución, competencias y prohibiciones; se encomendaba al Ministerio de Justicia el ejercicio del control sobre los integrantes del Ministerio Público o el Ministerio Fiscal como se le denominaba.

La Constitución de 1933 reguló que debía haber fiscales a nivel de la Corte Suprema, de las cortes superiores y juzgados. En 1936, durante la gestión del presidente Óscar R. Benavides, se organizaron los procuradores generales de la República para la defensa de los intereses del Estado, por lo que esta función fue separada del Ministerio Público. Ello se formalizó con el Decreto Ley N° 17537 del 25 de marzo de 1969.

En las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, de 1912 y 1963, el Ministerio Público fue regulado como institución autónoma, pero formando parte del Poder Judicial, con el nombre de Ministerio Público o Ministerio Fiscal. El 28 de julio de 1979 terminó una larga etapa del desarrollo del Ministerio Público, ligada al Poder Judicial.

3. ORGANISMO CONSTITUCIONALMENTE AUTÓNOMO

Al llegar a la mitad del año de 1979, la historia del Ministerio Público cambia radicalmente. La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente de 1978, le da una regulación en la Ley Suprema, atribuyéndole personería propia, con independencia, autonomía, organización, composición, funciones, atribuciones y prohibiciones; conforme a sus artículos 250 y 251 del Capítulo XI.

Entonces, de una revisión de los antecedentes, se verifica que la denominación y existencia del fiscal data del año 1542, sin embargo no es sino hasta el año 1979 que se reconoce su autonomía y con ello su institucionalidad, cuando en los artículos 250 y 251 de la Constitución para la República del Perú se concentró a los fiscales, personal administrativo, funcionarios, médicos, psicólogos, odontólogos y demás profesionales de medicina legal en el Ministerio Público, un ente autónomo y jerárquicamente organizado, disponiéndose que este cuente con una ley orgánica propia, señalándose sus funciones, estableciéndose cuáles son sus órganos y consagrándose, por el principio de igualdad en la Magistratura, que los fiscales son elegidos y tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. Luego, el 12 de mayo de 1981, juró

al cargo, el primer Fiscal de la Nación, Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos Roedel, este día es la fecha de nacimiento de la institucionalidad del Ministerio Público.

El marco normativo institucional fue desarrollado en la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP), aprobado mediante Decreto Legislativo N° 052 del 18 de marzo de 1981, norma que con algunas modificaciones regula al Ministerio Público hasta la fecha. La Constitución Política del Perú, vigente desde el 31 de diciembre de 1993, regula al Ministerio Público en sus artículos 158, 159 y 160.

El Ministerio Público es junto con el Poder Judicial el pilar del Sistema de Justicia, su tarea es vasta. Debe diseñar y ejecutar políticas de persecución del delito orientada a brindar seguridad a la ciudadanía y cautelar los derechos humanos. Debe buscar la convivencia social a partir de la integración familiar que es el núcleo de la sociedad sin descuidar la tutela a la integridad física de los miembros que la componen. Debe tender hacia el desarrollo de la comunidad en un clima de paz pública y buscar la coordinación interinstitucional. Debe salvaguardar los derechos de los menores y adolescentes para que puedan realizarse los ideales de acceso a los medios que les aseguren una vida digna. Debe salvaguardar a los desvalidos por encontrarse en estado de abandono e incapaces. Bien señala Roxana JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA (2013: p. 15) que “el rol del Ministerio Público en la sociedad y en el sistema de justicia, cuya relevancia es apreciable en su notoria evolución en la historia republicana (de ser un órgano ilustrativo del Poder Judicial a ser un órgano que pueda plantear pretensiones en defensa de la legalidad y del interés público, con facultades de iniciativa legislativa), obedece a las transformaciones sociales y económicas del país, que acarrearán nuevas necesidades de tutela y salvaguarda de derechos en una sociedad que va creciendo y tornándose más compleja, lo que incide a su vez en la concepción política de “las instituciones en general y de este órgano en particular”. Las funciones y atribuciones que son complementarias están señaladas en la ley.

4. ATRIBUCIONES Y FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el artículo 158 de la Constitución reconoce la autonomía del Ministerio Público, y sus atribuciones generales están señaladas en el artículo 159, siendo estas las siguientes:

- a) Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
- b) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
- c) Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

- d) Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
- e) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
- f) Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
- g) Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Por su parte en el artículo 1 de la LOMP (D. Leg. N° 052) se establecen las funciones principales del Ministerio Público:

- a) Defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos.
- b) Representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social.
- c) Velar por la moral pública.
- d) Perseguir el delito y la reparación civil.
- e) Velar por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la ley.
- f) Velar por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia.
- g) Demás atribuciones que le señala el ordenamiento jurídico nacional.

Si bien la mayor carga que soporta el Ministerio Público, como titular de la acción penal, es la persecución del delito; no deben olvidarse de las demás funciones expresamente reguladas como protector de la familia, de los niños y adolescentes e incapaces y prevenir conflictos sociales que perturben la tranquilidad pública y alteren la convivencia pacífica. De ello se tiene que la función del Ministerio Público, en la sociedad peruana, ha traspasado las ciencias penales para identificarse, de manera integral también, con un rol social, preventivo, componedor de conflictos (el Fiscal de Familia puede realizar conciliación extrajudicial en determinadas materias de familia) y un rol docente a través de sus pronunciamientos. Debe precisarse que la tarea del Ministerio Público no se circunscribe solo a la persona considerada en sí misma o su relación con los demás; sino trasciende hoy esta tarea a la cautela del derecho a vivir en un medio físico que garantice la salud individual, la salud pública y el entorno de la comunidad nacional.

Integra todas sus funciones que constituye una garantía efectiva de protección de los derechos de los ciudadanos sin excepción alguna, por lo cual en el ordenamiento procesal civil está prevista su intervención.

5. MINISTERIO PÚBLICO COMO SUJETO DEL PROCESO

En el CPC, en la sección segunda, dedicada a los sujetos del proceso, el título tercero está dedicado al Ministerio Público; del artículo 113 al artículo 118.

El fundamento para que el Ministerio Público sea un sujeto procesal está en sus funciones y atribuciones, y dependiendo de ellas intervendrá como parte, como tercero con interés o como dictaminador.

No resulta sencillo hacer un desarrollo de estas tres formas de intervención y quedar satisfechos con el mismo, ya que en la norma procesal no se señala cuándo debe intervenir el Ministerio Público sino solo las formas de la intervención, sin mayores detalles. Entonces, es necesario revisar la doctrina, la legislación sustantiva y procesal civil para identificar cuáles son los supuestos respectivos. Lo que sí tenemos claro es que "(...) la posición del Ministerio Público en el proceso varía, por lo que no puede adoptarse una solución general, ni entre los diversos países, ni aun dentro de alguno de ellos, por las distintas variantes que puede adoptar. *La conclusión sería, entonces, que estamos ante un órgano estatal especial, que actúa como sujeto del proceso, asumiendo diferentes posiciones*" (VÉSCOVI, 1999: p. 153 - cursiva agregada).

De común, se enumeran como principios que rigen la actuación de los fiscales como el de unidad, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad y objetividad, incluso se llegan a debates al afirmarse que el Ministerio Público no se rige por el principio de imparcialidad sino por el de objetividad. En cuanto a esta última postura solo debemos decir que la actuación fiscal debe ser imparcial como correlato a la independencia interna: vertical y horizontal e independencia institucional. Luego, debemos señalar que siendo el contexto el proceso civil, el Ministerio Público está sujeto a todas las normas procesales y especialmente a los principios procesales generales y los principios y reglas recogidos en el Título Preliminar del CPC.

Enrique VÉSCOVI, en su obra *Teoría general del proceso*, le dedica el Capítulo X al Ministerio Público, resaltándose que "Fuera del tribunal y de las partes, que pretenden ante aquel, interviene, en ciertas oportunidades, otro sujeto en el proceso, encargado de defender el interés público o el interés de la sociedad. Como veremos, se trata de un sujeto muy especial, cuyos caracteres lo aproximan a los otros dos. Efectivamente, se ha dicho que también el tribunal (juez) defiende la causa pública en el proceso, como el Ministerio Público. En ocasiones se acerca más a una de las partes: inclusive actúa no solo como tercero o asesor del tribunal, sino como "parte principal", lo cual sucede en el proceso penal, siempre, y en el civil, a veces. Por eso, reflejando este carácter intermedio o híbrido, se ha dado en llamárselo parte *imparcial*" (VÉSCOVI, 1999: p. 149).

5.1. Como parte (parcial)

Lo manda la ley procesal civil peruana, el Ministerio Público interviene como parte, así como también está previsto en el Código General del Proceso de República Oriental del Uruguay que, en su artículo 28, establece: “Intervención como parte principal.- Cuando el Ministerio Público intervenga como parte no podrá ser recusado y tendrá los derechos, facultades, deberes y cargas procesales que correspondan a la parte, salvo norma expresa en contrario”. Tal como lo afirma VÉSCOVI, “Es una verdadera parte procesalmente hablando (...)” (Véscovi, 1999: p. 153).

Ya que vamos a tratar la intervención del Ministerio Público como parte, es conveniente desarrollar qué es parte y para ello hay que citar dos artículos del CPC:

“Artículo 57. Capacidad para ser parte material en un proceso.- Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso”.

“Artículo 58. Capacidad para comparecer en un proceso.- Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculta. Las demás deben comparecer por medio de representante legal” (...).

En ambos artículos no se hace mención a “parte”. Apenas en el artículo 57 se hace referencia a “parte material” por lo tanto daría la impresión que todas las partes en un proceso son aquellas que forman parte de la relación sustantiva o material; sin embargo, ello no es correcto.

CHIOVENDA (2005: p. 203) señala que: “El concepto de parte se deriva del concepto del proceso y de la relación procesal. Es parte aquel que pide en propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedido”. El mismo autor explica que no hay que buscar una definición o concepto de parte más allá del proceso, no hay que buscar en la relación material o en el interés; es en la litis donde se manifiesta la parte. De manera simple hay que tener en cuenta que determinados sujetos pueden formar parte de una relación material, pero ello no quiere decir que necesariamente esos mismos sujetos intervengan en el proceso para resolver el conflicto de intereses, pueden intervenir otros sujetos que incluso no tienen relación jurídica directa con la relación material, estos son los sujetos procesales.

Por otro lado, Juan MONTERO AROCA señala que: “(...) lo que importa es quién lo hace, quién está en él; la condición de parte material no interesa. Parte procesal (en realidad, parte sin más) es la persona que interpone la pretensión ante el órgano

jurisdiccional y la persona frente a la que se interpone. Conocida así la noción de parte, la referencia que el artículo 57 del CPC del Perú hace que la “parte material” debe entenderse como alusión a la parte sin más” (1994: p. 12).

En el glosado artículo 57 se señala quién puede ser parte de manera general, esto es, que todo sujeto persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo) que forma parte de una relación material puede ser parte material del proceso, y por lo tanto según el maestro MONTERO AROCA, debe ser entendido simplemente como parte y nada más. Lo que ha sido regulado en este artículo es la capacidad jurídica civil, la que se tiene o no se tiene; mientras que en el artículo 58 se regula la comparecencia al proceso: la *capacidad de obrar*. Quien puede comparecer al proceso tiene la posibilidad de realizar con eficacia los actos procesales en un proceso concreto y determinado. La capacidad de obrar, a diferencia de la capacidad jurídica civil, se puede suplir con la representación, si es que se carece de ella (MONTERO AROCA: 1994; pp. 12-13).

Si bien tenemos claro el concepto de parte, ahora corresponde entender por qué es parte el Ministerio Público: ¿es titular de una relación jurídico material? y/o ¿actúa en representación de alguien?

El Ministerio Público no conforma una relación jurídica material ni tampoco actúa en representación; actúa como parte porque la ley así lo establece [art. 58: “(...) aquellas a quienes la ley se lo faculte (...)”], porque representa los intereses de la sociedad en juicio, defiende a la familia, a los menores e incapaces y el interés social. Estamos ante un supuesto especial de legitimación que se conoce como legitimación extraordinaria.

El Ministerio Público puede iniciar una demanda, en los supuestos que señala la ley, sin tener que invocar interés y legitimidad, tal como se señala en el primer párrafo del artículo IV del Título Preliminar del CPC (principios de iniciativa de parte y de conducta procesal), el que señala que: “El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos (...)”.

En el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, en su artículo 28, también está prevista la intervención del Ministerio Público como parte principal, prescribiéndose que cuando este intervenga “como parte no podrá ser recusado y tendrá los derechos, facultades, deberes y cargas procesales que correspondan a la parte, salvo norma expresa en contrario”.

Existe una posición habilitante para la acción e impulso del proceso, ya que a decir de MONTERO AROCA: "Cuando una parcela del ordenamiento jurídico civil se estima por el legislador que está influida por un interés público, se acude a concederle legitimación al Ministerio Público (...)" (1994: p. 20).

Teniendo en cuenta que el Ministerio Público representa a la sociedad en juicio, para defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, entonces se entiende y justifica una intervención como parte. Tal vez podría considerarse la intervención del Ministerio Público como muy proteccionista, pero hay que tener presente que el objeto es que se cautela el impulso procesal, aplicando la ley y no en fraude de ella, cautelando los derechos de los desamparados, evitando así un daño o perjuicio.

Tal y como está estructurado el ordenamiento civil, solo intervienen como parte los fiscales provinciales. Aquí algunos supuestos en los que el Ministerio Público es parte:

a) En la LOMP

En el artículo 96, entre otros, se señala que es atribución del Fiscal Provincial en lo Civil: "Intervenir como parte, ejercitando los recursos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los juicios de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio", pero igualmente en el artículo 96-A se señala que es atribución del Fiscal Provincial de Familia: "Intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los procesos de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio".

b) En el CC

b.1) Personas naturales: artículo 49: "(...) cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia (...)"; artículo 63: "Procede la declaración de muerte presunta, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público (...)"; artículo 67: "(...) a solicitud de ella, de cualquier interesado, o del Ministerio Público".

b.2) Personas jurídicas: artículo 96: "El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres".

b.3) Personas jurídicas no inscritas: artículo 127: "Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a

quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción”; artículo 129: “De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial”; artículo 132: “Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se hubiera podido alcanzar, el Ministerio Público solicita de oficio o a instancia de parte, la disolución del comité y la rendición judicial de cuentas, proponiendo la afectación del haber neto resultante a fines análogos”.

b.4) Acto jurídico: artículo 220: “(...) puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público”.

b.5) Familia: (i) matrimonio: artículo 256: “(...) El Ministerio Público interpondrá su demanda dentro de diez días contados desde publicado el aviso previsto en el artículo 250 (...)”; artículo 243: “No se permite el matrimonio (...): 2. Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que estos no tienen bienes (...)”; artículo 275: “La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual (...)”; artículo 254: “El Ministerio Público debe oponerse de oficio al matrimonio cuando tenga noticia de la existencia de alguna causa de nulidad”; (ii) patria potestad: artículo 460: “(...) El juez, a petición del padre o de la madre, del Ministerio Público, de cualquier otra persona o de oficio, conferirá el cargo al pariente a quien corresponda la tutela legítima (...)”; (iii) tutela: artículo 508: “A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor. El Consejo de Familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona”; artículo 512: “El tutor tiene la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hace, el juez debe ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona”; artículo 514: “Mientras no se nombre tutor o no se discierna la tutela, el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor”; artículo 516: “Cualquier interesado y el Ministerio Público pueden impugnar el nombramiento de tutor efectuado con infracción del artículo 515. Si

la impugnación precediera al discernimiento del cargo, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles (entiéndase al Código Procesal Civil-Decreto Legislativo N° 768)”; artículo 563: “La persona que se encargue de los negocios de un menor, será responsable como si fuera tutor. Esta responsabilidad puede serle exigida por el Ministerio Público, de oficio o a pedido de cualquier persona. El juez, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que se regularice la tutela. Si ello no fuera posible, dispondrá que el tutor oficioso asuma el cargo como dativo”; (iv) curatela: artículo 583: “Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público”; artículo 587: “Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, solo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados”; artículo 588: “Solo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente (...)”; artículo 598-A: “pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad (...)”; artículo 599: “El juez de primera instancia, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, e instituir una curatela, especialmente (...)”; Consejo de familia: artículo 622: “El juez puede decretar la formación del consejo, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona”.

c) En el CPC

Intereses difusos, artículo 82: “(...) Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las comunidades (...)”; separación de cuerpos o divorcio por causal, artículo 481: “El Ministerio Público es parte (...)”; separación convencional y divorcio ulterior, artículo 574: “(...) el Ministerio Público interviene como parte solo si los cónyuges tuviesen hijos sujetos a patria potestad (...)”; Interdicción. Caso especial, artículo 583: “Cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona”; autorización para disponer derechos de incapaces, artículo 787: “El Ministerio Público es parte solo en los casos en que no haya Consejo de Familia constituido con anterioridad”; declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, artículo 790: “A pedido del interesado o del Ministerio Público, se puede solicitar la declaración de desaparición, ausencia o de muerte presunta, sustentada en los casos previstos

en el Código Civil”; inscripción y rectificación de partida, artículo 827: “La solicitud será formulada por: (...) ‘5. Por el Ministerio Público cuando el fallecido no tiene parientes (...)’”; sucesión intestada, artículo 830: “En los casos previstos en el artículo 815 del Código Civil, cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso sucesorio. Cuando se trate de interés de incapaces sin representante, puede solicitarlo el Ministerio Público”.

A manera de ilustración, relata Roxana Jiménez Vargas-Machuca (2003: p. 18) que:

“Empero, un caso paradigmático en el Perú fue el de la demanda interpuesta por la Sexta Fiscalía Provincial de Lima contra las Asociaciones ‘The Edge Social Club’ y ‘The Piano Social Club’, sobre nulidad del acto de constitución de dichas personas jurídicas y su consecuente disolución, por incurrir en fraude a la ley y contravenir al orden público, al haber sido creadas con la intención de figurar como ‘clubes privados’ y encubrir, por esa vía, las prácticas discriminatorias cometidas en el acceso a las discotecas The Edge y The Piano. El Ministerio Público interpuso la demanda el 8 de junio de 1999, obteniendo sentencia favorable del Décimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima (Exp. 21815-99), que declaró fundada la demanda y dispuso la nulidad de los actos de constitución de las asociaciones The Edge Social Club y The Piano Social Club, y ordenó su disolución. Esta sentencia fue confirmada por unanimidad por la Cuarta Sala Civil de Lima en resolución emitida el 3 de setiembre de 2003”.

5.2. Como tercero con interés cuando la ley dispone que se le cite (parcial)

Esta es una segunda forma de intervención del Ministerio Público, de la cual no podemos afirmar que se trata de la figura de “intervención de terceros” regulada en el artículo 101 del CPC que establece que los terceros deben invocar interés legítimo. La solicitud tendrá la formalidad prevista para la demanda, en lo que fuera aplicable, debiendo acompañarse los medios probatorios correspondientes, ya que en este caso es la propia ley la que dispone esta intervención. Tal vez estamos ante una figura de tercero especial.

Acercas de la clase de intervención, VÉSCOVI (1999: p. 153) señala que “(...) actúa como parte adjunta (partiejointe), o sea, como un tercero que comparece en defensa de intereses de la sociedad o de los desamparados incapaces, ausentes, menores, etc., que es un modo de representar a la comunidad. En este caso puede actuar, inclusive, sin perjuicio del representante del incapaz (tutor, cuidador padre), por lo que su función se acerca a la del tercero (coadyuvante, excluyente)”. Nosotros discrepamos de esta clasificación. Bien podría también señalarse que es una intervención voluntaria principal, por la necesidad de un tercero de prevenir un daño, sin embargo, por el propio enunciado legal se verifica que no hay nada de voluntario, ya que la ley ha dispuesto taxativamente esta intervención.

Además, no es exigible que el Ministerio Público acredite interés, en primer lugar porque la norma solo prescribe que se invoque y en segundo lugar porque siempre que lo haga será porque la ley dispone que sea citado. En todo caso podría asimilarse esta intervención a una coactiva u obligatoria. Para un trabajo doctrinario y establecer una clasificación tendríamos que analizar cada una de las funciones y atribuciones y los diferentes procesos en los que interviene para determinar qué clase es, pero por ahora consideramos que de manera general es una intervención singular y sui géneris.

La pregunta que corresponde formular es ¿qué se entiende por citación? y ¿cuáles son los efectos que se cite al Ministerio Público?

En primer lugar, señalamos la diferencia que encontramos entre citación y notificación. Cuando se notifique se da a conocer algo, una demanda, un acto procesal, pero la citación tiene mayor amplitud, es más que una notificación, exige una actuación. Con la citación al Ministerio Público, este tiene el deber de actuar en los términos que se establecen en el artículo 101 del CPC, esto es, que se apersone y actúe. Contribuye a una mayor explicación, remitirnos como referencia al Código General del Proceso uruguayo que en su artículo 29 establece lo siguiente:

- a) El Ministerio Público intervendrá como tercero, además de los casos en que así lo establezca la ley, en aquellos en los que, pudiendo haber intervenido como parte, no lo hubiera hecho.
- b) Cuando el Ministerio Público actúe como tercero, su intervención consistirá en ser oído, en realizar cualquier actividad probatoria y en deducir los recursos que correspondan, dentro de los plazos respectivos.

Nótese lo interesante de la redacción de la primera parte del artículo transcrito, si es que pudiendo haber intervenido como parte no lo hubiera hecho, entonces debe intervenir como tercero, ampliando las posibilidades de ejercer sus atribuciones y funciones. Luego la segunda parte contribuye a nuestra afirmación en el sentido que el Ministerio Público, como tercero con interés, no puede limitarse a recibir la citación –cuando la ley así lo señale– sino que tiene el deber de intervenir, realizando actividad procesal e impulsando el proceso.

En todos estos casos se cita al Ministerio Público y se entiende que es como tercero:

- a) En el CC: (a.1) Personas naturales, artículo 47: “Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, puede solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo

quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso (...); (a.2) Personas jurídicas, artículo 108: “El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al juez civil: 1.- La ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador y 2.- La modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99. La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación”; (a.3) Familia, artículo 258: “(...) remitirá lo actuado al juez, quien, con citación del Ministerio Público, resolverá lo conveniente, en el plazo de tres días; (a.4) Derechos Reales, artículo 987: “Si alguno de los copropietarios es incapaz o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial.(...) La solicitud de aprobación se sujeta al trámite del proceso no contencioso, con citación del Ministerio Público y del Consejo de Familia, si ya estuviera constituido”.

En los siguientes casos, si bien no se señala “con citación”, pero al ser “con conocimiento”, “escuchar la opinión” o “en audiencia”, estamos ante supuestos similares de intervención como tercero, tal como se detalla a continuación:

Comité, artículo 122: “(...) Si la adjudicación a los erogantes no fuera posible, el consejo entregará el haber neto a la entidad de Beneficencia Pública del lugar, con conocimiento del Ministerio Público”; patrimonio familiar, artículo 496: “(...) En los casos de constitución, modificación o extinción del patrimonio familiar, el juez oír la opinión del Ministerio Público antes de expedir resolución”; tutela, artículo 535: “La venta puede hacerse, excepcionalmente, fuera de subasta, con aprobación del juez y previa audiencia del Ministerio Público, cuando lo requiera el interés del menor”; obligaciones, artículo 1307: “Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oír al Ministerio Público y al Consejo de Familia cuando lo haya y lo estime conveniente”.

b) En el CPC

Cuando no se requiere emitir dictamen y tampoco es parte, se entiende que cuando se notifica al Ministerio Público o se hace de su conocimiento, entonces es como tercero.

En efecto, véanse los siguientes artículos: artículo 759: “Cuando se haga referencia al Ministerio Público en los procesos no contencioso, este será notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos del artículo 250, inciso 2 de la Constitución. No emite dictamen” (aquí la referencia es a la Carta de 1979: “Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia”); patrimonio familiar, artículo 798: “La intervención del Ministerio Público se sujeta a lo dispuesto en el artículo 759” (esto es: será notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso); comprobación de testamento, artículo 825: “El juez que reciba de la autoridad correspondiente un testamento militar, marítimo o aéreo, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público y dispondrá su anotación en el Registro de Testamentos”.

Hacemos un apunte en relación al artículo 82, sobre patrocinio de intereses difusos. Cuando se redacta “promover o intervenir en este proceso”, entendemos que bien puede ser parte o también puede intervenir como tercero con interés. Si interviene como parte ya no lo hará como tercero, obviamente.

5.3. Como dictaminador (imparcial)

Si el Ministerio Público interviene como parte o como tercero con interés, entonces ya no dictamina; esta es la regla general en materia civil. Solo a manera de ilustración se deja constancia que existe una particularidad en las normas de protección contra la violencia familiar, cuando se señala que el fiscal provincial de familia, de ser el caso, presenta demanda ante el Poder Judicial entonces no se requiere dictamen fiscal, pero si la víctima, durante el proceso, solicitó intervenir como parte en el proceso, entonces sí se deberá emitir dictamen por un fiscal distinto al que interpuso la demanda.

Si bien en la Constitución Política se señala como una de las atribuciones del Ministerio Público emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla, en el CPC no se señala que el Ministerio Público intervenga como dictaminador cuando la ley así lo señale. Por lo tanto, podríamos decir que puede presentarse una situación similar a la regulada en el artículo 29 del Código General del Proceso uruguayo que establece que el tribunal podría requerir un dictamen cuando lo considere necesario o conveniente, solo que en este caso al Ministerio Público se le estaría considerando un auxiliar técnico, cual perito que emite dictamen pericial, pero en el Perú el Ministerio Público no es un órgano auxiliar de justicia, sino un organismo constitucional autónomo. Quiere decir que más allá de que la norma señale cuándo se debe emitir dictamen, la judicatura tendría la

prerrogativa de solicitarlo, por lo tanto cuando la ley lo señale, el dictamen será de emisión obligatoria y si el juez lo solicita, podría decirse que es facultativo.

A manera de antecedente y referencia, debemos señalar que en junio de 2008, fue derogado el Decreto Ley N° 17537 (Ley de Representación y Defensa del Estado en Juicio), que venía rigiendo desde el 27/03/1969, y fue sustituido por el Decreto Legislativo N° 1068, del 28 de junio de 2008, que creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. En el artículo 21 del Decreto Ley N° 17537 se establecía que el Ministerio Público estaba obligado a dictaminar en todas las instancias, en los litigios en que el Estado sea parte y sus miembros deben remitir a los procuradores generales copia de sus dictámenes para facilitar su actuación funcional, por lo que era indiscutible que la omisión del dictamen fiscal causaba nulidad, sin embargo, al ser derogado este decreto ley y sustituido por otro texto, se eliminó esta obligación.

5.3.1. Un tema pendiente de solución

Un asunto que en nuestro criterio requiere una lectura e interpretación especial, es el previsto en la LOMP, en el artículo 89, que establece, respecto a la emisión del dictamen por el Fiscal Superior Civil, *que el dictamen será meramente ilustrativo y su omisión no causará nulidad procesal en los casos que expresamente señala la ley*, entonces a partir de ello existen diversos pronunciamientos judiciales en el sentido que definitivamente la omisión del dictamen no afecta de nulidad.

Frente a ello es necesario tener en cuenta que la LOMP fue aprobada en el año 1981, mientras que la Constitución Política del Perú es del año 1993 e igualmente el CPC. Doce años después de la vigencia de la LOMP, se reconoció constitucionalmente al Ministerio Público, la atribución de emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla y en el CPC (norma procesal civil de vanguardia) se determinó, coherente con el mandato constitucional, la intervención del Ministerio Público, por lo tanto prevalece la Constitución Política y especialmente las normas del CPC prevalecen en sus propios términos procesales.

Si “dirigida la demanda contra persona incierta, debe solicitarse antes de emitir sentencia, que el Ministerio Público emita dictamen (...) la falta de este pedido viola el principio de legalidad” (Exp. N° 1615-94-Lima, Cuarta Sala Civil), en consecuencia es nula la sentencia. Afirmar que “(...) la omisión a la referencia del dictamen fiscal no se encuentra contemplada como causal de nulidad (...)” (Cas. N° 1472-2001-Lima, *El Peruano*, 01/03/2002, pp. 8462-8463), es insuficiente para fundamentar la prescindencia del dictamen fiscal, se olvidan que la nulidad se produce por vicios *in procedendo* o por afectación al debido proceso y, en este caso, al omitir el dictamen fiscal se está incumpliendo una norma procesal y se vulnera la garantía al debido proceso.

Para mayor justificación téngase presente que el juez incurre en responsabilidad civil según el artículo 510 del CPC (tramitado como proceso abreviado) cuando, entre otros, resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles. Este es el verdadero sentido de la emisión del dictamen fiscal dispuesto en el CPC. Si es insuficiente todo lo antes señalado para superar la interpretación acerca de la omisión del dictamen fiscal, entonces es conveniente hacer la corrección con una modificación legislativa.

5.3.2. Materias en las que se dictamina

- a) En la LOMP, en el artículo 89 se establece que, entre las atribuciones del Fiscal Superior en lo Civil está la de emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia, igualmente en el artículo 96 respecto a las atribuciones del Fiscal Provincial Civil está la de emitir dictamen previo a la resolución que pone fin a la instancia en los demás casos a que se refiere el artículo 89.
- b) En el CPC: título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, artículo 507: “En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 506, o cuando el emplazado haya sido declarado en rebeldía, *emite dictamen antes de pronunciar sentencia*. El dictamen será expedido dentro de diez días, bajo responsabilidad” (cursivas agregadas); responsabilidad civil de los jueces, artículo 512: “Antes de proveerse la demanda, se emite dictamen sobre la procedencia de esta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad (...)”; impugnación de acto o resolución administrativa, artículo 544, aunque se trata de una norma derogada por existir regulación especial del proceso contencioso-administrativo, TUO de la Ley N° 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS del 29/08/2008.

Si bien se ha hecho un análisis y descripción de cada forma de intervención según la norma procesal civil y la doctrina, debe dejarse constancia que estando las funciones del Ministerio Público en la Constitución Política del Perú y considerando el alcance de las mismas con efectos políticos y sociales, consideramos que invocando la Norma Fundamental, el Ministerio Público puede intervenir como parte o como tercero con interés o emitir dictamen, aun en aquellos casos que no estén expresamente señalados en la ley, ya que como lo señaló Luis BRAMONT ARIAS: “El Ministerio Público, representante del interés social dentro del ámbito de justicia, es el llamado, concretamente, a velar por la preservación de esos valores y, desde luego, procurar el mejoramiento del instrumento legislativo que lo rige, supuesto que el Derecho, como la vida misma, no tiene significación ni trascendencia sino por su actualización y su expresión dinámica”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRAMONT ARIAS, Luis (1984): *El ministerio público*. Lima: SP Editores; CHIOVENDA, Giuseppe (2005): *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Valletta Ediciones; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (2013): “El rol del ministerio público en los procesos civiles”. En: *Academia Fiscal - Revista Institucional del Ministerio Público - Distrito Fiscal del Callao*, año I, N° 1. Lima: Grijley; MONTERO AROCA, Juan (1994): “La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú”. En: *Ius et Praxis - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, N° 24; VESCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2006): “El ministerio fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *El ministerio fiscal director de la instrucción*. Madrid: Vicente Gimeno Sendra, IUSTEL; RIVAS, Adolfo Armando (1993): *Derecho Procesal. Tratado de las tercerías, El proceso complejo*, tomo 2. Buenos Aires: Depalma; RUBIO CORREA, Marcial (2006): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En los procedimientos sobre autorización para disponer derechos de incapaces, el Ministerio Público es parte en los procesos, solo en los casos en que no haya consejo de familia constituido con anterioridad (*Exp. N° 0514-97*).

Los niños y adolescentes tienen como sus representantes a sus padres que ejercen la patria potestad, por lo que son ellos, sujetos de emplazamiento, interviniendo el representante del Ministerio Público como dictaminador. Al desconocer el paradero de la madre biológica, es válido el emplazamiento por edictos. Ante su inactividad debe nombrarse un curador procesal para ejercer el derecho de defensa en forma diligente (*Exp. N° 923-97*).

Artículo 114**Dictamen**

Cuando la ley requiera dictamen fiscal, este será fundamentado.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 5; C.P.C. arts. 113, 115, 116, 117, 120, 121; C.N.A. art. 141.

J. María Elena Guerra Cerrón

Con el contenido de este artículo tenemos la oportunidad de reafirmarnos en lo señalado en el comentario del artículo 113. La Constitución Política del Perú y el CPC entraron en vigencia en el año 1993, mientras que la LOMP en el año 1981. Respecto al dictamen fiscal en la Constitución de la República del Perú de 1979, en el artículo 250, se señalaba que le corresponde, entre otros: “6.- Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en los casos que la ley contempla (...)”, mientras que en la Carta Fundamental vigente se señala que su atribución es emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales. Las normas son producto de su tiempo y, sin duda, la LOMP fue redactada teniendo como fundamento la Constitución de 1979; por lo tanto, la referencia de emitir dictámenes era a las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, máxima instancia del Poder Judicial. Resulta comprensible que se haya querido dar el carácter meramente ilustrativo y que su omisión no produce nulidad, pero hoy la redacción es diferente: hay un deber de emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales cuando la ley así lo establece, por lo tanto estamos ante un imperativo legal indiscutible.

Ahora, en lo que se refiere a “meramente ilustrativo”, también ha sido superado o complementado en nuestro concepto, ya que podría pensarse que como solo se trata de una ilustración no es necesario motivar e incluso esta pueda ser la causa por la cual al interior del propio Ministerio Público, puedan pensar que como solo es ilustrativo no requieren realizar una fundamentación de sus opiniones, lo que es incorrecto y se sustenta en este artículo 114, como pasamos a desarrollar.

En primer lugar, cabe preguntarse: ¿qué es un dictamen? La palabra dictamen viene del latín *dictaminis*, que es la acción de dictar, opinar, prescribir, o emitir un juicio. La palabra está formada por *dictare* (dictar) y el sufijo *men*, que significa instrumento, medio o resultado. El uso de dictamen no es muy frecuente excepto en el ámbito especial como el del sistema de justicia, en este caso, el dictamen fiscal.

Ya tenemos la definición de dictamen. Ahora nos preguntamos: ¿es el dictamen fiscal una resolución? Y la respuesta en sentido restringido es que *no lo es*, ya que en el CPC, en su artículo 120, se señala que son resoluciones los actos

procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a este, los mismos que pueden ser decretos, autos y sentencias. Entonces, técnicamente el dictamen fiscal no es una resolución, porque no es producto de la función jurisdiccional que solo corresponde al Poder Judicial.

Pero lo antes expuesto, si tenemos en cuenta que hoy el concepto de jurisdicción ha sido, por imposición de la práctica y la realidad, superado, llegando a reconocerse diferentes jurisdicciones como la judicial, la constitucional y la administrativa y, además, que *resolución* viene de *resolver*, esto es, *decisión* que se toma después de considerar algunos elementos, factores o ideas de un problema o duda, es una determinación acerca de algo; entonces, en sentido amplio, el dictamen fiscal es una resolución porque es resultado de un juicio sobre algo. El hecho que se considere que es una opinión, no enerva que sea producto de un análisis, razonamiento y valoración.

Por lo tanto, asimilamos el concepto de dictamen fiscal a resolución señalando una equivalencia con el auto en el que se resuelve un fondo incidental y que está regulado en el artículo 121 del CPC, como “decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento”.

Hecha esta apreciación –que de seguro puede ser objetada por otras lecturas normativas y posturas– pasemos a analizar la obligación de fundamentar el dictamen fiscal.

Es un mandato constitucional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (art. 139 inc. 5). ¿Qué diferencia hay entre *motivar* y *fundamentar*? A través de la fundamentación –que es un deber– se garantiza el derecho a la debida motivación de las resoluciones.

Respecto al derecho de motivación, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01873-2011-PA/TC, Lambayeque, de fecha 08/03/2012 ha señalado que:

“6. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y *garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso* (Cfr. STC Exp. N° 3943-2006-PA/TC, fundamento 4). Este Supremo Colegiado, precisando el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido que este ‘(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa)’. (...) *El incumplimiento*

total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (STC Exp. N° 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5 e). Concordantemente este Tribunal ha señalado también que “el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: (...) b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; (...)” (STC Exp. N° 04348-2005-PA/TC, fundamento 2).

Y en cuanto al deber de fundamentar, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00268-2012-PHC/TC, Lima del 18/09/2012, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

3. (...) el Tribunal Constitucional ha manifestado que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas, conforme al artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se realice con sujeción a la Constitución y a la ley. En la STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, se señaló que ‘La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado (...) En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver’.

En resumen:

Motivación de resoluciones	Fundamentar las resoluciones
<ul style="list-style-type: none"> - Derecho de los ciudadanos. - Garantía frente a la arbitrariedad judicial. - Evita que las resoluciones no se encuentren justificadas en el simple capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso. 	<ul style="list-style-type: none"> - Deber de las autoridades. - Expresión del proceso mental, razonamiento empleado relacionado, proporcionado y congruente con el problema. - El contenido esencial del derecho a la motivación se respeta si existe fundamentación jurídica y no se exige una determinada extensión.

- Obliga a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).	- Obliga a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).
---	---

En conclusión, la contraparte del derecho de motivar de los ciudadanos es el deber de fundamentar las resoluciones. El ciudadano tiene el derecho (como garantía del debido proceso) de conocer las razones y argumentos por los cuales el magistrado llega a la decisión sobre el derecho; se cumple con el derecho de motivar cuando se fundamentan las decisiones, cuando producto de un proceso mental, se explica de manera razonada, proporcional y congruente –sin necesidad de ser extenso– las razones de la decisión.

Es propicia esta oportunidad para señalar que existen propuestas que han llevado a plantear la supresión del dictamen fiscal, primero porque este es ilustrativo (ya lo comentamos en la parte relativa al art. 113 del CPC) y porque se alega dilación. Habría que preguntarse si el argumento de la dilación responde a una evaluación estadística por la cual se ha llegado a la conclusión que la demora en la resolución de los procesos judiciales, se debe a que los fiscales no emiten sus dictámenes con la celeridad debida, según se suele afirmar. Seguir esta corriente implicaría una reforma constitucional y una renuncia a lo históricamente avanzado en materia de defensa de la legalidad, de los intereses sociales y públicos.

En resumen, en relación al artículo 114 del CPC, debe recurrirse a la connotación de debido proceso, que es una garantía procesal a toda persona que tiene la facultad de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela para la solución de sus conflictos o incertidumbres jurídicas, asegurándosele un conjunto de garantías mínimas para un proceso imparcial, razonable y justo. Así, se señala que: “(...) la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso se configura cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se ha omitido o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar debidamente sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara trasgresión de la normativa vigente y de los principios procesales” (Cas. N° 5079-2006-Lambayeque, *El Peruano*, 31/05/2007, p. 19375). Omitir el dictamen fiscal, o que el dictamen fiscal no esté fundamentando atenta contra la garantía del debido proceso.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2006): "El ministerio fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano". En: *El ministerio fiscal director de la instrucción*. Madrid: Vicente Gimeno Sendra, IUSTEL; RIVAS, Adolfo Armando (1993): *Derecho Procesal. Tratado de las tercerías: El proceso complejo*, tomo 2. Buenos Aires: Depalma; RUBIO CORREA, Marcial (2006): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Al emitirse la sentencia de primera instancia no se ha requerido el dictamen del fiscal provincial. La entidad recurrente al apelar de la sentencia del a quo no formuló nulidad respecto de la alegada omisión. En tal virtud, existe convalidación tácita del acto procesal, tanto más si el dictamen fiscal es meramente ilustrativo y no influye en el sentido de la decisión final. Los demás argumentos esgrimidos están orientados a la revaloración de los medios probatorios aportados al proceso, lo que no puede ser materia de casación, en atención a la naturaleza de iure del presente medio impugnatorio (*Cas. N° 949-2008-Lima*).

La nulidad de la sentencia planteada por el representante del Ministerio Público, por no haber emitido dictamen en primera instancia, queda subsanada en virtud del principio de convalidación, aún más si en esta instancia se han remitido los autos al Ministerio Público, con lo cual se da cumplimiento a la finalidad prevista por Ley (*Exp. N° 4334-98*).

El fiscal provincial civil debe emitir dictamen previo a la resolución que ponga fin a la instancia, en aquellas causas que versen sobre intereses o derechos patrimoniales o no, de los menores y los incapaces, en defensa de la familia y de la sociedad. Es nula la sentencia que omite tal dictamen (*Exp. N° 2893-97*).

Artículo 115

Plazos

Los representantes del Ministerio Público cumplirán los plazos establecidos en la ley, bajo responsabilidad.

Cuando la ley no fije plazo para determinado acto, este no será mayor que el que corresponde al juez.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. V, 113, 114, 116, 117, 145.

J. María Elena Guerra Cerrón

En el artículo V del Título Preliminar del CPC se enuncian los principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales y respecto al último se señala que: "(...) La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica".

Plazo es el tiempo señalado para realizar una cosa, es el vencimiento de ese espacio de tiempo; y término es el vencimiento del espacio de tiempo. Procesalmente, plazo es el espacio de tiempo para realizar actos procesales y término es el vencimiento del plazo procesal. Con el contenido del artículo 317 se explica la diferencia entre plazo y término: "La declaración de interrupción tiene por efecto *cortar el plazo o diferir el término* para realizar un acto procesal, produciendo la ineficacia de la fracción del plazo o difiriendo el término transcurrido", donde, por ejemplo, si el plazo es de 10 días, este puede ser interrumpido al quinto día, y se difiere el término hasta cuando se levante la interrupción.

Así, tenemos el plazo procesal legal, el que expresamente está señalado la norma, y el plazo judicial que, a falta de plazo legal, puede ser fijado por el juez. El plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación, sin considerarse los días inhábiles.

Del texto del artículo bajo comentario se establece que existen plazos para el Ministerio Público y que son de obligatorio cumplimiento, pero si no se señalara el plazo, entonces este no será mayor que el que corresponde a lo señalado por el juez.

A manera de referencia, tenemos el contenido del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, el cual respecto al plazo en el artículo 30 señala lo siguiente:

“30.1 Cuando el Ministerio Público actúe como parte, tendrá los mismos plazos procesales que correspondan a esta. 30.2 Cuando actúe como tercero, dispondrá para expedirse del plazo de veinte días, salvo que deba hacerlo en una audiencia, vencidos los cuales pasará el expediente a conocimiento del subrogante, sin más trámite y por única vez, dándose cuenta al superior jerárquico de la omisión”.

En el artículo 145 del CPC, está prescrito que incurre 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. La justificación natural es que debido a la carga procesal en la Magistratura, no es posible cumplir con los plazos establecidos, llegándose a señalar que “los plazos son para las partes”, y no para los magistrados, por lo tanto el Ministerio Público está obligado a cumplir los plazos, bajo responsabilidad, pero por extensión y aplicación supletoria del CPC, por razones justificadas, puede incumplir el plazo procesal.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2006): “El ministerio fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *El ministerio fiscal director de la instrucción*. Madrid: Vicente Gimeno Sendra, IUSTEL; RIVAS, Adolfo Armando (1993): *Derecho Procesal. Tratado de las tercerías: El proceso complejo*, tomo 2. Buenos Aires: Depalma; RUBIO CORREA, Marcial (2006): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Artículo 116

Oportunidad

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

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 113, 114, 117, 194; C.N.A. art. 141.

J. María Elena Guerra Cerrón

A partir de 1993, con la Constitución Política del Perú y el CPC, el dictamen fiscal ha dejado de ser “meramente ilustrativo” para pasar a ser una “opinión especializada”, cuando la ley exige su emisión.

Entre las atribuciones y funciones del Ministerio Público, está la de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, así como la defensa de la legalidad, entonces como integrador está la garantía del debido proceso y ello debe manifestarse en un dictamen fiscal. Por la redacción del texto comentado, se establece que se trata de los procesos contenciosos en los cuales se emite sentencia.

Recordemos que el dictamen –que contiene un juicio– debe ser fundamentado, esto es, contener una fundamentación jurídica, debe estar suficientemente justificado en datos objetivos y tener congruencia con los términos de las pretensiones. Este juicio necesariamente tiene que hacerse, antes que se emita la resolución judicial final lo que significa que nos encontramos en la etapa de la valoración de las pruebas y frente a un proceso donde se ha declarado y verificado una relación jurídica procesal válida.

Se ha tenido la experiencia que en algunas causas se ha enviado el expediente para dictamen fiscal y luego antes de sentenciar, se ha dispuesto que se actúen medios probatorios de oficio, según lo permite el artículo 194 del CPC. Actuados los medios probatorios de oficio ya no se volvió a remitir el expediente para dictamen fiscal y se dictó la sentencia. En nuestro concepto esa sentencia es nula, ya que se debió contar con un dictamen fiscal actual en el cual se haya hecho la valoración de las nuevas pruebas.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2006): “El ministerio fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *El ministerio fiscal director de la instrucción*. Madrid: Vicente

Gimeno Sendra, IUSTEL; RIVAS, Adolfo Armando (1993): *Derecho Procesal. Tratado de las tercerías: El proceso complejo*, tomo 2. Buenos Aires: Depalma; RUBIO CORREA, Marcial (2006): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La nulidad de la sentencia planteada por el representante del Ministerio Público, por no haber emitido dictamen en primera instancia, queda subsanada en virtud del principio de convalidación, aún más si en esta instancia se han remitido los autos al Ministerio Público, con lo cual se da cumplimiento a la finalidad prevista por ley (*Exp. N° 4334-98*).

Artículo 117 | **Causales de excusación y abstención**

Los representantes del Ministerio Público deben excusarse o abstenerse de intervenir en el proceso por las causales que afectan a los jueces. No pueden ser recusados.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 305-307, 311, 313; C. de P.P. art. 41; L.O.M.P. art. 19.

J. María Elena Guerra Cerrón

En el artículo 19 de la LOMP se señala que: “Los fiscales no son recusables; pero deberán excusarse, bajo responsabilidad, de intervenir en una investigación policial o en un proceso administrativo o judicial en que directa o indirectamente tuviesen interés, o lo tuviesen su cónyuge, sus parientes en línea recta o dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o por adopción, o sus compadres o ahijados (...)”. En esta misma línea, en el artículo procesal bajo comentario no se admite la recusación de los fiscales.

