



Universidad
Continental



II Coloquio de Centros y Talleres de
Investigación en Derecho Procesal

Nuevas Tendencias en la Investigación del Derecho Procesal



Luis Alfaro Valverde | Dante Torres Altez
(Coordinadores)

II COLOQUIO DE CENTROS Y TALLERES DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO PROCESAL
NUEVAS TENDENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PROCESAL



II Coloquio de Centros y Talleres de
Investigación en Derecho Procesal

Nuevas Tendencias en la Investigación del Derecho Procesal

Luis Alfaro Valverde | Dante Torres Altez
(Coordinadores)

ALFARO VALVERDE, Luis y TORRES ALTEZ, Dante

II Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal : Nuevas tendencias en la investigación del derecho procesal / Luis Alfaro Valverde, Dante Torres Altez. -- Huancayo : Universidad Continental. Fondo Editorial, 2017

ISBN impreso 978-612-4196-90-4

ISBN electrónico 978-612-4196-92-8

1. Procedimiento civil -- 2. Derecho civil

347.05 (SCDD)

Datos de catalogación del Cendoc UC

Es una publicación de Universidad Continental



Las ponencias del *II Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal*, editadas por el Fondo Editorial de la Universidad Continental se publican bajo licencia Creative Commons Perú 2.5 de reconocimiento —no comercial— compartir bajo la misma licencia.

II Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal
Nuevas Tendencias en la Investigación del Derecho Procesal

Luis Alfaro Valverde, Dante Torres Altez (Coordinadores)

Primera edición versión e-book

Huancayo, diciembre de 2017

Edición digital disponible en <http://repositorio.continental.edu.pe>

© De los autores

© Universidad Continental, Fondo Editorial

Av. San Carlos 1980, Huancayo, Perú

Teléfono: (51 64) 481-430 anexo 7863

Correo electrónico: fondoeditorial@continental.edu.pe

www.universidad.continental.edu.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú nro. 2017-15757

ISBN electrónico 978-612-4196-92-8

Cuidado de edición: Jullisa del Pilar Falla Aguirre

Diseño de cubierta y diagramación: Yesenia Mandujano Gonzales

Los contenidos de esta obra son responsabilidad exclusiva de sus autores. No reflejan necesariamente la opinión de la Universidad Continental. Se permite su copia, distribución y comunicación pública, siempre que se mantenga el reconocimiento de la obra y no se haga uso comercial de ella.

COMISIÓN ACADÉMICA

Fanny Marrache Díaz
Universidad Continental, Huancayo

Dante Torres Altez
Universidad Continental, Huancayo

COLOQUIO DE CENTROS Y TALLERES DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO PROCESAL

Luis Alfaro Valverde
Coordinador general

GRUPOS DE INVESTIGACIÓN

Taller en Derecho Procesal «Mario Alzamora Valdez»,
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Centro de Investigación de Derecho Procesal Crítico,
Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión

Centro de Investigación Proceso y Constitución,
Universidad Nacional del Santa, Ancash

Grupo de Investigación Proceso & Argumentación,
Universidad Continental, Huancayo

Centro de Investigaciones de Derecho Procesal,
Universidad Andina del Cusco

Centro de Investigación del Derecho Procesal,
Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Círculo de Investigación de Derecho “IUS LUX”
Universidad del Pacífico