Si bien vamos a desarrollar en qué consiste la excusa, la abstención y la recusación, es necesario señalar previamente que el común denominador es el principio de imparcialidad y el impedimento que se puede presentar para que un magistrado intervenga en determinado proceso. Taxativamente están señaladas las causales de impedimento en el artículo 305 del CPC. Basta que el magistrado identifique alguna de las causales, tiene el deber de remitir el expediente a quien corresponda reemplazarlo, esta es la figura de la abstención por causales señaladas en la ley. La recusación es una prerrogativa de las partes, las que pueden alegar las causales previstas en el artículo 307 del CPC, pidiendo que el magistrado se inhiba de dirigir un proceso, en la norma se señala el trámite respectivo. Entonces la excusa y abstención son de parte del propio magistrado, mientras que la recusación es a pedido de parte.

En el CPC, que es el ordenamiento procesal aplicable supletoriamente a cualquier norma procesal, se establece, en el artículo 313, la abstención por decoro, garantía de imparcialidad e independencia que también puede ser invocada como impedimento de intervención en un proceso judicial por parte de los representantes del Ministerio Público.

En relación con este tema, en la Casación N° 4849-2010-Moquegua, del 17/08/2010, se señala lo siguiente:

“Sexto.- Que, de otra parte, el artículo 313 de nuestro ordenamiento procesal citado, regula la abstención por decoro o delicadeza, *que es aquel supuesto en que el magistrado hace conocer que pesan en su ánimo consideraciones que pueden perturbar su imparcialidad, por tanto, es una potestad que la ley otorga al juez cuando en el curso del proceso hubieren circunstancias que pudieran afectar de una u otra manera y seriamente la función que ejerce, a diferencia del deber imperativo que tiene el magistrado en las causales de impedimento o recusación previstas en los artículos 305 y 307 del código acotado, de producirse el supuesto anotado, debe emitir la resolución debidamente motivada, remitiendo los autos al juez que debe conocer su trámite*” (cursiva agregada).

Hemos enfatizado en la frase “pesan en su ánimo consideraciones que pueden perturbar su imparcialidad” para resaltar que nos encontramos en el ámbito subjetivo del magistrado, por lo tanto debería ser suficiente que se invoque el artículo 313 del CPC, para apartarse de intervenir en un proceso; sin embargo, el segundo párrafo del artículo establece que si al magistrado que se remite el expediente considera que los fundamentos expuestos no justifican la separación del proceso, seguirá el trámite previsto en el artículo 306, esto es, que enviará en consulta al superior.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2006): “El ministerio fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *El ministerio fiscal director de la instrucción*. Madrid: Vicente Gimeno Sendra, IUSTEL; RIVAS, Adolfo Armando (1993): *Derecho Procesal. Tratado de las tercerías: El proceso complejo*, tomo 2. Buenos Aires: Depalma; RUBIO CORREA, Marcial (2006): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Artículo 118 | **Responsabilidad**

El representante del Ministerio Público es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia, dolo o fraude. El proceso se sujeta al trámite que corresponde al de responsabilidad civil de los jueces.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 7; C.C. art. 1320; C.P.C. arts. IV, 113 a 118, 481, 507, 509-518, 787; L.O.M.P arts. 14, 51 al 61.

J. María Elena Guerra Cerrón

1. INTRODUCCIÓN

Es un principio procesal, según el artículo IV del Título Preliminar del CPC, que las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe y ello, sin duda, se contrapone a la negligencia, dolo o fraude, por los que puede ser responsable civilmente el fiscal.

La responsabilidad administrativa se establece a partir de las normas institucionales que son aplicadas por el órgano de control interno, la penal por las normas penales y la responsabilidad civil se determina a través del proceso de responsabilidad civil de los jueces, el que está previsto en el CPC.

2. DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES

Constitución Política Artículo 139, inciso 7	Código Procesal Civil Artículo 509
7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.	Cuando en ejercicio de su función causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable.

Según la magistrada Marianela LEDESMA (2008: pp. 712-713), "(...) el inciso 7 artículo 139, atribuye responsabilidad directa al Estado por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias. En cambio, el CPC regula la responsabilidad subjetiva directa del juez sustentado en el daño por dolo o por culpa inexcusable en el ejercicio de la función jurisdiccional proveniente de los procesos no penales (...) No consideramos que el sistema subjetivo que acoge

el CPC sea el idóneo para tal fin; no solo porque se permita discutir la actuación dolosa o culposa del juez, sino que se ingresa a cuestionar la interpretación que este haga de la ley: “el juez incurre en culpa inexcusable cuando comete error grave de Derecho; hacer interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado (...)”.

La responsabilidad civil de los jueces es subjetiva y, por lo tanto, se tienen que verificar la concurrencia de los elementos daño causado, antijuricidad, nexo causal y factor de atribución, en este caso dolo o culpa inexcusable. Teniendo en cuenta que la labor de interpretación, de acuerdo a la técnica que se use, es propia del magistrado, sin duda resulta peligroso que entre los supuestos de responsabilidad civil se encuentre la interpretación con el calificativo de “interpretación insustentable de la ley” entonces nos preguntamos ¿insustentable para quién? ¿Para el que juzga a otro juez y también interpreta? ¿Para el que perdió en el proceso? ¿Para la opinión de la prensa?

3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FISCALES

La ley procesal ha establecido que para la determinación de la responsabilidad civil de los fiscales se sigue el trámite previsto para la responsabilidad civil de los jueces, esto es, el proceso abreviado regulado entre los artículos 509 a 518 del CPC, el que únicamente es por impulso de parte y se interpone dentro de los tres meses contados desde que quedó consentida o ejecutoriada la resolución que causa daño.

Artículo 118 del CPC.- Fiscales	Artículo 509 del CPC.- Jueces
Quando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia, dolo o fraude.	Quando en ejercicio de su función causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable.

4. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Negligencia es el descuido o la omisión. Podríamos equipararlo a la culpa leve (art. 1320 del CC) que implica omitir aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Dolo es la voluntad manifiesta de cometer un acto irregular o ilícito, voluntad de causar un daño.

Fraude es el engaño que se realiza eludiendo una obligación o norma legal con el fin de obtener un beneficio. En efecto, según el artículo 509 del CPC: i) Conducta dolosa, cuando el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia; ii) culpa inexcusable,

cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado; y, iii) según el artículo 510 del CPC, se presume que se actúa con dolo o culpa inexcusable cuando: a) la resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio; b) resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles.

Si comparamos el artículo 118 del CPC, con el artículo 509 del CPC, advertimos que, en el caso de los jueces, el presupuesto es que se cause daño (primer elemento para determinar responsabilidad civil) como consecuencia de dolo o culpa inexcusable, pero en el caso de los fiscales no se hace esa precisión; entonces, si para el caso de los jueces se trata de una responsabilidad civil subjetiva, ¿será igual para los fiscales o, en todo caso, la redacción que “actúe con negligencia, dolo o fraude” la convierte en una responsabilidad civil objetiva? ¿Qué clase de responsabilidad civil es?

En nuestro concepto, se trata de una *responsabilidad subjetiva*. No tiene cómo ser de otra manera, pues con mayor razón que se tramita por el proceso de responsabilidad de los jueces y por analogía pueden ser considerados los supuestos de dolo o culpa inexcusable previstos para los jueces, en lo que sea compatible con la función fiscal. Entonces se determinará responsabilidad cuando el magistrado cause daño actuando con negligencia, fraude o dolo.

También cabe señalar que este es uno de los casos en el que el Ministerio Público actúa como dictaminador a tenor de lo previsto en el artículo 512 del CPC, solo que a diferencia de lo prescrito en el artículo 116 del CPC (“El dictamen del Ministerio Público, en los casos en que proceda, será emitido después de actuados los medios probatorios y antes que se expida sentencia”), se emite el dictamen antes de proveerse la demanda, respecto a su procedencia dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad.

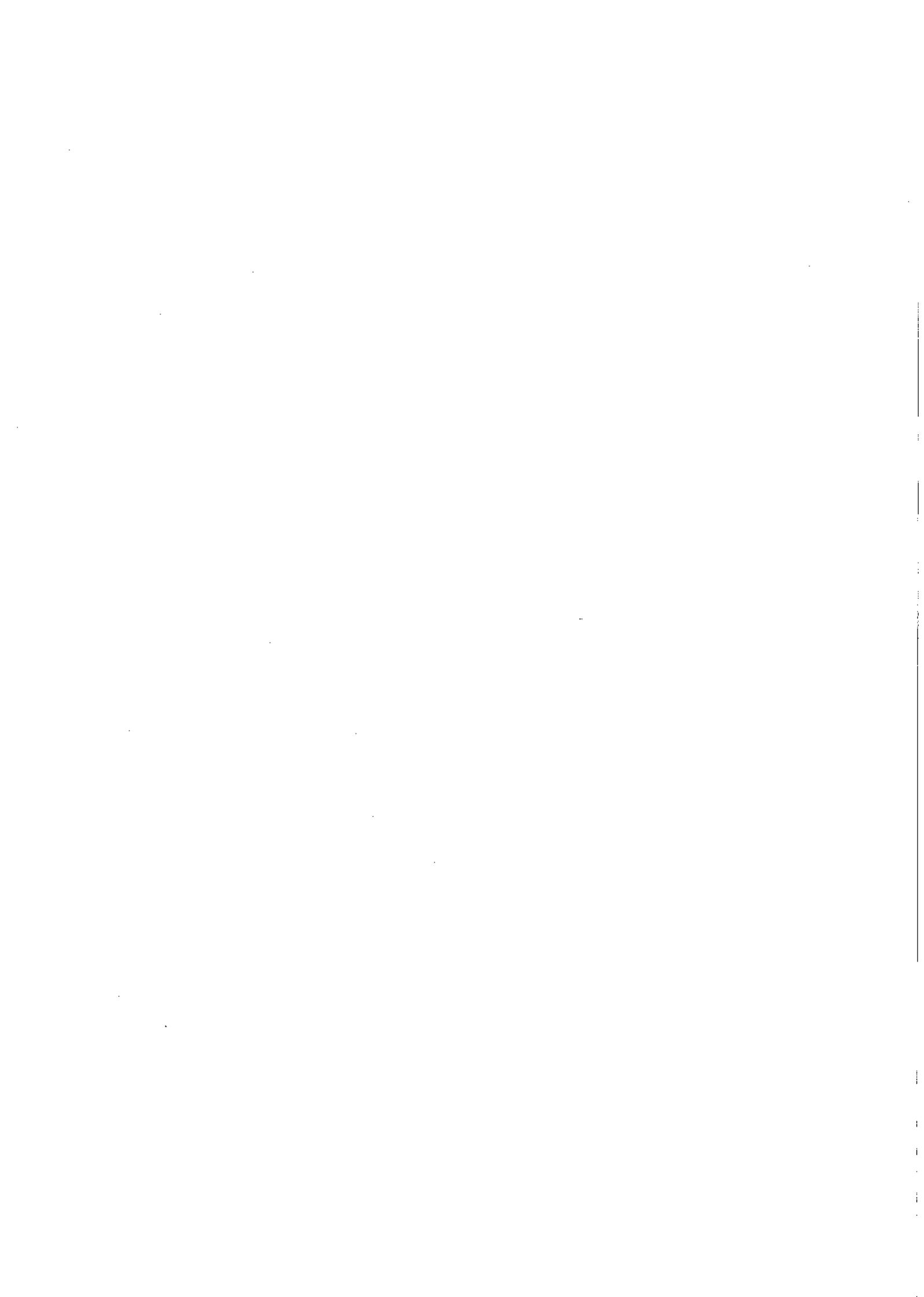
BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2006): “El ministerio fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *El ministerio fiscal director de la instrucción*. Madrid: Vicente Gimeno Sendra, IUSTEL; RIVAS, Adolfo Armando (1993): *Derecho Procesal. Tratado de las tercerías: El proceso complejo*, tomo 2, Buenos Aires: Depalma; RUBIO CORREA, Marcial (2006): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

SECCIÓN TERCERA
ACTIVIDAD PROCESAL



SECCIÓN TERCERA

ACTIVIDAD PROCESAL

TÍTULO I

FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO I

ACTOS PROCESALES DEL JUEZ

Artículo 119

Forma de los actos procesales

En las resoluciones y actuaciones judiciales no se emplean abreviaturas. Las fechas y las cantidades se escriben con letras. Las referencias a disposiciones legales y a documentos de identidad pueden escribirse en números. Las palabras y frases equivocadas no se borrarán, sino se anularán mediante una línea que permita su lectura. Al final del texto se hará constar la anulación. Está prohibido interpolar o yuxtaponer palabras o frases.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 50 inc. 3, 122, 125, 136, 139.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula la forma que deben comprender los actos procesales y las actuaciones procesales realizados por el juez y en los que también pueden participar las partes como, por ejemplo, las audiencias.

En esta línea de ideas debemos comprender que toda forma o formalidad empleada en el proceso debe tener como fundamento la consecución de un fin; de lo contrario, dicha forma o formalidad carecería de sustento y sería contraria al derecho a la tutela jurisdiccional.

El hecho de que en las resoluciones y actuaciones judiciales no se empleen abreviaturas, que las fechas y cantidades se escriban en letras, que las disposiciones legales y los documentos de identidad puedan escribirse en letras o números, etc., todas estas formalidades tienen como misión principal que tanto las resoluciones y actuaciones judiciales sean de fácil entendimiento para cualquier persona, ya sea algún interviniente en el proceso o cualquier persona ajena a este.

A continuación se explicará el concepto y las implicancias de los actos procesales, ello con la finalidad de que el lector pueda comprender cuál es la finalidad de estas formas reguladas por el legislador para los actos procesales del juez que se manifiestan a través de las resoluciones y las actuaciones judiciales.

2. NOCIÓN DE ACTOS PROCESALES

LIEBMAN nos enseñaba que:

“[E]l proceso tiene su inicio, se desarrolla y se concluye con el cumplimiento de diversos actos de sus sujetos, que son los actos procesales. Estos se distinguen de los actos jurídicos en general por el hecho de *pertenecer al proceso*, y de ejercitar un efecto jurídico directo e inmediato sobre la relación procesal, en cuanto lo constituyen, lo desarrollan o lo concluyen. En otras palabras, los actos procesales son los actos del proceso” (LIEBMAN, 1980: p. 165).

La relación procesal está conformada por el juez y las partes –demandante y demandado–; por ende, son estos los únicos capaces de desenvolverse en el proceso a través de los actos procesales que realicen.

Por ello se dice que los actos procesales son:

“(…) una declaración o manifestación del pensamiento, hecha voluntariamente por uno de los sujetos del proceso, la cual entre en una de las categorías de actos previstos por la ley procesal y que pertenezca a un procedimiento, con eficacia constitutiva, modificativa o extintiva sobre la correspondiente relación procesal” (LIEBMAN, 1980: p. 166).

Los actos jurídicos procesales de las partes se manifiestan a través de los escritos, siendo el principal y el cual da inicio al proceso el escrito de demanda, mientras que los actos procesales del juez se manifiestan a través de las resoluciones.

3. LA FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

Como enseñaba CHIOVENDA:

“(…) los actos de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante los cuales la litis ‘procede’ desde su comienzo hasta su resolución, y cuyo conjunto

se denomina procedimiento, deben someterse a determinadas condiciones de lugar, de tiempo, de medios de expresión; estas condiciones se llaman formas procesales en sentido estricto” (CHIOVENDA, 1954: p. 115).

Además, se dice que “a las formas procesales se les denomina formalidades. Por formalidades, en su acepción propia, que es procesal, entendemos los requisitos externos de realización de los actos jurídicos, hechos jurídicos y materiales para la validez de ellos, dentro del proceso” (ARELLANO, 2005: p. 71).

De lo expuesto hasta aquí se desprende indefectiblemente que lo regulado en el artículo bajo comentario son las formas que deben guardar los actos procesales emanados del juez y que tienen como finalidad que dichos actos procesales sean de fácil comprensión.

4. NECESIDAD DE LAS FORMAS EN LOS ACTOS PROCESALES

En el actual estado del Derecho Procesal, donde la visión instrumental del proceso ha hecho que las formas o formalidades sean dejadas de lado cuando obstruyan la finalidad del proceso, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿las formas que deben guardar los actos procesales son necesarias?

En nuestra opinión, toda forma o formalidad es necesaria e importante dentro del proceso siempre y cuando tenga una razón de ser dentro del mismo, es decir, si dicha forma busca proteger o garantizar algún principio o valor superior.

En efecto, las formas de los actos procesales emanados del juez buscan traer orden y certeza en el proceso, por ello se les exige, por ejemplo, que no se empleen abreviaturas que pueden causar ambigüedad o confusión en los receptores de dichos actos procesales (en este caso demandante y demandado).

Sin las formas podría, incluso, vulnerarse el derecho de defensa de alguna de las partes, lo cual está vedado en cualquier clase de proceso; el desorden y la confusión pueden ocasionar ello y ante tal hecho dicho acto procesal devendría en nulo solo si causara algún perjuicio.

Las nulidades por incumplimiento de formas no pueden ser vistas en abstracto, sino, por el contrario, en concreto analizando el perjuicio ocasionado, de lo contrario el acto procesal debe permanecer incólume en virtud del *principio de conservación de los actos procesales*.

Por ello se dice que la forma de los actos procesales:

“(…) debe responder ante todo a la necesidad técnica de hacer conseguir al acto su finalidad y de hacerlo llegar al conocimiento de su destinatario. (...) Las formas procesales responden a una necesidad de orden, de certeza, de

eficiencia, y su escrupulosa observancia representa una garantía de regular y leal desarrollo del proceso y de respeto de los derechos de las partes. El formalismo es necesario en el proceso mucho más que en otras actividades jurídicas. *Por otra parte, es necesario evitar, en cuanto sea posible, que las formas sean un estorbo y un obstáculo a la plena obtención de la finalidad del proceso; es necesario impedir que la ciega observancia de la forma sofoque la sustancia del derecho*" (LIEBMAN, 1980: pp. 168-169).

5. CONCLUSIONES

- Los actos procesales son aquellos que manifiestan la voluntad de alguno de los sujetos de la relación procesal y que repercuten en el proceso.
- Los jueces, como forman parte de la relación procesal, también emiten actos procesales, los cuales se manifiestan a través de las resoluciones.
- Las formas o formalidades de los actos procesales son aquellos requisitos externos que deben de cumplirse a fin de que tengan efectos dentro del proceso.
- Para que las formas de los actos procesales acarreen la nulidad de estos, el incumplimiento de dichas formas debe generar perjuicio para alguna de las partes del proceso, de lo contrario no generará nulidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARELLANO, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*. México D.F: Porrúa; CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Madrid: Revista de Derecho Privado; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAMACHO, Azula (2002): *Manual de Derecho Procesal - Teoría general del proceso*, vol. 1. Bogotá: Temis; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2009): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal - Hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ, Juan y BARONA, Silvia (2012): *Derecho jurisdiccional - Parte general*, 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; ORTELLS, Manuel y PASTOR, José (2011): "Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales". En: Manuel Ortells Ramos (dir.). *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. Bogotá: Temis; ROSENBERG, Leo (1955): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 1. Buenos Aires: EJEA.

Artículo 120**Resoluciones**

Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a este, pueden ser decretos, autos y sentencias.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 11, 121, 122, 124, 125.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario señala las clases de resoluciones que puede expedir el juez en el proceso civil, a través de las cuales este puede impulsar, decidir internamente o poner fin al proceso.

“El juez dirige el proceso y resuelve el litigio o resuelve las peticiones que sin controversia se le presentan para la declaración de un derecho o el cumplimiento de una formalidad para su ejercicio, según se trate de un proceso contencioso o voluntario. (...) Naturalmente, el ejercicio de esos poderes se hace mediante actos adecuados, que se diferencian por su finalidad de los actos de las partes, ya que estos buscan la decisión favorable a sus respectivas pretensiones o defensas, al paso que aquellos persiguen la decisión legal y justa del litigio o del asunto objeto de la petición” (DEVIS ECHANDÍA, 2009: p. 615).

Comoquiera que el juez es el director del proceso, él tiene el deber de impulsarlo siempre y cuando el acto a desarrollarse no sea deber de alguna de las partes; en dicho supuesto, el juez puede requerir su cumplimiento.

Además, tiene el deber de pronunciarse sobre cualquier tipo de petición de las partes, e incluso algunos actos de impulso del proceso deben ser motivados.

Por último, el juez cumple su función cuando emite su decisión sobre la pretensión y/o pretensiones planteadas.

En nuestra opinión, este artículo del CPC deviene en inoperante e inútil, ello debido a que la descripción y el detalle de las resoluciones que puede emitir el juez en el ámbito de nuestro proceso civil son detallados en otra norma (art. 121 del CPC).

2. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La mejor doctrina nos ha enseñado que:

“(…) una resolución es el *pronunciamiento de la consecuencia jurídica producida o que se manda cumplir en el caso individual*; es el resultado de una actividad mental que consiste en la fijación de la situación de hecho y en aplicación del derecho objetivo a la misma” (ROSENBERG, 1954: p. 314).

Siendo esto así, las resoluciones judiciales pueden ser entendidas como aquellos actos procesales del juez mediante los cuales impulsa el proceso, decide en el interior del proceso y pone fin al mismo.

Son una declaración de voluntad emitida por el juez en calidad de representante del Estado; por tanto, no debe ser considerado como una declaración de voluntad del sujeto como persona, sino, por el contrario, del sujeto como autoridad y funcionario del Estado que cumple la misión de resolver los conflictos de intereses que se someten a su conocimiento y de los cuales es competente.

Coincidimos con el maestro FAIRÉN GUILLÉN cuando enseñaba que:

“En sentido general, todo acto del juez, lleva implícita una ‘resolución’; incluso aquellos que, inmediatamente, tienen otra ‘forma’, p. ej., la de preguntas formuladas a las partes o a terceras personas; el juez ‘ha resuelto formular tal pregunta con tal finalidad u objetivo’, y como consecuencia, ‘formula la pregunta’. El juicio, es intrínsecamente complejo. Pero así, no es sencillo llegar a una clasificación de los actos del juez. *Para ello, precisa que lleguemos a una diferenciación de cuál es la finalidad inmediata (la mediata, es siempre la de resolver el litigio), el objetivo inmediato del acto. Después, su concatenación con otros –procedimiento– nos llevará hasta ‘su último acto’, el de resolución de dicho litigio, la sentencia propiamente dicha*” (FAIRÉN, 1990: p. 348 - resaltado es nuestro).

Nuestro legislador acogió la tesis de clasificar las resoluciones, según su objetivo inmediato, clasificándolas en decretos, autos y sentencias.

3. CONCLUSIONES

- El juez, para cumplir con su rol de director del proceso, emite resoluciones a fin de impulsar, decidir en el interior y concluir el proceso.
- La resolución judicial es aquella declaración de voluntad del juez como autoridad o funcionario del Estado y no como cualquier sujeto.
- A fin de poder clasificar adecuadamente las resoluciones judiciales se debe analizar su objetivo inmediato del acto, este criterio de clasificación fue acogido por nuestro legislador y clasificó las resoluciones en decretos, autos y sentencias.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2009): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal - Hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch; ROSENBERG, Leo (1955): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 1. Buenos Aires: EJEA.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARELLANO, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*. México D.F: Porrúa; CAMACHO, Azula (2002): *Manual de Derecho Procesal - Teoría general del proceso*, vol. 1. Bogotá: Temis; CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Madrid: Revista de Derecho Privado; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ, Juan; BARONA, Silvia (2012): *Derecho jurisdiccional - Parte general*, 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; ORTELLS, Manuel y PASTOR, José (2011): "Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales". En: Manuel Ortells (dir.). *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. Bogotá: Temis.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El juez, mediante sentencia, pone fin al proceso o a la instancia en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. Es nula la sentencia inmotivada que no se pronuncia respecto de todos y cada uno de los puntos controvertidos (*Exp. N° N-153-97*).

Conforme a lo previsto en el artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los vocales tienen la obligación de emitir su voto escrito en todas las causas que se han visto con su intervención y solo cuando se encuentra en la imposibilidad de firmar la resolución que absuelve el grado, por las causas que en dicho dispositivo se mencionan, su voto escrito y firmado forma parte de la resolución referencia; que como es obvio se trata de un caso de excepción puesto que lo normal es que toda resolución lleve las tres firmas de los vocales que participaron en la vista de la causa; sin embargo se ha podido comprobar con relativa frecuencia que en la práctica lo que constituye una excepción va convirtiéndose en una regla general con las consecuencias que de ella se derivan (*Exp. N° 693-95-Arequipa*).

Artículo 121
(primer y segundo párrafos)

Decretos, autos y sentencias

Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.

Mediante los autos el juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.
(...)

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 num. 5; C.P.C. arts. 11, 50 inc. 6, 119 a 125, 157 inc. 8, 317, 318, 362, 363, 365, 385, 453, 690-E; C. de P.P. arts. 284, 285; C.P. Const. arts. 17, 22; C.D.I.P. art. 394; L.P.A.G. art. 186; L.O.P.J. art. 266 incs. 6 y 8.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula la clasificación de las resoluciones judiciales en el proceso civil y trata de señalar a qué se refiere cada una.

En efecto, se señala que los actos de impulso del proceso se dan a través de los denominados *decretos*; las resoluciones que necesiten motivación dentro del proceso y en las que el juez resuelve algún pedido de las partes se denominan *autos*; y la resolución judicial mediante la cual el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva se denomina *sentencia*.

La clasificación realizada por nuestro legislador se infiere de adoptar el criterio por el cual se analiza el objetivo inmediato del acto, es decir, para clasificar las resoluciones se tiene en consideración el objetivo inmediato que persiguen, pero en la práctica se crean ciertas dificultades al determinar si algunas resoluciones son decretos o autos y qué recursos impugnatorios son posibles de interposición por las partes.

Esto no es de poca importancia, al contrario, es de suma importancia porque puede implicar la transgresión del derecho constitucional a la doble instancia, el cual forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el mismo que es un derecho fundamental.

A continuación, trataremos de explicar la distinción entre los decretos y los autos, y cómo poder identificarlos; la sentencia será abordada al analizarse el artículo 123 del CPC.

2. LOS DECRETOS

El legislador ha señalado que a través de los decretos se impulsa el proceso, es decir, que mediante dichas resoluciones se disponen actos de simple trámite.

Como dice FAIRÉN GUILLÉN (1990: p. 348): “corresponde a los jueces y tribunales el ‘impulso procesal’, esto es, el ordenar que el procedimiento avance por su cauce legal, abriendo plazos, cerrándolos cuando precluyan, abriendo otros nuevos diferentes”.

Estos actos procesales son emanados por el juez al proveer una petición de las partes o de oficio. En el primer supuesto tenemos el pedido de la parte demandante que solicita al juez expedir sentencia, ello originará que el juez emita un decreto disponiendo traer los autos para sentenciar; el mismo ejemplo nos puede servir, pero en el supuesto que ninguna de las partes solicite la sentencia y el juez de oficio emita un decreto disponiendo que los autos pasen a despacho para sentenciar.

En Colombia a los decretos se les denomina autos de trámite o de sustanciación; al respecto se dice que “los autos de trámite disponen una simple impulsión del proceso, *no requieren motivación*. También se les llama en doctrina autos de sustanciación” (QUINTERO; PRIETO, 2000: p. 488, cursiva nuestra).

Los decretos son resoluciones que no resuelven ninguna petición de las partes y, por ello, no necesitan estar motivadas conforme lo dispone la ley y la propia Constitución, ya que solo son de mero trámite. Ejemplo de las mismas tenemos a las resoluciones que corren traslado a la otra parte algún pedido, las que señalan fecha de audiencia, las que disponen traer a despacho para resolver algún incidente, etc.

En nuestra opinión, las resoluciones que declaran consentida o ejecutoriada alguna sentencia o auto definitivo o final también devienen en decretos, pese a que varios de nuestros magistrados los consideran como autos.

Como sabemos, contra los decretos solo cabe como recurso impugnatorio la reposición y el auto que resuelve dicho recurso es inimpugnable (art. 363 del CPC), y para que alguna resolución sea inimpugnable debe estar expresamente previsto ello en la ley.

Si esto es así, resulta evidente que contra la resolución que declara consentida o ejecutoriada una sentencia o algún auto equiparable a ella no sería factible interponer recurso de apelación, sino solo cabría el recurso de reposición.

Si consideramos como auto a dichas resoluciones, sí sería posible la interposición del recurso de apelación contra las mismas, lo que sería un total contrasentido

en el proceso civil, máxime si las resoluciones que declaran consentida o ejecutoriada una sentencia no resuelven nada, sino que son actos de impulso del proceso.

3. LOS AUTOS

Los autos son aquellas resoluciones donde el juez resuelve las peticiones de las partes, en esta clase de resoluciones el juez emite tanto actos de ordenación como decisorios.

Se ha dicho que los actos de ordenación:

“(…) exceden de la pura determinación cronológica de cada acto procesal. Fijan ‘el orden’ del proceso a través del ‘orden’ del procedimiento, pero excediendo de la acepción simple de la ‘forma’ de este para internarse en el litigio de fondo. Así, puede decirse que la ‘ordenación’ del proceso, necesariamente debe corresponder, en una gran medida, al juez, pues de lo contrario, cada parte tenderá a ‘ordenarlo’ como le convenga (...)” (FAIRÉN GUILLÉN, 1990: p. 349).

Siendo esto así, pueden distinguirse dos clases de autos, los autos interlocutorios y los autos definitivos o con fuerza de definitivo.

3.1. Los autos interlocutorios

“La norma no define el auto interlocutorio, pero podemos concebirlo como el que contiene una decisión de fondo, sin considerar el objeto del proceso, esto es, la pretensión del demandante o la conducta que frente a ella adopte el demandado” (CAMACHO, 2002: p. 348, cursiva nuestra).

Como ejemplos de esta clase de autos tenemos al auto admisorio –auto que admite a trámite la demanda en el proceso de cognición–, al mandato ejecutivo –auto que da inicio al proceso de ejecución–, el auto que concede o deniega (incluso la que declara inadmisibile) una solicitud cautelar, los que resuelven las excepciones procesales, los que declaran el saneamiento del proceso, los que admiten o rechazan los medios probatorios, aquellos que admiten medios probatorios de oficio, etc.

Véase, por ejemplo, que aquel auto que ampara una excepción por algún defecto formal sin pronunciarse sobre la pretensión como, por ejemplo, incompetencia, falta de legitimidad para obrar del demandante, etc., podría concluir el proceso pero sin afectar la pretensión (de igual manera el auto que declara el abandono del proceso o aprueba el desistimiento del proceso).

Por eso, dichos autos no se pronuncian sobre la relación jurídica sustantiva, es decir, no se pronuncian sobre la pretensión hecha valer en el proceso, la regla general es que sea la sentencia la resolución que se pronuncia sobre la pretensión,

pero hay casos donde dicho pronunciamiento se da a través de autos denominados definitivos, finales o con fuerza de definitivos.

3.2. Los autos definitivos

Los autos definitivos –denominados por la mayoría de nuestros jueces como finales–, también conocidos como autos interlocutorios con fuerza definitiva, son aquellos que tienen fuerza de sentencia y en ellos sí hay pronunciamiento sobre la relación jurídica sustantiva, es decir, sobre la pretensión o pretensiones hechas valer en el proceso.

Como ejemplos de esta clase de autos tenemos a los que aprueban una transacción, el desistimiento de la pretensión, una conciliación.

Ahora bien, en nuestro proceso de ejecución –denominado proceso único de ejecución– las contradicciones (oposiciones) se resuelven a través de autos, los cuales se equiparan a una sentencia por cuanto al resolver la contradicción (oposición) se pronuncian sobre la pretensión del ejecutado, la misma que radica en restarle mérito ejecutivo o desvirtuar al supuesto título ejecutivo que sirve de base para el proceso de ejecución.

Además, en el supuesto que no haya contradicción (oposición), el juez deberá emitir un auto ordenando llevar adelante la ejecución (art. 690-E del CPC); hay quienes señalan que en dicho caso el juez no resuelve nada al no existir contradicción (oposición) y, por tanto, no debería denominársele auto, sino que sería un decreto lo que emitiría el juez.

Nosotros no podemos adherirnos a dicha doctrina, en primer lugar porque es el propio legislador quien ha denominado a dicha resolución como auto.

En segundo lugar, como dice la mejor doctrina:

“(...) la providencia interlocutoria no ata de manera definitiva al funcionario judicial. Este aspecto no tiene reglamentación expresa en ningún ordenamiento positivo, pero en algunas ramas está implícitamente reconocido y en las otras se infiere de la naturaleza de la decisión, pues ese tipo de proveído es parte integral de un todo que persigue determinado fin, (...). Es factible, en consecuencia, que el funcionario judicial profiera una decisión equivocada en una providencia interlocutoria, que no es susceptible de ser revocada de manera directa si no media la proposición del recurso por la parte interesada, pero que no impide rectificarla o dejarla sin efecto al dictar la sentencia, máxime si contradice la decisión que se impone tomar en esta (...). Puede citarse como ejemplo la sentencia que dicta en el ejecutivo cuando el documento acompañado a la demanda no es idóneo para instaurar ese tipo de proceso y el demandado o ejecutado no invoca la excepción correspondiente, porque el juez en

ella debe negar seguir adelante la ejecución por ausencia del título respectivo” (CAMACHO, 2002: pp. 349-350).

En efecto, cuando no existe contradicción (oposición) en el proceso de ejecución, el juez debe volver a revisar el título ejecutivo de oficio y si revisado nuevamente verifica que el mismo cumple con todos sus requisitos y tiene mérito ejecutivo, emitirá el auto ordenando llevar la ejecución forzada debido a que subsisten los motivos por los cuales emitió el mandato ejecutivo.

4. CONCLUSIONES

- Los decretos son aquellas resoluciones judiciales por las cuales se impulsa el proceso y contra ellas solo cabe interponer recurso impugnatorio de reposición.
- Las resoluciones que declaran consentida o ejecutoria una sentencia o un auto definitivo son decretos y no cabe recurso de apelación contra ellos.
- Los autos son aquellas resoluciones en las que resuelve las peticiones de las partes a través de actos de ordenación o decisorios; por ello, los autos se clasifican en interlocutorios y autos definitivos.
- Los autos interlocutorios son aquellos donde el juez se pronuncia sobre la petición de las partes sin pronunciarse sobre la pretensión o pretensiones hechas valer en el proceso.
- Los autos definitivos son aquellos que tienen fuerza de sentencia y donde el juez sí se pronuncia sobre las pretensiones hechas valer en el proceso.
- Los autos que resuelven las contradicciones (oposiciones) en el proceso único de ejecución son autos definitivos.
- Los autos que ordenan llevar adelante la ejecución al no existir contradicción (oposición), no deben ser considerados como decretos, ya que allí el juez vuelve a verificar al título ejecutivo y como tales son autos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CAMACHO, Azula (2002): *Manual de Derecho Procesal - Teoría general del proceso*, vol. 1. Bogotá: Temis; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal - Hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch; QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARELLANO, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*. México D.F: Porrúa; CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Madrid: Revista de Derecho Privado; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2009): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ, Juan y BARONA, Silvia (2012): *Derecho jurisdiccional - Parte general*, 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; ORTELLS, Manuel y PASTOR, José (2011): "Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales". En: Manuel Ortells (dir.). *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; ROSENBERG, Leo (1955): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 1. Buenos Aires: EJEA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión, pueden ser declarativas de derechos, constitutivas de derechos y de condena. Las dos primeras, con solo declarar fundada una demanda, llenan la finalidad del proceso, pues con tal declaración el orden jurídico alterado queda restablecido, mientras que la sentencia de condena impone al vencido una prestación de dar, hacer, no hacer creando un título ejecutivo judicial que puede ser ejecutado, aun por la fuerza (en ejercicio del *ius imperium*) contra el condenado (*Cas. N° 1752-99-Cajamarca*).

La sentencia exterioriza una decisión jurisdiccional del Estado, consta en un instrumento público y es la materialización de la tutela jurisdiccional que llena su función al consagrar un derecho mediante una declaración afirmada de que la relación sustancial discutida se encuentra en los presupuestos legales abstractos y, como consecuencia de ello, establece una norma concreta para las partes, de obligatorio cumplimiento. El legislador produce la ley, que es una norma abstracta, a partir de la cual el juez, en la sentencia, produce una norma concreta aplicable a las partes en el proceso (*Cas. N° 1296-99-Lima*).

Artículo 121
(último párrafo)

Decretos, autos y sentencias

(...)

Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o 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 de la relación procesal.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 num. 5; C.P.C. arts. II, 50 inc. 6, 119 a 125, 157 inc. 8, 317, 318, 362, 363, 365, 385, 453, 690-E; C. de P.P. arts. 284, 285; C.P. Const. arts. 17, 22; C.D.I.P. art. 394; L.P.A.G. art. 186; L.O.P.J. art. 266 incs. 6 y 8.

César Higa Silva

En el tercer párrafo de esta norma se establecen varios conceptos que conviene analizar separadamente a efectos de realizar una mejor interpretación, que sea, además, concordante con otras normas del mismo cuerpo normativo.

Un primer punto a tener en cuenta es el concepto de *cuestión controvertida*. La identificación y redacción clara y precisa de la cuestión sobre la que discrepan las partes resulta clave para resolver el caso. Es a partir de la identificación de los puntos controvertidos que las partes deberán ofrecer sus argumentos y pruebas a efectos de que el caso sea resuelto a su favor. Asimismo, la fijación de estos puntos determina qué argumentos y medios probatorios resultarán relevantes para el caso. Todos aquellos argumentos o medios probatorios que no proporcionen información o contribuyan a resolver las cuestiones controvertidas no deberán ser admitidas. Ello, sería una pérdida de tiempo y, además, se convertiría en una distracción respecto de lo que sí es materia de discusión en el caso. Por esa razón, resulta clave que el juez redacte, de manera clara y precisa, cuáles son los puntos en los que las partes discrepan.

Una vez que las partes han ofrecido sus argumentos y pruebas sobre cada una de las cuestiones controvertidas, el juez deberá pronunciarse sobre cada uno de ellos, a efectos de determinar cuál de las partes tiene razón sobre las materias controvertidas. Al realizar esa actividad, el juez deberá analizar y contrastar los argumentos ofrecidos por las partes e indicar expresamente por qué acepta ciertos argumentos y rechaza otros. No solo basta con que indique que acepta determinadas razones, sino que debe indicar por qué rechaza otras. De esa manera, el juez muestra que ha analizado y evaluado los argumentos de las partes.

Al redactar la sentencia, el juez deberá indicar expresamente lo siguiente:

- i) Cuáles son los puntos controvertidos.
- ii) Cuáles son los argumentos y pruebas ofrecidos por cada parte respecto de cada punto controvertido.

- iii) Cómo analizó cada argumento ofrecido por las partes.
- iv) Por qué aceptó unos y rechazó otros.
- v) Finalmente, cuál es su decisión sobre cada punto controvertido.

El cuadro que se muestra a continuación podría serle de utilidad al juez al redactar, analizar, evaluar y decidir sobre cada una de las cuestiones en discusión. Asimismo, un cuadro de este tipo también podría resultarle didáctico a las partes y al juez al poder visualizar cuáles son los argumentos planteados en el caso por las partes.

Redacción de la cuestión controvertida "X"			
Partes	Descripción de los argumentos	Análisis y evaluación	Decisión
Argumentos de "A"			
Argumentos de "B"			

Finalmente, cabe mencionar que si el juez se pronuncia sobre la validez de la relación jurídica procesal, es importante que le dé a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre ese punto. En este caso, si el cuestionamiento de la validez de la relación jurídica procesal proviene del mismo juez, resulta necesario que él mismo le indique en qué consiste dicho cuestionamiento a efectos de que las partes se pronuncien sobre ello. De esta manera, se garantiza el derecho de defensa de las partes. Luego, una vez que las partes han planteado sus argumentos, se puede seguir el mismo procedimiento que se ha seguido para el análisis de las cuestiones controvertidas sustantivas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARELLANO, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*. México D.F: Porrúa; CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Madrid: Revista de Derecho Privado; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2009): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ, Juan y BARONA, Silvia (2012): *Derecho jurisdiccional - Parte general*, 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; ORTELLS, Manuel y PASTOR, José (2011): "Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales". En: Manuel Ortells (dir.). *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; ROSENBERG, Leo (1955): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 1. Buenos Aires: EJE.

Artículo 122

Contenido y suscripción de las resoluciones

Las resoluciones contienen:

1. *La indicación del lugar y fecha en que se expiden;*
2. *El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden;*
3. *La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;*
4. *La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. 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;*
5. *El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso;*
6. *La condena en costas y costos y, si procediera, de multas, o la exoneración de su pago; y*
7. *La suscripción del juez y del auxiliar jurisdiccional respectivo.*

La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requieren cumplir con lo establecido en los incisos 3, 4, 5 y 6, y los autos del expresado en el inciso 6.

La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive.

En primera y segunda instancias, así como en la Corte Suprema, los autos llevan media firma, y las sentencias firma completa del juez o jueces, si es órgano colegiado.

Cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, solo será necesaria la conformidad y la firma del número de miembros que hagan mayoría relativa.

Los decretos son expedidos por los auxiliares jurisdiccionales respectivos y serán suscritos con su firma completa, salvo aquellos que se expidan por el juez dentro de las audiencias. ()*

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 num. 5; C.P.C. arts. 40, 120, 121, 125, 128, 136, 155, 406, 407, 412; C. de P.P. art. 288; L.A. art. 56; L.P.T. art. 31; L.O.P.J. arts. 1, 259 inc. 5, 266 inc. 16.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 27524 del 06/10/2001.

Percy Howell Sevilla Agurto

1. INTRODUCCIÓN

La norma objeto de comentario regula la estructura que debe tener cualquier clase de resolución judicial, algunos de estos requisitos, en caso de ser incumplidos por el juzgador no acarrearían y están sujetos a los recursos de aclaración (art. 406 del CPC) y de corrección (art. 407 del CPC).

“Requisitos de los actos procesales son los componentes de los mismos, establecidos por la ley, a los que debe ajustarse su realización en concreto para producir los efectos normales” (ORTELLS y PASTOR, 2011: p. 376).

La indicación del lugar y fecha en que son emitidas o expedidas las resoluciones es importante tanto para saber si es o no el juez competente, además tiene que ver con los plazos a que está sujeto el juez para emitir sus resoluciones.

En la práctica, vemos que la mayoría de las resoluciones tienen fecha anterior a la realmente emitida, es decir, son firmadas por el juez con posterioridad y las mismas para ser consideradas como emitidas deben ser suscritas, de lo contrario no tendrían existencia jurídica.

Además se dice que las resoluciones que no cumplieran con los requisitos estipulados en el artículo bajo comentario serán nulas, lo cual es completamente errado y absurdo, ya que como hemos señalado al inicio, la falta de alguno de estos requisitos no acarrea la nulidad.

A continuación, analizaremos qué requisitos son cuestiones de ineludible cumplimiento y ante su falta deviene la nulidad de las resoluciones y que otros no acarrearán nulidad pudiendo ser subsanados.

2. REQUISITOS SUBSANABLES

En el inciso 1 se señala que toda resolución debe contener *la indicación del lugar la fecha de su emisión*.

Se dice que “por regla general los actos procesales deben realizarse en el local del órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso del que aquellos actos forman parte. Esto es obvio para los actos del juez, del secretario judicial y del personal auxiliar (...)” (ORTELLS y PASTOR, 2011: p. 379).

En cuanto a la fecha, como ya habíamos adelantado, esto está referido al tiempo o plazos que debe ceñirse el juez a fin de no dilatar el proceso, el mismo

que debería circunscribirse por los plazos establecidos legalmente, aunque en la práctica ello sea una odisea.

“La ley regula el tiempo de los actos procesales en atención a diversos criterios, pero sobre todo a uno que constituye, además, un derecho fundamental: el derecho a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas” (ORTELLS y PASTOR, 2011: pp. 380-381).

Si en una resolución judicial no se consignara el lugar o la fecha, dicha omisión no acarrearía nulidad y la misma puede ser subsanada a través del recurso de corrección, por tanto, la falta de cualquiera de ambos requisitos es pasible de subsanación.

En el inciso 2 se indica que las resoluciones judiciales deben contener el *número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden*, esto es un tema de orden que deben seguir las resoluciones y el propio juzgador, además permite identificar las resoluciones que pueden resultar importantes como en el caso de interponer algún recurso impugnatorio contra alguna de ellas.

La falta de este requisito es perfectamente subsanable y no amerita sanción de nulidad, y a través del recurso de corrección se podrá completar o corregir dicho error.

En el inciso 4 se indica que otro de los requisitos que deben contener las resoluciones judiciales es *la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos*; el inciso 5 señala que también deben contener *el plazo para su cumplimiento, si fuera el caso*; y, además, el inciso 6 enfatiza que en el caso de las sentencias o autos definitivos, dichas resoluciones deben contener *la condena en costas y costos y, si procediera, a través de autos interlocutorios la condena de multas; o la exoneración de su pago*.

Ahora bien, cuando el legislador se ha referido a la expresión clara y precisa de los que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos, obviamente se está refiriendo a la sentencia como resolución judicial que se pronuncia sobre la pretensión o cualquier auto definitivo que se asemeja a ella, si lo que se decir u ordena no es claro, pues las partes tienen la posibilidad de solicitar al juez que subsane este error a través del recurso de aclaración que precisamente es concebido para que este aclare algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella; por tanto, la falta de este requisito es perfectamente subsanable y no acarrea nulidad, salvo que el juez rechace el pedido de aclaración y las partes puedan interponer el recurso impugnatorio que corresponde (como la apelación) y así buscar la nulidad de la resolución.

En el supuesto de que en la resolución se ordene algo y el juez haya omitido colocar el plazo para su cumplimiento y además el apercibimiento en caso se incumpla, las partes pueden solicitar el recurso de corrección a fin de que el juez complete la resolución en dicho extremo, ya que todo requerimiento exige tener un plazo para su cumplimiento y su incumplimiento amerita una sanción. Evidentemente, si no hay plazo para el cumplimiento, no podría aseverarse que se ha incumplido; siendo esto así, la falta de este requisito también es subsanable y no acarrea nulidad.

Lo mismo ocurre con la condenas en costas y costos procesales, así como en la condena o exoneración de multas.

En efecto, el juez debe señalar en la sentencia o algún auto definitivo cuál de las partes es la condenada al pago de las costas y costos procesales, y aunque la regla general señale que es la parte vencida la que debe asumir dichos gastos (art. 412 del CPC), es posible que el juez exonere a dicha parte del pago de las mismas en virtud de las incidencias ocurridas en el proceso, por ello, siempre deberá existir pronunciamiento expreso al respecto, al igual que cuando el juez multa o exonera de las multas impuestas a las partes, la falta de dichos pronunciamientos no acarrea nulidad y dichas omisiones pueden ser subsanadas a través del recurso de corrección.

3. REQUISITOS INSUBSANABLES

En el inciso 3 se señala que toda resolución judicial debe contener "La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicable en cada punto, según el mérito de lo actuado".

Tanto para los autos como para las sentencias, el juez tiene la obligación de motivarlas, de lo contrario dicha resolución sería nula. Motivar significa explicar, de acuerdo a lo actuado en el proceso, por qué se opta por una u otra decisión. Para que el juez llegue a una decisión ha tenido que evaluar si los hechos son verdaderos o falsos, de considerarlos verdaderos aplicará la norma que corresponda.

El juez tiene la obligación de sujetarse al mérito de lo actuado, es decir, únicamente a lo actuado en el proceso y no puede tomar en consideración externalidades que no estén en el expediente, ello viciaría la resolución.

Con esto se busca evitar la arbitrariedad que podría existir si el juez no tuviera la obligación de motivar sus resoluciones; entonces, la falta de motivación—la cual tiene diversas manifestaciones—hace que las resoluciones judiciales sean nulas y, por tanto, debe considerársele como un requisito insubsanable.

Además, en el inciso 7 se refiere a la suscripción del juez o auxiliares de justicia respecto a las resoluciones. Al respecto, podemos señalar que aquellas resoluciones que no fueran suscritas conforme señala esta norma no son nulas, sino que no existen en el plano jurídico, por tanto, devendrían en inexistentes.

En efecto, para que el acto jurídico-procesal –resolución judicial– tenga existencia debe estar suscrito conforme a los parámetros establecidos en este inciso; una vez suscrito recién tendrá vida la resolución judicial.

Siendo esto así, en este punto no podemos hablar de nulidad de la resolución judicial, sino de inexistencia de la misma, lo que implica que la falta de suscripción de las resoluciones judiciales sea un requisito insubsanable.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ORTELLS, Manuel; PASTOR, José (2011): “Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales”. En: Ortell, Manuel, (dir.). *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARELLANO, Carlos (2005): *Teoría general del proceso*. México D.F: Porrúa; CAMACHO, Azula (2002): *Manual de Derecho Procesal - Teoría general del proceso*, vol. 1. Bogotá: Temis; CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Madrid: Revista de Derecho Privado; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2009): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal - Hacia una teoría y ley procesal generales*. Barcelona: Bosch; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; MONTERO, Juan; GÓMEZ, Juan y BARONA, Silvia (2012): *Derecho jurisdiccional - Parte general*, 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (2000): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. Bogotá: Temis.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La motivación es esencial en los fallos, ya que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, ya que a través de su aplicación efectiva se llega a una recta impartición de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto los errores que puede haber cometido el juzgador. La verificación de una debida motivación solo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la ley la solución judicial y si se exponen las consideraciones que fundamentan las subsunciones del hecho, bajo las disposiciones legales que aplica (...) Ello, indudablemente solo es posible en la medida en que la sentencia contenga la necesaria fundamentación de los hechos debidamente acreditados, que subsumidos en el supuesto hipotético que prevé la norma jurídica, resulta posible establecer los efectos jurídicos que deriven de la verificación del supuesto hipotético en la realidad (*Cas. N° 5667-2007-Puno*).

Artículo 123**Cosa juzgada**

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

- 1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o*
- 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.*

La cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2, 139 num. 13; C.P.C. arts. 92, 123, 178, 328, 337, 344, 355 a 405, 407, 446, 470, 513, 517; C.P. Const. art. 6; L.A. arts. 59, 62.

A. Flavio Saavedra Dioses**1. INTRODUCCIÓN**

A diferencia de la Ley de Enjuiciamientos Civiles española, nuestro CPC no ha sido muy generoso con esta institución jurídica procesal que constituye uno de los pilares del principio de seguridad jurídica y de la paz social en justicia, regulándola en un único artículo.

A pesar de ello, al comentar el presente dispositivo legal se buscará analizar cada uno de los temas que se derivan de la cosa juzgada, así como su desarrollo doctrinario y jurisprudencial, a fin de que el lector pueda tener una visión más amplia de esta institución, la misma que no se reduce únicamente a lo contemplado en el artículo 123 del CPC.

Además, se deberá tener en cuenta que la cosa juzgada es una figura procesal ampliamente regulada por otros ordenamientos jurídicos y, sin embargo, en nuestro país no se le ha brindado un mayor estudio, pese a tener grandes efectos prácticos en el quehacer diario de los operadores jurídicos, practicidad y utilidad que se espera alcanzar con el análisis a los comentarios que se han realizado con respecto a este dispositivo legal.

2. DEFINICIÓN, FUNDAMENTO Y CARACTERÍSTICAS

La cosa juzgada puede ser definida como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a aquellas resoluciones judiciales que se pronuncien sobre el fondo del asunto, en cuanto declaran la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto, otorgándoles la fuerza que el ordenamiento jurídico da a los resultados obtenidos en un proceso y que conlleva a que sean inalterables y obligatorios para las partes, esto es, inatacables.

Existen dos formas de atacar un resultado procesal: a) *directamente*, impugnando la decisión judicial en el mismo proceso en que ha recaído, a través del sistema de recursos; y, b) *indirectamente*, promoviendo la apertura de un nuevo proceso sobre la misma materia en el que puede llegarse a un resultado incompatible con el obtenido en el anterior.

La cosa juzgada puede tener dos sentidos: el primero, en el que la *res iudicata* puede ser definida como aquel “estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones que han sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso”. Y el segundo, la cosa juzgada es la “expresión que designa unos determinados efectos de ciertas resoluciones judiciales, [y entre ellos], el principal efecto de la principal resolución procesal, que es la sentencia definitiva sobre el objeto de un proceso (...) Los efectos designables como ‘cosa juzgada’ están ligados, como esos dos términos indican, a una determinada materia o, lo que es igual, son predicables solo respecto de un objeto” (GOLDSCHMIDT, 1925: p. 255; DE LA OLIVA, 2005: pp. 94-95).

Para otros autores (CLARIÁ OLMEDO, 1989: pp. 280-300), la cosa juzgada no es propiamente un efecto de la sentencia, sino una *cualidad* atribuida a la firmeza adquirida por ella al no poder ser ya impugnada.

Desde mi punto de vista, concuerdo con DE LA OLIVA, puesto que, independientemente de los sentidos que puedan darse a la cosa juzgada, tanto como estado jurídico –o cualidad– o como efecto, todos ellos son predicables solo respecto de un mismo objeto: la principal resolución judicial. Sin embargo, *nuestro Código Procesal Civil recoge la postura de CLARIÁ OLMEDO*, esto es, *la cosa juzgada como cualidad atribuida*, en los propios términos regulados en el artículo 123 del CPC.

El fundamento de la cosa juzgada es la seguridad jurídica, puesto que existe la necesidad de dar estabilidad a las resoluciones judiciales en lo concerniente al derecho sustancial como al procesal. Por tanto, se busca la “extinción” de la acción con su ejercicio en un determinado proceso, lo que impide su renovación en otro, salvo cuando la ley lo autorice expresamente. Sin embargo, esto último responde al llamado efecto negativo de la cosa juzgada; pero no se debe olvidar al efecto positivo de la misma, el cual también da estabilidad a la resolución judicial,

abriéndose un nuevo proceso mediante una pretensión conexas, con la finalidad de no emitir sentencias contradictorias, al respetarse lo ya juzgado por el juez anterior.

Dentro de las características de la cosa juzgada se puede decir que es: 1) *inimpugnable*.- no hay medio impugnatorio contra ellas, ya sea porque el ordenamiento jurídico no lo ha contemplado en una determinada instancia, o porque habiéndolos, precluyó el plazo para interponerlos; 2) *inmutable e inmodificable*.- ninguna autoridad puede modificar los términos de la sentencia, sea por el mismo órgano jurisdiccional que la expidió o cualquier otro; 3) *coercibilidad*.- eventualidad de que la sentencia sea sometida a ejecución forzada.

Se dice que *el carácter de inmutable* de la cosa juzgada contempla *tres excepciones*: a) la nulidad de cosa juzgada fraudulenta; b) la corrección; y, c) el indulto (en materia penal). Sin embargo, –y dejando de lado a este último, el cual es una potestad del Presidente de la República atribuida por la propia Constitución, concederle la libertad al reo condenado por una sentencia penal–, estos no son una excepción, pese a lo regulado por el artículo 123 del CPC, debido a que *la solicitud de corrección* solo procede para rectificar errores materiales u ortográficos dentro de una resolución; y, por otro lado, *la nulidad de cosa juzgada fraudulenta* solo procede cuando se ha vulnerado alguna garantía jurídica procesal, por lo que el resultado de dicho proceso –esto es, la sentencia– es nulo; por tanto, para que una resolución judicial tenga el carácter de cosa juzgada, esta debe ser el producto del respeto a las garantías del debido proceso.

El artículo 123 del CPC no resuelve todos los problemas derivados del mismo. Por su redacción en el primer párrafo podemos entender que *la cosa juzgada es una cualidad atribuida por el ordenamiento (y no un efecto)* cuando la resolución cumple dos requisitos: 1) la no procedencia contra ella de otros medios impugnatorios que los ya resueltos (cumpliéndose de esta manera la primera característica: *la inimpugnabilidad*); y 2) la renuncia de las partes a interponer medios impugnatorios (dicho requisito debería dejarse de lado al ya no regularse la llamada “casación por salto” mediante la cual las partes renunciaban expresamente al recurso de apelación en aquellos procesos civiles donde se discutían derechos disponibles, para luego ser resueltos en la Corte Suprema) o dejar transcurrir los plazos sin formularlos (esto último refiere a la figura jurídica procesal de *la preclusión*, la cual es completamente distinta de la cosa juzgada).

En el segundo párrafo del artículo en comentario se expresa: “La cosa juzgada solo alcanza a las *partes y a quienes de ellas deriven sus derechos*. Sin embargo, se puede extender a *los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes* o a *los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes*, si hubieran sido citados con la demanda”. Por tanto, los efectos de la cosa juzgada (con ello se reafirma que la cosa juzgada es un estado o cualidad atribuida por el ordenamiento

jurídico, la misma que produce unos efectos) solo se producen entre quienes fueron *partes del proceso* (no se hace referencia a una identidad entre personas físicas actuantes en el proceso, sino a una identidad entre las partes, aunque varíe su posición procesal) en el que se dictó la sentencia y a determinadas personas relacionadas con aquellas. No obstante, se debe recordar que *hay casos en los cuales si se ven afectados terceros*, quienes han sido absolutamente extraños al litigio en aquellas sentencias que versan sobre materias de estado civil, matrimonio, filiación, maternidad e incapacidad, casos que el CPC no ha tomado en cuenta.

Cuando el Código refiere a “los terceros *cuyos* derechos dependen de los de las partes” (los derechos de los terceros dependen de los derechos de las partes) y a “los terceros *de cuyos* derechos dependen los de las partes” (los derechos de las partes dependen los de los terceros) se está pronunciando respecto a que la cosa juzgada también se extiende, en primer lugar, a determinados sujetos que formalmente son distintos a los del primer proceso, pero que resultan idénticos a efectos de considerar la cosa juzgada (por ejemplo, los herederos y causahabientes de las partes); y, en segundo lugar, a aquellos sujetos, no litigantes, titulares de derechos que fundamentan la legitimación de las partes (aquellos sujetos, que siendo titulares de la relación jurídica, no han intervenido en el proceso por no estar legitimados para ello); todos ellos siempre y cuando hubiesen sido *citados* con la demanda.

Por último, el ya antes mencionado artículo 123 del CPC prescribe en su tercer párrafo: “La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es *inmutable* (se reconoce la segunda característica de la cosa juzgada), sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 [nulidad de cosa juzgada fraudulenta] y 407 [corrección] (artículos que como ya se mencionó anteriormente, no constituyen excepciones a la cosa juzgada)”.

3. LA COSA JUZGADA COMO PRINCIPIO

Uno de los objetos de estudio del Derecho Procesal es el proceso, el mismo que tiene dos finalidades: *una inmediata*, por la que se busca una solución al conflicto de intereses intersubjetivos planteados ante el órgano jurisdiccional; y *otra mediata*, por la que se busca la paz social en justicia. Esta última solo va a poder ser cumplida cuando el pronunciamiento judicial no admita ningún cuestionamiento, es decir, cuando los obligados con este la cumplan, ya sea de manera espontánea o a través de la facultad coercitiva del Estado (MONROY GÁLVEZ, 2007: pp. 184-185), cuestión que solo va a poder obtenerse si se le da estabilidad a dicha resolución judicial mediante la autoridad de cosa juzgada.

Se debe preferir la expresión “pronunciamiento judicial” debido a que este puede encontrarse tanto en la parte considerativa como resolutive de una sentencia,

ya sea de manera expresa o implícita, al ser producto de un juicio o razonamiento lógico del juez; y, por ende, protegido con el carácter de cosa juzgada; por el contrario, la expresión “decisión judicial” implica un pronunciamiento expreso, el mismo que siempre se va a encontrar en el fallo o parte resolutive (SAAVEDRA DIOSSES, 2012: p. 159).

4. COSA JUZGADA: ¿EXCEPCIÓN PROCESAL O MATERIAL?

La cuestión planteada pertenece a una discusión meramente dogmática entre la teoría procesal y la teoría material de la cosa juzgada que, sin embargo, tiene gran relevancia práctica en nuestro ordenamiento jurídico positivo; las mismas que serán tratadas con mayor profundidad en un apartado posterior.

Las excepciones son mecanismos de defensa que tiene el demandado para denunciar la existencia de una relación jurídica procesal inválida debido a una pretensión defectuosa u omisión de un presupuesto procesal o de una condición de la acción (excepción procesal); o atacar directamente el título que sirve de fundamento (ya sea de hecho o de derecho) a la pretensión del actor, con la afirmación de otros hechos (distintos a los hechos de la demanda, los cuales han sido válidamente aceptados por el demandado) cuya eficacia jurídica se muestra impeditiva, modificatoria o extintiva de aquella relación jurídica sustantiva cuya constitución no se negó (excepción material o defensa de fondo) (tal como lo sostiene, por ejemplo, CLARIÁ OLMEDO, 1989: pp. 303-349).

Conforme lo regula el artículo 446 inciso 8 del CPC, la cosa juzgada es una *excepción procesal*, por lo que, “el demandado pretende evitar que se dicte sentencia sobre un asunto que (...) ya ha sido resuelto en forma definitiva en otro proceso anterior. [Es excepción] porque se trata de hechos nuevos que aporta el demandado en su contestación con el fin de obtener su absolución, en este caso en la instancia. [Y es procesal] porque no se fundamenta en preceptos sustantivos, sino en una norma procesal que impide celebrar procesos (...) sucesivos referidos a un mismo objeto procesal” (BANACLOCHE PALAO; GASCÓN INCHAUSTI; DE LA OLIVA (dir.) 2000: p. 272).

Sin embargo, si se toma en cuenta la teoría material de la cosa juzgada, podríamos llegar a la conclusión de VELLANI al expresar que “[esta] impide no solo reconstruir de manera diversa el hecho [que ha sido puesto en conocimiento del juez], sino sobre todo remontarse directamente a las fuentes, para deducir de ellas una regulación diversa entre las partes, (...) [y] en cuanto a la relación sustancial deducida en juicio, el fallo (la cosa juzgada), constituye la única fuente o título de regulación a que las partes se deben ya referir y que todo futuro juez debe respetar” (VELLANI, 2002: p. 38).

Por tanto, se puede llegar a la conclusión de que la cosa juzgada, al ser considerada una excepción –independientemente de la naturaleza procesal o material de la misma–, ya de por sí tiene un régimen jurídico procesal, puesto que esta ha de ser interpuesta dentro de un proceso por el demandado. No obstante, si tenemos en cuenta que los hechos alegados por el demandante –a pesar de que sean coincidentes con el mundo fáctico en los que se suscitaron– contradicen de forma diversa a la reconstrucción hecha por el juez en una sentencia –la misma que se encuentra investida con autoridad de cosa juzgada–, el demandado podría fácilmente interponer una defensa de fondo (parecida a una excepción material de nulidad de acto jurídico o compensación), puesto que se está atacando directamente los preceptos sustantivos derivados del título que sustenta la pretensión del demandante.

5. ALCANCE, EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

El artículo 123 del CPC establece que la cosa juzgada alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. También a terceros cuyos derechos dependen los de las partes y a terceros de cuyos derechos dependen los de las partes.

Excepcionalmente, hay sentencias que producen efectos de cosa juzgada frente a todos, incluso de quienes han sido absolutamente extraños al litigio, esto es, *erga omnes*. Se trata de sentencias que versan sobre el estado civil, el matrimonio, la filiación, la maternidad, la paternidad, y capacidad.

Para que una sentencia goce de autoridad de cosa juzgada es preciso que entre el primer proceso y el posterior se dé la concurrencia de tres elementos comunes (los cuales forman parte del análisis del test de la triple identidad en la cosa juzgada), los mismos que determinan, a su vez, los límites de los efectos de la *res iudicata*: a) *subjetivo*. Personas que han sido parte en ese proceso; b) *objetivo*. Identidad de la cosa u objeto e identidad de la *causa petendi*; y c) *temporal*. Elementos fácticos nuevos que no son susceptibles de considerarse como modificativos de la situación enjuiciada y, a la vez, no comprendidos en la eficacia de cosa juzgada. Límites que a continuación pasaremos a detallar.

5.1. Límite subjetivo

No puede haber cosa juzgada para uno y no para otros. Por tanto, si la sentencia, por error, se pronunció faltando alguna de las partes (demandante, demandado y terceros intervinientes) viene a resultar ineficaz respecto a todos (si fuese desfavorable) o a beneficiarlos a todos (si fuese favorable), mientras dure el plazo para que dicha resolución judicial pueda ser cuestionada. Recordemos que el ordenamiento jurídico prevé unos mecanismos de defensa para impugnar aquella resolución que no cumpla con los requisitos exigidos en el CPC, por lo que al *precluire*

el plazo para interponerlos por la parte que fue obviada en juicio, esta resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada, independientemente de si fue favorable o desfavorable para todos.

Los efectos de la cosa juzgada solo se producen entre quienes fueron partes del proceso en el que se dictó la sentencia y a determinadas personas con aquellas (y excepcionalmente frente a todos, es decir, frente a quienes han sido absolutamente extraños al litigio en aquellas sentencias que versan sobre materias de estado civil, matrimonio, filiación, maternidad e incapacidad). Por ende, se exige una identidad de partes —que coincide con una identidad de posiciones—, mas no una identidad de personas físicas actuantes en el proceso.

5.2. Límite objetivo

La cosa juzgada opera cuando el objeto del primer pleito es idéntico al del segundo. Para que dos pretensiones sean idénticas es necesario que los elementos de la pretensión (objeto y causa petendi) confluyan.

En cuanto el objeto, la cosa juzgada preserva a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente. Por ejemplo, si la sentencia condena a la restitución del bien y nada dice sobre el pago de frutos, debe entenderse que el demandado quedó absuelto de ellos.

En cuanto a la *causa petendi*, no pueden alegarse nuevas pruebas en contra de la cosa juzgada cuando la causa es la misma. Pueden cambiar los hechos circunstanciales, mas no los hechos esenciales que forman el título alegado, el mismo que sirve de fundamento a lo que se pretende en juicio. Así, la declaración contenida en la sentencia se funda en la situación de hecho existente *en el momento preclusivo* de las posibilidades de alegación.

5.3. Límite temporal

Si han sucedido hechos nuevos y distintos (con relación al fundamento de las pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen), se altera la situación de hecho tenida en cuenta por el juez en la sentencia, y respecto a ellos, en consecuencia ya no es posible alegar la cosa juzgada, siendo susceptibles de tenerse en cuenta en un nuevo pleito posterior.

Se deben utilizar todos los materiales fácticos que se quiera de entre todos los concernientes al caso *antes del momento "x"*, porque los que pudieran ser utilizados

antes de ese momento y no lo fuesen, después se enfrentarán inútilmente contra la cosa juzgada (*regla de la preclusión*).

Por tanto, es relevante *determinar el momento "x"*, para saber cuál de esos elementos fácticos es relevante para la comparación entre: *res iudicio deductae* (las cosas llevadas a cosa juzgada), *res iudicata* (cosa juzgada), y *res iudicanda* (cosa juzgada material).

6. COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL

Para algunos autores (NIEVA FENOLL, 2006: pp. 79-92), esta distinción entre cosa juzgada formal y material no existe; se trata, por el contrario, de una nueva desvirtuación de las ideas de Savigny con el objeto de crear unas categorías completamente artificiales que resultan totalmente inconducentes: "Piénsese que Savigny no distinguió nunca entre los dos tipos de cosa juzgada, sino que simplemente, (...) consideró que la sentencia tenía relevancia formal, refiriéndose a la actividad de las partes y del juez y en la forma y contenido de la sentencia, y relevancia material, con respecto al derecho discutido en el proceso".

Por el contrario, para DE LA OLIVA (2005: pp. 94-105), dicha distinción —ciertamente clásica— no carece de sentido, por identidad con otras nociones (v. gr. con la preclusión), sino que posee un sentido o contenido propio, y ya por ello debe ser considerada.

Se dice que la cosa juzgada formal recae en aquella sentencia o resolución judicial que es inimpugnable, pero no inmutable. Por ende, no puede ser impugnada en el mismo proceso, pero sí puede ser modificada en un momento posterior.

Así, nuestra Corte Suprema en la Casación N° 4255-2012-Lima casó la sentencia recurrida, por cuanto el *ad quem* no había advertido que el primer proceso *no constituye cosa juzgada material*, sino *cosa juzgada formal* al haber subsanado el demandante el error formal antes incurrido (que fue tomado en cuenta por el juez de segunda instancia en el proceso primigenio), esto es, notificar nuevamente la cláusula resolutoria en los domicilios de la emplazada especificados en el contrato de compraventa mediante las cartas notariales de fecha 5 de junio de 2007; sostener lo contrario, implicaría dejar desprotegido al propietario, pues se le estaría limitando su derecho de restitución a la propiedad.

Sin embargo, en un análisis a la mencionada casación se concluyó que la Corte de Casación peruana ha resuelto acertadamente, pero con exiguos argumentos y con un gravísimo error alegado expresamente en su sentencia "la cosa juzgada formal a diferencia de la cosa juzgada material, permite al demandante poder subsanar el error que dio origen a que en un primigenio proceso se desestime la demanda",

pues no toma en cuenta la figura jurídica procesal de la preclusión, dado que la cosa juzgada formal no sirve para darle una nueva oportunidad al demandante de subsanar errores que debió prever en su oportunidad, so pretexto de proteger el derecho de propiedad del demandante, en detrimento del principio constitucionalmente protegido de la preservación de la seguridad jurídica (todo proceso en un momento tendrá que acabar a fin de poder gozar de la paz social en justicia: finalidad mediata del proceso civil), sino para permitir su modificación (en un proceso posterior y por un órgano jurisdiccional distinto al que emitió el pronunciamiento judicial primigenio) cuando nuevos datos fácticos sustanciales hayan aparecido, pero que no pudieron (por una imposibilidad fáctica, por ejemplo) alegarse en su momento (SAAVEDRA DIOSES, 2014: pp. 269-278).

Así, la cosa juzgada formal se predica de aquellas resoluciones judiciales firmes, es decir, aquellas cuya sustitución por otra, dentro del mismo proceso, resulta totalmente imposible. Es la fuerza que adquieren en determinado momento las resoluciones judiciales, haciéndolas inalterables *en el mismo proceso en el que se han dictado*. Esta puede tener dos causas distintas: la primera, si la ley no prevé recurso alguno contra la resolución de que se trate; y la segunda, porque, aun admitiéndolo, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado, tal como lo prevé el propio artículo 123 del CPC.

Ahora, debe tenerse en cuenta que para algunos autores (MONTERO AROCA, 1989: pp. 136-157), la cosa juzgada y la firmeza son dos conceptos claramente diferenciados, y *niega que la sentencia produzca efecto de cosa juzgada formal*, pues si la cosa juzgada se produce en el proceso mismo en que la resolución se dicta y afecta al desarrollo posterior del mismo, vinculando al tribunal a lo ya decidido, parece obvio que la misma no puede ser producida por las resoluciones que pongan fin al juicio.

Empero no se menciona tal diferencia clara entre la cosa juzgada formal y la firmeza, añadiendo, por mi parte, una diferencia más entre estos dos conceptos y la inimpugnabilidad. En mi opinión, *la cosa juzgada formal vincula al tribunal de esa instancia que la expidió, por lo que produce efectos ad intra y debe ser respetada* (efecto positivo) debido a su efectividad y obligado sometimiento a lo dispuesto en la resolución con fuerza de cosa juzgada, con la consecuente necesidad de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni proveer dispersa o contrariamente a ello. Por otro lado, *la firmeza y la inimpugnabilidad constituyen los efectos negativos de la cosa juzgada formal*, y se diferencian en que *la primera* implica la imposibilidad de que dicha resolución judicial –expedida por el órgano jurisdiccional– pueda ser sustituida por otra distinta; mientras que *la segunda* implica simplemente la imposibilidad de impugnar dicha resolución. Además, se debe tener en cuenta que los tres conceptos anteriormente expuestos se diferencian de *la definitividad*, es

decir, que una resolución judicial será definitiva si es que pone fin a la instancia, independientemente si se tratase de primera o segunda instancia.

Por otro lado, se dice de la *cosa juzgada material*, que presupone la *cosa juzgada formal*, como aquella fuerza que está revestida una resolución judicial, principalmente la sentencia, cuando no puede ser atacada en otro proceso; es decir, es inimpugnable dentro del mismo e inmodificable en un momento posterior. Por tanto, el resultado procesal no puede ser atacado ni siquiera indirectamente, esto es, iniciando un nuevo proceso sobre la misma problemática, lo que impide que: a) una discusión jurídica sea prolongada indefinidamente; y, b) que las resoluciones y sentencias sean contradictorias o que se reiteren injustificada e irracionalmente.

Sin embargo, para NIEVA FENOLL la cosa juzgada formal tiene el mismo objetivo: preservar el juicio ya emitido, puesto que la misma implica la inimpugnabilidad de la sentencia, así como la inmutabilidad o imposibilidad de ser modificada por el propio órgano jurisdiccional que la ha dictado.

Al mencionado autor no le falta razón, puesto que si la cosa juzgada material presupone a la formal con *el plus* de darse los efectos no solo *ad intra* proceso sino también extra proceso, implícitamente se estaría cuestionando la utilidad de la cosa juzgada formal. Empero, opino en contra de este razonamiento facilista, aunque lógico, basándome en aquellas sentencias que versan sobre pensión de alimentos.

Si terminado un proceso de alimentos mediante sentencia firme, inimpugnable y ejecutoriada, ¿por qué posteriormente dicha resolución judicial puede ser modificada e incluso suprimida si se apertura otro proceso judicial de modificación o extinción de pensión de alimentos, puesto que, precisamente, las circunstancias del alimentante o del alimentista han cambiado?; ¿se podría considerar dicha resolución judicial como cosa juzgada material?; pero ¿y el carácter de inmodificable y la imposibilidad de abrir nuevo proceso sobre lo ya decidido, como efecto extra proceso de la cosa juzgada material? Pues estas interrogantes se solucionan acudiendo a la figura de la cosa juzgada formal. La sentencia se ha pronunciado respecto al fondo del asunto: “fundada la demanda, por tanto, el demandante deberá cumplir con el pago de s/X nuevos soles por concepto de de pensión de alimentos”; y dicho pronunciamiento requiere de estabilidad, empero, para ello se han tenido en cuenta determinadas circunstancias (por ejemplo, la necesidad del demandante, su edad, su condición de estudiante, la posibilidad económica del demandado para cumplir con la pensión de alimentos), las mismas que si cambian (por ejemplo, alguno de los alimentistas dejaron de ser menores de edad, o se casaron y dejaron de estudiar, o el demandado empezó a trabajar en otro centro laboral donde gana mucho menos que en su anterior trabajo) influirán directamente sobre la sentencia ya emitida, tanto en el monto a pagar como en la propia existencia de ese derecho a recibir una pensión de alimentos.

Se me podría objetar diciendo que este tipo de sentencias no tienen carácter de cosa juzgada, puesto que siempre existirá la posibilidad de que dicha resolución pueda ser nuevamente revisada y modificada. Sin embargo, dicho argumento no tiene asidero debido a que esto provocaría una inseguridad jurídica en nuestro ordenamiento al no ponerse fin a la discusión sobre este determinado tema. Cosa juzgada, sí, pero *cosa juzgada formal*, y he ahí su utilidad: una sentencia firme, definitiva, inimpugnable dentro del mismo proceso, pero modificable en uno posterior.

A modo de conclusión se puede resumir las diferencias entre la cosa juzgada formal y la material. La primera produce efectos en el mismo proceso en que la resolución se dicta, mientras que los efectos de la cosa juzgada material se proyectan hacia el exterior, a otros procesos distintos y posteriores, y conlleva que el juez que conoce de ellos se encuentre vinculado a lo que sobre el fondo se haya resuelto en el anterior proceso. La cosa juzgada formal se predica de toda clase de resoluciones judiciales (decretos, autos y sentencias); por el contrario, la cosa juzgada material solo es predicable de una concreta y determinada resolución judicial que se pronuncia sobre el fondo del conflicto de intereses intersubjetivos: la sentencia.

7. PROPUESTA DE DIEZ PASOS A SEGUIR A FIN DE DETERMINAR SI A UN PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO LE ASISTE COSA JUZGADA FORMAL O MATERIAL

Se propone una serie de pasos que el aplicador del Derecho deberá seguir a fin de determinar si a un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto de un conflicto de intereses intersubjetivos le asiste la cosa juzgada formal o material:

- a) Identificar (número de expediente, órgano jurisdiccional competente y materia sobre el que versa) los dos procesos en cuestión: a) el *proceso primigenio*; y, b) el *proceso posterior*.
- b) Identificar el pronunciamiento judicial y la *ratio decidendi* esgrimidos en el *proceso primigenio* que se quiere determinar si se encuentra revestido con la calidad de cosa juzgada formal o material.
- c) Determinar los *elementos constitutivos* de ambos procesos: elemento subjetivo (partes procesales), elemento objetivo (pretensión) y la *causa petendi* (los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan mi pretensión).
- d) Determinar si existen *nuevos datos fácticos* que fueron tomados en cuenta en el proceso posterior y no en el primigenio.
- e) Determinar el *limite temporal* de esos nuevos datos fácticos en el proceso primigenio.

- f) Aplicar *la regla de preclusión*: a) si la supera, esos nuevos datos fácticos pueden ser tomados en cuenta en un proceso posterior; y, b) si no la supera, esos nuevos datos fácticos debieron alegarse y sustentarse en el momento oportuno, por lo que no podrán ser tomados en cuenta en un proceso posterior.
- g) Determinar si esos nuevos datos fácticos –que han superado la regla de preclusión– son *accidentales* (que pese a tenerse en cuenta en un proceso posterior no cambiarían en nada el pronunciamiento judicial del proceso primigenio) o *sustanciales* (que si son tomados en cuenta en un proceso posterior cambiarían el pronunciamiento judicial primigenio).
- h) Determinar *si es válida la modificación* del pronunciamiento judicial del proceso primigenio en el proceso posterior, esto es, si no hay vulneración de defensa de terceras personas o nuevas partes procesales que debería ser comprendidas en el nuevo proceso judicial.
- i) Si es válida la modificación, el pronunciamiento primigenio estará revestido del carácter de *cosa juzgada formal*.
- j) Si no es válida la modificación, el pronunciamiento primigenio estará revestido del carácter de *cosa juzgada material*, por lo que no deberá admitirse un pronunciamiento judicial posterior.

8. FUNCIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

Hay quienes, admitiendo la eficacia de la preclusión respecto de lo que pudiendo ser alegado no se alegó, sostienen que esos elementos no alegados no configuran la cosa juzgada; y hay otros que sencillamente afirman que lo no juzgado no puede estar en el ámbito de la cosa juzgada.

Existe una máxima jurídica que establece: “La cosa juzgada solo comprende lo juzgado”. Pero ¿qué es lo juzgado?; ¿lo establecido en la parte resolutive de una sentencia o también en la considerativa?; ¿tendrá efectos de cosa juzgada lo que se pudo y era razonable alegar, pero no se alegó; o ello es producto de la preclusión?

La preclusión es una institución jurídica procesal distinta de la cosa juzgada, pero tienen entre sí una íntima relación. Esta se da cuando el litigante deja transcurrir el plazo que la ley le otorga para subsanar el vicio en que ha incurrido el juez al momento de pronunciarse en una sentencia, debido a la inactividad de la parte procesal al no haber recurrido a la misma, cuya consecuencia es la imposibilidad

de poder sanear dicho defecto o vicio ni volver a ejercitar la demanda porque la preclusión no es temporal sino definitiva; mientras que, la cosa juzgada se produce cuando ese vicio, efectivamente, fue denunciado, pero se le niega al justiciable, y la sentencia deviene en firme; consagrándose dicho pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada.

La función negativa o excluyente de la cosa juzgada material puede ser definida como una consecuencia del principio *non bis in idem*, es decir, la imposibilidad de volver a decidir sobre la ya resuelto, lo cual no solo evita una nueva sentencia, sino también un nuevo proceso. Por otro lado, *la cosa juzgada formal* también tiene una función negativa, la cual implica impedir que se replantee, en el mismo proceso e instancia en que ha recaído una resolución firme, la resolución que fue resuelta en ella (DE LA OLIVA, 2005: p. 108).

La función positiva o prejudicial puede ser definida como aquella que establece que una primera resolución (revestida del carácter de cosa juzgada) deba servir necesariamente de base a la segunda, por ende, “si el proceso segundo no es, en sustancia, una reproducción del primero, pues sus objetos esenciales son o parecen ser distintos, el tribunal de ese proceso posterior, en el caso de que formen parte esencial del asunto que ha de resolver elementos ya discernidos o decididos en sentencia firme anterior recaída respecto de los mismos sujetos, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola, por el contrario, como indiscutible punto de partida” (DE LA OLIVA, 2005: p. 109 y ss.).

Al igual que en la función negativa, la cosa juzgada formal también cumple una función positiva, la misma que “implica obligar al tribunal que dicta la resolución con autoridad de cosa juzgada a obrar, en el mismo proceso e instancia, conforme a lo decidido en esa resolución” (DE LA OLIVA, 2005: p. 109).

9. EL TEST DE LA TRIPLE IDENTIDAD EN LA COSA JUZGADA

A fin de determinar si existe cosa juzgada entre un proceso concluido y uno en trámite es que se realiza el denominado *test de la triple identidad*, el cual se configura sobre tres elementos: a) el elemento subjetivo o *eadem personae*; b) el elemento objetivo o *eadem res*; y, c) la *causa petendi* o *eadem causa petendi*. Es necesario que estos tres elementos se encuentren de manera idéntica o conexas tanto en el primer proceso como en el proceso posterior, a fin de que resulte fundada la excepción procesal de cosa juzgada.

9.1. Análisis del elemento subjetivo o *eadem personae*

Lo que se busca es determinar si existe una identidad subjetiva, analizando si entre los dos procesos han intervenido las mismas partes procesales (demandante y demandado) aunque haya variado su posición procesal.

9.2. Análisis del elemento objetivo o *eadem res*

En el análisis de la identidad objetiva, los elementos a comparar no son los objetos de los dos procesos, sino el objeto de la cosa juzgada y el objeto del proceso posterior.

El objeto de la cosa juzgada comprende todo lo jurídicamente realizado por la actividad jurisdiccional de la sentencia firme del primer proceso, es decir, tanto el objeto principal del proceso (la pretensión en sí) como su objeto accesorio (el pronunciamiento respecto a alguna excepción material propuesta dentro del proceso); mientras *el objeto del proceso posterior* comprende todo lo fáctico o material que se pone o está frente al órgano jurisdiccional y al litigante contrario (su objeto principal) que es donde se interpuso la excepción de cosa juzgada (DE LA OLIVA; FERNÁNDEZ, 1992: pp. 197-211).

Por tanto, el objeto de la *res iudicata* que se pretende proteger constitucionalmente no siempre coincide con el objeto del proceso posterior —que es aquel al que se le quiere poner término, puesto que, el pronunciamiento judicial que vaya a dar, ya fue “objeto” de pronunciamiento en un proceso anterior—. Si existe identidad entre estos dos elementos, se aplicará la función negativa de la cosa juzgada, pero si resultan ser conexos, se aplicará la cuestión prejudicial o cosa juzgada en su función positiva.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que no existe prohibición legal alguna que lo alegado por el demandado vía excepción jurídica material o defensa de fondo (por ejemplo, la nulidad del contrato) en un determinado proceso, pueda ser luego recurrido vía acción pretendiéndose la declaración de nulidad del contrato. Situación distinta es en el Derecho comparado, donde la regulación de la Ley de Enjuiciamientos Civiles española, la cual en su artículo 408 numeral 3, afirma que la sentencia que en definitiva se dicte habrá de pronunciarse sobre la alegación de compensación o nulidad tendrá “fuerza de cosa juzgada”.

En definitiva, lo que deberá determinarse es si el objeto de la cosa juzgada del primer proceso contiene el objeto del proceso posterior, existiendo, por tanto, identidad en este elemento objetivo.

9.3. Análisis del elemento *causa petendi* o *eadem causa petendi*

Así como se ha tenido en cuenta el objeto de la cosa juzgada y el objeto del proceso posterior, deberá tenerse en cuenta los fundamentos o *causa petendi* de cada uno de estos.

La *causa petendi* del objeto de la cosa juzgada pueden ser: el fundamento del objeto principal y/o el fundamento de la excepción jurídico-material en caso de plantearse. Por tanto, al compararse con la *causa petendi* del objeto del proceso posterior se deberá observar si es la misma "*causa petendi* de una de las *causa petendi*" del objeto de la cosa juzgada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BANACLOCHE PALAO, Julio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2000): "El tratamiento de las cuestiones procesales en la audiencia previa al juicio". En: Andrés De la Oliva (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1/2000*. Madrid: Aranzadi; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1989): *Derecho Procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1989; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Aranzadi; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Araceros; GOLDSCHMIDT, J. (1925): *Der Prozess als Rechtslage*. Berlín; MONROY, Juan (2007): *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra; MONTERO AROCA, Juan (1989): *Derecho jurisdiccional (Parte general)*, vol. I, 2ª ed. Barcelona: Bosch; NIEVA FENOLL, Jordi (2006): "Precisiones sobre el concepto y estudio de la cosa juzgada. Esencia de la institución estudiada". En: *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier; SAAVEDRA DIOSES, A. Flavio (2012): "La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva". En: *Ita Ius Esto*, N° 7; SAAVEDRA DIOSES, A. Flavio (2014): "¿Cómo distinguir la cosa juzgada formal de la material? Una propuesta de diez pasos a tener en cuenta". En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N° 13; VELLANI, Mario (2002): "Naturaleza de la cosa juzgada". En: *Serie obras selectas del Derecho Procesal*, vol. 2. Milán: Editorial Jurídica Universitaria y la Asociación de Investigaciones Jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): "Los actos unilaterales de disposición y cosa juzgada". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 1; NIEVA FENOLL, Jordi (2006): *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier; VELLANI, Mario (2010): "La cosa giudicata di Antonio Segni in un inedito aggiornamento". En: *Memorie Scientifiche, Giuridiche, Letterarie dell'Accademia nazionale di Scienze Lettere e Arti di Modena*. Serie VIII, vol. XIII, fasc. I; VILELA CARBAJAL, Karla Patricia Maribel (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra. Colección Jurídica, Universidad de Piura.

Artículo 124**Plazos máximos para expedir resoluciones**

En primera instancia, los decretos se expiden a los dos días de presentado el escrito que los motiva y los autos dentro de cinco días hábiles computados desde la fecha en que el proceso se encuentra expedito para ser resuelto, salvo disposición distinta de este código. Las sentencias se expedirán dentro del plazo máximo previsto en cada vía procedimental contados desde la notificación de la resolución que declara al proceso expedito para ser resuelto.

En segunda instancia, los plazos se sujetarán a lo dispuesto en este código.

Los plazos en la Corte Suprema se sujetan a lo dispuesto en este código sobre el recurso de casación.

El retardo en la expedición de las resoluciones será sancionado disciplinariamente por el superior jerárquico, sin perjuicio de las responsabilidades adicionales a las que hubiera lugar.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. II, 50 inc. 3, 121, 141, 147, 211, 376, 377, 391, 395, 408, 478 inc. 12, 491 inc. 11, 555, 690-C, 690-E, 691, 754; L.O.P.J. art. 140.

Hebert A. Saldaña Saavedra

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, estamos ante un artículo que, por su propio contenido relativo a los plazos procesales, que, teóricamente, son los que rigen para la expedición de las resoluciones judiciales, suscita *comprensible escepticismo* en el foro y, por supuesto, de los justiciables. Ellos, desde una primera aproximación a la norma glosada (léase, *primer párrafo*), contrastada esta última con la realidad procesal que perciben a diario en los juzgados y tribunales, quedan decepcionados y sorprendidos por una regulación que no se cumple, esto es, sin correlato alguno en la práctica.

Consideramos que si bien dicha regulación puede contener un propósito loable con la finalidad de establecer reglas destinadas a *acelerar* los procesos judiciales en nuestro medio, sin embargo, el efecto generado es otro, muy distinto, que incide directamente sobre la imagen del Poder Judicial, con lo cual la percepción que, sobre tan importante servicio público —que es la justicia— tiene la ciudadanía es ostensiblemente negativa. Esto lo vemos así reflejado en las diversas encuestas que, año tras año, se publican y difunden en medios respecto al nivel de aceptación de nuestras instituciones públicas, entre ellas el Poder Judicial.

En tal sentido, con la finalidad de *concretizar* en la práctica los plazos procesales del proceso civil, sin *dilaciones forzadas*, pensamos que la regulación referencial como la aquí comentada es un primer paso al que deben, necesariamente, sumarse medidas administrativas (léase, de gestión) *concretas y complementarias*, basadas, por ejemplo, en el *uso más intensivo y eficiente* de las herramientas que la modernidad nos brinda abrumadoramente (nos referimos a las TIC, las denominadas tecnologías de la información y comunicación), *armonizándolas con nuestra realidad* y, en el marco de nuestros procesos judiciales, como por ejemplo con la implementación de la notificación electrónica *obligatoria* y, en todo caso, *focalizada o gradual*, conforme al distinto nivel de *conectividad* de nuestras regiones. Al respecto, no basta el dictado de más normas, tales como la Ley N° 30229 que adecúa el uso de las tecnologías de información y comunicación en el sistema de remates judiciales y en los servicios de notificaciones de las resoluciones judiciales, entre otros, así como la Ley N° 30293, derivada de la anterior, que modifica diversos artículos del código bajo comentario. Lo que interesa es su implementación en la práctica, la que amerita, a nuestro entender y dada su trascendencia, ser *coordinada* con los colegios profesionales vinculados al quehacer de la justicia, en especial, los colegios de abogados.

Esa sola medida ya puesta en ejecución, hablando en términos procesales, contribuiría a reducir aquel *tiempo muerto* que se produce lamentablemente entre las diversas fases de todo proceso, esencialmente entre el dictado de una resolución y su notificación; tiempo que atenta contra su dinamicidad (*principio de celeridad*), por lo que la implementación de las notificaciones a través de la red reducirían tales falencias de nuestro sistema procesal, así como las no infrecuentes (y maliciosas) articulaciones que se formulan frente a las (tan discutibles) notificaciones todavía *presenciales* o, si se quiere, *tradicionales*, que hasta la fecha tenemos y, ciertamente, padecemos.

Sin embargo, como bien se ha dicho, no todo proceso judicial célere puede garantizar, *per se*, el dictado, en su debido momento (*criterio de oportunidad*), de resoluciones judiciales (PEYRANO, 1978: p. 257 y ss.), en tanto problemática recurrente de los diversos sistemas de justicia, pero queda claro que sería un evidente y necesario factor de cambio y mejora.

2. DERECHO, TIEMPO Y PROCESO

El tiempo es una variable importante para el Derecho. Ahora bien, los hechos y los actos jurídicos en general tienen *cierto sentido de validez atemporal* (ALZAMORA, 1987: p. 339), mas no en el ámbito del Derecho Procesal. En ese sentido, definirlo o delimitar su relación con el ámbito de lo jurídico es un tópico complejo que escapa a los alcances de este artículo; sin embargo, en términos procesales

bastará decir que el tiempo ya *juridizado* es lo que se denomina plazo legal, en tanto y en cuanto una norma le otorgue consecuencias jurídicas relativas, en este caso, a una determinada actuación o acto procesal, cuyo principal problema se vincula a la *duración del proceso* (Véscovi, 1984: p. 283). Por tanto, consideramos que los plazos legales no pueden ser analizados solo en abstracto, a partir simplemente de *lo regulado*, sino en contraste con la realidad, en función al cumplimiento o no de ellos.

3. LOS PLAZOS PARA EL DICTADO DE LOS DECRETOS Y AUTOS

Durante la tramitación en primera instancia, el código adjetivo prescribe claramente que los decretos se expiden a los *dos días* de presentado el escrito que los impulsa y, a su turno, los autos *dentro de cinco días hábiles*, computados desde la fecha en que el proceso se encuentra expedito para ser resuelto, salvo disposición distinta del CPC.

Nótese a primera vista que los días son disímiles, pues mientras para los decretos se estipula un plazo de dos días, sin ninguna precisión respecto a qué tipo de días son los que se deben computar, para los autos, en cambio, sí se precisa que los cinco días son hábiles.

Sin embargo, esta última regla es la que rige para ambos tipo de resoluciones, a partir de una interpretación sistemática del CPC, conforme a los artículos 141 y 147, relativos a los días y horas hábiles y al cómputo de los plazos, respectivamente, donde se estipula que son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados, y que para el cómputo de los plazos procesales no se consideran los días inhábiles.