Semilleros de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú



Proceso &
Argumentación

Grupo de Investigación
Universidad Continental

Índice

Prólogo	11
Presentación	15
La tutela monitoria: Solución vital <i>Jesús Bobadilla, Melissa Huaman, Nicolle Ríos, Luzmila Vallejos</i>	19
La prueba testimonial en el proceso civil: Criterios para su adecuada valoración <i>Pedro Antonio Huaccho Trujillo, Víctor Cinconega Vía, Jimmy Cortez Sanchez, Edwards Rodriguez Zorrilla</i>	45
Jueces irreflexivos: Problemas en la aplicación del precedente <i>Centro de Investigación Proceso y Constitución</i>	61
La ejecución provisional de la sentencia civil: La viabilidad de su aplicación en cuestiones patrimoniales como mecanismo de protección de la seguridad jurídica <i>Jhoselin Alvarado Marín, Jonathan Betalleluz Montero, María Álvarez Zanabria</i>	77
Tutela cautelar, técnica anticipatoria y proceso de amparo: Algunos apuntes para un diagnóstico <i>Frank Guzmán Mamani, Bruce Medina Cervantes, Gabriel Uscamayta Huamán</i>	89
La carga dinámica de la prueba en los derechos fundamentales. Crítica a su aplicación en la justicia constitucional <i>Nancy Hernández Ayala, Lizet Ayzanoa Parra, Alejandro Patricio Rojas</i>	107

Prólogo

Lo imposible solo cuesta un poco más

PEPE MUJICA

Cuando el año pasado decidí dejar todo y dedicarme a tiempo completo a la Academia, tenía varios sueños, uno de ellos era difundir la pasión por el Derecho procesal desde pregrado y con ello compartir la iniciativa para que jóvenes puedan estar investigando por su propia cuenta. Me complace mucho ver cómo ese sueño cada vez se va haciendo realidad, pues es innegable que las cosas están cambiando desde ese tiempo a la fecha. Algo que comenzó como una modesta idea —para algunos: una locura— de compartir el gusto por la investigación jurídica a través de la formación de talleres, grupos o centros de investigación, sin lugar a duda, está dando sus frutos.

Este modesto trabajo, que tengo el honor de prologar, es una pequeña muestra de que los estudiantes de Derecho quieren hacer el cambio y nos vienen demostrando que también pueden investigar. Ya no están dispuestos a terminar la carrera universitaria para recién ponerse a ser parte de la academia, sino que lo están haciendo desde las bases universitarias y con mucha rigurosidad.

En las Universidades que enseño y en los grupos de estudio que coordino, para alentar el gusto por el Derecho procesal, suelo repetir varias veces la siguiente frase: «Todos podemos investigar», pero realmente qué significa ello, qué razones encierran dichas palabras. Desde luego, no se trata de algún don mágico que aparece en los jóvenes por el mero hecho de ser universitarios, y que sin hacer nada automáticamente se convierten en investigadores. La idea o razón que subyace es un sincero llamado, una invitación o si se quiere una exhortación (como quieran verlo) a los estudiantes, sin estereotipos o distinción de ninguna clase, pues todos tienen el potencial para investigar. Empero, conviene precisar que solo podemos investigar en serio, siempre y cuando nos esforcemos y sacrifiquemos en ser consecuentes con lo que pensamos y deci-

mos. En este tiempo de docencia he visto varios jóvenes entusiastas que tienen toda la intención de investigar, escribir y publicar sus trabajos, también quieren participar en competencias internacionales, pero cuando ven que primero hay que revisar lecturas y libros, pocos son los que deciden realmente hacerlo.

En efecto todos podemos investigar; no obstante, los jóvenes que ahora nos presentan sus trabajos en este libro decidieron dar —aquello que mi madre me enseñaba— ese paso de fe, esto es, pasar de un mero querer a un hacer (hacer realidad sus sueños). Como resultado de dicho compromiso, desde distintos lugares de nuestro país, se vienen reuniendo en el II Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal (COCETIDP), que este año se realiza en la Universidad Continental de la Incontrastable ciudad de Huancayo. Un espacio para el diálogo y debate abierto para que jóvenes universitarios, comprometidos con la academia, compartan sus investigaciones a la comunidad jurídica, con un mensaje claro, de responsabilidad por querer cambiar el mundo desde el Derecho procesal.