Ahora bien, los decretos, tal como se describen funcionalmente en el artículo 121 del CPC, son aquellas providencias o resoluciones con las cuales el juez impulsa o activa el proceso, siendo de mero trámite, carente, por tanto, de complejidad decisoria alguna, a diferencia de los autos que sí importan un acto motivado y resolutivo propiamente dicho del juez. La razón de ello es que se pronuncia respecto a los actos procesales bajo su ámbito competencial o con relación a las incidencias promovidas o suscitadas en el decurso del proceso, luego de que el proceso se encuentre expedito para ser resuelto, por ejemplo, previo traslado a la contraparte para que exprese lo conveniente, según lo estime o no necesario a sus intereses.

4. LOS PLAZOS PARA SENTENCIAR EN PRIMERA INSTANCIA

Mención aparte merece el tema del plazo que tiene el juez para emitir sentencia, el cual está en función a los plazos máximos previstos para cada vía

procedimental, computados desde la notificación del clásico *tráiganse para sentenciar*, esto es, la resolución que declara que el proceso se encuentra expedito para ser resuelto, dictada tras la conclusión de la audiencia de pruebas, conforme lo regula el artículo 211 del CPC.

Así, *en principio*, tenemos que considerar los siguientes plazos máximos que el CPC prevé: i) *proceso de conocimiento*: dentro de los cincuenta días (art. 478, inc. 12 del CPC); ii) *proceso abreviado*: dentro de los veinticinco días (art. 491, inc. 11 del CPC); en ambos casos luego de concluida la audiencia antes mencionada; iii) *procesos sumarísimos*: al término de la audiencia única, lo que debería ser la regla, sin embargo, *excepcionalmente*, el juez puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días computados desde la conclusión de la referida y concentrada audiencia, según la complejidad o no de la materia controvertida (art. 555, *in fine*, del CPC); y, iv) *procesos no contenciosos*: al resolverse la contradicción formulada y también, *excepcionalmente*, el juez puede reservar su decisión por un plazo no mayor de tres días contados desde la conclusión de la audiencia, en este caso, de actuación y declaración judicial (art. 754, párrafo segundo del CPC).

Asimismo, cabe señalar que en el marco de las disposiciones generales del proceso único de ejecución tenemos la figura del auto, *homologado a sentencia*, conforme a las Casaciones N° 306-99/Lima y N° 1627-99/Huánuco, publicadas el 18 y 28 de diciembre del año 1999, respectivamente, con el cual justamente se pone fin a su tramitación (art. 691 del CPC) sea desestimando o amparando la ejecución promovida, y en este último caso, ordenando llevar adelante la fase propiamente ejecutiva, antes simplemente apercebida con el mandato ejecutivo (art. 690-C del CPC), dentro de ese específico proceso de corte sumarial –acorde con su naturaleza satisfactiva de un derecho ya declarado, contenido en el título ejecutivo– habida cuenta que, en caso de requerirse la actuación eventual de medios de prueba, la diligencia se conduce bajo las reglas de la Audiencia Única (art. 690-E del CPC). En consecuencia, es factible deducir que el plazo para dictar *aquel singular auto*, será el mismo que se estipula para los procesos sumarísimos, en los términos y por las razones antes indicadas.

5. LOS PLAZOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El enunciado normativo bajo comentario se limita a *remitirnos* a los diversos supuestos que pueden darse durante la tramitación, en segunda instancia, de todo proceso judicial.

En ese sentido, se aprecian los siguientes supuestos: i) *con relación a la apelación de autos con efectos suspensivos*: dentro de los cinco días siguientes a la

vista de la causa (art. 376, *in fine*, del CPC); ii) *con relación a la apelación de autos sin efecto suspensivo*; quince días hábiles de haber quedado la causa al voto, tras la vista, aunque prorrogables por similar plazo por el presidente de la sala, si alguno de los jueces superiores lo solicita, por lo general el ponente (art. 377 del CPC, concordante con el art. 140 de la LOPJ). Cabe indicar respecto a estos dos primeros supuestos que si bien el artículo 132 de la LOPJ prescribe que el informe oral *solo* procede en caso de apelación, consultas o casación de sentencias o resolución que pone fin al proceso, también lo es que en el segundo párrafo dispone una *razonable y pertinente excepción*, según la cual, *en (todos) los demás casos*, el informe oral *solo* es procedente si es solicitado por el abogado del patrocinante y concedido por mayoría de los miembros de la sala, enfatizando, que ello se daría en función a la *trascendencia* del grado (la apelación), por ejemplo, de su incidencia en el principal, pero con una limitante, según dé cuenta el presidente al Colegiado, decisión que es inapelable. Es decir, se señala en dicha norma los pasos que se deben seguir a los efectos de abogar, en ese particular contexto, por la causa que se defiende, apelando a una figura que bien podría invocarse en determinados casos, justificados por las circunstancias; iii) *con relación al trámite de consulta*; dentro de los cinco días siguientes tras la vista de la causa (art. 409, penúltimo párrafo, del CPC); y, iv) *con relación a la apelación de sentencias de mérito o de primera instancia*: quince días de haber quedado la causa al voto, tras la vista, aunque prorrogables por similar plazo por el presidente de la sala, si algunos de los vocales lo peticiona, lo que constará en la resolución final (art. 377 del CPC, concordante con el art. 140 de la LOPJ).

6. LOS PLAZOS ANTE LA CORTE SUPREMA

Los plazos máximos para emitir resoluciones por parte de la Corte Suprema, acorde con la actual regulación del recurso extraordinario de casación, podemos subdividirlo de la forma siguiente: i) *con relación a la expedición del auto calificador de casación*; que es el examen de procedencia o no del recurso contra una resolución o sentencia de vista o de segunda instancia, el código adjetivo no contempla plazo procesal alguno para ello (art. 391, primer párrafo, del CPC); y, ii) *con relación a la expedición de la sentencia casatoria*; dentro de los cincuenta días contados desde la realización de la vista de la causa (art. 395 del CPC).

7. ¿SE CUMPLEN LOS PLAZOS ANTES MENCIONADOS?

La respuesta es por demás evidente; interrogante que estaba ya esbozada cuando decíamos líneas arriba que, *en principio*, los plazos procesales, aun siendo estimativos, que eran los que pasábamos a analizar, simple y llanamente no se cumplen. En efecto, los plazos aludidos resultan alejados de la *práctica jurisdiccional*

cotidiana y, por supuesto, de los usuarios del sistema de justicia, lo cual es innegable, debido a factores múltiples, entre ellos, la conocida *sobrecarga procesal*, que acaso es la causa más relevante y preponderante de dicha problemática, altamente sensible para el litigante, aunque también viene al caso resaltar que la *dilación indebida* suele ser usada como (impropia, desde luego) defensa por una de las partes.

8. CONSECUENCIAS DEL RETARDO EN LA EXPEDICIÓN DE LAS RESOLUCIONES

La norma glosada señala una prescripción que, por lo regular, tampoco se cumple en la práctica cuando dispone que el retardo en la expedición de las resoluciones será sancionado por el superior jerárquico (v. gr.: Sala Superior respecto a los juzgados de primera instancia, y estos últimos frente a los juzgados de paz letrados), por lo que consideramos que resulta ser una *regulación innecesaria*, pues el mismo apartado precisa que la anterior sanción es sin perjuicio de las responsabilidades *adicionales* a las que hubiere lugar. Estamos, pues, ante una sobrerregulación.

Siendo ello así, consideramos que hubiere bastado con delimitar la responsabilidad administrativa disciplinaria, sin perjuicio, como se estila regular, de las responsabilidades de orden civil o penal que, por lo demás, fluyen de la propia Ley N° 29277, Ley de Carrera Judicial (art. 43), que se alude implícitamente, en cuyo caso corresponderá a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (OCMA) y, en su caso, a sus oficinas descentralizadas en los distintos distritos judiciales, la que de oficio últimamente, o a instancia de parte (los justiciables), promueva las acciones preventivas y de control necesarias para evitar que se presenten situaciones de retardo injustificado en la impartición concreta y oportuna de justicia o sancionar cuando se denuncien y comprueben. Retardo que se encuentra tipificado como *falta leve* en el artículo 46 de la Ley acotada, incisos 2 y 6.

Ahora bien, a nivel de Derecho Procesal comparado, vemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 211, num. 2), simplemente, en lo que atañe a la morosidad en la expedición de las resoluciones judiciales, prescribe que: “La inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, a (sic) no mediar justa causa, que se hará constar en la resolución”. Con esta regulación se denota y cumple con el *principio de especialidad de funciones* a fin de que sea el control interno del órgano jurisdiccional el que se encargue de supervisar y sancionar las inconductas funcionales que se denuncien, investiguen y corroboren, sin perjuicio de una pertinente función preventiva, enfocado, como es de esperar, a impulsar una deseable mejora continua en la impartición de justicia.

Por lo demás, se aprecia que la sobrecarga procesal no es (ni puede ser), *en todos los casos*, causa de justificación objetiva en el retardo en la expedición de

las resoluciones judiciales en nuestro medio, dado que puede deberse también a la falta de un adecuado manejo y control efectivo del despacho judicial por parte del juez, u otros *factores exógenos* que compete, por supuesto, al órgano de control analizar en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1987): *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*. Lima, 3ª ed.; PEYRANO, Jorge W. (1978): *El proceso civil, principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá, Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERRER GUILLÉN, Jordi (2011): "Proceso y nuevas tecnologías". En: VV.AA. *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*. Madrid: La Ley; MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

Artículo 125 | **Numeración**

Las resoluciones judiciales serán numeradas correlativamente en el día de su expedición, bajo responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 3; C.C. art. 2011; C.P.C. arts. 50 inc. 3, 122 inc. 2, 136; L.O.P.J. arts. 263 inc 8, 266 inc. 16.

Hebert A. Saldaña Saavedra

1. INTRODUCCIÓN

El dictado de una resolución judicial está dado por el necesario orden y secuencia lógica que todo proceso judicial presupone en tanto cadena de actos y actuaciones, donde el acto procesal antecedente y el consecuente se vinculan bajo una imperiosa *unidad correlativa* de hechos y consecuencias, esencial para la regularidad del proceso, evitándose así la *inseguridad y confusión* (ALZAMORA, 1987: p. 341).

2. LA CORRECTA NUMERACIÓN DE LAS RESOLUCIONES COMO IMPERIOSA NECESIDAD DURANTE LA SECUELA DEL PROCESO

La regulación anotada se refiere a un aspecto eminentemente formal (VÉSCOVI, 1984: p. 266), pero particularmente *necesario* debido a que la secuencia cronológica que todo proceso judicial, de suyo, conlleva el *avance ordenado* de sus diversas etapas o fases. En tal sentido, la numeración de las resoluciones garantiza que haya un cabal conocimiento que tal o cual resolución específica cuenta con un determinado contenido y que además –he ahí lo relevante– tal numeración la *identifica e individualiza* plenamente frente al resto de resoluciones que obran en el expediente.

Dicho dato es importante cuando, por ejemplo, el órgano jurisdiccional dispone la inscripción registral de una resolución (bajo la forma de parte judicial) y, al efectuarse la correspondiente calificación del título, resulta evidente que se procederá a verificar la concordancia entre el *mandato judicial* y la *resolución judicial* que lo contiene, a los efectos de procederse a su anotación, es decir, se requiere de una mínima (y congruente) formalidad entre tales extremos.

Caso contrario, de presentarse alguna discrepancia respecto a la resolución que contiene el mandato o alguna otra duda a dicho respecto (discordancia, por

ejemplo, entre el oficio y la resolución, respecto a la numeración que contiene el mandato judicial), el registrador podrá solicitar razonablemente, en dicho supuesto, las *aclaraciones* o, de ser el caso, la *información complementaria* que precise para la idónea calificación y ulterior registro del título (en este caso judicial), conforme así lo prescribe el artículo 2011 del CC.

3. RELACIÓN ENTRE LA FECHA DE LA RESOLUCIÓN Y SU NUMERACIÓN

Por otro lado, numerar las resoluciones judiciales implica *inexorablemente* consignar el día en que ha sido, cuando menos, *redactada*, mas no necesariamente suscrita, como se da en la práctica y se entiende del propio tenor de la regulación glosada, pues funcionalmente tenemos que el proyecto del contenido de las resoluciones (v. gr.: decretos o autos) es presentado ante el juez o colegiado (superior o supremo), según corresponda, a través del conocido *despacho*, mediante el cual el secretario de juzgado o el relator de sala dan cuenta de las providencias a dictar, bien sea de oficio o a instancia de parte, en uno u otro caso, para la prosecución de la causa en giro, conforme a lo normado en el artículo 266, inciso 16 y artículo 263, inciso 8 de la LOPJ, respectivamente.

En ese sentido, resultaría completamente ilógico que en una resolución posterior respecto a una ya emitida se consigne una fecha anterior a la que aparece en la resolución que la precede. Ello denotaría una clara irregularidad, pasible de ser alegada y, en su caso, investigada, tal como seguidamente lo veremos.

4. LA INCORRECTA NUMERACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA AFECTACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA

Desde una lectura o *interpretación intrasistemática* –como podemos denominarla– del CPC, tenemos que el artículo 122, inciso 2, sanciona con una nulidad *ipso facto* la hipótesis de una *incorrecta numeración*, dado que podría generar una situación eventualmente lesiva, como sería el hecho de que se promueva un medio impugnatorio contra un determinado auto (léase, resolución) de denegatoria de una excepción, cuando en rigor le corresponde un número distinto. Pese a ello, se opta *prudentemente* –antes que promover una rectificación de dicho error– por interponer el recurso de apelación respectivo.

En tal supuesto, estaremos ante un acto procesal *defectuoso o viciado* que es sancionado con nulidad por expresa regulación de la norma antes acotada, toda vez que no se puede precisar, con la debida certeza, el *número exacto* de la resolución judicial que causa agravio que es, precisamente, materia de impugnación.

Consideramos que dicha situación *limita injustificadamente*, por defecto de numeración de la resolución impugnada, el derecho de defensa dado que estaremos aparentemente ante una notificación regular, pero que en estricto adolece de un vicio evidentemente formal, con implicancias lesivas de la situación jurídica de una de las partes.

Sobre dicho particular, como bien lo ha precisado el Tribunal Constitucional en su STC Exp. N° 5871-2005-AA/TC, el derecho de defensa "(...) se proyecta (...) como un *principio de contradicción* de los *actos procesales* que pudieran *repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso* o de un tercero con interés (...) *La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso*, propio de una *democracia constitucional* que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores".

Y agrega el supremo intérprete de la Constitución, en la STC Exp. N° 03844-2009-PA/TC, sobre el tópico de la notificación y el derecho de defensa, que:

"La posibilidad de su ejercicio presupone, *en lo que aquí interesa*, que quienes participan en un proceso judicial para la *determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas* tengan conocimiento, previo y oportuno, *de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar*, a fin de que tengan la *oportunidad* de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan (v. gr. interponer medios impugnatorios).

(...)

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

Nótese así la *directa incidencia* que puede tener el hecho de que se haya incurrido en una *defectuosa numeración* de la resolución que contiene el acto procesal que se objeta (vinculada por supuesto al *acto de notificación*), sobre el principio-derecho del debido proceso, regulado en el artículo I del Título Preliminar del CPC, así como en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, cuya *posterior subsanación* por el órgano jurisdiccional no podría enervar, de plano, el hecho de haber sido impugnada, dentro del plazo de ley, conforme fue notificada.

En tal supuesto, consideramos que bien podría dejarse subsistente la apelación promovida en aras de que la *excesiva formalidad* no afecte el ejercicio del derecho de contradicción. En efecto, tal corrección de la numeración de la resolución

mantendrá lo decidido, pero que ya fue impugnada. Esta corrección no podría determinar, a nuestro juicio, la afectación al ejercicio del derecho de defensa (ya ejercido) por la parte procesal que *diligentemente* promovió un medio de impugnación, dentro del plazo de ley, y conforme a la resolución *que le fuera cursada*, con un determinado número en ese momento asignado, por lo que el hecho de haber apelado una *resolución distinta* a la que realmente le causa agravio, suscitada por el propio órgano jurisdiccional, no sería razonable que afecte su interés de parte, menos aún podría admitirse que una inatenta *formalidad interpretativa* importe vaciar de contenido los *finés trascendentes* del proceso a los que siempre debemos recurrir e invocar desde la defensa, dado que la primera guarda una relación instrumental respecto al segundo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1987): *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*. Lima, 8ª ed.; VÉSCovi, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis.

Artículo 126 | Indelegabilidad

El juez atenderá personalmente el despacho judicial, durante el horario que establece la ley.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 1; C.P.C. arts. V, 1, 122, 147, 151, 162; L.O.P.J. arts. 124, 132, 156, 184 inc. 7, 247, 259 incs. 4 y 6, 263 incs. 1, 3 y 4, 266 inc. 7.

Hebert A. Saldaña Saavedra

1. INTRODUCCIÓN

La función jurisdiccional que en la práctica ejerce cotidianamente el juez (o tribunal) se vincula con el acto procesal *que consiste en la aplicación de la ley* al caso particular (ALZAMORA, 1987: p. 153), que dilucida la controversia y que se activa ante el no cumplimiento *espontáneo* del derecho objetivo (ROCCO, 1969: p. 148). Esta actuación, a través de la competencia, definida como la medida de la jurisdicción, se expresa de modo tal que estamos ante un *acto reglado*, es decir, sujeto a fases preestablecidas, y últimamente, por así decirlo, correctamente *constitucionalizado*, como garantía mínima para una adecuada tutela jurisdiccional e impartición de justicia civil, privativa del Estado.

Ahora bien, una noción que de suyo se complementa a una aproximación al amplio tópico de la jurisdicción es la que sostiene que se trata, además, de un *servicio público*, de carácter *esencial* en nuestro medio, y como tal debe ser desplegado por el magistrado de manera personal (en rigor, *personalísima*), dado que solo le compete a él y a nadie más declarar o no, en términos generales, el derecho discutido en el marco de un proceso civil, brindando la tutela que corresponda, según sea el caso, para que se le *haga justicia* al justiciable que la promueve (GONZÁLES PÉREZ, 1985: p. 27).

Es este último aspecto sobre el que debemos incidir con el objeto de comprender hoy en día los alcances del artículo bajo comentario, en aras de *internalizar* adecuadamente su relevancia en la práctica procesal diaria.

En efecto, desde una *perspectiva amplia*, en contraste a la *concepción clásica* de la *potestas* jurisdiccional y, por ende, su subsecuente indelegabilidad (la antes esbozada), y a la vez necesaria y moderna, implica recalcar que el *ejercicio* de la jurisdicción no es, en nuestro medio, un acto procesal puro, abstraído del entorno inmediato del magistrado (su despacho), en términos de discrecionalidad judicial propiamente dicha, sino que *además* se encuentra ligado a insoslayables temas

operativos dentro del ámbito de aquel entorno a cargo del juez, cuyo funcionamiento (de su personal y hasta la logística) le incumbe *gestionar* para el mejor resultado de su actuación.

2. NOCIÓN DE DESPACHO JUDICIAL

La noción de la expresión despacho judicial tiene diversas connotaciones, siendo la más usual aquella según la cual se le suele vincular con la *labor decisoria* del juez en su trabajo diario, previo trámite de lo actuado, resolviendo incidencias, actuando en las diligencias y audiencias que por ley le corresponde dirigir (principio de inmediación), o bien sea sentenciando. Es lo que se conoce como el *despacho tradicional*. Es decir, donde el juez imparte justicia y el secretario (o cursor) tenía el real control administrativo del expediente, así como el contacto directo con las partes.

Otra acepción es que implica la gestión del despacho como tal, en tanto espacio físico del quehacer judicial, respecto a lo cual una visión más moderna es la del denominado *despacho corporativo*, donde aparece la figura del administrador y del módulo, despacho en el cual el especialista legal (antiguo secretario) se sigue encargando de la tramitación del expediente, pero bajo un control menor al de antes, y con escaso contacto con las partes; sin embargo, el juez sigue aún bajo una *presencia abstraída* respecto a lo que *sucede* en su despacho, concentrado en su labor decisoria y actuación funcional como se ha indicado.

Tal estado de cosas determinó que bajo la influencia de la administración contemporánea se conciba el *despacho funcional*, que rige en nuestro medio, el cual parte de una premisa esencial según la cual el juez nos es ya más solo un director (abstraído) del proceso, sino es *además* un administrador del despacho judicial, y ya no solo de su despacho (del juez). Se aprecia así una relación de género a especie entre esos dos términos. El despacho judicial es, bajo una visión integral, el lugar donde concurren la figura del juez y sus colaboradores inmediatos (especialista y técnico judicial, en los juzgados y, secretarios de sala y relatores en los tribunales; sin olvidar, en ambos casos, la importante presencia de los asistentes de despacho). A su turno, el despacho del juez es también ese espacio físico e interno donde se imparte específicamente justicia.

Es en este último modelo encontramos el *pool* de especialistas y el de notificadores, entre otros, donde el nivel de control del desempeño y los resultados, en términos de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de metas, es (*y debe ser*) considerablemente mayor en comparación a los modelos antes descritos. Aquí, los indicadores de gestión son esenciales para una adecuada medición de los avances para el seguimiento del cumplimiento o no de las metas, por lo que entre más precisos sean se podrán *redefinir anualmente* los planes estratégicos a implementar,

donde la *gestión verdadera y comprometidamente activa* del magistrado del despacho judicial harán que la mejora continua sea *progresivamente* una realidad, como lo esperamos todos, y no una vana ilusión. Todo ello dependerá de la *previa capacitación y sapiencia* en el manejo de grupos y *expertise* del magistrado para saber *armonizar y conducir* idóneamente ese equipo de personas que le es dado, así como los recursos materiales de diversa índole, que conforman su despacho, para el mejor ejercicio de su cargo.

3. ATENCIÓN PERSONAL DEL DESPACHO JUDICIAL

Como ya lo hemos dicho, la labor judicial es, qué duda cabe, un *servicio público esencial* que como tal supone el hecho de ejercerla con la responsabilidad del caso, con la particularidad que en el caso del magistrado este *debe* desempeñarla de manera *absolutamente personal, exclusiva y excluyentemente*, como correlato de la naturaleza de la función jurisdiccional de la que ha sido investido, sin la posibilidad que puede delegar *actuaciones* que son propias de su cargo y menos su *función principal* como decisor de la justicia, aplicada a un caso dado, salvo *actos de comisión*, la que puede ser *interna y externa*. En el primer caso tenemos aquellas funciones del secretario (hoy especialista) de juzgado que el juez puede disponer que las realice otro auxiliar jurisdiccional (art. 266, inc. 7 de la LOPJ); y, en el segundo, el caso típico es el del exhorto (arts. 151 y 162 del CPC), descrito como aquel encargo que los jueces formulan a otro de igual o inferior jerarquía que reside en distinto lugar con el objeto que practique las diligencias que, por dicho motivo, no puede practicar personalmente (art. 156 de la LOPJ).

Es por dicha razón que las actuaciones que debe realizar el magistrado en el ejercicio de su cargo, si bien pueden contar con el apoyo de personal auxiliar, esto no implica que pueda *sustraerse a iniciar, conducir y concluir* las diligencias que por ley le corresponde llevar a cabo, como serían, por ejemplo, las diligencias de inspección judicial, las diversas audiencias que ha de llevar adelante a lo largo de un proceso; y, por supuesto, el acto mismo (sin duda, central de su función) de dictar sentencia, acto en el cual debe expresar, con la debida motivación, su criterio, sin dejar de estar *atento* de lo que *suceda* en su juzgado especialmente en lo que respecta al proceso (léase, expediente) que viene precisamente resolviendo. Incluso, puede llegar a imponer las *medidas correctoras* y hasta *disciplinarias* que correspondan, como, por ejemplo, por retardo en la impartición de justicia, entre otras.

En efecto, investido el juez de su atributo como tal, consiguientemente ha de desempeñar su función observando fielmente las regulaciones (limitaciones) que por ley le son impuestas para la adecuada (*criterio de idoneidad*) en su debido momento (*criterio de oportunidad*) resolución de la litis, en el marco de un *proceso justo*, esto es, que la dilucidación de la controversia sea resultado de un proceso

ordenado, razonablemente célere y garante de una actuación jurisdiccional que se espera, como se ha dicho, idónea, individual o colegiada, según se esté ante un magistrado o tribunal, respectivamente.

4. EL DESPACHO JUDICIAL EN LA LOPJ

La LOPJ se refiere al despacho en su acepción resolutive (“los jueces despachan”) de una incidencia o la causa misma, y también como espacio físico (“en ningún caso pueden dejar el despacho”), conforme al artículo 152. Asimismo, el artículo 259, incisos 4 y 6, relativo a las obligaciones de los secretarios de sala, establece que le compete a dicho auxiliar entregar diariamente a la sala los expedientes que están al despacho, es decir, listos para ser proveídos o resueltos y recibir, luego de ello, de relatoría, bajo cargo, el despacho de cada día para proseguir con su trámite como, por ejemplo, expedir las notificaciones u oficios, entre otros.

Por otro lado, en el caso de los relatores, el artículo 263, incisos 1, 3 y 11, referente a sus obligaciones, prescribe que debe concurrir a las salas antes que comience el despacho, no deben dar razón del despacho (lo resuelto) antes que las resoluciones hayan sido autorizadas, puesto que hasta antes que ello suceda son simples proyectos, caso contrario estaría incurriendo en infidencia de lo que sucede en la sala; y devolver los expedientes a secretaría el mismo día en que son despachados, bajo cargo firmado en el libro respectivo, obviamente, para deslindar eventuales responsabilidades funcionales internas.

A su turno, el secretario de juzgado (hoy denominado especialista legal) tiene como función el atender con el apoyo del personal a su cargo (técnico judicial) el despacho de los decretos de mero trámite, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 122 último párrafo del CPC, según el cual “Los decretos son expedidos por los auxiliares jurisdiccionales respectivos [entiéndase: los especialistas legales] y serán suscritos con firma completa (...)”.

Ahora bien, se debe tener presente que la suspensión del despacho judicial se produce los días sábados, domingos y feriados no laborables, y los de duelo nacional o judicial, así como también por el inicio del año judicial y por el día del juez (art. 247). Esta regulación debe observarse a los efectos del cómputo de los plazos procesales, según sea el caso. Ahora bien, durante el periodo vacacional del Poder Judicial no se suspende la jurisdicción, sino se redistribuye la competencia temporalmente.

5. ¿SE SUSPENDE EL DESPACHO DURANTE UNA HUELGA JUDICIAL?

Durante las infaltables y, desde luego, lamentables huelgas del Poder Judicial, el despacho judicial no se suspende, lo cual suscita controversias, esencialmente con relación al cómputo de los plazos procesales para el oportuno ejercicio del derecho de defensa, en términos generales.

Efectivamente, en lo que atañe a la actividad jurisdiccional en el tiempo y su eventual suspensión, con ocasión de una huelga (no paro) judicial indefinida, que es la que más afecta a la impartición justicia, tenemos que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 227-11/Ucayali, de fecha 15 de junio del año 2011), ha señalado que en ese supuesto, si bien ello acontece en los hechos, debe estarse a lo normado en los artículos 146 y 147 del CPC, relativos a la perentoriedad del plazo y a su cómputo “tanto más, si no existe norma alguna expedida por órgano competente que haya declarado la suspensión del despacho judicial durante los aludidos días de paralización del personal judicial, con arreglo a lo normado por el artículo 124 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)”.

En ese orden de ideas, la sala *rechazó de plano* el recurso de casación interpuesto *extemporáneamente*, toda vez que si bien el plazo para interponer el recurso vencía el 16 de noviembre del año 2010, un día antes, esto es, el 15 del mismo mes y año, las labores judiciales se habían reiniciado con normalidad, pese a lo cual el recurrente presentó su recurso el 19 de noviembre, cuando a dicha fecha ya se había configurado la extemporaneidad para hacerlo dentro del plazo de ley.

En otro caso, la misma sala suprema (Casación N° 231-11/Ucayali, de fecha 17 de junio del año 2011) arribó a la misma decisión de rechazo, invocando, entre otros, el artículo 247 de la LOPJ, relativo a la suspensión del despacho judicial, recalcando que “los plazos para la interposición de los medios impugnatorios no se interrumpen (sic) por ningún motivo, salvo por las razones expresas que la ley señala, por lo que su observancia es rigurosa, tanto más si las normas procesales son imperativas (...)”. Así, la sala suprema, además, de mencionar el *hecho objetivo* que el recurrente presentó fuera de plazo el recurso de casación, acota que durante los meses en que se produjo la paralización de las labores judiciales, estas se “desarrollaron con normalidad” en la Corte Suprema. *Este aspecto, por tanto, no puede ser obviado por una adecuada y atenta defensa, durante una huelga judicial.*

Nótese, así, que tras un contexto de huelga judicial los criterios resolutivos se encaminan a mantener la *perentoriedad* de los plazos procesales, salvo que la *suspensión* del despacho judicial se decrete por el órgano competente, como es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a través de la resolución administrativa que

así lo disponga, a propósito de lo cual consideramos que si bien los plazos procesales se hubieran vencido durante el desarrollo de la huelga judicial, de ordinario estos se salvan, por así decirlo, *el primer día* de retomadas las labores judiciales, lo cual genera, año a año, considerables colas y congestión. Al respecto, consideramos que debe evaluarse la posibilidad de establecerse, por parte del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de una directiva, una *regla de excepción* con el objeto de que, en esos casos, los plazos *vencidos* durante el periodo de huelga (no paro) puedan regularizarse hasta dentro de tres días, improrrogables, de reanudadas las labores jurisdiccionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1987): *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*, 8ª ed. Lima; GONZALES PÉREZ, Jesús (1985): *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed. Madrid; ROCCO, Ugo (1969): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

SALAS VILLALOBOS, Sergio (2009): *Curso de despácho judicial. Materiales de enseñanza*. XIII PROFA (modalidad semipresencial). Lima: Academia de la Magistratura.

Artículo 127**Actuaciones**

El juez dirigirá las actuaciones y ordenará que las partes, sus apoderados y los abogados observen las disposiciones legales.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. V, 50 num. 1, 50 inc. 4, 102, 141, 189, 194, 202, 305, 306.

Hebert A. Saldaña Saavedra

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo no es sino uno de los correlatos lógicos de la inspiración simplemente publicista (y en ningún caso pública, como queda claro) de nuestro proceso civil actual, concordante plenamente con lo preceptuado en nuestra Constitución, dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho en el que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Siendo ello así, se le debe brindar una adecuada tutela jurisdiccional en el marco del proceso civil, en este caso.

Es decir, estamos ante un ordenamiento procesal, en rigor, de *orientación mixta*, donde no se privilegia un desmesurado activismo del juez frente a la actuación de las partes, pues de lo contrario se estaría socavando el principio dispositivo, sin que por supuesto el proceso quede a merced exclusiva de las partes.

Como vemos la orientación del CPC se encamina a un razonable *justo medio* de vieja raigambre aristotélica. Podríamos decir así: ni el exceso de activismo, pero tampoco el defecto de actuación de las partes, principales artífices y protagonistas del proceso —no los únicos, pues, *supra partes*, está la figura razonablemente activa del juez—.

En ese sentido, suele decirse que la decisión final o de fondo en un proceso civil se sustenta en la demostración de la *verdad* de los hechos alegados y a partir de esa constatación se está en aptitud de resolver una determinadas litis, que podemos denominar como aquel *desencuentro intersubjetivo de intereses judicializado*, aunque dicho vocablo (la verdad) encierra desde siempre, tanto en el plano jurídico como en el epistemológico, encontrados debates y apreciaciones dispares.

Sin embargo, el sustento de toda sentencia no siempre alcanza su configuración a partir de la *verdad absoluta* de lo ocurrido o reconstruido, sino de la *certeza jurídica* (ver art. 189 del CPC), *hermana pobre de la verdad*, según se ha dicho con didáctica razón. Esta expresión describe mejor aquel resultado de la actividad probatoria desplegada en un proceso, pues alcanzar dicha verdad es, a nuestro

entender, una aspiración loable, que no pocas veces *declina* frente a la propia y probada (in)conducta procesal de las partes, sus apoderados, así como sus abogados y, en otras, por la inatenta actuación del magistrado, *pasivo y acaso ausente* de la litis, que justamente ve pasar articulaciones y dilaciones indebidas en desmedro de la justicia, sin que *oportuna y debidamente* adopte las medidas que el CPC le faculta. Esta medidas bien puede y debe *proactivamente* ejercer, pues, como bien lo dijo el célebre Víctor Hugo: “Es fácil ser bueno, lo difícil es ser justo”. ¡Y vaya que razón no le faltaba al afamado escritor galo!

2. ROL ACTIVO DEL JUEZ EN EL PROCESO

En efecto, la norma enfatiza una vez más, a lo largo del CPC, que el juez es el *director* del proceso, dirigiendo precisamente las actuaciones que le corresponde desplegar durante su tramitación, cuya resolución idónea pasa por un necesario *juicio de constatación y de valor*, en ese orden, de los hechos alegados por las partes, previo cumplimiento de las formalidades del proceso.

Esto nos conduce a tener que decir que las formas procesales, *per se*, no pueden (ni deben) ser desdeñadas de plano, por el solo hecho de su naturaleza instrumental con relación a los fines trascendentes del proceso. Ello sería un craso equívoco, de corte sustancialista, pues recordemos que “Las formas dijo Ihering, son enemigas juradas de la arbitrariedad, por lo cual su reconocimiento y su respecto dentro del proceso, representa una de las más solemnes garantías a favor de las partes frente a posibles arbitrariedades del juez” (ALZAMORA, 1987: p. 23).

Ahora bien, ¿qué grado de participación ha de tener el juez en un proceso civil? Debe desplegar simplemente un adecuado rol *sin que desnaturalice su imprescindible imparcialidad*, la que en todo momento debe quedar indemne, en buena cuenta fuera de todo atisbo de favoritismo, subrogando, por ejemplo, la deficiente actuación probatoria de una de las partes. Esta actuación, en modo alguno, puede catalogarse *como invasiva* del fuero de las partes, cuando es (o mejor dicho) debe denotar una *prudente actuación funcional*, encaminada a mejor resolver la litis *de la forma más justa posible*, esto es, según entendemos, más allá del relato persuasivo de una u otra posición.

Caso contrario, se afectaría el *principio de igualdad de las partes*, lo cual resultaría *manifiestamente impropio* de la labor de impartir justicia, máxime cuando, respecto a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional ha señalado que tiene una doble dimensión o faceta, como principio y como derecho. Según el primero, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. El segundo, implica una exigencia individualizada que cada persona puede oponer frente al Estado para que este lo respete, proteja y tutele (STC Exp. N° 0606-2004-AA, del 28/06/2004).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la igualdad se subdivide en: i) *igualdad en la ley*, la cual implica un límite para el legislador, cuya actividad deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose impedido de establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables (arbitrarios, agregamos); e ii) *igualdad en la aplicación de la ley*, la cual se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos (STC Exp. N° 00004-2006-PI, del 29/03/2004). Este límite que no puede ser sobrepasado por el juez; es por ello que allí debe conducirse con la *prudencia debida* que como virtud propia de su cargo que rige su actuación en el proceso, en el que se tramita y define el destino personal, conyugal, familiar, profesional y, por supuesto, patrimonial, de los justiciables.

3. DE LAS ACTUACIONES PROCESALES DEL JUEZ

Bajo el contexto de lo antes indicado, las actuaciones procesales del juez deben ser desplegadas de manera claramente activa. El verbo utilizado en la norma (“*dirigirá*”), no deja espacio para duda alguna. El “deberá” queda *implícitamente consagrado* en el texto normativo bajo análisis por opción semántica del legislador.

En virtud de ello, el juez durante la secuela del proceso no puede sino dirigirlo bajo un parámetro de *diligencia jurisdiccional*, acorde con la normativa procesal que debe observar (sujeción a la ley), como es el caso ante una diligencia de inspección judicial, altamente relevantes en determinados procesos judiciales, como en el de deslinde o prescripción adquisitiva y, en todos los casos, durante la audiencia de pruebas, tras lo cual ha de seguir formando su convicción o no de los hechos narrados (encadenamiento fáctico de los mismos), concretando el principio de inmediación procesal que el CPC regula (art. 202, relativo a la *dirección* que le compete en dicha importante diligencia) y, así, arribar a un probado y razonado criterio decisor de la litis, atribuyendo o desestimando derechos, por ejemplo.

Del mismo modo, cuando el juez considere necesario proponer una *prueba de oficio*, conforme a lo normado en el artículo 194 del CPC, sin duda, un aspecto altamente controversial desde el punto de vista dogmático, pero que desde el plano práctico se presenta útil en la medida que se recurra a dicha potestad de manera *prudente*. En este caso debe respetarse, por supuesto, el contradictorio, en aras de *mejor resolver* la litis, máxime cuando “(...) la experiencia comparativa muestra que es infundado el temor que el juez, ejercitando un rol activo, resulte por esto mismo parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio que ha sido adquirido en el juicio también sobre la base de su iniciativa” (TARUFFO, 2006: p. 270). Este “mejor resolver”, por cierto, que no pocas veces se encuentra exento de *tendenciosas actuaciones* y hasta de *fraudes probatorios* de una o ambas partes procesales.

4. MEDIDAS CORRECTIVAS Y DISCIPLINARIAS DEL JUEZ FRENTE A LAS INCONDUCTAS DE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO

Justamente, para *no consentir* o, mucho menos, *convalidar* (in)conductas procesales de las partes, sus apoderados y los abogados, reñidas con los fines del proceso (como, por ejemplo, sería generar dilación indebida o frustración reiterada de diligencias o cuando denoten conductas con propósitos dolosos o fraudulentos, durante el desarrollo del proceso, formulando igualmente peticiones maliciosas o temerarias, carentes de fundamentos liminares - art. 102 del CPC), compete al juez ejercer un rol disciplinario, sancionando (art. 50, inc. 4 del CPC) a aquellos que propicien directa o indirectamente que el proceso dilate o se frustre el logro de sus fines esenciales, conspirando contra la impartición de justicia, objetivo inobjetable de las audiencias y demás diligencias que el proceso civil regula a fin de arribar previamente a la *certeza jurídica* que sustente el fallo, acto procesal de indudable trascendencia social.

Es de esa manera que la institución procesal se legitima frente al justiciable y, por extensión, ante la sociedad, pues de lo contrario sería parte de vedadas articulaciones carentes de control, frustrando el logro de la justicia tras un proceso que no puede ni debe admitir la perniciosa figura del *improbis litigator*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ZAMORA VALDEZ, Mario (1987): *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*, 8ª ed. Lima; TARUFFO, Michele (2006): "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa". En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis; PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador) (2013): *Las garantías del justo proceso*. Lima: Palestra.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El juzgador está obligado a exigir para los actos procesales, la exhibición de la libreta electoral con la constancia de sufragio en las últimas elecciones o la respectiva dispersa (*Exp. N° 1932-95*).

Artículo 128**Admisibilidad y procedencia**

El juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 396 inc. 2.5, 497.

Hebert A. Saldaña Saavedra

1. INTRODUCCIÓN

La calificación jurídica de un *acto jurídico procesal de parte*, sin duda, implica una labor decisoria del juez que, de ese modo, analiza y resuelve, por ejemplo, un desistimiento o una incidencia (nulidad, excepción, entre otros).

Ahora bien, como toda decisión judicial esta ha de contener una debida motivación o explicación de sus fundamentos que la preceden, de tal manera que la línea argumental asumida se presente clara y coherente, donde las premisas se encuentren concatenadas de manera lógica o implicante con la conclusión expuesta: lo decidido.

En ese sentido, la toma de una decisión judicial, en rigor, un *acto procesal del juez*, conlleva un proceso intelectual y a la vez volitivo que se encuentra inexorablemente sujeto al marco legal (y constitucional) del sistema jurídico que le es dado a partir de lo actuado en autos, con lo cual podemos remitirnos a la *motivación fáctica* y la *motivación jurídica*, sin que esta última quede exenta de factores contributivos de carácter extralegal, de orden económico, sociológico, técnico, biológico (tan en boga), entre muchos otros, aunque sujetos al *final parecer objetivo y razonado* del juez, por lo que se sostiene que es perito de peritos, con la salvedad antes indicada. Tal aserto viene a enfatizar hoy en día su rol de órgano decisor final, como cuando declara improcedente una nulidad compleja, con ribetes técnicos insoslayables de ponderar, o cuando se cuestiona un peritaje valorativo de una propiedad o contable en el ámbito societario.

2. NOCIÓN SUMARIA DE ACTO PROCESAL

Siguiendo la acertada sistemática que acoge nuestro CPC, debemos señalar que los actos procesales se subdividen, como ya lo hemos resaltado en el ítem anterior, en: i) actos procesales del magistrado; y, ii) actos procesales de las partes.

Lógicamente, sin pretender esclarecer la naturaleza jurídica del acto procesal, es conveniente dejar sentado que acorde con nuestra sistemática civil, el acto jurídico procesal es una *especie* del acto jurídico (o negocio jurídico como lo denominan en otros ordenamientos). En buena cuenta, y como bien se ha remarcado, *los actos procesales son los actos jurídicos del proceso* (VÉSCovi; 1984: p. 247).

En ese sentido, el acto procesal se *caracteriza* por tres elementos esenciales: *voluntad, licitud y procesalidad* (ALZAMORA, 1987: p. 313). En cuanto al *primero*, indudablemente el acto procesal se asienta en un proceso volitivo que precede a la decisión de promover o emitir tal o cual acto procesal o decisión judicial, respectivamente; el *segundo*, dado que siendo el proceso en sí siendo una sucesión progresiva de actos encaminados a un fin, estos deben gozar de una causa que legitime su actuación que no es otra que declarar el derecho que corresponda al caso concreto, con arreglo a la ley y a la justicia; y, el *tercero*, atiende a su particularidad intrínseca, que comprende no solo a los actos que acontecen dentro del marco de un proceso, sino que también puede incluir a actos externos (mediatos) que, a nuestro entender, tienen *virtualidad procesal ulterior*, aunque sobre esto último hay posiciones disímiles.

3. FORMA Y PROCESO

Es así como llegamos a los *elementos* del acto jurídico procesal, siendo estos: el elemento objetivo y el subjetivo. Así, el primero está dado por *la forma* y el segundo por su *contenido*, entendiéndose por forma aquel conjunto de requisitos externos que la ley procesal exige para la validez del acto procesal (ALZAMORA, 1987: p. 314). A contrario sensu, si el acto adolece de defectos no producirá los efectos jurídicos que de ordinario acarrearía.

En ese sentido, la forma es definida clásicamente como aquello que es “lo que es”, que resulta, a su vez, inseparable de la materia; y ya más modernamente se la define como la *apariencia externa de las cosas*, en este caso, de la ley procesal.

Efectivamente, las formas en el proceso deben ser aprehendidas en su real dimensión, de tal manera que no se incurra en una interpretación *formalista*, la que sería un (sub)producto impropio de la forma, cuando su presencia sí se justifica de manera singular en el ámbito del proceso, no en términos ritualistas, donde el quebrantamiento de una sola forma podría determinar acaso la pérdida de un litigio, como antaño, sino como fases secuenciales y ordenadas que todo proceso ordenado importa para arribar a un resultado final: la sentencia.

Dicho lo anterior, viene al caso resaltar que la forma como tal no implica una simple adjetividad que le es inatentamente atribuida, frente a lo sustantivo, por

cuanto consideramos que ambas forman parte de *un todo inescindible*, que no es sino *el derecho materializado (finalmente vivenciado)* antes que el derecho *solo* reconocido por el ordenamiento legal, de ahí su importancia. Esta forma ha de ser observada *adecuadamente* tanto a nivel de interpretación de una prescripción normativa, así como a lo largo de todas las fases del proceso, como sería el caso, respecto a lo decidido judicialmente, la denominada cosa juzgada, cuya ejecución no puede verse desnaturalizada (nos referimos de lo allí declarado o reconocido), a riesgo de no afectar su cumplimiento debido, *en sus propios términos*, expresión que grafica cabalmente sus alcances.

4. REQUISITOS DE FORMA Y DE FONDO

Si nos remitimos al término *requisitos* encontraremos que este supone la idea de aquello que se requiere previamente para que algo opere como tal, en cuyo defecto (el no cumplimiento de dicho requisito) determina que lógicamente no se produzca la consecuencia prevista.

Sin embargo, aquello que parece simple en la práctica no deja de presentar inconsistencias y no pocas zonas de incertidumbre. Es por ello que deslindar cuándo estamos ante un requisito de forma y cuándo ante uno de fondo no siempre es fácil. El caso típico es el tema del plazo procesal, cuyo vencimiento determina el decaimiento definitivo del derecho de accionar, y ello es irremediable, lo que nos lleva a conjeturar, ¿acaso no estamos ante una omisión ciertamente de fondo, aun cuando sea un requisito de mera forma? Indudablemente, estamos ante una forma sustantivada, digamos, en el ámbito particular del proceso civil y de todo proceso, incluso, pues, su no acatamiento torna en improponible el derecho de acción decaído, como es el caso de la pérdida del plazo para deducir un recurso extraordinario de casación, lo que a su vez configura que la parte haya *consentido* el agravio que aduce la causa, por ejemplo, una sentencia de vista en su contra, en cuyo caso el amparo ulterior no sería procedente, tal como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional.

Tal situación ha llevado a sostener a nuestra reconocida doctrina procesal que debido a la inexactitud en el uso de tales categorías por parte del juez (forma y fondo), con base en una regulación legislativa ya desfasada, que se haya sugerido, a modo de *lege ferenda*, que tales términos, de añeja tradición filosófica, asimilados al proceso (con los problemas de interpretación y aplicación que hemos visto), sean sustituidos por *subsancable* e *insubsancable*; en consecuencia, se propone, lo cual compartimos, que la inadmisibilidad sea decretada por el juez cuando el defecto sea subsancable e improcedente cuando el acto sea insubsancable (MONROY, 2007: p. 302).

Nuestra coincidencia con el planteamiento resumido importa reconocer que el proceso civil debe trasuntar una mejora continua que desemboque en una regulación más idónea que permita a los operadores conocer a ciencia cierta bajo qué parámetros normativos se producen claramente tales o cuales efectos procesales.

5. INADMISIBILIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Volviendo a lo regulado en el artículo que venimos analizando, debemos señalar que a partir de ella, el juez declara inadmisibile un acto procesal *cuando carezca de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente*. En uno u otro caso, por ejemplo, encajaría el no pago de la tasa por ofrecimiento de pruebas al proponer excepciones (requisito de estricta forma) o, en todo caso, el pago insuficiente (o diminuto) de dicha tasa al interponer una demanda (cumplimiento defectuoso de dicho acto).

Siendo ello así, la inadmisibilidad no comporta ninguna afectación grave, en principio, a la parte que incurre en ella, salvo apercibimiento, toda vez que en ese caso se aplica lo previsto en el texto normativo procesal, sino el estricto cumplimiento de un requisito, cuya omisión no puede pasar inadvertida en un idóneo proceso de calificación jurídica, donde suele decretarse el subsecuente apercibimiento, para que en caso de no cumplirse con el mandato que ordena subsanar la demanda, aquel se haga efectivo.

6. IMPROCEDENCIA DE LOS ACTOS PROCESALES

La improcedencia, en cambio, sí tiene una connotación lesiva para el justiciable debido a que en caso de decretarse la misma ello supone que eventualmente se le deniegue una tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación concreta de acceso a la jurisdicción (en rigor, acceso a la justicia).

En consecuencia, su aplicación debiera ser la excepción que confirme la regla de la inadmisibilidad, es decir, debe operar ante casos *debidamente justificados* por las particulares circunstancias de cada acto procesal promovido, ante cuya *omisión o defecto de un requisito de fondo*, el juez declarará su improcedencia, liminar o sobrevenida.

Debe, en todo caso, precisarse que la misma expresión *requisito de fondo* causa confusión evidente con la expresión de *fundabilidad o no* del acto procesal que se califica, existiendo verdaderas zonas grises que bien podrían disiparse con la adopción de la propuesta legislativa antes referida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1987): *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*, 8ª ed.; MONROY PALACIOS, Juan (2007): “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1/1; VÉSCOVI, Enrique (1984): *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONROY, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I. Bogotá: Temis; PEYRANO, Jorge W. (1978): *El proceso civil, principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea; PRIORI POSADA, Giovanni (coord.) (2013): *Las garantías del justo proceso*. Lima: Palestra.

CAPÍTULO II ACTOS PROCESALES DE LAS PARTES

Artículo 129

Objetivo de los actos procesales

Los actos procesales de las partes tienen por objeto la constitución, modificación o extinción de derechos y cargas procesales.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 140; C.P.C. art. IX.

José Tam Pérez

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho es una ciencia específica y, para tal efecto, recoge diversos y múltiples conceptos que adquieren significados propios y específicos en el contexto jurídico. A pesar de la pluralidad de conceptos que existen, es posible concluir que pocos tienen la relevancia e impacto que proviene del denominado acto jurídico.

El acto jurídico, recogido por CC, es definido como “la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas” (art. 140 del CC). De dicha definición se desprende que el concepto de acto jurídico tiene por finalidad describir y regular los efectos jurídicos contenidos en las relaciones por las cuales los individuos satisfacen sus diversos intereses. Por lo tanto, los actos jurídicos materializan los objetivos y metas que las personas y/o grupo de personas pretenden lograr durante su desarrollo, ya sea a través del establecimiento de nuevos vínculos jurídicos, la variación de los ya existentes o la conclusión de los mismos.

Habiendo dicho ello, y situándonos ya en un plano procesal, es necesario analizar el significado y función de los llamados “actos” en esta área del Derecho. El acto procesal es, de cierta manera, la versión procesal del acto jurídico. A partir de ello, la finalidad de los actos procesales es la constitución, modificación o extinción de derechos y cargas procesales, cuyos efectos, al igual que en los actos jurídicos, persiguen la satisfacción de los intereses de los individuos, limitándose exclusivamente al marco del proceso civil. Al respecto, COUTURE (1958: p. 201 y ss.) sostiene que: “El acto procesal es una especie dentro del género del acto jurídico. Su elemento característico es que el efecto que de él emana se refiere directa o indirectamente al proceso. Como acto jurídico, consiste en un acaecer humano,

provocado por el hombre, dominado por la voluntad y susceptible de crear, modificar o extinguir efectos jurídicos”.

Por su parte, CHIOVENDA sostiene: “llámanse actos jurídicos procesales los actos que tienen importancia jurídica respecto de la relación procesal; esto es, los actos que tienen por consecuencia inmediata la constitución, la conservación, el desenvolvimiento, la modificación o la definición de una relación procesal” (CHIOVENDA, 1954: pp. 131-132).

En concordancia con lo expuesto precedentemente, existe una estrecha y evidente vinculación entre los actos procesales y la relación procesal o, lo que es lo mismo, el proceso judicial. En efecto, los actos procesales constituyen los medios por los cuales se inicia, desarrolla y concluye un proceso judicial y, por consiguiente, se concluye que “[e]l proceso es la sucesión de esos actos apuntada hacia el fin de la cosa juzgada” (COUTURE, 1958: p. 202 y ss.).

2. DIFERENCIAS ENTRE LOS ACTOS JURÍDICOS Y LOS ACTOS PROCESALES

No obstante, el acto procesal se considera una especie del género acto jurídico y, en tal virtud, mantiene una estructura con características similares; existen también características particulares que permiten su adecuada diferenciación. A continuación, pasamos a describir determinadas diferencias entre uno y otro concepto.

En primer lugar, el acto jurídico es, principalmente, de carácter privado, es decir, entre aquellas personas que se relacionan con la finalidad de crear, modificar, regular o extinguir sus relaciones jurídicas a fin de satisfacer intereses individuales o privados. Sin embargo, los actos procesales son de carácter público debido a que “están ligados al fin del proceso que, como bien sabemos, es la paz social en justicia, ergo un fin público. Por lo demás, son públicos desde una perspectiva sistemática, atendiendo a que el Derecho Procesal pertenece al Derecho Público” (MONROY, 2009: pp. 354-355).

En segundo lugar, el acto procesal, a diferencia del acto jurídico, posee un gran contenido formal que “[s]e explica en el hecho de que otro de los valores en juego dentro del proceso es la seguridad jurídica, la cual exige la realización de una serie de formalidades que en muchos actos o negocios procesales, actúan como requisito de su validez” (MONROY, 2009: p. 355 y ss.).

En razón a ello, la finalidad garantista de los actos procesales impone que su validez esté sujeta al cumplimiento de un determinado número de formalidades que garanticen la obtención de finalidades públicas como la seguridad jurídica, la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva. Por su parte, la validez de un acto

jurídico no se encuentra sujeta al cumplimiento de formalidades, salvo actos particulares previa y expresamente determinados por ley, pues, en tanto que no persigue una finalidad pública se adecua a la voluntad de los individuos para la correcta realización de sus relaciones jurídicas y satisfacción de sus intereses particulares.

En tercer lugar, el acto procesal es predominantemente unilateral en la medida que suele ser una manifestación efectuada por cada uno de los sujetos que integran la relación procesal –entiéndase por sujetos a las partes, los terceros legitimados, el juez y los auxiliares judiciales– quienes postulan sus intereses de manera individual. En contraposición, el acto jurídico es, en su gran mayoría, bilateral o plurilateral porque presupone la intención de uno o más individuos en obtener algún efecto jurídico de su relación con uno u otros individuos.

Finalmente, los actos procesales carecen de autonomía toda vez que su eficacia depende de la interacción con otros varios actos procesales que, en su conjunto, pretenden la obtención de la finalidad del proceso, concretamente, la solución de un conflicto o de una incertidumbre jurídica que permita lograr la paz social en justicia (MONROY, 2009: p. 355 y ss.). Contrariamente, los actos jurídicos *per se* sí tienen autonomía en tanto su eficacia no depende necesariamente de otros actos jurídicos.

Las diferencias mencionadas entre los actos jurídicos y los actos procesales ponen de manifiesto que los actos celebrados en el ámbito de una relación procesal constituyen una categoría que corresponde analizarse de manera separada. A continuación, pasamos a detallar los actos procesales previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

3. TIPOS DE ACTOS PROCESALES

Los actos procesales son todas aquellas acciones que las partes realizan dentro de un proceso judicial. Entre todos los actos procesales posibles, debemos mencionar que “El principal acto procesal de parte es el constitutivo de la relación (demanda judicial), y el principal acto procesal de los órganos públicos es el acto que define la relación (sentencia); pero entre el primero y el segundo media una serie de actos procesales diversos” (CHIOVENDA, 1954: p. 132 y ss.). De esta manera, resulta que el proceso es una secuencia de actos procesales que se inicia con una demanda y que concluye con una sentencia que resuelve el conflicto y/o la incertidumbre con relevancia jurídica, suscitados entre las partes.

Ahora bien, COUTURE clasifica los actos procesales sobre la base de quien los realiza y, a partir de este criterio, los actos procesales se pueden dividir en las

siguientes tres categorías: i) actos del tribunal; ii) actos de las partes; y, iii) actos de terceros. A continuación, pasamos a analizar cada uno de estos.

Los actos del tribunal, adoptando la tesis de COUTURE, consisten en todos aquellos actos expedidos tanto por el juez como por los auxiliares judiciales, distinguiéndose entre actos de decisión, actos de comunicación y actos de documentación.

En primer lugar, los actos de decisión apuntan a resolver los conflictos que se suscitan en el proceso, como son, por ejemplo, los autos que resuelven incidencias ocasionadas durante el trámite de un proceso, y la sentencia por la que se decide el fondo del asunto controvertido. En segundo lugar, los actos de comunicación son aquellos por medio de los cuales se comunica a las partes los actos de decisión, siendo el más conocido de estos la notificación. Finalmente, los actos de documentación permiten documentar y registrar mediante escritos y resoluciones los actos procesales de las partes, del tribunal o de los terceros.

Los actos de las partes, a diferencia de los actos del tribunal, persiguen más bien la satisfacción de los intereses de las partes, entiéndase demandantes, demandados y/o terceros legitimados, durante el trámite del proceso, y en tal virtud, estos actos se dividen de la siguiente manera:

- i) *Actos de obtención*: son todas aquellas acciones que las partes realizan para obtener un pronunciamiento judicial que satisfaga sus intereses, concretamente: los actos de petición (desde el pedido principal de la demanda y la contestación a la demanda, como cualquier incidencia generada durante el trámite del proceso); los actos de afirmación que contienen el sustento de cada pedidos; y los actos de prueba que persiguen la incorporación de medios probatorios que acrediten dichos pedidos.
- ii) *Actos dispositivos o también llamados negocios jurídicos procesales*: son todas aquellas acciones que las partes realizan para crear, modificar y/o extinguir situaciones relacionadas con la controversia y/o incertidumbre jurídica discutida y con el trámite del proceso en sí mismo. Estos actos de disposición se pueden ejecutar a través de la figura del allanamiento, acto de aceptación de la parte demandada sobre la pretensión exigida por la parte actora, del desistimiento, acto de renuncia de la parte actora (o demandante) sobre la pretensión planteada en la demanda, y/o de la transacción, que involucra concesiones y renunciaciones de ambas partes procesales.

Finalmente, los actos de terceros son aquellos que, sin emanar de las partes, del juzgador o de auxiliares judiciales, tienen alguna incidencia respecto al proceso. Entre los ejemplos de actos de terceros se encuentran la declaración del testigo y el informe pericial (COUTURE, 1958: pp. 203-209) que, evidentemente, no

se trata de un acto ni del juzgador ni de las partes procesales, pero contribuyen en la solución del conflicto.

No obstante todo lo expuesto, resulta de especial importancia aclarar que existen actos jurídicos llevados a cabo por los sujetos integrantes de la relación procesal que no necesariamente pueden considerarse como actos procesales. De esta forma, mientras los actos procesales tienen un efecto inmediato y directo sobre la relación procesal, los actos jurídicos no procesales pueden influir en el trámite del proceso pero no son, propiamente, parte del mismo. Por ejemplo, el acto mediante el cual se otorgan poderes de representación al abogado que patrocina a una de las partes, es un acto jurídico de otorgamiento de poder; si bien este acto incide en el trámite del proceso, este no puede ser considerado acto procesal sino hasta que el abogado ejercite efectivamente sus facultades de representación en el proceso.

Asimismo, existen también actos no jurídicos y no procesales, realizados por las partes y el juzgador que pueden tener cierto efecto en el desenvolvimiento del proceso, tales como la elaboración de obras doctrinales, el estudio que hace el juez del proceso, entre otros (CHIOVENDA, 1954: pp. 133-134). Al respecto, DEVIS (1966: p. 455 y ss.) señala que “no todos los actos jurídicos que realizan las partes y que tienen relación con el litigio o con la materia del proceso, son actos procesales. E igualmente, no todos los actos que ejecuten las partes en el curso del proceso y dentro del mismo, son actos jurídicos procesales, sino únicamente aquellos que producen efectos jurídicos sobre la relación procesal”. En consecuencia, no todos los actos jurídicos que realizan las partes o que tienen relación con el litigio, pueden ser considerados como actos procesales, sino que deberá analizarse cada caso en particular a efectos de determinar su correcta clasificación.

4. FORMALIDAD

Como se ha mencionado en líneas precedentes, el acto procesal contiene una finalidad pública y una necesidad de garantizar la seguridad jurídica que lo obliga a revestirse de un alto grado de formalidad. Es por estos motivos que el artículo IX del Título Preliminar del CPC señala que “las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada”. Por consiguiente, todas las formalidades previstas en el CPC para la constitución de actos procesales son de cumplimiento obligatorio.

En relación con la formalidad de los actos procesales, DEVIS ECHANDÍA manifiesta que “el acto procesal, como el acto jurídico en general, debe reunir determinados requisitos para su validez y para que se produzcan todos los efectos jurídicos

procesales que normalmente le corresponden. Estos requisitos los establece la ley procesal, unas veces para toda clase de actos (como la oralidad o la escritura), otras en forma especial para una clase de actos o para uno determinado, como para las pruebas, la demanda o la sentencia” (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 458 y ss.). En consecuencia, las normas procesales deben establecer expresamente cuáles son las formalidades que determinado acto procesal debe cumplir para lograr los fines del proceso, configurándose la nulidad de dichos actos procesales en aquellos casos previamente establecidos por ley.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, tomo 3, trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado; COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1942), 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Noiones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; MONROY, Juan (2009): *Teoría general del proceso* (1996), 3ª ed. Lima: Communitas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1992): *Teoría general del Derecho Procesal*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Resulta atendible que el juez de la causa admita la participación de la parte, solo con la identificación de su pasaporte, por haber extraviado su libreta electoral, si de las actas de audiencias pasadas se tiene a la vista que lo había hecho, con su libreta electoral (*Exp. N° 1665-99*).

El juzgador está obligado a exigir para los actos procesales, la exhibición de la libreta electoral con la constancia de sufragio en las últimas elecciones o la respectiva dispensa (*Exp. N° 1932-95*).

Para que los actos procesales tengan validez deben realizarse dentro del espacio de tiempo que la ley ha señalado para su ejecución. La extemporaneidad los hace susceptibles de ineficacia (*Exp. N° 2115-94*).

Artículo 130**Forma del escrito**

El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones:

1. *Es 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 por 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, estos 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; y,*
9. *Si el escrito contiene otrosíes o fórmulas similares, estos deben contener pedidos independientes del principal.*

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2 inc. 19, 48; C.P.C. arts. 101, 131, 132, 133, 134, 135, 195, 424, 425, 426, 442; L.O.P.J. arts. 15, 288 inc. 10, 290.

José Tam Pérez

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo posee un gran contenido práctico por cuanto regula la forma en que deben elaborarse los escritos que van a presentarse durante el desarrollo del proceso. En el Perú, el proceso civil es preponderantemente escrito y por tal motivo los escritos adquieren gran importancia en cuanto instrumento de comunicación entre los actores procesales.

A través de la escritura se puede documentar y fiscalizar de forma más precisa lo que ocurre durante el desarrollo del proceso civil. Ahora bien, la escritura representa tan solo una opción legislativa, pues existen también otros medios de comunicación eficaces como, por ejemplo, la oralidad. No obstante ello, en muchos países, incluyendo el Perú, “el desplazamiento de la oralidad por la escritura se ha proclamado fundamentalmente en defensa de la seguridad, la prohibición de arbitrariedades y de la imparcialidad del juzgador” (PRIORI, 2009: p. 124 y ss.).

Si bien es posible que en un futuro determinadas formalidades contempladas en el presente artículo devengan en desuso, producto de la actual digitalización de los expedientes judiciales, a continuación pasaremos a analizar el sentido de estas que se requieren para la adecuada elaboración de un escrito.

2. ANÁLISIS

La primera formalidad exigida se refiere a la necesidad de que todos los escritos sean elaborados en máquina de escribir u otro medio técnico. Esta exigencia responde a un criterio de practicidad, porque lo que busca es que los escritos presentados sean legibles tanto para el juzgador como para las partes y terceros intervinientes en el proceso, y de esa manera evitar que se obstruya el adecuado desarrollo del proceso civil y, consecuentemente, proteger y garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por otro lado, los márgenes exigidos en el inciso 2 responden a una costumbre aún muy presente en el proceso civil peruano: el cosido de expedientes. Los tres centímetros exigidos en el margen izquierdo permiten el cosido o anillado del expediente sin afectar el texto del escrito presentado. Es muy posible que una vez que el proceso civil se adecúe a nuevas tecnologías referidas al almacenamiento y archivo de expedientes judiciales, estas exigencias carezcan de utilidad.

Por su parte, los incisos 3, 4, 5, 6 y 8 tienen por finalidad facilitar la lectura de cada acto procesal contenido en los expedientes, tanto para el juez, como para las partes procesales y para los auxiliares judiciales y, en virtud de ello, prevenir cualquier tipo de obstáculo durante el desarrollo del proceso.

Al respecto, ZUSMAN (2011: p. 345 y ss.) describe con claridad las razones que dan sentido a esta regulación, afirmando que “en el Perú, la mala redacción legal es un gran problema. Eso no sorprende si se considera la deficiente calificación de nuestros escolares en comprensión de lectura, porque quien no comprende lo que lee, difícilmente podrá transmitir lo que piensa. Y el problema es grave porque genera distorsiones, es decir, costos innecesarios (mayor tiempo que el necesario para entender el documento, demoras en resolver) y repercute directamente en la calidad del fallo: que puede ser injusto, ineficientemente e incluso absurdo, solo por el hecho de que el juez no ha entendido lo medular de la controversia”.

De otro lado, el inciso 7 contempla la posibilidad de que el proceso civil pueda desarrollarse en idioma aimara o quechua, siempre que previamente sea solicitado por las partes y autorizado por el juez. Esta regulación pretende que se garantice una verdadera tutela jurisdiccional efectiva, acercando el proceso civil a las miles de personas en el Perú que no hablan castellano o que no tienen dicho idioma como su lengua materna. En tal sentido, el mandato establecido en el inciso 7 tiene su

correlato en el mandato constitucional contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política del Perú por el que se establece que “[S]on idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según ley”.

No obstante, la buena intención del legislador en cuanto la finalidad del inciso 7 del artículo 130 del CPC apunta a corregir una barrera de acceso a la justicia, concretamente, la barrera lingüística. Debemos dejar constancia que, actualmente, no es posible llevar a cabo un proceso un proceso civil completamente en quechua o en aimara. Al respecto, “la pluralidad étnica y cultural del país tiene un referente constitucional que se traduce como el derecho de las personas a expresarse en su propio idioma y desenvolverse conforme a su cultura (art. 2, inc. 19). No obstante que varios de millones de peruanos y peruanas hablan idiomas distintos del castellano —quechua, aimara o algún otro de la Amazonía—, la posibilidad de desempeñarse en su propia lengua en la instancias jurisdiccionales es bastante remota, básicamente porque los funcionarios de justicia desconocen el idioma nativo y no se cuenta con intérpretes” (LA ROSA, 2007: p. 29 y ss.).

En efecto, si bien es cierto que, en teoría, el proceso civil provee de traductores para quienes no hablan castellano, es cierto también que el Poder Judicial peruano aún no cuenta con suficientes traductores de quechua y aimara. Por lo demás, en aquellos casos donde se lleva a cabo una traducción, esta se limita a traducir un acto procesal en concreto, omitiéndose la traducción de todos los demás actos procesales y, en consecuencia, dejándose al individuo en situación de indefensión.

A partir de lo anterior, la barrera lingüística, muchas veces presente en el proceso civil, ha permitido que la justicia de paz cobre mayor presencia en la realidad nacional y, por tal motivo, “la justicia de paz se presenta como una alternativa. Los litigantes esperan que ante esta instancia puedan hablar en su propio idioma, que el juez pertenezca a la comunidad y conozca a las partes, o que al menos entienda los valores culturales y los problemas sociales de la población local, que no se apliquen trámites formales y trampas procesales, que el juez contribuya a la paz social, que los conflictos sean resueltos dentro de un plazo corto, que los costos sean bajos y que los jueces sean ‘rectos’, justos y probos” (BRANDT, 1990: p. 378 y ss.). De esta manera, la justicia de paz constituye un mecanismo que reduce los impactos generados por las barreras lingüísticas y económicas que se suelen encontrar en el proceso civil.

Finalmente, el inciso 9 se refiere a los otrosíes usualmente presentes en los escritos legales. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra ‘otrosí’ en el campo del Derecho es definida como “Cada una de las peticiones o pretensiones que se ponen después de la principal”. En los escritos se suele consignar la expresión “otrosí digo”, lo que podría ser traducido como ‘además digo’ y,

efectivamente, se utilizan para solicitar al órgano jurisdiccional pedidos autónomos e individuales, distintos al pedido principal que contienen un escrito. Algunos ejemplos de estos otrosíes pueden ser el acto por el que se deja constancia haber cumplido con el pago del arancel judicial correspondiente, la autorización de los abogados patrocinantes de una parte procesal, entre otros.

Ahora bien, nos preguntamos ¿la falta de uno de los requisitos analizados precedentemente importa el rechazo de un escrito? El artículo 426 del CPC regula los supuestos de inadmisibilidad de una demanda, los cuales se asemejan a los requisitos establecidos en el presente artículo para la elaboración de un escrito. En ese contexto, haciendo una ponderación entre la seguridad jurídica que las formalidades pretenden garantizar y el adecuado acceso a una tutela judicial efectiva, la falta de uno o más requisitos de un escrito no debería acarrear su rechazo liminar, sino que debería tener como consecuencia su inadmisibilidad, otorgándose un plazo para su adecuada subsanación. Sin embargo, si los vicios advertidos por el juzgador no fuesen subsanados en el plazo conferido, entonces el rechazo del escrito debe ser su consecuencia inmediata.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRANDT, Hans-Jürgen (1990): “Conclusiones y perspectivas [sobre la justicia de paz]”. En: *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la paz comunal en el Perú*. Lima: Fundación Friedrich Naumann; LA ROSA CALLE, Javier (2007): *Acceso a la justicia en el mundo rural*. Lima: Instituto de Defensa Legal; PRIORI POSADA, Giovanni (2009): “Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano”. En: *Themis*, N° 58; ZUSMAN TINMAN, Shoschana (2011): “Tips 100 consejos útiles de redacción legal”. En: *Ius Et Veritas*, N° 43.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica; PODER JUDICIAL (1997): *Acceso a la justicia*. Lima: Oficina Técnica de Proyectos de Cooperación Internacional del Poder Judicial.

Artículo 131 | Firma

Los escritos serán firmados, debajo de la fecha, por la parte, tercero legitimado o abogado que lo presenta. Si la parte o tercero legitimado no sabe firmar, pondrá su huella digital, la que será certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 101, 130, 424, 442; L.O.P.J. arts. 288 inc. 10, 290.

José Tam Pérez

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 131 del CPC regula la manera en la que se deben firmar los escritos presentados a lo largo de un proceso civil, fijándose que el escrito se firme, debajo de la fecha, por la parte, el tercero legitimado o por el abogado que lo presenta. Al respecto, debe tenerse en consideración que el escrito no debe contener texto alguno luego de la firma, caso contrario, resultaría necesario que se firme nuevamente debajo del texto incorporado, a efectos de evitar que se agregue información indebidamente.

Por otro lado, el presente artículo contempla también la posibilidad de la firma a través de la huella digital para aquellas personas que no sepan firmar. Esta regulación apunta a no privar a los analfabetos o a quien no sepa firmar de ejercer sus derechos a un adecuado acceso a la justicia.

No obstante lo expuesto, existe otra modalidad de firma denominada la firma a ruego. Al respecto, LEDESMA señala que la firma a ruego “[e]s la firma que pone un tercero, a ruego del obligado, por estar este impedido físicamente o ser analfabeto. Esta clase de firmas debe ser legalizada por el secretario del juzgado” (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 490 y ss.). Asimismo, añade que “[n]uestro Código no regula la firma a ruego, para los escritos, solo establece el uso de la huella digital. Cuando un escrito o diligencia fuere firmado a ruego del interesado, el secretario o auxiliar jurisdiccional deberá primero certificar que el firmante, quien previamente se identificará, ha sido autorizado para ello en su presencia o que la autorización ha sido ratificada ante él” (2008: p. 491 y ss.).

En razón a lo expuesto, si bien nuestro CPC no recoge expresamente la figura de la firma a ruego, es posible que se aplique esta modalidad siempre que el auxiliar judicial correspondiente corrobore que el tercero ha sido debidamente autorizado por el obligado, configurándose un nuevo supuesto que permite un mayor alcance del derecho constitucional al acceso a la justicia para aquellas cualesquiera situaciones en que el individuo no pueda firmar un escrito por sí mismo.

2. ANÁLISIS

Si bien es posible manifestar que el artículo en mención constituye un claro ejemplo de las formalidades que imperan en el proceso civil, también debe tenerse presente que estas formalidades tienen como objetivo proteger y garantizar la seguridad jurídica y, con ella, la tutela judicial efectiva de las partes.

En efecto, habida cuenta que nuestro proceso civil es predominantemente escrito, siempre se asumirá el riesgo de que los escritos procesales sean suplantados por personas que buscan obtener un provecho ilícito de tal acción. Frente a esta situación, las formalidades descritas en el presente artículo intentan asegurar que los actos procesales sean realizados por quienes verdaderamente forman parte de la relación procesal.

Ahora bien, es cierto que estas formalidades pueden, eventualmente, constituir una obstrucción para el desenvolvimiento del proceso en tanto obliga a que todos los escritos sean firmados por las partes y sus abogados. A fin de darle una solución a este problema, corresponde aplicar también el artículo 290 de la LOPJ, el cual establece que “sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley”.

El citado artículo 290 de la LOPJ, surge como una solución frente al eventual problema práctico que pudiese surgir del presente artículo por cuanto supone, una vez que las partes de un proceso han firmado un escrito en el que otorgan facultades de representación a sus abogados, ya no sería necesaria su expresa intervención en el proceso civil, salvo para aquellos actos procesales por los que se disponga del derecho material. En tal sentido, el artículo 290 referido permite a los abogados firmar todos los actos procesales que correspondan en representación de la parte que los designó, permitiéndose así el adecuado desenvolvimiento del proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Todo escrito será firmado por la parte y autorizado por el abogado colegiado (*Exp. N° 1608-95*).

Los abogados están facultados para presentar escritos sin requerir de poder especial, salvo los recursos impugnatorios (*Exp. N° 1362-94*).

Artículo 132

Defensa cautiva

El escrito debe estar autorizado por abogado colegiado con indicación clara de su nombre y número de registro. De lo contrario no se le concederá trámite.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139; C.P.C. arts. 130, 179, 424, 442; LEY 26662 art. 14; L.O.P.J. arts. 284, 285, 286, 288 inc. 10, 290.

José Tam Pérez

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 132 del CPC ha ocasionado posiciones encontradas en doctrina por cuanto exige que todo escrito cuente con la autorización de un abogado colegiado, de lo contrario, no se le dará trámite. La discusión que se origina de la norma en mención radica, principalmente, en la finalidad que este artículo persigue y en sus efectos frente al correcto y adecuado desarrollo del proceso civil.

La figura recogida en el presente artículo suele conocerse como “defensa cautiva”. Dicho término es definido como “aquella defensa que asume un abogado colegiado en un proceso, representa el derecho a la libertad de elegir sin ningún tipo de coacción la asistencia y ayuda profesional más favorable” (*Diccionario del Poder Judicial*). Si bien esta definición se refiere a la defensa que asume un abogado colegiado elegido libremente por su cliente, cabe señalar que no hace referencia alguna a la obligatoriedad de contar en todo momento con un abogado en el curso del proceso civil, que es finalmente a lo que se refiere el presente artículo.

2. FINALIDAD

La principal finalidad de la defensa cautiva es poner en una situación de igualdad a los sujetos que integran el proceso civil por cuanto busca que las partes sean defendidas por un abogado que domine la técnica legal y que, por consiguiente, provea una defensa eficaz de los intereses controvertidos. Asimismo, la defensa cautiva busca también garantizar el derecho de defensa de las partes del proceso. De acuerdo a LANDA, el derecho de defensa “es el derecho a defenderse de la demanda de un tercero o acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho a su vez se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir a su defensor, obligatoriedad del defensor y, si es el caso, de contar con un defensor de oficio y con una defensa eficaz, facultades comprendidas en el artículo 139 de la Constitución” (LANDA, 2004: p. 198 y ss.).

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Si bien este Tribunal determinó que sí es posible bajo ciertos requisitos que las dimensiones material y formal del derecho de defensa puedan ser ejercidas por un procesado que tenga a su vez la condición de abogado (cfr. STC Exp. N° 1323-2002-HC/TC); también señaló que no es posible reconocer el ejercicio del derecho de defensa por sí mismo (sin asistencia letrada) a un procesado que no ostenta la calidad de abogado, ya que de lo contrario implicaría someterlo a un estado de indefensión por ausencia de una asistencia letrada, versada en el conocimiento del Derecho y de la técnica de los procedimientos legales, situación que, además quebranta el principio de igualdad de armas o igualdad procesal de las partes” (STC Exp. N° 01425-2008-HC, f. j. 10).

En virtud a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, la defensa cautiva constituye un mecanismo que pretende prevenir que un procesado, o una parte procesal en general, se vea inmerso en un estado de indefensión en la que no pueda abogar por sus intereses ni obtener, finalmente, un pronunciamiento judicial justo y equitativo.

3. CRÍTICAS

No obstante que la defensa cautiva pretende evitar un estado de indefensión producto de la falta de asesoría legal frente a los aspectos técnicos de los que está contenido el proceso civil, también es posible que la propia defensa cautiva ocasione un estado de indefensión a las partes de un proceso.

Una de las principales críticas a la defensa cautiva radica en que la exigencia de un abogado para todos los actos procesales suscitados en el proceso civil pueden terminar lesionando derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al derecho de acceso a la justicia debido al alto costo que tiene en el Perú contratar a un abogado. En ese sentido, esta exigencia es susceptible de constituir un acto de desigualdad y marginación frente a las personas de escasos recursos.

Es posible concluir entonces que la figura de la defensa cautiva es susceptible de ser una barrera económica que impide el acceso a la justicia en el Perú y, en tal escenario, “[E]n un país donde más de la mitad de la población vive en situación de pobreza o pobreza extrema, los costos económicos de acceder a alguna forma de resolución de conflictos reconocida legalmente constituyen una enorme dificultad. Al respecto, pueden identificarse como principales barreras el pago que deben efectuar los ciudadanos por tasas judiciales y los costos de la defensa letrada. (...) En relación con los costos de la defensa letrada, cabe llamar la atención sobre la incapacidad del Estado para poner a disposición de los ciudadanos que lo requieran un defensor de oficio. Según cifras del Ministerio de Justicia, 308 abogados ejercen esta labor en todo el país, cifra insuficiente si se considera la demanda por este servicio” (LA ROSA, 2007: pp. 29-30).

En esta línea, si efectivamente el Estado no cuenta con suficientes abogados para proveer el auxilio judicial (ver art. 179 del CPC) en todos los casos en los que actualmente se requiere, entonces la defensa cautiva sí resulta un obstáculo para el acceso a la justicia de todas aquellas personas de escasos recursos quienes no pueden destinar sus gastos en la contratación de abogados.

Sin embargo, hay quienes sostienen que la defensa cautiva permite que los escritos dirigidos a los órganos jurisdiccionales contengan un mínimo de requerimientos procesales que permitan su adecuada valoración, es decir, los escritos son actos procesales y como tales se encuentran comprendidos dentro de una regulación de carácter procesal cuyo conocimiento técnico está centralizado por los abogados.

En ese sentido, si la defensa cautiva no fuese necesaria y, en consecuencia, se permitiese que las partes se dirijan a los jueces sin la necesidad de un abogado, entonces esta situación podría dar lugar a que los juzgadores se enfrenten a escritos carentes de los requerimientos procesales mínimos. Esto implicaría no solo el desorden de las regulaciones procesales, sino que, principalmente, obligará a los órganos jurisdiccionales a adecuar cada pedido al marco procesal que corresponda resultando esta una acción ineficiente y gravosa para los juzgadores.

Como se puede apreciar, la defensa cautiva es una institución jurídica, con efectos variables, tanto positivos como negativos. Por un lado, lo positivo radica en que la defensa cautiva busca la igualdad entre las partes y un adecuado ejercicio del derecho de defensa en cuanto los aspectos técnico legales que contiene el proceso civil; por otro lado, lo negativo se sustentaría en que la defensa cautiva podría constituir una barrera económica frente al acceso al sistema de justicia.

4. REQUISITOS

Los requisitos para el ejercicio de la defensa cautiva se encuentran regulados en la LOPJ. En primer lugar, el artículo 285 de la LOPJ señala que para patrocinar se requiere: i) tener título de abogado; ii) hallarse en ejercicio de sus derechos civiles; iii) tener inscrito el título profesional en la Corte Superior de Justicia correspondiente, y si no lo hubiere, en la Corte Superior de Justicia más cercana; y, iv) estar inscrito en el colegio de abogados del distrito de judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el distrito judicial más cercano.

De acuerdo con la citada norma, la figura de la defensa cautiva contiene requisitos bastante precisos sin los cuales no es posible que un abogado ejerza el patrocinio y la defensa de una persona. Al respecto, cabe resaltar la importancia que el artículo 285 otorga a los colegios de abogados en el Perú por cuanto cualquiera que pretenda ejercer la profesión deberá necesariamente estar inscrito en uno de ellos.

Por su parte, el artículo 286 de la LOPJ señala que no puede patrocinar un abogado que: i) ha sido suspendido en el ejercicio de la abogacía por resolución judicial firme; ii) ha sido suspendido en el ejercicio por medida disciplinaria del colegio de abogados en donde se encuentra inscrito, o no se halle hábil conforme al estatuto del respectivo colegio; iii) ha sido inhabilitado para ejercer la abogacía por sentencia judicial firme; iv) ha sufrido destitución de cargo judicial o público, en los cinco años siguientes a la aplicación de la sanción; y, v) se encuentre sufriendo pena privativa de la libertad impuesta por sentencia judicial condenatoria firme.

A este respecto, las causales para la suspensión del patrocinio de un abogado resultan adecuadas por cuanto el ejercicio de la abogacía, de acuerdo con el artículo 284 de la LOPJ es una función social al servicio de la justicia y el derecho y, por consiguiente, contiene un matiz de función parcialmente pública.

5. APLICABILIDAD

La figura de la defensa cautiva es la opción legislativa por la que nuestro ordenamiento jurídico ha optado en relación con el proceso civil, no resultando exigible para todo tipo de procesos y/o procedimientos. En efecto, a modo enunciativo, no resulta obligatorio contar con un abogado para la realización de cualquier trámite o procedimiento administrativo, salvo se encuentre previa y expresamente determinado, ni tampoco se requiere en las etapas prejudiciales penales ni en los procesos constitucionales de hábeas corpus y hábeas data ni en la justicia de paz.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LANDA ARROYO, César (2004): *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores; LA ROSA CALLE, Javier (2007): *Acceso a la justicia en el mundo rural*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1979): *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; GUERRA CERRÓN, María Elena (2010): "La postulación y la comparecencia en el proceso civil peruano". En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, N° 25; RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2002): *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX*, tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Artículo 133

Copia de escrito y anexo

Tratándose de escritos y anexos sobre los que deba recaer alguna de las resoluciones citadas en el artículo 157, quien los presente debe acompañar tantas copias simples de ambos como interesados deba notificarse.

El auxiliar jurisdiccional correspondiente verificará la conformidad y legibilidad de las copias. Si no las encuentra conformes, ordenará su sustitución dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito.

Todo reclamo sobre la idoneidad de las copias será resuelto por el juez en el día, por resolución inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 3, 4, 130, 135, 157, 425, 442; L.O.P.J. art. 155-F.

José Tam Pérez

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 133 del CPC posee un gran contenido práctico. En efecto, la finalidad del presente artículo es informar a las partes de todos los actos procesales realizados por la parte contraria para que, de esa manera, se posibilite el ejercicio del derecho de defensa.

De manera informativa, el artículo 157 del CPC al que se remite el presente artículo, establece que todas las resoluciones judiciales y en todas las instancias –incluyendo la Corte Suprema– se notifican mediante cédula. En ese sentido, la norma dispuesta en el artículo materia de comentario no exige copias de todo tipo de escrito, sino solo de aquellos escritos o anexos presentados sobre los cuales se vaya a generar la emisión de una resolución judicial. En estos casos específicos debe proveerse al juzgado con tantas copias como interesados existan en el proceso “[A] efecto de la notificación electrónica o por cédula” (DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA, 2014: p. 583).

De lo expuesto se desprende que el presente artículo busca que las partes y los terceros legitimados reciban copias de los escritos, anexos y demás recaudos que puedan ser de su interés frente al proceso y, por consiguiente, resulta una norma protectora y garantista del derecho de defensa de cada actor procesal, pues, como resulta lógico, sin una correcta notificación los actores de la relación procesal se verían impedidos de confrontar sus derechos y sustentar sus pedidos adecuadamente.

En lo que respecta al segundo párrafo del artículo 133 del CPC constituye un deber del auxiliar judicial verificar la conformidad y legibilidad de los documentos presentados, proveyendo a las partes la oportunidad de sustituir cualquier escrito que resulte inidóneo. Cabe resaltar que esta norma no solo obliga a los justiciables a reemplazar cualquier documento inidóneo, sino que se otorga un plazo de veinticuatro horas para subsanar los vicios advertidos bajo apercibimiento de rechazarse el escrito.

Asimismo, resulta pertinente mencionar que mediante Resolución Administrativa N° 014-93-CE-PJ del 02/06/1993, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial agregó como un requisito adicional que en las copias de cada escrito se consigne el nombre y número de colegiatura del abogado que suscribe el escrito (y necesariamente firmado) original. Este requerimiento también debe ser verificado por el auxiliar judicial correspondiente.

De lo previamente expuesto se puede concluir que el auxiliar judicial cuenta con la facultad de aceptar o rechazar las copias u otros recaudos presentados por las partes. A este respecto, debe precisarse que la decisión del auxiliar judicial frente al hecho descrito debe sustentarse en criterios objetivos, concretamente, la legibilidad en el ofrecimiento de los recaudos y en la verificación en el cumplimiento de lo normado por el presente artículo. No obstante ello, la facultad del auxiliar judicial se limita a verificar la correcta presentación de los recaudos, mas no le corresponde evaluar los mismos desde su relevancia para con el fondo del asunto controvertido.

Finalmente, el tercer párrafo del presente artículo determina que es facultad del juez resolver en única instancia sobre la admisión de los documentos presentados, precisándose que lo decidido por el juzgador es no es susceptible de impugnación.

2. FINALIDAD

Conforme a lo expuesto, el presente artículo tiene por finalidad garantizar el derecho de defensa de los sujetos que integran el proceso civil. En ese sentido se pronuncia LEDESMA (2008: p. 495 y ss.) cuando señala que “La razón de ser de las copias de los escritos y anexos es para permitir, en mejor forma, viabilizar el principio de bilateralidad que opera en todo proceso, que consiste en poner en conocimiento de todo pedido o solicitud a la contraparte para que pueda ejercer, si lo desea, su defensa”.

El derecho de defensa involucra la posibilidad de que cada actor procesal se encuentra en la posibilidad de poder cuestionar válida y adecuadamente cualquier incidencia ocurrida dentro del *iter* procesal. En ese sentido, para que los actores procesales ejerzan adecuadamente su defensa es necesario conocer las

afirmaciones vertidas en su contra y, con ello, los medios de prueba en los que se sustentan dichas afirmaciones.

Por este motivo, resulta esencial que se regule la obligación de presentar copias suficientes de cada escrito y sus anexos, dado que solo con una correcta presentación de un escrito se podrá transmitir a las partes involucradas el contenido de los actos procesales de las partes, los mismos que en su oportunidad serán susceptibles de la emisión de una resolución judicial.

3. SOBRE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE LOS ESCRITOS Y ANEXOS

Sobre esta materia, en primer lugar, debemos señalar que el artículo 155-F de la LOPJ señala que los escritos y anexos presentados por las partes, además de presentarse por escrito, se deben proveer también en un soporte digital. En ese sentido, el artículo mencionado establece lo siguiente:

“Artículo 155-F. Recaudos de la notificación.

En el caso de los actos postulatorios, el escrito y los medios probatorios que se acompañen deben presentarse en documentos físicos, y, además en soporte digital con indicación del formato de archivo para su notificación respectiva. El Poder Judicial, a través del Consejo Ejecutivo, dispone en normatividad complementaria los tipos de formatos digitales que se pueden emplear para dicho efecto.

Para el caso de medios probatorios ofrecidos que no se puedan digitalizar, el juez dispone que sean recogidos de la oficina del secretario judicial de sala o juzgado en un plazo no mayor de dos días. Vencido dicho plazo, con o sin su recojo, la notificación del acto procesal se entiende perfeccionada.

Solo las partes pueden recoger los recaudos, además sus abogados y sus apoderados autorizados para dicho efecto. El secretario o especialista judicial debe certificar la firma y comprobar la identidad de quien suscribe la constancia de entrega bajo responsabilidad funcional”.

Como se desprende del artículo anterior, constituye un deber de las partes presentar tanto las copias en formato escrito como anexos en soporte digital, constituyéndose como única excepción la presentación física solo de aquellos documentos que no sean pasibles de digitalizar. La norma antes mencionada responde a una política de modernización del Poder Judicial, que busca la digitalización de todos los expedientes judiciales en tanto permitirá disminuir la duración del

proceso al reducir los tiempos de notificación de escritos, anexos, resoluciones, entre otros. No obstante ello, debemos mencionar que aún falta un largo tramo por recorrer en lo que respecta a la digitalización de expedientes judiciales dado que aún no todos los distritos judiciales cuentan con el soporte tecnológico adecuado para estos fines.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*, tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo. 1. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 134

Entrega de copias

En el acto de notificarse la resolución respectiva, se hará entrega a la parte contraria de las copias a que se refiere la primera parte del artículo 133.

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. 133, 135; L.O.P.J. arts. 155-A, 155-D.

José Tam Pérez

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 134 del CPC establece que con la notificación de las resoluciones judiciales se debe hacer entrega de las copias a las que se refiere el artículo 133. En efecto, el presente artículo busca garantizar el principio de contradicción o bilateralidad, que “consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria” (MONROY, 2009: p. 177 y ss.).

Efectivamente, esta bilateralidad se logra con la notificación y entrega de las copias, pues de esta manera la parte toma conocimiento de lo que ha presentado su contraparte y, de ese modo, se encuentra en la posibilidad de oponerse, contradecir y/o responder a las afirmaciones y/o solicitudes planteadas. En ese sentido, que las notificaciones estén acompañadas con copia de los escritos y/o documentos presentados por la otra parte adquiere una especial relevancia, pues constituye un requerimiento necesario para el adecuado ejercicio de del derecho de defensa de cada individuo que participe en la relación procesal.

La entrega de las copias, en principio, se realiza mediante notificación por cédula. A tal respecto, LEDESMA (2008: p. 496) señala que “La cédula es un instrumento público extendido por un funcionario judicial para notificar a las partes, sus representantes o a terceros intervinientes en el proceso de una resolución judicial. Se compone de original, que se agrega a los autos y cumple la función de probar el término inicial del plazo que correrá según la naturaleza del acto procesal que se transmita; y de una o varias copias, que sirven al notificado como medio de comunicación o información”. La cédula constituye, entonces, un mecanismo por el cual se comunica a una parte sobre los actos procesales realizados por la otra parte y, además, permite definir un momento en el tiempo a partir del cual se computarán los plazos dentro de los cuales se permitirá la respuesta de las demás partes procesales notificadas.

2. SOBRE LAS NOTIFICACIONES

La notificación es definida como “el acto por el cual se pone en conocimiento a las partes o terceras personas vinculadas con el litigio de las resoluciones o de las citaciones que emiten las dependencias del Poder Judicial” (Diccionario del Poder Judicial). En adición a ello, y en concordancia con lo señalado en el presente artículo, la notificación también es el acto mediante el cual se entrega a los sujetos que integran el proceso, copias de los escritos y anexos presentados por las partes, es decir, la notificación abarca tanto las resoluciones o citaciones emitidas por las dependencias del Poder Judicial como las copias de los escritos y anexos presentados por los sujetos que intervienen durante el trámite de un proceso.

En razón a ello, la notificación resulta un acto procesal de vital relevancia e importancia para el proceso civil en tanto su ejecución importa no solo la adecuada comunicación entre las partes y el órgano jurisdiccional, sino también la interacción de los actores procesales en tanto constituye el punto de inicio de los plazos que orientan esta interacción.