Es cierto que para los jóvenes universitarios no es sencillo estudiar todos los cursos de pregrado y a la par tomarse un tiempo para investigar; sin embargo, una vez más lo han logrado. La publicación que tienen en sus manos es el producto del esfuerzo de seis grupos de investigación de las siguientes casas de estudio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional del Santa, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad Faustino Sánchez Carrión, Universidad Andina del Cusco y Universidad Continental. Si revisan minuciosamente el contenido de esta obra, podrán notar que se trata de trabajos de alta calidad científica; en cada *paper* se analiza de manera rigurosa los temas procesales nacionales y comparados más controvertidos del Derecho procesal actual: ejecución provisional de sentencia, problemas en la aplicación del precedente, técnica anticipadora, carga dinámica de la prueba, el proceso monitorio, valoración racional del testimonio y motivación de las decisiones judiciales. Esta obra representa un mensaje de optimismo para las nuevas generaciones, un compromiso para seguir apostando por la investigación desde pregrado.

Hay quienes me preguntan qué propósito tiene coordinar y alentar a tantos grupos de investigación de pregrado; dudando de sus capacidades y competencias me dicen: «Se trata de algo imposible». Ahora no solo les responderé, entre otras grandes virtudes, porque tienen un gran potencial; sino

que además —y dibujando una sonrisa en mi rostro— les mostraré esta hermosa publicación, esta modesta evidencia de que hay grandes talentos en los jóvenes investigadores.

Debo agradecer el constante apoyo de las autoridades de la Universidad Continental por haber apostado en ser sede del II COCETIDP y por coordinar esta espléndida publicación, en particular a la Dra. Fanny Marrache y a mi querido amigo Dr. Dante Torres, pues sin el apoyo constante de ambos no hubiésemos podido sacar adelante este noble proyecto. Créanme cuando les digo que no hay nada imposible en la vida o quizá, como diría el gran Pepe Mujica, «lo imposible solo cuesta un poco mas». Pero este es solo el principio de un largo camino, tengo fe en que vendrán nuevos proyectos. Mucha atención sociedad peruana y comunidad jurídica internacional, estoy seguro de que escucharemos grandes cosas de estos jóvenes investigadores, pues ¡la investigación no puede parar!

Ms. LUIS ALFARO VALVERDE
PROFESOR DE LAS UNIVERSIDADES MAYOR DE SAN MARCOS,
PONTIFICIA CATÓLICA DEL PERÚ E INCA GARCILASO DE LA VEGA

Presentación

La Facultad de Derecho de la Universidad Continental, acorde con nuestra propuesta de valor que precisa que somos una universidad dinámica, que está en permanente cambio y movimiento, y supone la interacción colaborativa entre sus estudiantes, docentes, egresados y administrativos en un entorno físico y virtual con infraestructura y tecnología moderna, asumió la responsabilidad de organizar el II Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal (COCETIDP), cuyo objetivo es brindar a los estudiantes de las diversas universidades del país, la posibilidad de que presenten sus trabajos de investigación, vinculados al área del Derecho Procesal, compartan sus ideas y generen espacios de debate, enriquecimiento mutuo y aprendizaje significativo, en beneficio de la formación profesional de cada uno de los participantes.

La Universidad considera que al fomentar los círculos de investigación y organizar estos eventos se crea un ecosistema educativo estimulante, experiencial y colaborativo, donde estudiantes y docentes comparten y construyen conocimiento. En ese sentido, el año pasado a propuesta de un grupo de estudiantes y un docente de la carrera se creó el círculo de investigación en Derecho Procesal “Proceso & Argumentación”, quienes motivados por su especial interés y pasión por el derecho procesal deciden asumir el reto de constituir y desarrollar un espacio de aprendizaje e investigación, que les permitió presentar sus trabajos durante el I Coloquio de Centros y Talleres de Investigación en Derecho Procesal desarrollado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Agradecemos al Dr. Luis Alfaro, coordinador del COCETIDP, y a cada uno de los participantes del presente Coloquio, por haber confiado en la Universidad Continental como sede para desarrollar este evento de gran trascendencia e importancia para los miembros de la comunidad académica; estoy segura de que el presente libro constituirá un texto de consulta que aportará a la formación de los estudiantes considerando los temas que han sido abordados.