Por otro lado, si bien en cuanto a las notificaciones se tiene como regla general a la notificación por cédula, es decir, el diligenciamiento efectuado por un auxiliar judicial que implica el envío físico de las resoluciones, escritos y anexos, al domicilio de cada parte, cabe resaltar que las modificaciones a la LOPJ contemplan también la utilización de la notificación electrónica. Al respecto, el artículo 155-A de la LOPJ, señala que “La notificación electrónica es un medio alternativo a la notificación por cédula y se deriva a casilla electrónica de manera obligatoria en todos los procesos contenciosos y no contenciosos tramitados ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial”. En ese sentido, la notificación electrónica resulta un medio de notificación válido y actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ese motivo, el artículo 155-D establece que “[l]os abogados de las partes procesales, sean o no de oficio, los procuradores públicos y los fiscales deben consignar una casilla electrónica, la cual es asignada por el Poder Judicial sin excepción alguna”. En efecto, la consignación de una casilla electrónica importa una obligación que da sentido a la norma dispuesta en el artículo 155-A toda vez que materializa la posibilidad de que los actores procesales puedan recibir las comunicaciones originadas durante el proceso, vía electrónica.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario advertir que la notificación electrónica todavía no sustituye a la notificación por cédula en su totalidad. Sobre el particular, el cuarto considerando de la Resolución Administrativa N° 214-2008-CE “dispone que la notificación de todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias, y aun en la Corte Suprema, se realiza por cédula, precisándose en el

artículo 163 del mismo cuerpo legal, que salvo el traslado de la demanda o de la reconvencción, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción”.

De acuerdo con lo dispuesto por el CEPJ, la notificación electrónica es un acto procesal válido y complementario a la notificación por cédula, la cual continúa manteniéndose como regla general. En efecto, si bien la notificación electrónica resulta una alternativa válida para la comunicación entre las partes y el órgano jurisdiccional, aún se mantiene como complementaria a la notificación por cédula. Esto ocurre porque, si bien es intención del Poder Judicial que se logre la digitalización de los expedientes judiciales, esta intención aún requiere de una mayor inversión no solo de recursos, sino también de tiempo a fin de implementar un sistema judicial predominantemente electrónico que contribuya a una mayor agilidad, celeridad y eficiencia al proceso civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica. MONROY GÁLVEZ, Juan (2009): *Teoría general del proceso* (1996), 3ª ed. Lima: Communitas.

Artículo 135 | **Constancia de recepción**

La parte o tercero legitimado puede exigir que el auxiliar de justicia le devuelva una copia sellada del escrito y sus anexos, con indicación del día y la hora de su presentación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 54, 133, 134.

José Tam Pérez

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 135 del CPC provee a las partes de un mecanismo mediante el cual tienen la posibilidad de exigir que el auxiliar judicial que reciba los escritos y anexos deje constancia de la fecha y hora de su presentación.

Si bien la norma en mención es clara al determinar que se trata de una facultad otorgada a las partes y que, en consecuencia, su exigencia no resulta una obligación para ellas, es de vital importancia que las partes exijan que se les devuelva una copia sellada del escrito y sus anexos, a la que comúnmente se denomina “cargo”.

2. LA RELEVANCIA DEL CARGO

La importancia de este artículo radica principalmente en que solo a partir de la constancia de la fecha y hora de la presentación es posible corroborar que los actos procesales se han ejecutado oportunamente, es decir, dentro de los plazos previstos por el CPC.

Si bien el presente artículo otorga a las partes la facultad de exigir que se deje constancia de la fecha y hora de la presentación, es posible que en el caso concreto se requiera de otros medios adicionales que permitan acreditar la veracidad del contenido en la constancia o cargo. Al respecto, LEDESMA (2008: p. 497) afirma que “hay criterios que cuestionan la ineficacia del cargo si este no viene acompañado de la firma del secretario o auxiliar. Se dice que dicha omisión no impide asignar efectos al cargo, si el personal autorizado para la recepción informa que el escrito fue dejado en la oficina el día y hora en que se consigna y no se aduce o demuestra falsedad o inexactitud”.

De acuerdo con LEDESMA, es recomendable que las partes que presenten escritos y anexos exijan al secretario o auxiliar judicial la constancia de la fecha y hora de la presentación conjuntamente con la firma de quien los recibe, a fin de evitar

cuestionamientos derivados de esta constancia. Ahora bien, si el cargo no consigna la firma del secretario o auxiliar judicial que recibió los escritos y anexos, esto no significa que la constancia carezca de valor toda vez que dicha constancia constituye un medio de prueba de la presentación, salvo que se acredite su inexactitud.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica.

TÍTULO II

FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE

Artículo 136

Expedientes

Los auxiliares jurisdiccionales son responsables de la formación, conservación y seguridad de los expedientes. Cuidarán, además, de la numeración correlativa y sin interpolación de los folios, que las actas que contienen actuaciones judiciales sean suscritas por el juez y por los que intervengan en ellas, dando fe de la veracidad de su contenido y las demás responsabilidades que la ley les señala. La interpolación en la numeración correlativa solo es procedente por resolución autoritativa del juez y bajo su responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 54, 122, 125, 137, 138, 139, 140; L.P.A.G. art. 153; L.O.P.J. arts. 169, 170, 266 incs. 11 y 16, 136.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho Procesal existen dos sistemas: el *dispositivo*, también denominado *privatista*, y el *inquisitivo*, llamado *publicista*.

El primer sistema se caracteriza por dar preponderancia a las partes, es decir que quienes manejan el proceso son las partes; en cambio, lo característico en el segundo sistema es que el juez tiene más protagonismo que las partes, pues tiene muchas facultades y prerrogativas en su calidad de director del proceso.

Asimismo, en el sistema dispositivo gobierna la escrituralidad, mientras que en el sistema inquisitivo se privilegia la oralidad.

Por lo tanto, el expediente físico es propio de un sistema privatista en donde todos los actos procesales deben realizarse por escrito en papel.

No obstante, con la reciente ley que modifica el CPC, Ley N° 30293, la cual introduce la oralidad en ciertas actuaciones procesales –tales como la audiencia de pruebas, en donde esta será registrada en audio y ya no en papel, así como en los interrogatorios a los testigos y declaración de parte, los cuales se realizarán en

forma directa, no siendo exigible que la parte que ofrece dicho medio probatorio adjunte a su demanda el sobre cerrado conteniendo el pliego interrogatorio o el pliego de posiciones— se pretende disminuir la escrituralidad y, por lo tanto que los expedientes sean menos voluminosos.

2. DEFINICIÓN DE EXPEDIENTE

En primer lugar, iniciaremos el presente análisis doctrinario definiendo el expediente judicial.

Los expedientes son “legajos de actuaciones o piezas escritas que registran los actos procesales realizados en un juicio, ordenadas cronológicamente y foliadas en forma de libro, provistas de una carátula destinada a su individualización” (COUTURE, 2004: p. 332).

En palabras LEDESMA (2009: p. 308), los expedientes son “legajos de folios que se forman mediante la agregación cronológica de los escritos, documentos, actas y demás diligencias producidas por los sujetos del proceso, sus auxiliares y los terceros”.

En igual sentido, IDROGO DELGADO (2014: p. 98) considera que el expediente es “el contenido material del proceso. Está formado por los folios que contiene el proceso en los cuales se encuentran los actos procesales que realizan las partes, el juez y terceros”.

Ahora bien, nosotros consideramos que el expediente judicial constituye el conjunto de escritos organizados en orden de presentación ante el órgano jurisdiccional, debidamente enumerados (foliados) que contienen los actos procesales del juez, de las partes (demandante-demandado) y terceros legitimados (tercero coadyuvante, tercero litisconsorcial, denunciado civil, etc.). No obstante, muchas veces se confunde al expediente con el proceso, por lo que resulta necesario hacer una diferenciación.

El proceso se define como el instrumento que utiliza el juez para resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre (ambos con relevancia jurídica), sometidos a su conocimiento. También es definido como el conjunto de actos jurídicos procesales coordinados, sistematizados y lógicos que realiza el juez, las partes y los terceros intervinientes, desde la interposición de la demanda hasta la ejecución de la sentencia.

Por lo tanto, el proceso es algo abstracto, mientras que el expediente es algo material (físico); entonces lo correcto es que el proceso se materializa en el expediente.

Dicho ello, debemos aclarar que cuando se dice que se “da por concluido y se archiva el proceso”, lo correcto es que se “da por concluido el proceso” y se “archiva (guarda) el expediente”. Así también se dice se “remite el proceso”, cuando lo correcto debe ser se “remite el expediente”.

3. FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE

Según el artículo 169 de la LOPJ el expediente judicial contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con número y letras.

Asimismo, el artículo 170 de la LOPJ, establece que para cada proceso se organiza un expediente que se identifica con el número correlativo del órgano jurisdiccional correspondiente. En los casos que establece la ley se organizan anexos y cuadernos adjuntos.

“Se inicia un expediente, con una carátula, donde se consigna una serie de datos de identificación del proceso, o sea: la Corte Superior al que corresponde el Juez que tramita el proceso; el número del expediente; naturaleza de la materia controvertida; el nombre del demandante; el nombre del demandado; materia de conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; el Juzgado especializado que tramita; el nombre del Juez que lleva el proceso, el nombre del Secretario de Juzgado. Además contiene la fecha de inicio del proceso y la fecha de sentencia o conclusión” (URQUIZO, 1996: p. 314).

Los expedientes del proceso pueden ser: principales o accesorios, denominados estos últimos como incidentes o cuadernos (v. gr. cuaderno de excepciones, cuaderno de defensa previa, cuaderno de apelación de auto cuyo concesorio es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, cuaderno de recusación cuando esta no es aceptada por el juez recusado, cuaderno cautelar).

Por otro lado, “en los supuestos de acumulación sucesiva de procesos, a que se refiere el artículo 90 del CPC, existen tantos expedientes principales como procesos acumulados, debiendo aquellos reunirse materialmente en un expediente único, salvo que el trámite simultáneo resulte difícil por la naturaleza de las cuestiones planteadas” (PALACIO, 1994: p. 109; LEDESMA, 2008: p. 499).

Finalmente, si bien es cierto no existe norma legal referente al desglose de escritos o documentos del proceso, esto no es óbice para que en la praxis jurídica se realice, previa autorización del magistrado, dejándose constancia de las piezas desglosadas y del número de fojas de la resolución que dispuso el desglose, y, de ser el caso, lo recomendable es que se dejen copias certificadas de las piezas que se hayan desglosado.

4. DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS AUXILIARES JURISDICCIONES RESPECTO AL EXPEDIENTE

Este artículo hace referencia a los auxiliares jurisdiccionales, por lo que es necesario determinar quiénes se encuentran comprendidos dentro de dicha denominación.

Al respecto, el artículo 54 del CPC prescribe que los auxiliares de la jurisdicción civil son los secretarios de sala, los relatores, los secretarios de juzgado, los oficiales auxiliares de justicia y los órganos de auxilio judicial; sin embargo, específicamente los encargados de la formación, conservación y seguridad del expediente son los secretarios de los juzgados y los secretarios de las salas, ya sean superiores o supremas.

Dicho ello, los auxiliares jurisdiccionales responsables de los expedientes (ya precisados) tienen los siguientes deberes:

- a) *Formación del expediente*: deben velar por el armado del expediente, siendo la tarea principal de los auxiliares jurisdiccionales cuidar que el mismo esté cosido debidamente, con sus respectivos escritos, anexos y demás diligencias judiciales.
- b) *Conservación del expediente*: el expediente debe estar en un lugar en el cual se mantenga en buen estado, evitando las mutilaciones o deterioros del mismo. En ese sentido, el inciso 11 del artículo 266 de la LOPJ establece que es obligación genérica de los secretarios de juzgado vigilar la conservación de los expedientes y los documentos que giran a su cargo, siendo responsables por sus mutilaciones o alteraciones, sin perjuicio de las responsabilidades del personal auxiliar. Así, algunas cortes de justicia cuentan con un archivo modular transitorio en el cual los expedientes son llevados temporalmente para su mejor conservación.
- c) *Seguridad del expediente*: deben tener la mayor diligencia posible en el cuidado del expediente, impidiendo su pérdida o extravío.
- d) *Cuidar la numeración correlativa del expediente y sin interpolación de los folios*: una vez debidamente formado el expediente, debe procederse a su enumeración de manera correlativa, es decir, continua, con números y letras, sin dejar escritos, anexos, resoluciones o demás diligencias judiciales sin enumerar. En tal sentido, el inciso 16 del artículo 266 de la LOPJ señala que es obligación genérica de los secretarios de juzgado cuidar que la foliación de los expedientes se haga por orden sucesivo de presentación de los escritos y documentos, y que las resoluciones se enumeren en orden correlativo.

Es transcendental la enumeración correlativa y sin interpolación de folios, por cuanto garantiza la integridad del expediente; asimismo, facilita el trámite del proceso, específicamente para las citas de los folios en las resoluciones que se expidan o en los escritos que se presenten. Solo es procedente la interpolación (intercalación o alteración en la numeración) de folios por resolución autoritativa del magistrado, conforme lo establece el artículo 136 del CPC.

Pero ¿qué significa interpolación? *Interpolación* consiste en corregir los folios cuando ha existido una numeración errónea, por ejemplo al folio 199, le sigue el folio 200, empero se consignó el folio 300 y así sucesivamente, lo cual no es correcto y debe ser corregido conforme a lo señalado en el párrafo precedente.

- e) *Procurar que las actas que registran actuaciones judiciales (v. gr. el acta de inspección judicial, el acta de audiencia, etc.) sean suscritas por el juez y por los que participaron en ellas: dando fe de la veracidad de su contenido.*

5. EXPEDIENTE DIGITAL

Debemos señalar que la nueva tendencia es eliminar progresivamente el expediente material (documentado), el cual será reemplazado por el *expediente digital o electrónico*, con la finalidad de agilizar procesos y aligerar la carga procesal.

Ya en algunas cortes superiores está siendo implementando, como es el caso de Lima Norte, en donde ha sido posible gracias al aporte del Banco Mundial. Así, los litigantes de Lima Norte ahorrarán tiempo y dinero con el expediente digital, pues ya no tendrán que acudir a los juzgados para conocer el estado de sus expedientes, sino que lo podrán hacer desde cualquier lugar con acceso a Internet.

El traspaso de papel a digital se inició en diciembre de 2013 y se requirió un aporte de 15 millones de soles financiados por el Poder Judicial y el Banco Mundial. La segunda etapa de digitalización está dirigida a las cortes de Lima, Junín y Tacna, en las salas especializadas en lo comercial y familia, y contará con el financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo, por cinco millones de soles.

Finalmente, la tercera y más grande etapa tendrá como objetivo la implementación total de esta solución informática en todas las cortes superiores a nivel nacional. Este último paso requerirá de una inversión de 30 millones de soles y se cumplirá en un plazo aproximado de tres años.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

COUTURE, Eduardo J. (2004): *Vocabulario jurídico*, 3ª ed. actualizada y ampliada, por Ángel Landoni Sosa. Montevideo: B de F.; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil, análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; IDROGO DELGADO, Teófilo (2014): *Derecho Procesal Civil. El proceso de conocimiento*, tomo I. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego; URQUIZO PÉREZ, Víctor (1996): *Nuevo Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Editorial Justicia.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edwar (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista Editores; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa.

Artículo 137**Custodia del expediente**

El expediente se conserva regularmente en la oficina del secretario de juzgado, o de la secretaria de la sala o en la oficina del juez. El expediente podrá ser trasladado a un lugar distinto solo en los casos previstos por la ley o por resolución autoritativa del juez, fijándose el plazo respectivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 89 inc. 2, 136, 138, 140; L.O.P.J. arts. 171, 174, 266 inc. 11.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

Como se ha dejado establecido, el expediente constituye el conjunto de papeles (resoluciones y escritos), por lo tanto, necesita de un espacio físico para su conservación o permanencia, el mismo que debe ubicarse dentro del juzgado o sala, o más específicamente dentro de la secretaría, pues un juzgado puede tener más de una secretaría, y cada secretario será responsable de un determinado número de expedientes (procesos) asignados a su cargo, y cuando el expediente sea trasladado a otro lugar se debe ser por resolución autoritativa del juez, ya sea que se fundamente en una causa legal o en una causa debidamente motivada del juez.

2. CUSTODIA DEL EXPEDIENTE

La organización clásica de la institución judicial permitía que los expedientes se conservaren, por lo regular, en la oficina del secretario de juzgado, en la secretaria de sala o en la oficina del juez. Sin embargo, algunas reparticiones judiciales organizadas bajo un sistema corporativo conservan la custodia de los expedientes en archivos modulares que pueden ser transitorios o definitivos (LEDESMA, 2008: p. 500).

Ahora bien, del texto legal en análisis se infiere que generalmente el expediente del proceso se conserva físicamente en la oficina del secretario del juzgado o de la sala o en el despacho del magistrado. Únicamente está permitido trasladar el expediente a otro lugar cuando está previsto expresamente en la ley o mediante autorización del juez en una resolución debidamente motivada y fijándose un plazo correspondiente.

En los casos señalados en la ley, tenemos, por ejemplo, cuando se ha dispuesto la acumulación de procesos, pues el expediente (el proceso) que venía tramitándose en un juzgado, debe ser remitido al juzgado en el que fue acumulado.

Cabe puntualizar que se hace referencia a la “acumulación de procesos”, institución jurídico-procesal regulada en el inciso 2 del artículo 89 del CPC, por cuanto la “acumulación de expedientes” no ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico procesal; no obstante, al disponerse la acumulación de los procesos, los cuales se materializan en el expediente judicial, lógicamente tendrán que ser acumulados estos últimos.

Por otro lado, respecto a los casos de decisión judicial podemos citar como ejemplo la sentencia expedida en la tramitación de un proceso de otorgamiento de escritura pública, mediante la cual el juez dispone la remisión del expediente a una notaría con la finalidad que el notario elabore la escritura pública que el demandado en su momento se negó a otorgar.

Este dispositivo legal guarda concordancia con el artículo 174 de la LOPJ, el cual prescribe que los expedientes, libros, archivos y demás implementos necesarios, pertenecen a la sala o juzgado, no pudiendo ser retirados del mismo, salvo autorización del magistrado competente; asimismo, resulta concordante con el artículo 171 de la LOPJ, cuyo texto señala que en ningún caso son retirados los expedientes del despacho judicial, salvo los permitidos por ley.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo. I, Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edwar (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lima: Jurista Editores; PALACIO, Lino (1994): *Derecho Procesal Civil*, tomo IV. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; URQUIZO PÉREZ, Víctor (1996): *Nuevo Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Editorial Justicia.

Artículo 138 | **Examen de los autos**

Las partes, sus abogados y sus apoderados pueden examinar los expedientes judiciales en el local en que se conservan, pudiendo tomar nota de su contenido.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 136, 137, 139; L.O.P.J. arts. 130, 171, 174, 259 inc. 11, 266 incs. 10 y 11.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

Es derecho de las partes, ya sea en forma directa, a través de sus representantes legales, apoderados judiciales y abogados, revisar los expedientes, esto es, enterarse de lo actuado (resoluciones emitidas por el juez, escritos presentados por la otra parte) e inclusive tomar nota de su contenido.

2. PUBLICIDAD DEL EXPEDIENTE Y EXAMEN DE LOS AUTOS

La norma contenida en este artículo constituye un enunciado del principio publicista, lo que significa que en principio los expedientes son públicos y, por ende, están a disposición de los *intervinientes* en el proceso. Sin embargo, esta norma es clara al señalar quiénes están legitimados para examinar o revisar los expedientes: las partes (demandante y demandado), sus abogados (debidamente acreditados en el proceso) y los apoderados de cada una de ellas.

Respecto a dicho extremo, consideramos que se debió consignar también a los terceros *intervinientes* en el proceso; sin embargo, haciendo una interpretación extensiva de la norma, ellos también estarán legitimados, al igual que los representantes legales de las partes, pues tan igual que los apoderados judiciales representan a las partes.

Ahora bien, sobre el lugar donde deben ser revisados los expedientes, entiéndase que será en el local del juzgado o de la sala, ya sea superior o suprema, toda vez que allí se conservan los expedientes. En algunas cortes superiores se ha establecido que el examen de los expedientes se realice en un espacio especial acondicionado para tal propósito, denominado "Sala de Lectura de Expedientes", con la finalidad que además de la lectura y revisión que realicen las personas indicadas, puedan tomar nota del contenido de las piezas procesales (resoluciones y escritos) que se hayan expedido o presentado en el proceso.

Este estudio, como ya ha sido referido, permite a las personas habilitadas a tomar nota de su contenido; en ese sentido, también se advierte en la casuística que algunas sedes judiciales permiten el acceso de material filmico, fotográfico, magnetofónico y demás formas de reproducción portátil; sin embargo, en otras dependencias la toma de notas se restringe al uso clásico del papel y lápiz (LEDESMA, 2008: p. 503).

En este sentido, el artículo 171 de la LOPJ señala que las partes, sus apoderados o sus abogados tienen acceso a los expedientes en giro, con las excepciones que establece la ley.

Asimismo, el inciso 10 del artículo 266 de la LOPJ refiere que es obligación y atribución genérica de los secretarios de juzgado el facilitar el conocimiento de los expedientes a las partes y a sus abogados, y a las personas que tienen interés legítimo acreditado, con las respectivas seguridades. En el caso de expedientes archivados, pueden facilitar el conocimiento a cualquier persona, debidamente identificada, que los solicite por escrito. Respecto a la obligación de los secretarios de sala, estos deben facilitar a los interesados y a sus abogados, en la oficina de la Secretaría, el estudio de los expedientes (inc. 11, art. 259 de la LOPJ).

Finalmente, el artículo 130 de la LOPJ, señala que los abogados de las partes pueden informarse del expediente por secretaria de sala de la Corte Superior o de la Corte Suprema, hasta tres días antes de la vista de la causa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ZVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2003): *Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. Lima: Rodhas.

Artículo 139 | Expedición de copias

Los secretarios de sala y de juzgado entregan copias simples de las actas de las actuaciones judiciales concluidas a los intervinientes en ellas que lo soliciten. En cualquier instancia, a pedido de parte y previo pago de la tasa respectiva, el juez ordenará de plano la expedición de copias certificadas de los folios que se precisen.

La resolución que ordena la expedición de copias certificadas precisará el estado del proceso y formará parte de las copias que se entregan. En la misma resolución el juez podrá ordenar se expidan copias certificadas de otros folios.

Concluido el proceso, cualquier persona podrá solicitar copias certificadas de folios de un expediente. El juez puede denegar el pedido en atención a la naturaleza personalísima de la materia controvertida.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 138, 198, 204, 240, 640; L.P.A.G. art. 55; L.O.P.J. art. 266 inc. 13; D.LEG. 1075 art. 10.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

En el proceso civil rige el principio de publicidad; en tal sentido, no puede existir justicia reservada, ya que la actividad procesal es una función pública y debe desenvolverse en un ambiente de claridad y transparencia; esto constituye una conquista del moderno Derecho Procesal (URQUIZO, 1996; p. 316).

Las partes y, en general, los intervinientes tiene derecho a solicitar que se les entregue una copia simple del acta de las actuaciones judiciales, por su parte los secretarios del juzgado y de las salas tendrán la obligación de entregar dichas copias. Asimismo, las partes tienen derecho a solicitar copias simples o certificadas de las piezas procesales pertinentes y el juez deberá ordenar su entrega. Cuando el proceso se encuentre concluido las partes y cualquier persona pueden solicitar la entrega de las copias salvo la excepción que la norma contempla.

2. EXPEDICIÓN DE COPIAS SIMPLES DE ACTAS Y DE FOLIOS DEL EXPEDIENTE

El secretario de sala o de juzgado se encuentra facultado para entregar copias simples de las actas de las *actuaciones judiciales concluidas* a los intervinientes

en ellas que lo soliciten; es el caso de las copias de las actas de audiencia y de inspección judicial llevadas a cabo por el juzgado.

En el caso del acta de audiencia de pruebas es necesario indicar que la Ley N° 30293, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2014, ha modificado el artículo 204 del CPC en los siguientes términos: “La audiencia de pruebas es registrada en video o en audio, en soporte individualizado que se incorpora al expediente. Se entrega una copia a las partes dejándose constancia en el expediente de dicha entrega. En los casos en que esto no sea posible, se levanta el acta respectiva (...)”.

3. EXPEDICIÓN DE COPIAS CERTIFICADAS DE ACTAS Y DE FOLIOS DEL EXPEDIENTE

La entrega de copias certificadas puede ser de expedientes de procesos en trámite o de los que ya han concluido.

- a) *Los expedientes de procesos en trámite o en giro* no pueden ofrecerse como medio de prueba en otros procesos; sin embargo, cabe la posibilidad de autorizar la solicitud de copias certificadas de este, previo pago de la tasa judicial respectiva por los folios que el interesado indique.

A este respecto, en una ejecutoria suprema se ha precisado que “las partes interesadas pueden presentar copias certificadas de los procesos en trámite como medios probatorios, su valoración queda a criterio del juzgador, mientras no exista sentencia firme en el proceso del que provienen dichas copias certificadas” (Cas. N° 167-98, Callao).

En tal sentido, cabe preguntarnos: ¿el expediente tiene calidad de medio probatorio? El artículo 240 del CPC prescribe: “Es improcedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite. En este caso la parte interesada puede presentar copias certificadas de este. Si se presenta como medio probatorio un expediente fenecido, debe acreditarse su existencia con documento”.

Como se podrá verificar de este artículo citado, un expediente en trámite no puede ser ofrecido ni presentado como medio probatorio; sin embargo, la parte interesada podrá presentar copias certificadas, y su valoración dependerá del criterio del juez, en cada caso en concreto. Por ejemplo, si en un proceso de desalojo por ocupante precario, el demandado sostiene que viene tramitando la prescripción adquisitiva en otro proceso, el expediente no podrá presentarlo como medio probatorio, pero sí las copias certificadas, las cuales serán valoradas por el juez, a efectos de declarar fundada o infundada la demanda de desalojo.

Un expediente fenecido sí puede ser ofrecido como medio probatorio sin ninguna restricción, siendo de cargo de la parte que lo ofrece probar su existencia con algún documento, claro está que dicho documento debe referirse al expediente como, por ejemplo, copia de alguna resolución expedida en ese proceso.

- b) *Los expedientes de procesos concluidos o terminados* pueden ser solicitados por cualquier persona a fin de que se les expida copias certificadas de los folios que se indique, pagando la tasa judicial correspondiente.

Cuando el proceso concluye en forma definitiva, esto es, con la ejecución de lo decidido en la sentencia, el expediente se remite al archivo. Respecto a su utilización después de fenecido tenemos lo preceptuado en la décimo novena disposición complementaria del CPC, la cual establece diversas hipótesis:

- 1) A pedido de la autoridad universitaria, que debe ser el decano o director de escuela de las facultades de Derecho, el juez puede ordenar al auxiliar jurisdiccional proporcionar por un breve término los expedientes fenecidos a los graduandos, con el cargo correspondiente.

La norma acotada se refiere a los casos de los exámenes de expedientes (examen de suficiencia profesional) establecidos en las facultades de Derecho para obtener el título profesional de abogado, para lo cual los graduandos deben conseguir dos expedientes fenecidos de la materia que la facultad determine. El breve término está referido al tiempo razonable para obtener las copias respectivas.

- 2) Los expedientes cuyas sentencias tengan más de cinco años de ejecutadas pueden ser remitidos a las facultades de Derecho que los soliciten para uso de docencia universitaria.

Esta hipótesis es sumamente importante, pero en la práctica no se hace efectiva, pues generalmente en las facultades de Derecho se forman a los estudiantes (futuros abogados) solo desde el punto de vista teórico o doctrinario, es decir, sin el análisis de la casuística contenida en los diversos expedientes judiciales, con el fin que lo analicen y emitan su opinión. Por lo que, existiendo esta norma deben las autoridades de las universidades ponerla en práctica.

- 3) Existe una última disposición, a la que no se da cumplimiento, referida a que cuando hayan transcurrido más de cinco años de consentida o ejecutoriada la sentencia o cualquier otra forma de conclusión del proceso, los secretarios de juzgado, previo mandato judicial, deben

transferir los expedientes al Archivo General de la Nación o a los archivos departamentales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley N° 19414, bajo riguroso inventario, para su conservación documental o, de ser el caso, su declaración como patrimonio cultural de la nación.

Por último, el artículo sujeto a comentario expresa que el juez tiene la facultad de denegar el pedido de expedición de copias certificadas en atención a la naturaleza personalísima de la materia controvertida. Esto puede entenderse como una vulneración del principio de publicidad del proceso; sin embargo, al tratarse solamente de una excepción, al amparo de proteger o reservar derechos *intuitu personae* de quienes fueron partes en aquel proceso, en el sentido de que tanto los hechos como las pruebas existentes en aquel proceso tienen un carácter particularmente reservado o discreto (por ejemplo, se trata de cuestiones íntimas, de imagen, de honor o reputación, en fin), no se estaría produciendo una vulneración al aludido principio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

URQUIZO PÉREZ, Víctor (1996): *Nuevo Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Justicia.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edwar (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro (1995): *Código Procesal Civil del Perú y legislación procesal en vigor*, tomo I. Lima: San Marcos.

Artículo 140 | **Recomposición de expedientes**

En caso de pérdida o extravío de un expediente, el juez ordenará una investigación sumaria con conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. De ser el caso, ordenará su recomposición de oficio o a pedido de parte, quedando estas obligadas a entregar, dentro de tercer día, copias de los escritos y resoluciones que obren en su poder. Vencido el plazo y con las copias de los actuados que tenga en su poder, el juez las pondrá de manifiesto por un plazo de dos días, luego del cual declarará recompuesto el expediente.

Si apareciera el expediente, será agregado al rehecho.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 136, 137, 138, 139; L.O.P.J. art. 266 inc. 11.

David Florián Vigo

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, nuestro vigente CPC de 1993 sí regula la recomposición o reconstrucción de expedientes en su artículo 140.

Mediante Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ de fecha 14 de abril de 1994 y publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 7 de mayo de 1994, el CEPJ reglamentó la recomposición de expedientes judiciales. Esto anteriormente se regía por la circular recaída en el acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 7 de noviembre de 1974.

La recomposición del expediente se inicia con la providencia que dispone la reconstrucción, la que puede ser total o parcial, según hayan desaparecido todas las piezas integrantes del expediente principal o uno o más de sus cuerpos o cuadernos (LEDESMA, 2008: p. 506).

2. REGLAS RESPECTO A LA RECOMPOSICIÓN DEL EXPEDIENTE

La primera regla del artículo único de la resolución administrativa antes citada dispone que se debe considerar perdido o extraviado, total o parcialmente, un expediente o cualquiera de sus cuadernos si luego del requerimiento hecho por cualquiera de las partes y de la búsqueda respectiva, este no apareciese, en cuyo caso el solicitante pondrá este hecho en conocimiento del juez, quien ordenará se dé

razón, dentro del tercer día, por el secretario y por los demás auxiliares eventualmente responsables y, conforme a lo informado, se dispondrá una sumaria investigación, con conocimiento de la OCMA.

La segunda regla establece que desde la denuncia de pérdida o extravío hasta la fecha del auto que declare la recomposición del expediente, quedan suspendidos todos los términos y actos procesales en el proceso. Si al momento de la pérdida o extravío del expediente o de cualquiera de los cuadernos, estuviere pendiente alguna diligencia, que de no efectuarse conllevaría grave perjuicio al interesado, ella se realizará conforme a los términos de la documentación existente, dejando expresa constancia de las especiales circunstancias por las cuales dicha diligencia se realiza.

La tercera regla dispone que dada la razón emitida por el secretario, y sin perjuicio de la investigación del caso, el juez dictará auto de oficio o a pedido de parte, ordenando que se ponga el hecho en conocimiento del Ministerio Público, conforme al siguiente trámite:

- a) En el auto que ordene la recomposición, el juez dispondrá que las partes y terceros presenten las copias de los escritos, solicitudes, recursos, actas de audiencia y demás componentes del expediente que conserven en su poder, y, que del libro copiador del juzgado o sala, se tome transcripción de las resoluciones o actas que corresponda, solicitándose por oficio en su caso.
- b) Las partes deberán cumplir el mandato de entrega de copias dentro del plazo de tres días. El incumplimiento injustificado de este mandato será sancionado por el juez, con multa no menor de dos ni mayor de diez URP, sin perjuicio de las demás sanciones que por ley correspondan.
- c) Presentadas las copias, el juez dispondrá que dentro del plazo de tres días el secretario respectivo proceda a compaginarlas en orden estrictamente cronológico, dando cuenta a su despacho.
- d) Cumplido el mandato, se notifica a las partes poniéndose de manifiesto en la Secretaría las copias respectivas, por el plazo de tres días, vencido el cual, con el pedido de las partes para la adición de piezas, o sin ello, se procederá conforme a lo dispuesto en el párrafo f).
- e) Si faltare algún escrito, o componente de importancia y no hubiere la copia, cualquiera de las partes puede hacerlo constar, en cuyo caso propondrá un texto que supla al original y que deberá ser notificado a la otra parte.

Dicho texto se tendrá por aprobado si en el plazo de dos días de notificado, ni el juez, ni las partes formulan objeción. En caso de objeción, el juez dará conocimiento a la otra parte y con su absolución o sin ella resolverá. La decisión del juez es apelable con efecto diferido.

- f) Cumplidos los trámites anteriores, el juez ordenará que en el plazo de tres días el secretario tome copia certificada de todas las copias presentadas, que se ordenarán en estricta secuencia de fechas, y a continuación expedirá auto declarando recompuesto o completo el expediente y el número de folios de que consta, con conocimiento de la OCMA, asimismo, ordenará que las copias simples empleadas se devuelvan a la parte o tercero que las suministró. Si apareciera el expediente original, será agregado al recompuesto.

Como cuarta regla se estipula que como consecuencia de la investigación se determinase al responsable, este asumirá los gastos causados, sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas que le pudieran corresponder. Cuando no se hubiera determinado al responsable, los gastos de recomposición serán asumidos por ambas partes en igual proporción, dentro del tercer día de notificados, con el auto a que se refiere el párrafo f) del punto tercero. Asimismo, señala que se exceptúa del pago a aquellos a quienes se hubiese concedido auxilio judicial.

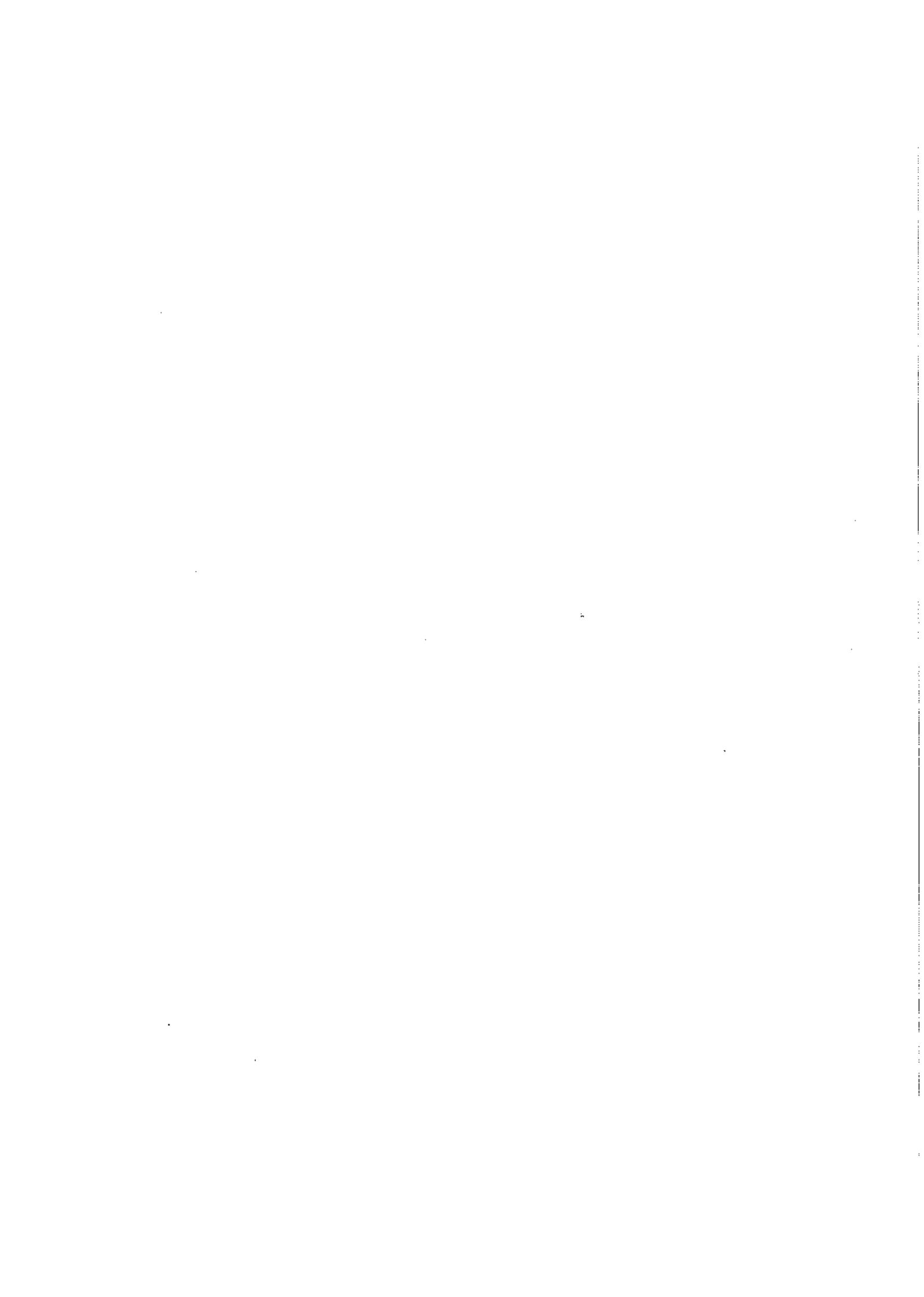
Finalmente, como quinta regla se establece que en caso de deterioro total o parcial de un expediente se observará, en lo que fuese pertinente, el trámite previsto en el punto tercero para el procedimiento de recomposición de expedientes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CASTILLO QUISPE, Máximo; SÁNCHEZ BRAVO, Edwar (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Jurista; ZVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2003): *Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. Lima: Rodhas.



TÍTULO III

TIEMPOS EN LOS ACTOS PROCESALES

Artículo 141

Días y horas hábiles

Las actuaciones judiciales se practican puntualmente en el día y hora hábil señalados, sin admitirse dilación.

Son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados.

Son horas hábiles las que determina la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para las actuaciones que deban actuarse fuera del despacho judicial, son horas hábiles las que están comprendidas entre las siete y las veinte horas, salvo acuerdo distinto del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 7, 122, 142 a 147, 151, 203, 204 inc 1, 205, 260, 641, 768; C. de P.P. art. 92; L.O.P.J. arts. 124, 125, 247, 248.

Marco J. Carbajal Carbajal

1. INTRODUCCIÓN

El articulado de nuestro CPC se encuentra subdividido en seis secciones, cada sección con sus respectivos títulos y estos a su vez con sus capítulos correspondientes.

El artículo en comentario al igual que los subsiguientes –en estricto, hasta el 147– del citado Código conforman el Título III referido al “Tiempo en los actos procesales”, que a su vez integra la Sección Tercera destinada a la “Actividad procesal”.

Como se analizará a continuación, el presente dispositivo lo que regula fundamentalmente es el *lugar* –aun cuando no esté descrito expresamente– y el *tiempo* en que se deben de llevar a cabo las *actuaciones judiciales* como podrían ser una audiencia, una inspección judicial, etc., las cuales, al lado de los actos decisorios o de impulso que se encuentran contenidos en resoluciones judiciales, constituyen el género *actos procesales del juez*, que unidos a los otros actos procesales de los

otros sujetos procesales como son las partes, los terceros legitimados y los órganos de auxilio judicial, conforman ese entramado complejo llamado proceso judicial.

Es que *tiempo y lugar* de un acto procesal *constituyen dos modos de ser del acto mismo*, que siempre van juntos, pues el *primero* expresa el *espacio temporal* en que deben ser realizados los actos procesales (plazos) sean de las partes, de los terceros legitimados, órganos de auxilio judicial, etc., y con mayor razón si son del juez; y el *segundo* el *espacio físico* (lugar) donde se deben llevar a cabo. CARNELUTTI (1944: p. 515) con una expresión más física que jurídica decía que “Tiempo y espacio son dos conceptos correlativos; del mismo modo que el primero se refiere a la naturaleza bajo el aspecto dinámico, el espacio la considera bajo el aspecto estático, por lo que cabría decir que el uno es la dimensión dinámica de la naturaleza y el otro su dimensión estática”.

2. DEL LUGAR DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

A diferencia con lo que ocurre, por ejemplo, con la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la cual empieza la regulación del Título V, integrante del Libro Primero, “De las actuaciones judiciales”, describiendo en su artículo 129 el *lugar* donde se deben llevar a cabo las mismas, precisando en línea de principio que estas se realizan en la sede de la oficina judicial, como no podría ser de otra manera, salvo aquellas que por su naturaleza se deban practicar en otro lugar (piénsese en una inspección judicial, por citar un ejemplo); sin embargo, debe tenerse en cuenta que nuestro CPC no contiene una regulación específica como la antes glosada que discipline el *lugar* donde deben ser realizados los actos procesales. Pese a ello se puede llegar a la misma conclusión a partir de la lectura integral del presente artículo, *en el sentido de que las actuaciones judiciales en efecto deben ser realizadas en el local del juzgado*, no solo porque en su primer párrafo hace alusión de manera general a “las actuaciones judiciales”, sino también por el énfasis puesto en el último párrafo cuando hace referencia de forma excepcional a “[L]as actuaciones que deban actuarse fuera del despacho judicial”. Eso quiere decir que si la excepción son las actuaciones judiciales realizadas *fuera* del despacho judicial, la regla es que estas se realicen *dentro* del despacho judicial.

La lectura de este artículo en la línea antes descrita, concordante con lo regulado por los artículos 203, 204 inciso 1, 205, 260 y 768 del CPC, que aluden al “local o lugar del juzgado”, *confirma la regla consistente en que las actuaciones judiciales deben ser realizadas dentro del local del juzgado*, teniendo como excepción aquellas que por su naturaleza deban realizarse fuera de aquel, como podría ser una inspección judicial, la toma de una declaración de una de las partes o de los testigos que por motivos de salud no puedan trasladarse al local del juzgado, etc. Si esto es así para las actuaciones judiciales, *especie* de actos procesales del

juez, como ya lo sostuvimos en las líneas precedentes, igual regla rige para los demás actos procesales del juez contenidos esta vez en resoluciones judiciales, sobre todo porque el artículo 122, inciso 1, del CPC considera como requisito de las resoluciones judiciales “la indicación del lugar en que se expiden”, sancionando con nulidad su omisión.

De la misma tesitura es HURTADO REYES (2014: p. 464), quien afirma que:

“[T]enemos como regla general que el juez debe realizar todas las actuaciones judiciales en el lugar asignado para el despacho judicial: emitir sus resoluciones (indicando lugar de emisión), realizar audiencias, tomar declaración de parte y la de testigos, etc. De forma excepcional los actos procesales se pueden realizar fuera del lugar donde el juez ejerce su actividad jurisdiccional (diligencias en lugar diferente al local judicial), aquí encontramos a la audiencia que se lleva a cabo fuera del local judicial a la que llamamos inspección judicial. Igualmente el juez puede ordenar la realización de actos procesales fuera de la circunscripción (emplazar al demandado en otro lugar, ejecutar medidas cautelares, disponer el remate de un bien ubicado en otro distrito judicial), ordenar una notificación dentro del territorio nacional o fuera de él (exhorto consular)” (v. también GOZAÍNI, 2005: p. 205).

Ahora bien, sentada la premisa que las actuaciones judiciales pueden ser realizadas tanto *dentro* del local del juzgado como *fuera* de él, corresponde puntualizar en este último caso lo siguiente: ¿qué jueces podrían llevarlas a cabo?

A fin de dar solución a esta interrogante, convenimos que se pueden presentar hasta dos posibilidades: *la primera* que la diligencia se vaya a practicar fuera del despacho judicial, pero dentro del ámbito territorial donde el juez ejerce su función jurisdiccional, siendo que en este caso la respuesta será que el juez que la realizará es el del proceso (el caso más frecuente es el de la inspección judicial debido a que siempre el inmueble a inspeccionarse por obvias razones se encuentra fuera del recinto judicial); y *la segunda*, que además de realizarse fuera del despacho judicial, el ámbito geográfico donde se llevará a cabo la actuación judicial pertenece a un distrito judicial distinto al del juez del proceso, subrayando que en esta hipótesis la respuesta será que el juez que la realizará es el *juez comisionado*, conforme a lo dispuesto por el artículo 7 del CPC, puntualizando que el mecanismo procesal para cumplir dicho encargo es el *exhorto*, tal como lo establece el artículo 151 del CPC.

En similar sentido, FALCÓN (2005: pp. 133-134) sostiene que desde el punto de vista del lugar debemos distinguir dos grupos: actos dentro de la competencia territorial del juez, los cuales serán realizados directamente por este y actos fuera de la competencia territorial del juez que pueden ser realizados por él personalmente o por los jueces comisionados de las respectivas localidades.

No está demás relieves que en este caso de la *comisión* no existe propiamente delegación de la competencia, sino simplemente eso, una comisión, un encargo para la realización de una determinada actuación judicial, sobre todo porque uno de los caracteres de la competencia al lado de la irrenunciabilidad, inmodificabilidad, entre otros, es el de la *indelegabilidad*, el cual, además, integra el *orden público procesal*.

Quizá la objeción —y con razón— a esta permisión se encuentra en el quebrantamiento del principio de *inmediación*, sobre todo si de la práctica de una prueba se trata, es decir, que no sea el juez del proceso el que reciba la declaración del testigo o de la parte que por motivos de salud no pueda trasladarse al local del juzgado siempre que domicilie fuera de la competencia territorial del juez de la causa; empero, no ocurre lo mismo con las notificaciones a las partes que domicilian fuera de la competencia territorial del juzgado, pues en este último caso, independientemente de la trascendencia de este acto para el ejercicio del derecho de defensa, qué duda cabe que solo se trata del diligenciamiento de una cédula, actuación judicial meramente administrativa que difiere ostensiblemente de la toma de una declaración en la cual el contacto personal del juez con el testigo o la parte es determinante para advertir titubeos, sonrojamientos, respuestas intercadentes, etc., pudiendo, a partir de estos hechos, extraer información valiosísima que serviría para formar convicción en la sentencia, información que obviamente no podrá ser transmitida al juez de la causa a través de la fría acta donde constará la declaración (piénsese en una pretensión de nulidad de acto jurídico por simulación absoluta, la cual generalmente se combate por medio de indicios, a partir de los cuales se puede construir presunciones judiciales).

Sin soslayar la importancia de los argumentos que sustentan esa objeción, la figura de la *comisión* utilizada en sus justos términos no solo contribuye a la *economía procesal* debido a que permite ahorrar tiempo, esfuerzo y dinero autorizando que sea otro juez el que reciba a prueba una declaración, por ejemplo, sino que permite también la rápida solución de los procesos.

Esto no significa que la comisión no tenga límites, en el sentido de que pueda ser utilizada para todo tipo de actos procesales. Sus límites se encuentran conformados por los actos decisorios, los cuales no pueden ser delegados o encomendados al *juez comisionado*. Así lo reconoce la profesora LEDESMA (2008: p. 203): “La comisión puede versar sobre diligencias coercitivas o sobre la práctica de pruebas, pero jamás sobre la *jurisdictio*”.

3. DÍAS Y HORAS HÁBILES PARA LAS ACTUACIONES JUDICIALES

El *tiempo*, sea medido en días o en horas, tiene una capital importancia en la vida del ser humano. En virtud de este nacemos, crecemos, nos reproducimos y morimos. Es tal su relevancia que ha trascendido incluso al sistema de regulación de conductas más sofisticado que el hombre haya creado jamás, llamado Derecho. Figuras como la prescripción extintiva, prescripción adquisitiva, la caducidad, la separación de hecho, la preclusión, entre otras, hunden sus raíces en este *fenómeno natural*. Ni qué decir del proceso mismo, el cual necesita del tiempo para su desarrollo.

El tiempo se erige para el proceso como aquel riel por el cual este va a transitar. Y si bien el tiempo es un aliado del proceso, toda vez que este no podría avanzar sin aquel, empero el tiempo puede terminar convirtiéndose en el peor enemigo de este noble instrumento debido a que en muchos casos contribuye a desfigurar el rostro de la justicia. No por las puras suele decirse que justicia que tarda no es justicia o que el tiempo en el proceso vale más que oro si no es justicia.

Dentro de la teoría de los *actos procesales*, el tiempo es entendido como un *hecho procesal*, toda vez que se trata de un acontecimiento ajeno a la voluntad del ser humano, esto es, carece del elemento de la voluntariedad (REDENTI, 1957: pp. 187-188; FAIRÉN, 1990: p. 329; HURTADO, 2014: p. 458), pero que es catalogado de *procesal* porque llega a producir efectos dentro del proceso, si no cómo explicar el abandono del proceso, la preclusión, entre otros.

MONROY CABRA (1988: p. 399) señala que “El tiempo tiene enorme trascendencia en el Derecho Procesal”, así como que “Los actos procesales se realizan en el tiempo, y la eficacia del acto procesal depende de que sea ejecutado en tiempo oportuno, de allí que la ley procesal establezca los días y horas hábiles en que tales actos deben efectuarse”.

Pero no solo eso, sino que establecer dentro de los códigos procesales los días y horas hábiles en que se deben llevar a cabo las actuaciones judiciales (sea dentro o fuera del recinto judicial), contribuye a otorgar no solamente *orden* en la realización de los actos procesales sean de las partes o del juez a fin de permitir que se vayan enhebrando de manera concatenada, sino también a *eliminar la incertidumbre* en que podrían caer los sujetos procesales al no saber qué días y en qué horas se pueden llevar a cabo determinados actos procesales.

Por ello es que a continuación analizaremos cómo es que el presente artículo ha disciplinado los días y horas hábiles para el desarrollo de las actuaciones judiciales tanto *dentro* como *fuera* del despacho judicial.

El artículo en comentario, independientemente de la redacción, lo que en rigor regula en los tres primeros párrafos son *los días y horas hábiles para la realización de las actuaciones judiciales dentro del local del juzgado* y en el último párrafo regula también *los días (que son los mismos que para el caso anterior) y sobre todo las horas hábiles (las cuales si difieren) para la realización de las actuaciones judiciales fuera del local del juzgado*; haciendo hincapié como regla general para ambos casos que toda actuación judicial –sea dentro o fuera del recinto judicial– debe ser practicada *puntualmente, sin admitirse dilación alguna*. Analicemos cada uno de estos supuestos.

En el caso del primer supuesto referido a las *actuaciones judiciales realizadas dentro del despacho judicial*, la norma señala que son *días hábiles* los comprendidos entre el lunes y el viernes, salvo los feriados.

El artículo 124 de la LOPJ, en su último párrafo, refiere de manera genérica que constituyen *días inhábiles* “aquellos en que se suspenden el despacho judicial”, complementando el artículo 247 de la referida ley: “No hay despacho judicial los días sábados, domingos y feriados no laborales, los de duelo nacional y judicial, el día en que se inicia el año judicial así como el día del juez”; para, finalmente, el artículo 248 de la ley antes glosada puntualizar cuáles son los días que deben ser considerados como *duelo judicial* en los términos siguientes: “Son días de duelo judicial los del sepelio de los siguientes Magistrados en ejercicio: 1.- Del Presidente de la Corte Suprema, en toda la República; 2.- De los Vocales Supremos, en la Capital de la República; 3.- De los miembros de las Cortes Superiores, en la Provincia sede de la Corte o Sala; 4.- De los Jueces Especializados o Mixtos, en la Provincia respectiva; 5.- El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, norma el duelo que corresponde a los demás Magistrados y servidores del Poder Judicial; y, 6.- En los casos de fallecimiento de Magistrados en actividad, jubilados o cesantes se iza a media asta el Pabellón Nacional el día de las exequias, en los locales que corresponda, considerándose la fecha como duelo judicial laborable, sin perjuicio de los honores señalados por el Reglamento”. Es decir, que todos estos días son considerados como inhábiles para la realización de actuaciones judiciales dentro del despacho judicial.

Sostiene la profesora LEDESMA (2008: p. 509) que: “Una cosa es la inhabilitación y otra el asueto, aun cuando tienden a confundirse. Este último no importa un receso en la actividad judicial ni la inhabilitación del día en el cual se lo decreta, sino una mera limitación en cuanto al personal de todas las jerarquías encargado de tal actividad. Un caso en concreto lo constituye la celebración del día del juez, que otorga día no laborable a los magistrados, pero no suspende el despacho judicial”. Esto nos lleva a concluir que ese día, que técnicamente no es un día inhábil para el funcionamiento del Poder Judicial por tratarse de un *asueto*, es contabilizado para los plazos procesales, sobre todo porque las mesas de parte se encuentran

en funcionamiento, *empero en la realidad opera como tal*, toda vez que no puede ser utilizado para las actuaciones judiciales dentro del despacho judicial porque ha sido declarado no laborable para el juez, quien en última instancia es el que las conduce de manera directa y personal por ser el director del proceso, llamado además a hacer efectivo el principio de inmediación.

Y en cuanto a las *horas hábiles*, es el artículo 124 de la LOPJ, el que en su segundo párrafo puntualiza que se consideran como tales a “Las que median entre las seis y veinte horas”.

Si bien el artículo en comentario deja sentado como regla que toda actuación judicial –sea dentro o fuera del recinto judicial– debe ser practicada *puntualmente en el día y hora hábil, sin admitirse dilación alguna*, enfatizando el antes citado artículo 124 de la LOPJ que “Las actuaciones judiciales se practican en días y horas hábiles bajo pena de nulidad”; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el hecho de que una actuación judicial no se lleve a cabo, por ejemplo, *en la hora prevista*, esto es, se practique con dilación debido a múltiples factores como podría ser la sobrecarga procesal, no acarreará la nulidad del referido acto procesal, pues la *nulidad procesal* se rige por diversos principios como el de trascendencia (si no hay agravio, no hay nulidad), el de finalidad (si el acto defectuoso cumplió con el propósito que el ordenamiento jurídico le impone, entonces no hay nulidad) y el de elasticidad o instrumentalidad de las formas (las formas no son un fin en sí mismas, sino solo un medio), que hacen retroceder a la nulidad decretada en interés de la ley (principio de legalidad), cuya aplicación de manera irreflexiva genera severos daños en el proceso al importar un retroceso en el *iter* procesal.

En el peor de los escenarios la realización de la actuación judicial fuera de la hora señalada a lo sumo podría generarle responsabilidad disciplinaria al juez por constituir una falta grave, conforme decreta el artículo 145 del CPC, claro está, en tanto y en cuanto no medie justificación alguna. La situación es diferente cuando la actuación judicial no se lleva a cabo (dilación), pero esta vez no en la hora prevista, sino en el día previsto, pues en este caso esa omisión sí que le puede generar responsabilidad disciplinaria al juez, sin soslayar el daño generado a las partes procesales por el traslado al local del juzgado, por los permisos solicitados, etc., siempre y cuando obviamente no medie justificación alguna (ex artículo 145). Por supuesto, esto último no impide que el juez vuelva a reprogramar esa actuación judicial dentro de los días y horas hábiles a fin de cumplir con los plazos señalados en este Código o, en su defecto, habilitando días y horas inhábiles con el propósito de llevar a cabo el acto procesal incumplido.

En cuanto al segundo supuesto referido a las *actuaciones judiciales realizadas fuera del despacho judicial*, como lo sostuvimos anteriormente, es el último párrafo de este artículo el que regula los días (que son los mismos para el primer supuesto),

pero sobre todo las horas hábiles (las cuales sí difieren del primer supuesto) en que se pueden llevar a cabo. En lo atinente a las horas, que es lo que conviene resaltar debido a la regulación diversa respecto a lo que ocurre en el primer supuesto (de seis a veinte horas si las actuaciones judiciales se van a llevar a cabo dentro del despacho judicial), el artículo en comentario –y no así la LOPJ– señala que las actuaciones judiciales a ser realizadas fuera del local del juzgado se pueden llevar a cabo entre las “Siete y las veinte horas”. Es decir, para este tipo de actos procesales, el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado a actuar una hora después de la hora habilitada para las actuaciones a ser realizadas dentro del local del juzgado, sin embargo, en cuanto a la hora tope de ambas, si es la misma para los dos supuestos, esto es las veinte horas. En esta misma línea, el profesor GARCÉS (2010: pp. 626-627) sostiene que “Las horas hábiles son las comprendidas entre las seis y las veinte horas, conforme con el citado artículo 124 de la LOPJ a la cual nos remite la norma materia de comentario. Sin embargo, el CPC precisa que si se trata de actuaciones fuera del despacho judicial las horas hábiles son las comprendidas entre las siete y las veinte horas”. En contra de esta posición se encuentra la profesora LEDESMA (2008: p. 509) quien afirma que “Con relación a las horas hábiles, la Ley Orgánica (ver el art. 124) considera a las que medien entre las seis y las veinte horas con respecto a diligencias a practicar fuera del despacho judicial, sin embargo, la norma en comentario (se refiere al artículo 141 del CPC) considera las comprendidas entre las siete y veinte horas”.

Ahora bien, en lo referente a los días, en aras de no incurrir en redundancia, nos remitimos a todo lo dicho para el primer supuesto, como cuáles son los días hábiles y cuáles los inhábiles, la puntualidad que debe existir en la realización de las actuaciones, la inadmisión de dilación alguna, la falta grave que configura la vulneración de la puntualidad (hora) y de la postergación (día) de la actuación judicial, la relatividad de la nulidad en la hipótesis de demora en la hora y/o la postergación del día de la actuación judicial.

Por lo demás, baste señalar que una cosa son las horas hábiles para las actuaciones judiciales sea que se realicen dentro o fuera del despacho judicial (que van desde las seis o siete horas, respectivamente, hasta las veinte horas como máximo), y otra muy diferente las horas de atención al público, es decir, la hora en que empieza y en que termina la atención de cada dependencia judicial. Queda claro que entre las primeras y las segundas existe una ostensible diferencia, de tal suerte que lo que puede ser una hora hábil para realizar una actuación judicial incluso dentro del local del juzgado (seis de la mañana), no lo será por ejemplo para presentar un escrito ante la mesa de partes, habida cuenta que ella empieza a atender a la hora que comienza la atención al público, lo cual depende de la reglamentación autónoma de cada corte, la misma que puede establecer su propio horario en la medida que se encuentre en armonía con lo dispuesto por la Resolución Administrativa

N° 072-2002-CE-PJ del 5 de junio del 2002, que en la norma general 4) dispone: “Para el inicio de la jornada laboral en ningún caso podrá señalarse hora que por razón del clima haga difícil el acceso al público. En este sentido, para la Costa y Sierra la jornada laboral deberá comenzar no antes de las 7:45 de la mañana; para la Selva no antes de las 7:00 de la mañana”.

En función de esta resolución administrativa es que las diferentes cortes superiores de justicia empiezan a funcionar a partir de las 7:45, aun cuando por ejemplo en la Corte Superior de Justicia de La Libertad hasta no hace mucho el horario de atención empezaba a las 7:00 horas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francisco (1944): *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo III. *Actos del proceso*, trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal (hacia una teoría y ley procesal generales)*. Barcelona: Bosch; FALCÓN, Enrique (2005): *Manual de Derecho Procesal*, tomo I. Buenos Aires: Astrea; GARCÉS, Kenneth (2010): En: Johan S. Camargo Acosta (coord.). *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, tomo I. Arequipa: Adrus; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; HURTADO, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY CABRA, Marco (1988): *Principios del Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil* (1952), trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, tomo I. Buenos Aires: EJEA.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; DIDIER, Fredie Jr.; PEDROSA, Pedro H. (2015): *Teoría de los hechos jurídicos procesales* (2013), trad. Renzo Cavani. Lima: ARA; PALACIO, Lino (2011): *Derecho Procesal Civil. Actos procesales*, tomo V, 3ª reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

De acuerdo a nuestro ordenamiento procesal no existe tolerancia de tiempo para las diligencias (*Exp. N° 1318-95*).

Habiendo impedido la huelga de los trabajadores del Poder Judicial la presentación del recurso de subsanación del demandado dentro del término normal, por principio de legalidad, quedan suspendidos los plazos procesales (*Exp. N° 1743-94*).

Artículo 142

Habilitación

De oficio o a pedido de parte, el juez puede habilitar días y horas en aquellos casos que no pueda realizarse una actuación judicial dentro del plazo que este Código establece o cuando se trate de actuaciones urgentes cuya demora puede perjudicar a una de las partes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 141, 143, 145, 288, 641; L.O.P.J. art. 125.

Marco J. Carbajal Carbajal

1. INTRODUCCIÓN

Tratando de encontrar el verdadero sentido de esta norma diremos que mientras el artículo anterior reguló el *lugar* y el *tiempo* (días y horas) hábiles en que se llevarán a cabo las diligencias judiciales tanto *dentro* como *fuera* del despacho judicial (diligencias que, como ya lo dijimos, son una especie del género actos procesales del juez), el presente artículo está orientado a otorgar la facultad o poder al juez como *director del proceso* para que este, cuando medie *motivo justificado*, pueda habilitar de *manera expresa días y horas inhábiles convirtiéndolos de este modo en hábiles*, mediante resolución judicial motivada y notificada de manera previa a las partes, sea porque él así lo considera conveniente (*ex officio*) o porque las partes se lo pidieron. La finalidad es poder cumplir con las actuaciones judiciales de su despacho dentro de los plazos que el CPC establece o cuando la actuación judicial a realizarse resulte necesaria debido a la *urgencia* del caso concreto (piénsese en la declaración de un testigo que se encuentra hospitalizado y que no puede ir al juzgado a declarar en horario de atención judicial), cuya demora en su realización puede terminar perjudicando a alguna de las partes o a la buena marcha del despacho judicial.

Adviértase que la *regla* es que las actuaciones judiciales se lleven a cabo dentro de los días y horas hábiles y que la *excepción* está compuesta por la posibilidad de habilitar días y horas inhábiles convirtiéndolos en hábiles, para que dentro de ellos se pueda ejercer actividad procesal válida; siempre y cuando medie causa o motivo razonable o justificado.

Esto es lo que en rigor regula el presente artículo, es decir, la *habilitación expresa*.

2. HABILITACIÓN Y CLASES

Tal como ya se señaló en el ítem anterior, por *habilitación* debemos entender aquella declaración *expresa* (mediante resolución motivada) o *tácita* (cuando por la anuencia de las partes y del juez una diligencia empezada en hora hábil continúa en hora inhábil sin suspenderla) de parte del juez como *director del proceso*, para que los días u horas inhábiles se puedan considerar como hábiles a efectos de poder realizar actividad procesal válida por mediar una causa que resulta justificada o razonable, la cual va a depender de la regulación que cada legislación procesal le otorgue.

VÉSCOVI (1999: pp. 249-250) considera que “Habilitación es declarar útiles, a los efectos de determinado acto procesal (o de determinado asunto), los días u horas inhábiles, pues es regla general la de que ‘no puedan practicarse diligencias judiciales’ sin previa habilitación por causa justa, en los días u horas inhábiles. Para poder realizarse actos válidos en días u horas inhábiles se necesita de habilitación *previa* y por *causa justificada*, debiendo entenderse por *previa* que esta se realice antes del acto y por *causa justificada* (urgencia) que [medie] una situación urgente cuya dilación pueda causar perjuicio grave a los interesados o a la buena administración de justicia”. En igual sentido, BACRE (1996: p. 313) sostiene que “Habilitar en sentido procesal, significa declarar utilizable para el cumplimiento de determinados actos, los días y horas inhábiles”.

Ahora bien, dependiendo de si la *habilitación* se dispone mediante resolución judicial motivada y previa a la actuación judicial o simplemente por la anuencia de las partes y el juez de continuar en hora inhábil una diligencia empezada en hora hábil sin suspenderla; la referida *habilitación* puede clasificarse en *expresa* que es la que está regulada en el presente artículo o *tácita* llamada también *implícita* contemplada en el artículo 143 de nuestro CPC, respectivamente.

Esta permisión (habilitación expresa), además se encuentra regulada también en el artículo 125 de la LOPJ, que dispone: “Los magistrados pueden habilitar los días y horas inhábiles en los casos señalados por las normas procesales”.

Comentando una norma similar de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, los magistrados VACAS y MARTÍN (2008: p. 553) consideran que la resolución que dispone de manera expresa la habilitación correspondiente es irrecurrible. Si bien esas autorizadas opiniones son congruentes con la naturaleza de este tipo de resoluciones, conforme se explicará en el párrafo siguiente, la determinación de si es recurrible o no, está zanjada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española debido a que el inciso 4 del artículo 131 prescribe que: “Contra las resoluciones judiciales de habilitación de días y horas hábiles no se admitirá recurso alguno”.

Por nuestra parte, consideramos que por tratarse de una resolución que es la expresión de un poder conferido por la ley al juez como *director del proceso* dentro de un sistema de corte publicístico al cual se encuentra adscrito nuestro proceso civil, con la única finalidad de evitar dilaciones indebidas o que se consumen daños irreversibles a las partes o a la buena administración de justicia por tratarse de actuaciones urgentes, esta resolución es *inimpugnable*.

3. SUPUESTOS DE HABILITACIÓN EXPRESA

La habilitación no puede ser el resultado del capricho o de la arbitrariedad del juez, toda vez que esta se tiene que fundar en elementos objetivos o supuestos tasados que, como sostuvimos, va a depender de cada legislación procesal. Así, el presente artículo hace referencia a dos supuestos: el *primero* orientado a cumplir con las actuaciones judiciales de su despacho dentro de los plazos que el CPC establece; y el *segundo* cuando la actuación judicial a realizarse resulte necesaria debido a su *urgencia*, cuya demora en su realización puede terminar perjudicando a alguna de las partes o a la buena marcha del despacho judicial. Veamos una por una.

En lo que respecta al *primer supuesto*, considéramos que este se encuentra reservado básicamente para aquellas hipótesis en los que por motivos de sobrecarga procesal el juez se encuentra atrasado en su despacho judicial de tal forma que existe la posibilidad que no pueda cumplir con las diligencias dentro de los plazos que la ley procesal establezca y a la postre terminar incurriendo en inconducta funcional. A fin de evitar caer en responsabilidad y perjudicar a las partes por la dilación innecesaria en la tramitación del proceso es que se encuentra facultado para habilitar días y horas inhábiles, *convirtiéndolos en hábiles*, para que pueda realizar dichas diligencias judiciales dentro de los plazos que el CPC fija como, por ejemplo, habilitar un día sábado o un día domingo para llevar a cabo una audiencia de pruebas en un proceso de conocimiento o abreviado, o una audiencia única en un proceso sumarísimo debido a que está por vencerse el plazo que la ley establece para llevarlas a cabo. Si bien esta habilitación expresa –mediante resolución judicial– de días y horas inhábiles en hábiles puede generar inconvenientes para las partes procesales por la dificultad de movilizarse o por dejar de realizar actividades relacionadas con su vida diaria, empero eso se puede reducir en la medida que sea notificada de manera previa a ellas, sin dejar de lado, además, que se trata del ejercicio de una facultad legalmente conferida al juez en su condición de director del proceso.

En esta misma línea se encuentra el profesor GARCÉS (2010: p. 629), quien sostiene que: “El primer supuesto está diseñado para que las actuaciones judiciales se realicen dentro de los plazos establecidos en el CPC, de manera que, por

ejemplo, las audiencias se realicen a tiempo conforme con las normas pertinentes para los procesos de conocimiento, abreviado y sumarísimo. En tal sentido, los jueces podrán habilitar y trabajar sábados y domingos para cumplir con la ley, sin perjuicio de la trascendencia y dificultades de orden laboral y administrativo que ello implicaría, las cuales, sin embargo, no dejan sin efecto el poder concedido por la norma”.

Pese a lo dicho anteriormente, conviene relievar que en la hipótesis que el juez no pueda realizar las actuaciones judiciales dentro de los plazos previstos legalmente, ora por negligencia o descuido, ora porque está atiborrado de trabajo incluso todos los días inhábiles que los ha convertido en hábiles por medio de la habilitación expresa; eso no significa que se encuentre imposibilitado jurídicamente de poder realizarlos fuera de los plazos previstos legalmente, toda vez que los plazos que la ley impone a los jueces para que realicen sus actos procesales (sentenciar, llevar a cabo una audiencia) no son *preclusivos* como sí lo son la mayoría de los plazos otorgados a las partes procesales. Es decir, el tiempo no afecta a la validez de los actos procesales del juez, como sí lo hace con los actos procesales de las partes.

Si no fuera de esa manera, entonces resultaría imposible que el juez pueda sentenciar una vez vencido el plazo que la ley le impone, perjudicando de esta forma solo y únicamente a las partes procesales. Esto es, el vencimiento de un plazo otorgado legalmente al juez para que sentencie o lleve a cabo una audiencia, no debe ser leído en clave de nulidad. En el campo de las nulidades procesales, esta *defección* es conocida con el nombre *irregularidad*, la cual es una patología que “afecta singularmente a los requisitos temporales de los actos procesales y muy especialmente a aquellos realizados por el órgano jurisdiccional” (SERRA, 1998, II: p. 562), la cual es sancionada simplemente con “la consiguiente imposición a quien [ha incurrido en ella], de una sanción determinada, pero sin impedir la producción de plenos efectos jurídicos” (SERRA, 1998, II: p. 561).

Nuestro ordenamiento procesal sanciona la dilación del juez en la realización de una diligencia judicial fuera de los plazos previstos legalmente, considerándola como *falta grave* tal como lo dispone el artículo 145 del CPC, en tanto y en cuanto la demora sea imputable al juez, es decir, no medie justificación alguna. Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema, al señalar: “(...) El exceso del plazo para la realización de las citadas audiencias, no es causal de nulidad sino que constituye una falta por parte del juez conforme lo dispone el artículo ciento cuarenta y cinco del acotado [CPC] (...)” o “(...) no se advierte contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, pues la omisión por parte del Colegiado Superior primigenio de emitir la sentencia de vista dentro del plazo signado por ley constituye una falta de carácter disciplinario que no acarrea la nulidad de la

resolución, conforme lo establece el artículo 140 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial” (ver: Casación N° 1126-2005/Arequipa, publicada en *El Peruano*, el 30/09/2005, pp. 14828-14829 y Cas. N° 720-05/Amazonas, publicada en *El Peruano*, el 02/01/2003, pp. 9764-9765 respectivamente, en CÓDIGO PROCESAL CIVIL, 2014, tomo I: pp. 597-598).

Finalmente, en lo concerniente al *segundo supuesto*, como ya lo habíamos apuntado, este se encuentra reservado para aquellas hipótesis en las que resulta necesaria la intervención del órgano jurisdiccional debido a la *urgencia* de la actuación judicial, cuya demora en su realización puede terminar perjudicando a alguna de las partes o a la buena marcha del despacho judicial o a la reputación de la función jurisdiccional. De allí que el juez esté habilitado para convertir los días y horas inhábiles en hábiles.

¿Qué quiere decir esto? Que el juez en estos casos podría habilitar un sábado, un domingo o un feriado, con sus respectivas horas que van desde seis o siete horas hasta las 20 horas (dependiendo de si se trata de una actuación dentro o fuera del despacho judicial, respectivamente), para llevar a cabo la diligencia judicial. Esta puede estar destinada, por ejemplo, a realizar una audiencia de pruebas o tomar la declaración de un testigo que se encuentra hospitalizado en un nosocomio dentro de la ciudad y que no puede ir al juzgado a declarar en horario de atención judicial debido a que se encuentra gravemente enfermo. Si no se hace eso de manera urgente e inmediata, se corre el riesgo que este fallezca, con el agravante que este testigo es, además, pieza clave para la recta dilucidación de los hechos, toda vez que ha presenciado cómo es que han ocurrido. Consecuentemente, su declaración serviría para verificar la *fuentes de prueba* descrita e introducida por el demandante al proceso o a constatar personalmente (inspección judicial) el estado del inmueble que es materia del proceso y que puede ser alterado por el transcurso del tiempo mientras se espera que exista un día y hora hábil para llevar a cabo la citada diligencia judicial.

Queda claro que nuestra norma procesal no ahonda en lo que debe entenderse por *actuaciones urgentes cuya demora pueda perjudicar a una de las partes*, lo que quiere decir que esta situación deberá de determinarse en *cada caso concreto*, esto es, nos encontramos frente a un problema de carácter *tópico* dado su laxitud.

Situación distinta ocurre, por ejemplo, con la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la cual, al menos en su artículo 131 numeral 2, establece más ampliamente que: “Se consideran urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia o provocar la ineficacia de una resolución judicial”, siendo que para un sector de su doctrina, ante la pregunta, “¿Cuándo existe la urgencia?”, esta se limita a parafrasear el mismo inciso señalando: “A tenor de lo que dispone el apartado

segundo de este artículo, se considerarán urgentes las actuaciones cuya demora pueda causar un grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia o provocar la ineficacia de una resolución judicial” (MUERZA, 2011, I: pp. 796-797). En cambio, otro sector considera que “la valoración de dicha urgencia corresponde realizarla al tribunal –la propia ley le da algunos criterios orientativos a tal efecto–, resaltando que la decisión que se tome es irrecurrible” (BANACLOCHE, 2001: p. 290).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BACRE, Aldo (1996): *Teoría general del proceso*, tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; BANACLOCHE, Julio (2001): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Civitas; GACETA JURÍDICA (2014): *Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; GARCÉS, Kenneth (2010): En: Johan S. Camargo Acosta (coord.), *Código Procesal Civil comentado* “Por los mejores especialistas”, tomo I. Arequipa: Adrus; MUERZA, Julio (2011): En: Faustino Cordón; Teresa Armenta; Julio Muerza; Isable Tapia (coordinadores). *Comentarios a La Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, 2ª ed. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1998): “Nulidades procesales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo II; VACAS, Luis; MARTÍN, Gervasio (2008): *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, vol. I, Navarra: Thomson-Aranzadi; VESCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. actualizada. Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; HURTADO, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Lima: Idemsa; SERRA, Manuel (1969): *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Habiéndose trabado la medida cautelar sobre bienes que pertenecen a la deudora, no es procedente anular de oficio la medida y sustituirse en su derecho, por haber ejecutado la medida en día feriado y sin habilitación expresa. No constituye causal de nulidad si no se depositan los bienes en un almacén, pues la ley no lo señala como obligación, sino como prioridad (*Exp. N° 66942-98*).

Artículo 143

Habilitación implícita

La actuación judicial iniciada en día y hora hábiles, podrá continuar hasta su conclusión en tiempo inhábil, sin necesidad de que previamente se decrete la habilitación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 141, 142, 206.

Marco J. Carbajal Carbajal

1. INTRODUCCIÓN

Tal como se señaló al comentar el artículo anterior, por *habilitación*, de manera general, podemos entender a aquella declaración de parte del juez como director del proceso, para que los días u horas inhábiles se puedan considerar como hábiles a efectos de poder realizar actividad procesal válida por mediar una causa que resulta justificada o razonable.

Si la habilitación se dispone ora mediante resolución judicial motivada y previa al proceso, ora simplemente por la anuencia de las partes y el juez al continuar en tiempo inhábil una diligencia empezada en día y hora hábil, entonces esta puede clasificarse en *expresa*, que es la que está regulada en el artículo anterior, o *tácita*, llamada también *implícita*, contemplada en el presente artículo, respectivamente.

Por obvias razones, el desarrollo siguiente estará referido a la segunda de ellas, esto es, a la *habilitación implícita*.

2. SUPUESTOS DE HABILITACIÓN IMPLÍCITA

Apunta la profesora LEDESMA (2008: p. 513) que “Este tipo de habilitación opera cuando el tiempo inhábil resulta utilizable, sin necesidad de declaración judicial y por el simple hecho de haberse comenzado a ejecutar el acto en tiempo hábil”. GARCÉS (2010: p. 631) sostiene igualmente que: “Si en el transcurso de la actuación judicial llega la hora inhábil esta puede considerarse habilitada implícitamente. El sujeto de la norma es el órgano jurisdiccional ya que es el juez el que se encuentra autorizado para continuar la actuación judicial. Por lo tanto, si se trata de una audiencia y el juez no suspende la misma, se entiende que existe decisión implícita de habilitación, sin necesidad de una resolución previa, tal como establece la norma, sin perjuicio de emitir una resolución justificante posterior”.

A diferencia de lo que ocurre con la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la cual en su numeral 3 del artículo 131 regula también este tipo de habilitación, reservándola al igual que la habilitación expresa, para aquellas “*actuaciones urgentes*”, lo que ha llevado a su doctrina a afirmar que la tarea de determinar cuándo se está ante una actuación urgente corresponde al juez, quien goza de la discrecionalidad para ello. En el caso peruano la situación es diferente, pues si bien la norma en comentario regula de manera clara cómo es que se configura este tipo de *habilitación implícita o tácita* señalando que: “La actuación judicial iniciada en día y hora hábiles, podrá continuar hasta su conclusión en tiempo inhábil sin necesidad de que previamente se decrete su habilitación”; empero, no se ha preocupado en precisar en qué casos o hipótesis es que resulta aplicable esta modalidad de habilitación, lo que sí ha ocurrido con la habilitación expresa.

La orfandad de puntualización o desarrollo de los diferentes supuestos a aplicarse nos lleva a divagar entre varias posibilidades todas ellas *razonables*. Así se puede argüir *primero* que se puede utilizar en todo tipo de diligencias judiciales, independientemente si resulta necesaria o no por el mero prurito de lograr la economía procesal; *segundo* que se aplique solo para aquellas diligencias que tengan la condición de *urgentes*; y *tercero* que se utilice en aquellas diligencias en las que de reprogramarse la misma el día fijado para ella exceda el plazo que la ley procesal establece.

Partiendo de la premisa que se trata de una habilitación tácita, es decir, *excepcional* por no provenir de una resolución judicial motivada (habilitación expresa), así como que tampoco ha sido comunicada a las partes de manera previa, consideramos que este tipo de habilitación puede ser utilizada en las tres hipótesis antes descritas, en tanto y en cuanto su aplicación se haga de manera *razonable* en virtud de la *discrecionalidad* con la que debe contar el juez en cada caso concreto de cara a la ordenación del proceso en atención a su condición de director del mismo, y siempre que ello *no termine afectando a alguna de las partes procesales* sea en su salud, en su tiempo o en su economía.

Ello podría ocurrir, por ejemplo, si las partes llegasen de otros distritos judiciales el mismo día y solo para esa diligencia pensando que esta concluiría, en el mejor de los casos, dentro del horario de atención al público y con un presupuesto económico ajustado (no pensando en hotel, etc.) o, incluso, sin la medicación adecuada para otro día más por afligirle alguna dolencia de consideración o que tenga programado un viaje al extranjero al día siguiente, etc.

Desarrollando cada una de las hipótesis aludidas, consideramos que resultaría *razonable y no perjudicial* para las partes, en cuanto a la *primera*, por ejemplo, si la consecución de la *economía procesal* importa concluir con la diligencia en hora o día inhábil y de ese modo no tener que reprogramar para otro día (hábil

o inhábil) la conclusión de la misma, pues ello le puede generar problemas en su despacho judicial retrasándolo o restándole valioso tiempo que debe estar destinado para otras diligencias que ya están programadas con antelación. En lo referente a la *segunda*, es decir, en el caso de una actuación urgente, en el sentido que la no continuación con la diligencia en hora o día inhábil pueda traer consigo el rompimiento de la “unidad de la audiencia” (ex art. 206 del CPC) o que de reprogramarse la diligencia de embargo en forma de administración o de intervención en recaudación, desencadene la *ineficacia* de este acto procesal porque el negocio o los bienes a afectarse o está cerrado o ya no existen, respectivamente. Y en cuanto a la *tercera*, debido a que de no continuar en hora o día inhábil, le genere responsabilidad disciplinaria al juez.

El éxito en la utilización de esta modalidad de habilitación pensamos que se encuentra en el *equilibrio* en su utilización. *Equilibrio* que tiene que lograrse entre los dos intereses involucrados en el proceso: el del *juez* al buscar la buena marcha de su despacho o no incurrir en responsabilidad, y el de las *partes*, es decir, entre la *discrecionalidad razonable* y el no perjuicio de aquellas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GARCÉS TRELLES, Kenneth (2010): En: Johan S. Camargo Acosta (coord.). *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, tomo I. Arequipa: Adrus;
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
-

Artículo 144 | Actuación diferida

Cuando la actuación judicial requiera más tiempo del previsto, podrá ser suspendida para su continuación al siguiente día hábil o cuando el juez lo fije. Tal decisión se hará constar en el acta.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 141-143.

Marco J. Carbajal Carbajal**1. INTRODUCCIÓN**

Si el artículo 141 reguló el *lugar* y el *tiempo hábil* en que deben de realizarse las actuaciones judiciales, sea dentro o fuera del despacho del juez, el 142, el poder conferido al juez para que *expresamente* habilite días y horas inhábiles *convirtiéndolas* en hábiles y de ese modo realizar actuaciones judiciales en las hipótesis previstas en la ley procesal; y el 143, para que, *excepcionalmente*, de forma *implícita* o *tácita* de manera similar al caso anterior convierta en hábiles, horas o días inhábiles, a fin de continuar con una diligencia empezada en hora y día hábil. Ya el presente artículo tiene por propósito regular el poder otorgado al juez para que de manera *excepcional* disponga la “suspensión de una diligencia”, sea esta una audiencia, una inspección judicial, etc., por “requerir más tiempo del previsto”, reprogramando su continuación ora al siguiente día hábil ora en la fecha fijada por él.

Y decimos *excepcional* porque la *regla* es que las diligencias se concluyan en un “*solo acto*” (que es distinto a decir en un mismo día), esto es, que no se posterguen o reprogramen, por los diversos problemas que esto podría generar para las partes y para el proceso mismo.

2. SUSPENSIÓN Y CONTINUACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Adviértase que este poder concedido al juez por la norma procesal (como todos los poderes, verbigracia decretar pruebas de oficio), para que como *director del proceso* “suspenda una actuación judicial” porque esta “necesita de más tiempo” al considerado por él originariamente, requiere que su utilización sea realizado de manera *excepcional*, toda vez que la *regla* en materia de actuaciones judiciales (audiencia, inspección judicial, diligencia de ejecución de medida cautelar, etc.), es que estas se concluyan en “un solo acto”, que como ya señalamos es diferente a decir que termine en un mismo día.

Y además de *excepcional*, este poder deberá ser ejercido de manera *razonable*, admitiendo para ello como límite el principio de no causar perjuicio a las partes procesales y el de no desnaturalizar y/o tornar ineficaces las actuaciones judiciales, entendidas estas como una de las modalidades que adoptan los actos procesales del juez.

Sin embargo, pese a esta característica, la postergación o reprogramación en la realidad forense se ha convertido en la *regla* o, dicho de otro modo, es moneda corriente, *primero* por la *desorganización misma del despacho judicial*, y *segundo* por la *falta muchas veces de previsión* del juez al no calcular la duración de cada una de sus diligencias en función a la naturaleza de las mismas y a su complejidad, debiendo reconocerse que para que se configure cualquiera de estas dos malas prácticas, el factor determinante lo constituye la *carga procesal* que soporta cada juzgado, toda vez que se trabaja con un número de expedientes que excede largamente lo que los estándares indican, lo cual a la larga diluye cualquier buena intención y previsión que pueda tener el juez, impidiendo de esta manera que se estudie a consciencia cada expediente antes de fijar día y hora para la actuación judicial.

Eso quiere decir que ese poder mal utilizado (reprogramación o postergación) podría terminar generando incluso daños para las partes procesales pues puede traer abajo toda previsión que estas hayan tenido para con sus tiempos y su economía como lo ocurrido para los supuestos de habilitación implícita ya comentado, así como también para el proceso mismo al generar las condiciones necesarias para desnaturalizar y/o tornar ineficaces las actuaciones judiciales como es el hecho que por la postergación, o sea, no conclusión de la actuación judicial en un solo acto utilizando para ello la figura de la habilitación implícita, el negocio o los bienes materia de la diligencia de embargo en forma de administración o de intervención en recaudación, se haya cerrado o ya no existan respectivamente.

En atención, a la naturaleza de la “suspensión” y ulterior “continuación” de la actuación judicial, esto es, por tratarse de una *prolongación* de una diligencia ya iniciada, o sea, que no se está en presencia de dos actos procesales diferentes sino de uno solo, llevado a cabo en dos momentos de tiempo diferentes, consideramos que a la continuación de la “actuación suspendida” solo deben concurrir las partes que asistieron a la primera, encontrándose por ello notificadas en la actuación primigenia que fue suspendida (no requiriéndose nueva notificación), por eso es que la norma en comentario en su último párrafo remarca que “Tal decisión [de postergarla] se hará constar en el acta respectiva”.

Ahora bien, en cuanto a la fecha en que se continuará con la diligencia suspendida, conforme la propia norma señala, esta puede fijarse para se continúe al día hábil siguiente, o cuando el juez lo determine, lo que nos lleva a considerar diversas posibilidades. O bien cualquier otro día posterior hábil, o incluso hasta

un día y hora inhábil en atención a las recargadas labores que soporte el juzgado, siendo que para esto último ocurra, el juez en la actuación judicial misma antes de suspenderla, tendrá que emitir la resolución correspondiente haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 142 del CPC, que regula la figura de la *habilitación expresa*.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 145**Falta grave**

Incorre 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.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 50 inc. 3, 141; LEY 29277 arts. 47 inc. 2, 51 inc. 2, 53.

Marco J. Carbajal Carbajal

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo confirma un viejo principio aplicable a todo orden natural o social, en el sentido que *“las cosas son lo que su esencia o naturaleza expresan y no lo uno quisiera que sean”*.

Aplicándolo al ámbito del Derecho Procesal, que es donde se inserta este artículo, diremos que esta más que ser una norma de *Derecho Procesal*, que no lo es, se trata de una de carácter administrativo y en rigor de “Derecho Disciplinario-Sancionador” y no de “Derecho Sancionador” propiamente, debido a que tiene por propósito fundamentalmente describir la conducta del juez y no de otro sujeto procesal considerándola como *infracción administrativa*, tipificándola a su vez como *falta grave*. Decimos que no es una norma de Derecho Procesal porque estas no son tales por su simple ubicación dentro de un determinado ordenamiento procesal, sino fundamentalmente por su naturaleza. Afirmar lo contrario importa postular una tesis irreal, la cual con mucha agudeza ha sido catalogada como *realismo ingenuo*.

Nótese que hemos dicho, que esta norma formaría parte del “Derecho Disciplinario-Sancionador” y no del “Derecho Sancionador”. Esta disquisición obedece a que mientras el *primero* está reservado para un estatuto determinado de administrados (policías, profesores, registradores, jueces en este caso, etc.), siendo que solo ellos debido a su condición de empleados del Estado pueden ser considerados como “infractores especiales” al vulnerar sus deberes impuestos; el *segundo* está diseñado para cualquier administrado (cualquier ciudadano que no tenga ninguna condición especial) por eso es que son considerados como “infractores comunes”; debiendo precisarse que estos son los dos modos como los administrados se vinculan con la administración.

La justificación de esta vinculación se encuentra en que dentro del *primer derecho*, el administrado se encuentra en una relación de “sujeción especial” de ahí que deba soportar niveles más intensos de intervención administrativa por cuanto nos encontramos ante ámbitos que son ordenados por la administración y

su *ius ponendi*, que sin este privilegio sería imposible poder organizarlos, siendo que las notas características de esta “relación especial de sujeción” son la presencia de deberes específicos de cumplimiento a cargo del administrado, su rol esencial de subordinación en función de los objetivos públicos y una regulación dada por la autoridad en forma estatutaria. En cambio, en el *segundo derecho* el administrado mantiene una relación de “sujeción general” con la Administración, que es la regla común, por ese motivo es que se encuentra ejerciendo plenamente su libertad de actuación, vinculándose excepcionalmente a determinados deberes generales de cumplimiento y al poder de policía de la administración que limitan su estado de libertad y de acción (MORÓN, 2014: p. 746).

Lo anterior significa admitir que el juez, dentro de un proceso, goza de una *doble condición*. Por un lado, es el detentador de la *función jurisdiccional*, única para solucionar conflictos de intereses, controlar conductas antisociales, velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales y la constitucionalidad normativa así como controlar la legalidad de los actos de la administración; y, por el otro, detenta igualmente la condición de administrado en virtud de la relación de “sujeción especial” que mantiene con el Poder Judicial que es su empleador, de allí su condición de subordinación para con los objetivos públicos fijados por él y el cumplimiento de deberes específicos como son, por ejemplo, los previstos ahora en la Ley de la Carrera Judicial.

Por eso suele afirmarse, desde la óptica de la teoría del Derecho, que el juez en virtud de su estatuto, dentro del proceso, no solo está premunido de poderes, facultades, sino también de deberes funcionales, y, justamente, cuando infringe estos deberes funcionales es que puede ser sancionado (por ejemplo, llegar tarde, frustrar las diligencias programadas, no dirigir personalmente las audiencias, etc.). Situación distinta de lo que acontece con las partes, que dentro del proceso gozan fundamentalmente de cargas procesales y deberes de conducta.

La existencia de deberes funcionales se explica por la misma naturaleza pública que tiene el proceso, el cual si bien sirve para satisfacer *intereses de carácter privado* de las partes como es solucionar el conflicto de intereses obligando, por ejemplo, a la parte demandada que cumpla con devolverle la casa que le arrendó; también vale para *satisfacer intereses de carácter público*, en tanto restablece la paz social en justicia, así como el ordenamiento jurídico material vulnerado a consecuencia de la crisis de cooperación producida en el plano material, contribuyendo de ese modo con la propia función legislativa al restablecer las reglas de juego dictadas por el Estado.

2. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Todo derecho sancionador, disciplinario o no, se mueve básicamente sobre dos pilares, el primero el establecimiento de *infracciones*, esto es, de conductas

reprochables administrativamente que tienen que estar contenidas en una ley (*lex scripta*), de manera previa a la comisión del hecho (*lex praevia*) y que la conducta sea descrita de manera clara y precisa (*lex certa*); y el segundo de *sanciones* que deben ser razonables y proporcionales con la conducta desplegada.

Este artículo lo que regula únicamente es la *infracción*, o sea, la conducta desplegada por el juez, que es tipificada como falta grave, mas no así la *sanción*.

En cuanto a la primera, consistente en “no cumplir, sin justificación, con realizar la actuación judicial en la fecha señalada o dentro del plazo legal respectivo”, ha sido tipificada como falta grave, siendo recogida, además, como tal en el inciso 2 del artículo 47 de la Ley de la Carrera Judicial, al señalar que son faltas graves: “Causar grave perjuicio al desarrollo de las incidencias y diligencias del proceso, frustrando o retrasando injustificadamente la realización de los actos procesales”. Esta infracción cumple con las exigencias del principio de legalidad y tipicidad consistentes en estar contenidas en una ley (*lex scripta*), de manera previa a la comisión del hecho (*lex praevia*) y que la conducta sea descrita de manera clara y precisa (*lex certa*).

Y en cuanto a la segunda, es decir, a la *sanción*, esta se encuentra regulada en el inciso 2 del artículo 51 de la Ley de la Carrera Judicial, castigando a la falta grave con *multa* o *suspensión* que tendrá una duración mínima de 15 días y máxima de tres meses, exigiendo el último párrafo de este artículo que en la imposición de la sanción se deberá de observar la adecuación o proporcionalidad entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, precisando el artículo 53 de la misma ley que el límite de la sanción de multa será del 10 % de la remuneración total mensual del juez.

Este ilícito administrativo exige *culpabilidad* por parte del juez, esto es, no se configura de manera objetiva por el mero incumplimiento de los deberes antes señalados, pues la falta grave se producirá cuando aquellos deberes consistentes en realizar la actuación judicial en la fecha señalada o dentro del plazo legal no se lleven a cabo, pero sin que medie justificación alguna, como podría ser, por ejemplo, que el juez simplemente no llegue a su despacho el día programado para la diligencia judicial (audiencia) y con ello se frustre la misma con el consecuente perjuicio no solo para las partes, sino para la recta administración de justicia o que se realice fuera del plazo legal previsto pese a no venir soportando ese juzgado una alta carga procesal.

A contrario sensu, si existe justificación de por medio, como podría ser que saliendo temprano el juez de su casa al juzgado para cumplir con sus deberes le sobrevenga un accidente de tránsito inusitado el día programado para la diligencia judicial que afecta gravemente su salud y que lo lleve a tener que internarse de

emergencia en una clínica o que el despacho que recién ha asumido registra una elevada carga procesal por haber estado antes sin un juez titular; en estos casos debe entenderse que no habrá incurrido en esa infracción, pues la violación de esos deberes obedece a una justificación objetiva que tendría que tomarse en cuenta al momento de tipificar su conducta.

Finalmente, corresponde decir que la fuente de estos deberes funcionales, es diversa. Así, para el primer caso, aquella proviene de un mandato del propio órgano jurisdiccional como, en efecto, lo es “realizar la diligencia judicial en la fecha programada”; en cambio, para el segundo caso, su procedencia es la misma ley procesal, como no puede ser de otra manera, pues se trata de “llevar a cabo una actuación judicial dentro del plazo legal respectivo”.

Así también lo reconoce GARCÉS (2010: pp. 633-634) al sostener que: “El primer deber cuyo incumplimiento se califica como falta grave es no realizar la actuación judicial en la fecha señalada. Se trata del incumplimiento respecto de un mandato del propio órgano jurisdiccional (...). El segundo deber cuyo incumplimiento se califica como falta grave es no realizar la actuación judicial dentro del plazo legal. [L]a diferencia en el tratamiento radica simplemente que por un lado tenemos un deber que surge de una resolución judicial y por otro lado tenemos un deber que surge de una norma legal”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GARCÉS TRELLES, Kenneth (2010): En: Johan S. Camargo Acosta (coord.). *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, tomo I. Arequipa: Adrus; MORÓN URBINA, Juan Carlos (2014): *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 10ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el juez dispuso se expediten copias certificadas de la causa, por cuenta y costos de las partes, concediéndole tres días de plazo; no obstante, las partes y el secretario del juzgado han mostrado su inactividad, los primeros por no cumplir el mandato y el secretario por no dar cuenta oportunamente al juez sobre su incumplimiento, hecho que ha originado una demora innecesaria en el trámite de la causa –más de cuatro meses– atribuible al recurrente, por cuanto este, a través de una razón o informe debió dar cuenta al juez indicando que las partes no han cumplido con expedir las copias certificadas; que, al margen que las partes o el secretario del juzgado expediten las copias certificadas y de la etapa de austeridad en que se encuentra este Poder del Estado, los auxiliares jurisdiccionales están en la obligación de coadyuvar con la celeridad en el trámite de las causas, dando cuenta al juzgado de las paralizaciones o dilataciones indebidas que pudieran presentarse; por lo que habiéndose acreditado el retraso en la tramitación de la causa, que dio origen a la presente medida disciplinaria atribuible al secretario recurrente, es correcta la aplicación del artículo 208 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Revisión N° 207-2008*).

Artículo 146

Perentoriedad del plazo

Los plazos previstos en este Código son perentorios. No pueden ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales. La misma regla se aplica al plazo judicial. A falta de plazo legal, lo fija el juez.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. V párr. 4, 142, 165, 212, 319, 387 inc 3.

Marco J. Carbajal Carbajal

1. INTRODUCCIÓN

En principio, es importante tener en cuenta que los plazos procesales, como espacio de tiempo dentro del cual tienen que ser desarrollados los actos procesales, en términos generales, son de vital importancia para la recta ordenación del proceso y su buen desarrollo favoreciendo de esta manera la *preclusión*, principio ordenador tan caro para el proceso moderno. Ello debido, fundamentalmente, a que el proceso se encuentra conformado por un sinnúmero de actos procesales que pueden ser realizados tanto por las partes procesales como por el juez, los terceros o los órganos de auxilio judicial. Si no fuera así, es decir, si no son establecidos los plazos procesales con precisión y sobre todo otorgándole la condición de *perentorios*, se corre el riesgo de condenar al proceso a una duración irrazonable y, por ende, al fracaso --inutilidad social-- de este noble instrumento de solución de conflictos

En esa línea ALSINA (1956, I: pp. 736-737) señalaba que:

“Los plazos procesales tienen por objeto la regulación del impulso procesal a fin de hacer afectiva la preclusión de las distintas etapas del proceso que permiten su desarrollo progresivo. El proceso es un conjunto de actos de procedimiento ejecutados por las partes y el juez en momento distintos que constituyen diversos estadios, cada uno de los cuales supone la terminación de anterior. El pase de un estadio a otro se obtiene mediante el impulso procesal, y si cada una de las partes y el juez pudieran ejecutar los actos procesales a su arbitrio en cualquier tiempo, la marcha del proceso quedaría librada a su voluntad; no solo desaparecería el orden, sino que los trámites demorarían indefinidamente, en perjuicio de los litigantes y de la sociedad, que tiene interés en que los litigios terminen y se restablezcan en orden jurídico mediante la sentencia”.

Sin embargo, también precisaba que:

“Tienen otra función como es la defensa de los derechos de los litigantes, evitando que estos sean víctimas de la astucia de su contrario, [pues] si el demandado no dispusiese de un término prudencial para contestar la demanda, no podría preparar su defensa y correría el riesgo de que la precipitación le hiciera descuidar algunos aspectos fundamentales, en tanto que el actor ha dispuesto de todo el tiempo que ha querido para organizar sus medios de ataque” (ALSINA, 1956, tomo I: pp. 736-737. De la misma opinión es VÉSCOVI, 1999: p. 247).

Sin perjuicio de lo anotado, debe tenerse en cuenta que lo que el presente artículo regula, en rigor, es la naturaleza que tienen los plazos procesales catalogándolos de *perentorios*, es decir, de *preclusivos*, o sea, que no pueden ser prorrogados por las partes procesales.

Empero, consideramos que esta característica, que es la regla, es predicable pero solo respecto de los *plazos procesales legales propios*, es decir, los que la ley otorga a las partes para que realicen indefectiblemente dentro de ellos sus actos procesales (impugnar, por ejemplo), y que como toda regla admite su excepción, sobre todo cuando nos encontramos ante un *plazo procesal legal impropio*, esto es, aquel otorgado por la ley pero que puede ser modulado por el juez (piénsese en el plazo que el juez otorga al demandante para que subsane su demanda teniendo como tope el máximo fijado legalmente). Igualmente, esa regla se relativiza cuando se tratan de los *plazos procesales judiciales* fijados para las partes procesales.

Situación inversamente proporcional es la ocurrida para el caso de los plazos procesales legales endilgados al juez, los cuales tal como señaláramos en el comentario del artículo 142, no tiene esa misma condición, es decir, no son perentorios, justamente por el hecho de que de otorgarles esa característica, una vez vencidos, le impediría al juez poder realizar los actos procesales que la ley le atribuye, lo cual además de constituir un verdadero despropósito, terminaría produciendo serios perjuicios fundamentalmente para las partes procesales.

2. DIFERENCIA ENTRE TÉRMINO Y PLAZO

Un primer aspecto que resulta conveniente zanjar es la diferencia que existe entre el *término* y el *plazo*, debido a que son utilizados de manera indistinta. Si bien la mayoría de la doctrina los entiende como sinónimos (GOZAÍNI, 2005: pp. 209-210; MONROY CABRA, 1988: pp. 399-400; SAGTA, 1971, I: pp. 231-232), ello no es así, pues como recuerda VÉSCOVI (1999: p. 248) citando a BARRIOS DE ÁNGELIS y ALCALÁ-ZAMORA, mientras que el *término* son los extremos del plazo, son los puntos inicial (*a quo*) y final (*ad quem*), en cambio, el *plazo* es una línea, es el lapso de tiempo que se encuentra contenido entre ambos extremos, *la distantia temporis*.

De la misma opinión son los profesores españoles MONTERO y otros quienes señalan que: “El término es un *momento* en el tiempo, determinado por día y hora, en el que tiene que realizarse una actuación judicial. El plazo supone un lapso de tiempo dentro del cual puede realizarse el acto procesal y exige la determinación de un momento inicial (a quo) y de otro final (ad quem)” (MONTERO; GÓMEZ; MONTÓN; BARONA, 2004: p. 402). En similar sentido, FAIRÉN GUILLÉN (1990: p. 341) sostiene que: “El tiempo puede ser de un instante o de un lapso. Así aparecen los términos y los plazos. Los términos son de un instante ideal. Los plazos son lapsos de tiempo dentro del proceso”.

Zanjada la diferencia existente entre *término* y *plazo*, a continuación corresponde abordar los diferentes clases de plazos, a fin de concluir cuál de ellos es el que ha sido regulado en este artículo para finalmente saber qué debe entenderse por perentorio y, sobre todo, cuál es el efecto de su incumplimiento y si sus efectos son los mismos para el caso del incumplimiento de los plazos *legales* y *judiciales*.

3. CLASES DE PLAZOS

Existen diversos criterios clasificatorios respecto de los plazos. Así, atendiendo a su *origen* estos se clasifican en legales cuando son fijados expresamente por la ley (como el regulado en el inc. 3 del art. 387 del CPC, para la interposición del recurso de casación), judiciales cuando los fija el juez en defecto u omisión de una regulación legal expresa mas no así cuando lo fije en su condición de director del proceso teniendo como parámetro máximo el plazo establecido legalmente, o convencionales cuando lo fijan las partes (suspensión del proceso por un plazo no mayor de 2 meses por cada instancia ex art. 319 del CPC).

Respecto del *plazo judicial*, un sector de la doctrina considera que el plazo es judicial tanto cuando el juez lo fija dentro del término legal previsto pero estableciendo un plazo menor, como cuando el juez lo fija discrecionalmente para que las partes realicen ciertos actos procesales sin que medie previsión legal alguna (COUTURE, 2010: p. 144; VÉSCOVI, 1999: p. 250). En cambio, otro sector de la doctrina considera que en rigor el plazo será judicial cuando lo fije el juez en defecto de regulación legal. Este último criterio es el que ha asumido el presente artículo al prescribir en la parte *in fine* que “a falta de plazo legal, lo fija el juez” (en ese sentido véase LEDESMA, 2008, I: p. 519).

Consiguientemente, convenimos que el *plazo judicial* es tal, solo y únicamente cuando su fijación responde al criterio razonado del juez como director del proceso en atención a la naturaleza del acto procesal a realizar y a la importancia del mismo y, sobre todo, ante la omisión de una regulación legal expresa como cuando, por ejemplo, el juez concede prudencialmente un plazo al demandado para

que subsane alguna omisión incurrida en su contestación de demanda, plazo que no está previsto legalmente, pero que en virtud del principio de igualdad procesal debe ser concedido en el entendido de que así como la demanda es el acto postulatorio del actor, la contestación de demanda lo es del demandado y, por tanto, igualmente debe contar con un plazo para subsanarla.

¿Por qué decimos que el plazo será judicial cuando responda al criterio razonado del juez y ante la inexistencia de regulación legal expresa? porque afirmar que el plazo que otorga el juez para subsanar una demanda cuando ha sido declarada inadmisibile es judicial constituye un claro despropósito, debido a que el juez lo que hace en esta hipótesis simplemente es modular el plazo otorgado legalmente dentro de los márgenes que la misma ley le ha otorgado y que ha sido fijado de manera previa. En tal sentido, en esta última hipótesis nos encontramos en puridad ante un plazo legal, el cual, dependiendo de su rigurosidad, puede ser catalogado como *propio* o *impropio*. Será propio cuando lo imponga la ley de manera fija sin posibilidad alguna de poderse modular, e impropio cuando el máximo lo fija la ley, pero el juez lo gradúa de acuerdo al caso concreto estableciendo un plazo menor. Pero ambos, al fin y al cabo, son legales.

Otro criterio es el que se fija en función a sus *efectos* y, en virtud de este, los plazos pueden ser *perentorios* y *no perentorios*. Los primeros llamados también *preclusivos* o *fatales* (VÉSCOVI, 1999: p. 252; LEDESMA, 2008, I: p. 520), son aquellos que operan de manera automática en el sentido de que su simple vencimiento hace imposible el ejercicio de la facultad o derecho conferido (todos los plazos procesales legales propios otorgados a las partes para que realicen sus actos procesales tienen este carácter).

Esto quiere decir que, una vez vencido el plazo y no realizado el acto procesal por la parte, como, por ejemplo, impugnar o contestar una demanda, debe entenderse que precluye automáticamente la posibilidad de poder realizarlo, precisando que de hacerlo y no haber sido advertido por alguna de las partes o por el mismo juez y permitido que ingrese al proceso, no se impide que ulteriormente sea dejado sin efecto justamente porque se ha violado un plazo que tiene la condición de perentorio, es decir, preclusivo y fatal (piénsese en un recurso de apelación formulado fuera del plazo legalmente previsto y tenido como interpuesto por el juez *a quo*, ello no impide que el juez *ad quem* deje sin efecto en concesorio declarándolo improcedente por extemporáneo por haber precluido la posibilidad de impugnar).

Los plazos perentorios, a su vez, por esencia, son *improrrogables* debido a que no pueden ser extendidos por el juez a pedido de las partes. En cambio, los segundos llamados *no perentorios* son tales porque aun vencido el plazo permite el ejercicio de la facultad, esto es, la realización del acto procesal por parte de

las partes procesales, a menos que un acto de la contraparte cierre esa posibilidad invocándolo. Ejemplo de este plazo no perentorio es el otorgado a las partes para que presenten sus alegatos en los procesos de conocimiento y abreviado, vencido el cual las partes podrían igualmente presentarlos, salvo que previamente una de ellas haya pedido al juez que disponga se pasen los autos a su despacho para la emisión de la sentencia correspondiente.

En atención a las *personas*, los plazos pueden ser individuales y comunes. Los *individuales* son la regla y se establecen en función de cada una de las partes procesales que ha de realizar el acto procesal; ejemplos de este tipo de plazos son el fijado para contestar la demanda, para deducir excepciones, para apelar, etc. Y los *comunes* son aquellos que han sido diseñados para ambas partes, para que dentro de ese plazo puedan realizar el acto procesal común, independientemente de que actúen de manera individual, como sucede con el plazo para presentar alegatos (ex art. 212 del CPC). No está de más señalar que estos dos tipos de plazos procesales siempre son legales.

Y en orden a su *naturaleza*, los plazos pueden clasificarse en ordinarios y extraordinarios. Son *ordinarios* los que se establecen sin tener en cuenta ninguna consideración especial de ningún tipo como, por ejemplo, el plazo para contestar una demanda por parte de un demandado que domicilia dentro del territorio nacional, que siempre será el mismo dependiendo de la vía procedimental; en cambio, los *extraordinarios* sí toman en cuenta alguna consideración particular y se conceden en presencia de determinadas circunstancias conforme a las cuales se gradúa su duración, como, por ejemplo, el plazo que se otorga al demandado cuando se trata de una persona incierta o con domicilio desconocido notificándose por edictos conforme lo señala el artículo 165 del CPC.

4. EFECTOS DE LA PERENTORIEDAD DEL PLAZO

Ahora bien, luego de este *excursus*, habiendo quedado claro lo que debe entenderse por término y plazo, las clases de plazos y, sobre todo, lo que importa que un plazo tenga la condición de perentorio y sus efectos en caso de incumplimiento, corresponde señalar que este artículo lo que ha regulado fundamentalmente ha sido el *plazo procesal legal* propio e impropio y el *judicial*.

Decimos que ha regulado el *plazo procesal legal propio* porque es la regla a seguir en cuanto a los plazos procesales otorgados a las partes para que realicen dentro de ellos sus actos procesales como son los establecidos para impugnar, deducir excepciones, contestar demandas, etc., los cuales además por obvias razones tienen el carácter de *perentorios* o *preclusivos e improrrogables* (no se pueden extender), a fin de ordenar el procedimiento y otorgar mayor seguridad a las partes.

Pero también ha regulado el *plazo procesal legal impropio*, que es la excepción y que resulta trascendente su presencia dentro del proceso, en la medida que otorga al juez la posibilidad de conceder un plazo menor –nunca mayor– dentro de los máximos previstos legalmente, como ocurre, por ejemplo, cuando declara inadmisibile la demanda en atención a la omisión incurrida por el actor y le concede un plazo por debajo del fijado en la ley en atención a la mitad de la omisión. Estos plazos son *prorrogables*, toda vez que el juez lo puede extender a pedido de la parte, como cuando esta requiere un plazo mayor al concedido previamente debido a que la partida de nacimiento en original que se le exige que presente para que subsane la omisión incurrida, tiene que ser recabada de una municipalidad de un poblado menor que se encuentra alejada del despacho judicial. Tan cierto es que se tratan de plazos *prorrogables* que su alargamiento en ningún caso genera vicio alguno en el proceso. Confirma la condición de prorrogables lo dispuesto expresamente por la misma norma cuando señala que: “Los plazos son perentorios, no pudiendo ser prorrogados por las partes con relación a determinados actos procesales”, lo que quiere decir que deja a salvo la posibilidad que se puedan prorrogar respecto a algunos actos procesales, como ocurre en el caso antes descrito, supuesto que además es moneda corriente en la práctica judicial.

Así también ha regulado el *plazo procesal judicial*, entendido como aquel fijado por el juez ante la ausencia de regulación legal expresa, el cual –decíamos– que por antonomasia es prorrogable, pudiendo alargarse por disposición expresa del juez y a pedido de parte en caso medie razón justificada como cuando, por ejemplo, el demandado solicite un plazo mayor al concedido primigeniamente de manera discrecional, para que subsane su contestación de demanda que ha sido declarada previamente inadmisibile.

Finalmente, en cuanto a los efectos del incumplimiento de este tipo de plazos corresponde decir que el incumplimiento de un *plazo procesal legal propio* genera de manera indefectible el decaimiento del derecho de la parte para realizar el acto procesal por tener la condición de perentorio. Igual sanción corresponde cuando se incumple con los *plazos procesales legales impropios* o los *plazos procesales judiciales*, toda vez que como ya quedó dicho, estos últimos, si bien no son improrrogable, es decir, son prorrogables, empero eso no significa que no sean perentorios, pues de no predicarles esta calidad entonces tendría que afirmarse que los actos procesales podrían ser realizados por las partes en cualquier momento, no estando imposibilitados para ello, lo cual obviamente no se condeciría con la naturaleza de los mismos. En otras palabras, los tres plazos procesales regulados por este artículo, tienen carácter de perentorios, lo que sucede es que el primero es improrrogable (no se puede ser extendido por el juez a pedido de parte), en cambio, los dos últimos si pueden ser prorrogables.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; COUTURE, Eduardo (2010): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Montevideo-Buenos Aires: JB de F; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990): *Doctrina general del Derecho Procesal (hacia una teoría y ley procesal generales)*. Barcelona: Bosch; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY CABRA, Marco (1988): *Principios del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Bogotá: Temis; MONTERO, Juan; GÓMEZ, Juan; MONTÓN, Alberto; BARONA, Silvia (2004): *Derecho jurisdiccional*, vol. I, Parte general, 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; SATTÀ, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil. Las disposiciones generales. El proceso de cognición*, trad. Santiago Sentís Melendo y Fernando De La Rúa, vol. I, Buenos Aires: EJEA; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. actualizada. Bogotá: Temis.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Los argumentos del recurrente, en el sentido de que se ha afectado su derecho de defensa al no permitirle informar oralmente, carece de sustento ya que conforme se tiene del Comunicado emitido por el Administrador del Centro de Distribución General, en el periodo de huelga de los servidores judiciales, funcionó una ventanilla de emergencia en el Centro de Distribución General y se recibieron los documentos urgentes; siendo esto así, el recurrente podía solicitar su informe oral en el tiempo previsto por la ley, constituyendo en todo caso negligencia en su actuar, al no prever situaciones como la presente incidencia (*Cas. N° 2295-2012-Arequipa*).

El hecho de que uno de los codemandados aún no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no proroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues el plazo para dichos codemandados se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda (*Exp. N° 614-98*).

Artículo 147**Cómputo**

El plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación.

No se consideran para el cómputo los días inhábiles.

Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles, salvo disposición distinta de este Código.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 141, 146, 212; L.T.V. art. 144; L.P.A.G. arts. 16, 131 al 134;

L.O.P.J. arts. 124, 127, 247, 248.

Marco J. Carbajal Carbajal

1. INTRODUCCIÓN

Tal como lo dijimos al inicio de nuestro comentario del artículo 141, este y los subsiguientes, en estricto hasta el 147 del CPC, conforman el Título III referido al “Tiempo de los actos procesales”, que a su vez integra la Sección Tercera destinada a la “actividad procesal”, siendo que el artículo en comentario es el que cierra este Título III.

Y como no podía ser de otra manera, está destinado a regular la forma como es que deben computarse los plazos procesales –cualquiera que sea su naturaleza–, precisando qué tipo de días no entran en el cómputo, así como el *plazo mínimo* que debe mediar entre la notificación para una actuación procesal y su realización, a fin que las partes cuenten con un *plazo razonable*.

2. CÓMPUTO DEL PLAZO

El presente artículo en el primer párrafo establece como *regla* que el plazo procesal empieza a contabilizarse desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija, sea que se trate de un plazo *individual* o *común*. En la hipótesis de que se trate de este último plazo, esto es, si está destinado para ambas partes, su cómputo se realiza igualmente a partir del día siguiente de notificada pero la última resolución. O sea, fija el *dies a quo*, que es el término inicial de todo plazo procesal.

Ejemplos de plazos procesales *individuales*, que son, además, la mayoría de los establecidos en el CPC y fijados dentro del proceso, son los fijados para interponer tachas oposiciones o excepciones, para contestar la demanda, interponer medios impugnatorios, etc. Y de plazo procesal *común*, que es la excepción, es el

previsto en el artículo 212 del CPC, referido a la presentación de los alegatos, el cual se cuenta a partir de la última notificación realizada a las partes procesales. Pongamos un ejemplo: imaginemos que se lleva a cabo la audiencia de pruebas, a la cual asiste solo el actor, en ese contexto debe entenderse que este se encuentra notificado para presentar sus alegatos en el acto mismo de la audiencia, pero al no haber asistido el demandado, a este se le notifica de ese acto mediante resolución pero en fecha posterior, por lo que en esta hipótesis, al tratarse de un *plazo procesal común* dirigido a ambas partes para presentar sus alegatos, su contabilización debe realizarse a partir del día siguiente de notificada la resolución al demandado, que es además la última.

Ahora bien, al señalar el segundo párrafo que “no se consideran para el cómputo los días inhábiles”, debe entenderse no solo que no se tendrán en cuenta los sábados, domingos, feriados no laborables, de duelo nacional y judicial conforme lo señalan los artículos 124, 247 y 248 de la LOPJ, para lo cual nos remitimos a nuestro comentario del artículo 141 del CPC, toda vez que estos días no tienen la virtualidad para dotar de eficacia a los actos procesales realizados por las partes procesales, sino también que si el día siguiente a la notificación es un día inhábil, el *dies a quo* se trasladará al primer día hábil siguiente. El mismo razonamiento se aplica para el *dies ad quem*, el cual no es más que la lógica conclusión de “no considerar los días inhábiles para el cómputo de los plazos”.

En otras palabras el *arco temporal*, la *distantia temporis*, o plazo propiamente dicho, debe ser contabilizado solo y únicamente en días hábiles, siendo que si el *dies a quo* o el *dies ad quem*, cae día inhábil, este se pasará para el día hábil siguiente.

Finalmente, el último párrafo de este artículo al prescribir que “entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles, salvo disposición distinta de este Código”, lo que ha hecho es fijar un *mínimo legal* para la realización de los actos procesales de las partes, en el entendido que 3 días es un plazo *razonable*, pudiendo el juez ordenar se le notifiquen con un plazo mayor. Sin perjuicio de ello, en la hipótesis que se notifiquen a las partes con un plazo menor, igualmente nos remitimos a lo dicho al comentar el artículo 141 respecto a los efectos de no llevar a cabo puntualmente una diligencia judicial, en el sentido que esa *defección* igualmente no genera nulidad pues esta se rige por diversos principios como el de *trascendencia* (sino hay agravio no hay nulidad), el de *finalidad* (si el acto defectuoso cumplió con el propósito que el ordenamiento jurídico le impone entonces no hay nulidad) y el de *elasticidad* o *instrumentalidad* de las formas (las formas no son un fin en sí mismas sino solo un medio para), que hacen retroceder a la nulidad decretada en interés de la ley (principio de legalidad), cuya aplicación de manera irreflexiva genera severos daños en el proceso al importar un retroceso en el *iter procesal*.

No está demás señalar que este plazo mínimo está dirigido *fundamentalmente* para los actos procesales a ser realizados por las partes como podría ser el plazo para concurrir a una audiencia, mas no así para los actos procesales a ser realizados por otros sujetos procesales. Precisa LEDESMA que este es el caso del custodio (órgano de auxilio judicial) a quien el juez podría notificarle para que devuelva los bienes bajo su cargo en el día, sin que medie necesariamente el plazo mínimo de tres días, lo cual no importa bajo ningún punto de vista vulneración alguna del artículo en comentario (LEDESMA, 2008: pp. 521-522).

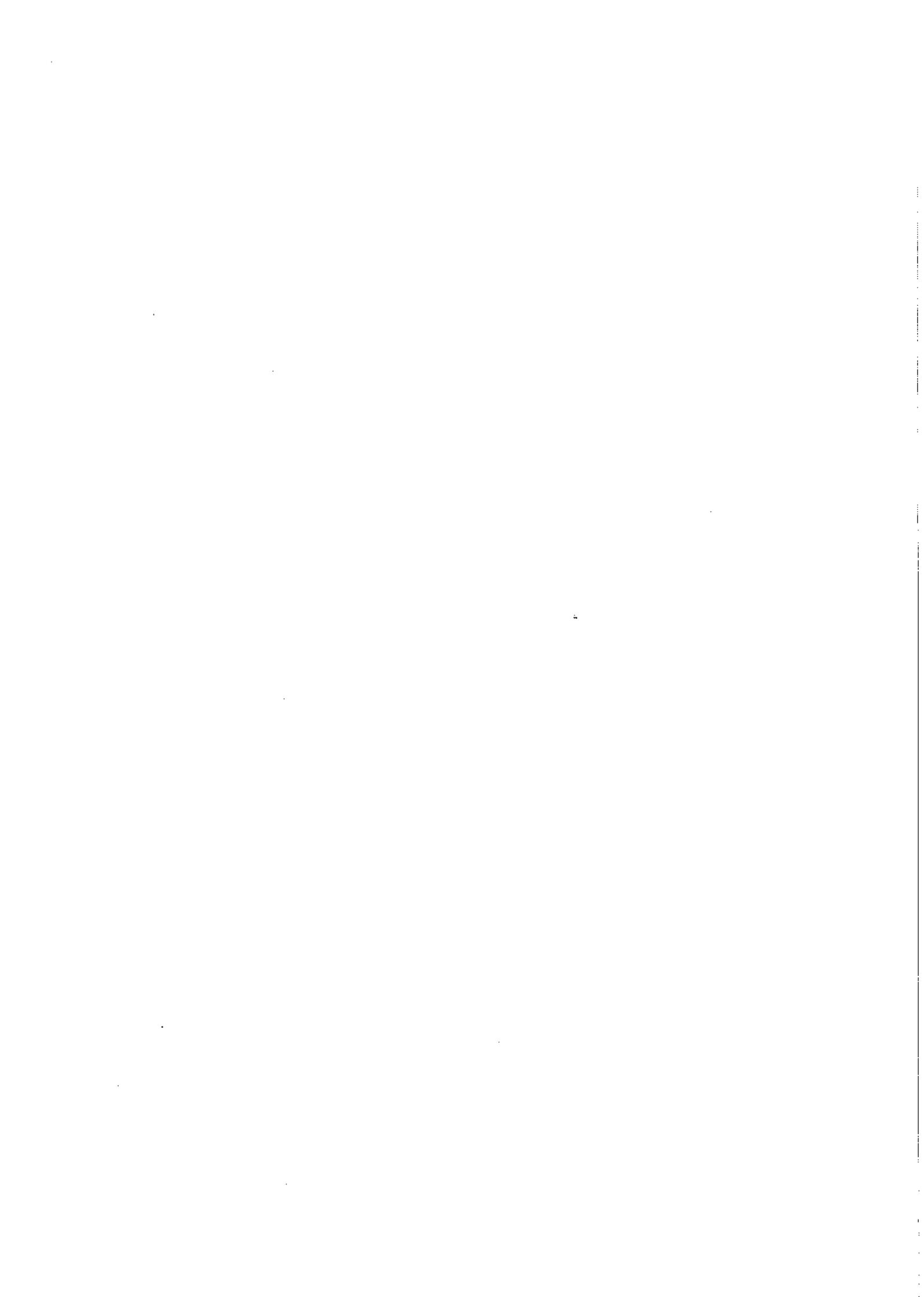
BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El tiempo durante el cual los trabajadores del Poder Judicial paralizaron sus labores no puede suspender la realización de todas las labores judiciales, así como la de los abogados, sino únicamente en cuanto atañen a la presentación de los escritos, por resultar esta una labor inherente al trabajador judicial. Cuando determinado escrito se encuentra en el término final para su presentación, dicho término debe correr al primer día hábil siguiente a la finalización de la paralización de labores (*Exp. N° 392-2002*).

El hecho de que uno de los codemandados aún no haya sido notificado con el admisorio de la instancia, no prorroga el plazo para que los otros codemandados puedan contestar la demanda, pues el plazo para dichos codemandados se empieza a computar desde el día siguiente en que recibieron la notificación con la demanda. La racionalidad del artículo 147 del CPC se encuentra referida a la preclusión de las etapas procesales, esto es, para proceder a la siguiente etapa del proceso, solo podrá realizarse cuando todos los emplazados comparecen, sea contestando la demanda o en su rebeldía (*Exp. N° 614-98*).



ÍNDICE GENERAL

Prólogo	
<i>Nelson Ramírez Jiménez</i>	5
Presentación	
<i>Renzo Cavani</i>	9
Autores de este tomo	11
Abreviaturas utilizadas	15

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I	Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	19
Artículo II	Principios de dirección e impulso del proceso	
	<i>Jim L. Ramírez Figueroa</i>	26
Artículo III	Fines del proceso e integración de la norma procesal	
	<i>Renzo Cavani</i>	37
Artículo IV	Principios de iniciativa de parte y conducta procesal	
	<i>Nelson Ramírez Jiménez</i>	56
Artículo V	Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales	
	<i>Roberto Obando Blanco</i>	62

Artículo VI	Principio de socialización del proceso <i>Roberto González Álvarez</i>	72
Artículo VII	Juez y Derecho <i>Sara Taipe Chávez</i>	85
Artículo VIII	Principio de gratuidad en el acceso a la justicia <i>Martín Hurtado Reyes</i>	95
Artículo IX	Principios de vinculación y de formalidad <i>Jim L. Ramírez Figueroa</i>	106
Artículo X	Principio de doble instancia <i>Eugenia Ariano Deho</i>	114

SECCIÓN PRIMERA JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y COMPETENCIA

TÍTULO I

JURISDICCIÓN Y ACCIÓN

Artículo 1	Órganos y alcances de la potestad jurisdiccional civil <i>Roberto González Álvarez</i>	127
Artículo 2	Ejercicio y alcances <i>Roberto González Álvarez</i>	140
Artículo 3	Regulación de los derechos de acción y contradicción <i>Roberto González Álvarez</i>	152
Artículo 4	Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil <i>Erick Veramendi Flores</i>	164

TÍTULO II

COMPETENCIA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 5	Competencia civil <i>Roberto González Álvarez</i>	171
Artículo 6	Principio de legalidad e irrenunciabilidad de la competencia <i>Roberto González Álvarez</i>	183
Artículo 7	Indelegabilidad de la competencia <i>Roberto González Álvarez</i>	188
Artículo 8	Determinación de la competencia <i>Roberto González Álvarez</i>	192
Artículo 9	Competencia por materia <i>Roberto González Álvarez</i>	197
Artículo 10	Competencia por cuantía <i>Roberto González Álvarez</i>	205
Artículo 11	Cálculo de la cuantía <i>Roberto González Álvarez</i>	211
Artículo 12	Cuantía en las pretensiones sobre inmueble <i>Roberto González Álvarez</i>	214
Artículo 13	Costas, costos y multa por exceso en la cuantía <i>Roberto González Álvarez</i>	217
Artículo 14	Demanda a persona natural <i>Roberto González Álvarez</i>	223
Artículo 15	Acumulación subjetiva pasiva <i>Roberto González Álvarez</i>	228

ÍNDICE GENERAL

Artículo 16	Acumulación subjetiva de pretensiones <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	230
Artículo 17	Demanda a persona jurídica <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	239
Artículo 18	Persona jurídica irregular <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	244
Artículo 19	Materia sucesoria <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	249
Artículo 20	Expropiación <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	256
Artículo 21	Incapacidad <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	261
Artículo 22	Quiebra y concurso de acreedores <i>(DEROGADO)</i>	268
Artículo 23	Proceso no contencioso <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	269
Artículo 24	Competencia facultativa <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	274
Artículo 25	Prórroga convencional de la competencia territorial <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	284
Artículo 26	Prórroga tácita de la competencia territorial <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	288

Artículo 27	Competencia del Estado <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	292
Artículo 28	Determinación de la competencia funcional <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	297
Artículo 29	Casos de prevención <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	305
Artículo 30	Efectos de la prevención <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	309
Artículo 31	Prevención de la competencia funcional <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	312
Artículo 32	Pretensiones de garantía, accesorias y complementarias <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	315
Artículo 33	Medida cautelar y prueba anticipada <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	318
Artículo 34	Procesos de ejecución <i>Yuliana Guisela Arce Cárdenas</i> <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	322

CAPÍTULO II

**CUESTIONAMIENTO
DE LA COMPETENCIA**

Artículo 35	Incompetencia <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	326
Artículo 36	Efectos de la incompetencia <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	329

ÍNDICE GENERAL

Artículo 37	Cuestionamiento exclusivo <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	332
Artículo 38	Contienda de competencia <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	334
Artículo 39	Reconocimiento de incompetencia <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	339
Artículo 40	Conflicto de competencia <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	340
Artículo 41	Resolución de la contienda ante el superior <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	342
Artículo 42	Conservación de la eficacia cautelar <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	344
Artículo 43	Continuación del proceso principal <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	345
Artículo 44	Convalidación de la medida cautelar <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	346
Artículo 45	Costas y costos <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	347
Artículo 46	Multas <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	349

CAPÍTULO III

COMPETENCIA INTERNACIONAL

Artículo 47	Competencia del juez peruano <i>Alonso Gurmendi Dunkelberg</i>	351
--------------------	---	-----

**SECCIÓN SEGUNDA
SUJETOS DEL PROCESO**

TÍTULO I

**ÓRGANOS JUDICIALES
Y SUS AUXILIARES**

CAPÍTULO I

JUZGADOS Y CORTES

Artículo 48	Finalidad <i>Rosa Vásquez Rodríguez</i>	361
Artículo 49	Órganos judiciales en el área civil <i>Rosa Vásquez Rodríguez</i>	365

CAPÍTULO II

**DEBERES, FACULTADES
Y RESPONSABILIDADES
DE LOS JUECES EN EL PROCESO**

Artículo 50	Deberes <i>Rosa Vásquez Rodríguez</i>	368
Artículo 51	Facultades genéricas <i>Rosa Vásquez Rodríguez</i>	377
Artículo 52	Facultades disciplinarias del juez <i>Rosa Vásquez Rodríguez</i>	383
Artículo 53	Facultades coercitivas del juez <i>Rosa Vásquez Rodríguez</i>	384

CAPÍTULO III

AUXILIARES JURISDICCIONALES Y ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

Artículo 54	Auxiliares de la jurisdicción civil <i>Ary H. Terrones Meléndez</i>	388
Artículo 55	Órganos de auxilio judicial <i>Ary H. Terrones Meléndez</i>	396
Artículo 56	Deberes y responsabilidades de los auxiliares jurisdiccionales <i>Ary H. Terrones Meléndez</i>	405

TÍTULO II

COMPARECENCIA AL PROCESO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 57	Capacidad para ser parte material en un proceso <i>Olger Bladimir Luján Segura</i>	407
Artículo 58	Capacidad para ser parte material en un proceso <i>Olger Bladimir Luján Segura</i>	418
Artículo 59	El Estado como parte <i>Olger Bladimir Luján Segura</i>	426
Artículo 60	Sustitución procesal <i>Olger Bladimir Luján Segura</i>	429
Artículo 61	Curadoría procesal <i>Olger Bladimir Luján Segura</i>	435
Artículo 62	Supletoriedad de la representación y mandato civil <i>Olger Bladimir Luján Segura</i>	440

CAPÍTULO II
REPRESENTACIÓN PROCESAL

Artículo 63	Necesidad de la representación procesal <i>José Luis Toranzos Chavera</i>	441
Artículo 64	Representación procesal de la persona jurídica <i>José Luis Toranzos Chavera</i>	444
Artículo 65	Representación procesal del patrimonio autónomo <i>José Luis Toranzos Chavera</i>	448
Artículo 66	Falta, ausencia o impedimento del representante del incapaz <i>José Luis Toranzos Chavera</i>	451
Artículo 67	Representación de personas jurídicas extranjeras <i>José Luis Toranzos Chavera</i>	453

CAPÍTULO III
APODERADO JUDICIAL

Artículo 68	Designación de apoderado judicial <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	455
Artículo 69	Apoderados de las entidades de Derecho Público <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	455
Artículo 70	Capacidad del apoderado <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	455
Artículo 71	Aceptación del poder <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	455
Artículo 72	Formalidad para el otorgamiento de poder <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	466
Artículo 73	Poder otorgado en el extranjero <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	466

ÍNDICE GENERAL

Artículo 74	Facultades generales <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	466
Artículo 75	Facultades especiales <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	466
Artículo 76	Apoderado común <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	477
Artículo 77	Sustitución y delegación del poder <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	477
Artículo 78	Cese de la representación judicial <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	477
Artículo 79	Efectos del cese de la representación <i>Juan Domingo Vega Fernández</i>	478

CAPÍTULO IV

REPRESENTACIÓN JUDICIAL POR ABOGADO, PROCURACIÓN OFICIOSA Y REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS

Artículo 80	Representación judicial por abogado <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i>	489
Artículo 81	Procuración oficiosa <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i>	492
Artículo 82	Patrocinio de intereses difusos <i>Giovanni F. Priori Posada</i>	497

CAPÍTULO V

ACUMULACIÓN

Artículo 83	Pluralidad de pretensiones y personas <i>Eugenia Ariano Deho</i>	515
--------------------	---	-----

Artículo 84	Conexidad <i>Eugenia Ariano Deho</i>	519
Artículo 85	Requisitos de la acumulación objetiva <i>Eugenia Ariano Deho</i>	525
Artículo 86	Requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones <i>Eugenia Ariano Deho</i>	533
Artículo 87	Acumulación objetiva originaria <i>Eugenia Ariano Deho</i>	537
Artículo 88	Acumulación objetiva sucesiva <i>Eugenia Ariano Deho</i>	550
Artículo 89	Acumulación subjetiva de pretensiones originaria y sucesiva <i>Eugenia Ariano Deho</i>	550
Artículo 90	Requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos <i>Eugenia Ariano Deho</i>	557
Artículo 91	Desacumulación <i>Eugenia Ariano Deho</i>	560

CAPÍTULO VI

LITISCONSORCIO

Artículo 92	Litisconsorcio activo y pasivo <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	562
Artículo 93	Litisconsorcio necesario <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	566
Artículo 94	Litisconsorcio facultativo <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	574
Artículo 95	Facultades del juez respecto del litisconsorcio necesario <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	581

Artículo 96	Audiencia complementaria <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	584
--------------------	--	-----

CAPÍTULO VII

INTERVENCIÓN DE TERCEROS, EXTROMISIÓN Y SUCESIÓN PROCESAL

Artículo 97	Intervención coadyuvante <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	586
Artículo 98	Intervención litisconsorcial <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	591
Artículo 99	Intervención excluyente principal <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	595
Artículo 100	Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	598
Artículo 101	Requisitos y trámite común de las intervenciones <i>Rafael Prado Bringas</i> <i>Francisco Zegarra Valencia</i>	600
Artículo 102	La denuncia civil <i>Héctor Lama More</i>	603
Artículo 103	Trámite y efectos de la denuncia <i>Héctor Lama More</i>	612
Artículo 104	Aseguramiento de pretensión futura <i>Héctor Lama More</i>	616
Artículo 105	Llamamiento posesorio <i>Héctor Lama More</i>	619

Artículo 106	Llamamiento en caso de fraude o colusión <i>Héctor Lama More</i>	622
Artículo 107	Extromisión <i>Héctor Lama More</i>	624
Artículo 108	Sucesión procesal <i>Daniel Linares Avilez</i>	626

CAPÍTULO VIII

DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES, DE SUS ABOGADOS Y DE SUS APODERADOS EN EL PROCESO

Artículo 109	Deberes de las partes, abogados y apoderados <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i>	633
Artículo 110	Responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados <i>César E. Moreno More</i>	639
Artículo 111	Responsabilidad de los abogados <i>César E. Moreno More</i>	650
Artículo 112	Temeridad o mala fe <i>Enrique Palacios Pareja</i>	654

TÍTULO III

MINISTERIO PÚBLICO

Artículo 113	Atribuciones <i>J. María Elena Guerra Cerrón</i>	663
Artículo 114	Dictamen <i>J. María Elena Guerra Cerrón</i>	681

Artículo 115	Plazos <i>J. María Elena Guerra Cerrón</i>	686
Artículo 116	Oportunidad <i>J. María Elena Guerra Cerrón</i>	688
Artículo 117	Causales de excusación y abstención <i>J. María Elena Guerra Cerrón</i>	690
Artículo 118	Responsabilidad <i>J. María Elena Guerra Cerrón</i>	692

SECCIÓN TERCERA ACTIVIDAD PROCESAL

TÍTULO I

FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO I

ACTOS PROCESALES DEL JUEZ

Artículo 119	Forma de los actos procesales <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i>	697
Artículo 120	Resoluciones <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i>	701
Artículo 121 (primer y segundo párrafo)	Decretos, autos y sentencias <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i>	704
Artículo 121 (último párrafo)	Decretos, autos y sentencias <i>César Higa Silva</i>	710
Artículo 122	Contenido y suscripción de las resoluciones <i>Percy Howell Sevilla Agurto</i>	712

Artículo 123	Cosa juzgada <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i>	717
Artículo 124	Plazos máximos para expedir resoluciones <i>Hebert A. Saldaña Saavedra</i>	732
Artículo 125	Numeración <i>Hebert A. Saldaña Saavedra</i>	739
Artículo 126	Indelegabilidad <i>Hebert A. Saldaña Saavedra</i>	743
Artículo 127	Actuaciones <i>Hebert A. Saldaña Saavedra</i>	749
Artículo 128	Admisibilidad y procedencia <i>Hebert A. Saldaña Saavedra</i>	753

CAPÍTULO II

**ACTOS PROCESALES
DE LAS PARTES**

Artículo 129	Objetivo de los actos procesales <i>José Tam Pérez</i>	758
Artículo 130	Forma del escrito <i>José Tam Pérez</i>	764
Artículo 131	Firma <i>José Tam Pérez</i>	768
Artículo 132	Defensa cautiva <i>José Tam Pérez</i>	770
Artículo 133	Copia de escrito y anexo <i>José Tam Pérez</i>	774
Artículo 134	Entrega de copias <i>José Tam Pérez</i>	778

Artículo 135	Constancia de recepción <i>José Tam Pérez</i>	781
---------------------	--	-----

TÍTULO II

FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE

Artículo 136	Expedientes <i>David Florián Vigo</i>	783
Artículo 137	Custodia del expediente <i>David Florián Vigo</i>	789
Artículo 138	Examen de los autos <i>David Florián Vigo</i>	791
Artículo 139	Expedición de copias <i>David Florián Vigo</i>	793
Artículo 140	Recomposición de expedientes <i>David Florián Vigo</i>	797

TÍTULO III

TIEMPOS EN LOS ACTOS PROCESALES

Artículo 141	Días y horas hábiles <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i>	801
Artículo 142	Habilitación <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i>	810
Artículo 143	Habilitación implícita <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i>	816
Artículo 144	Actuación diferida <i>Marco J. Carbajal Carbajal</i>	819

ÍNDICE GENERAL

Artículo 145	Falta grave	
	<i>Marco J. Carbajal Carbajal</i>	822
Artículo 146	Perentoriedad del plazo	
	<i>Marco J. Carbajal Carbajal</i>	826
Artículo 147	Cómputo	
	<i>Marco J. Carbajal Carbajal</i>	833
	Índice general.....	837

A partir de lo comentado se hace necesario que la intervención de los curadores procesales dentro de los procesos judiciales se encuentre de algún modo reglamentada. Esto debido a que conforme a la normatividad vigente, es evidente que la misma es insuficiente, considerando aquí que, su intervención es trascendente en la litis ya que, representan los intereses de una de las partes en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder (2003): *Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. Lima: Rhodas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La defensa que debe ejercer el curador procesal respecto de su representado ausente, no se ha de agotar ni concluir con el acto procesal de contestación de la demanda. La representación que ejerce ha de extenderse hasta la conclusión del proceso en su etapa de cognición. El proceso ejecutivo se encuentra limitado por la Ley Procesal, atendiendo a la brevedad de los plazos, el reducido número de actuaciones judiciales y las restricciones que establece la ley para la contradicción a la acción; no obstante ello, la representación que ejerce el curador procesal cuenta con las mismas responsabilidades que si se tratara de un proceso más lato y con mayor actividad jurisdiccional (*Exp. N° 709-2001*).

El fallecimiento de un emplazado no es causal para manifestar la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo. Corresponde al juez de la causa ordenar se notifique a los sucesores del demandado fallecido para que contesten la acción bajo apercibimiento de nombrarles curador procesal (*Exp. N° 36129-99*).

Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud les fije el juez, siendo el peticionante responsable de su pago, con cargo a la liquidación final. El curador procesal debe ser retribuido económicamente por su trabajo, por cuanto toda persona debe ser remunerada, conforme lo prescribe el artículo 23 de la Constitución del Estado. Si bien es cierto, uno de los conceptos de gastos procesales es el honorario de los órganos de auxilio judicial, también lo es que su pago no debe efectuarse después que se liquide y haga efectivo el cobro de las costas, pues se infringe el mandato del artículo 632 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 12281-99*).

Los peritos judiciales son órganos de auxilio judicial. Deben colaborar con la administración de justicia, cumpliendo el encargo encomendado dentro de los lineamientos fijados. No pueden variar, en base a criterios propios, lo sentenciado y pendiente de ejecución, porque incurrirían en responsabilidad (*Exp. N° N-719-97*).