FANNY VERÓNICA MARRACHE DÍAZ
COORDINADORA DE LA FACULTAD DE DERECHO



Homenaje al Dr. Nelson Ramírez Jiménez

Por sus valiosos aportes al conocimiento jurídico procesal. Por su activa participación en diversas comisiones de estudio y revisión de textos procesales del Perú. Sus reflexiones expuestas en diversas conferencias alientan a las nuevas generaciones a seguir en la investigación jurídica del fenómeno procesal. Por demostrarnos que se puede ser un riguroso académico y a la vez una sencilla persona con valores morales inquebrantables.

Nelson Ramírez Jiménez es socio emérito del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Jefe del Área de Litigios y Arbitraje. Doctor Honoris Causa en la Universidad Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú. *Amicus Curiae* en el IX Pleno Casatorio, invitado por la Corte Suprema. Miembro de la Comisión de Reforma del *Código Procesal Constitucional*, designado por el Ministerio de Justicia, Miembro de la Comisión Revisora del *Código Procesal Civil*, Miembro de la Comisión Revisora del *Código Procesal Constitucional*.

Ejerce la docencia en las Facultades de Derecho de las Universidades Inca Garcilaso de la Vega, Lima, San Martín de Porres, Pontificia Universidad Católica, así como en el posgrado en la Universidad San Antonio de Abad del Cuzco y la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Lomas de Zamora, Argentina. Dicta el Curso para Aspirantes a Vocales de la Corte Suprema Profesor en la Academia de la Magistratura y el curso de Derecho Constitucional en el Centro de Altos Estudios Nacionales.

Es miembro de Comisiones Consultivas de Revistas Especializadas en Derecho, miembro Honorario del Colegio de Abogados de La Libertad. Profesor Honorario de la Universidad Católica de Arequipa. Representante del Profesorado Latinoamericano en el Encuentro de Profesores Italo-Latinoamericano, Roma, 2002.

Es coautor de la obra *Temas de Derecho Contractual* y autor de *Derecho Contractual*; ha escrito artículos jurídicos en revistas académicas especializadas. Ha prologado varios libros de autores nacionales.

La tutela monitoria: Solución vital

Jesús Bobadilla*, Melissa Huaman*, Nicolle Ríos*, Luzmila Vallejos*

Resumen

El presente trabajo trae consigo la intención de dilucidar algunos problemas que se le han imputado a la tutela monitoria en la doctrina y en la legislación comparada, como, por ejemplo, su naturaleza jurídica. Asimismo, se hace un recorrido de la tutela monitoria por el test de proporcionalidad en busca de un entendimiento correlativo con la constitución y con los principios y derechos que consagra; ello responde a las variadas críticas que se le hace respecto de su injerencia en el principio al contradictorio. Finalmente, se logra efectuar un análisis normativo de la tutela monitoria que sea coherente con la estructura sistémica de nuestra legislación en vista de una posible inclusión en el *Código Procesal Civil*, y un análisis económico y social de la realidad peruana, lo cual es realizado para aclarar si la posible inclusión normativa de la tutela monitoria en el Perú respondería a la necesidad social; esto último teniendo presente la noción de que las normas son expresión de una cultura viviente de un país.

Palabras clave: Tutela monitoria, naturaleza jurídica, razones normativas, análisis constitucional, razones económicas.

Abstract

The present paper brings with it the intention to elucidate some problems that have been imputed to the guardianship monitoring in the doctrine and in the comparative legislation, for example its legal nature. Likewise, it will go over of the guardianship monitoring is made by the proportionality test in search of an understanding correlative with the constitution and the principles and rights that it enshrines; this responds to the different criticisms made about his interference with the principle of contradiction. Finally, it will be able to carry out a normative analysis of guardianship monitoring that it is consistent with the systemic structure of our legislation in view of a possible inclusion in the *Civil Procedure Code*, and an economic and social analysis of the Peruvian reality, which is done to clarify if the possible normative inclusion of guar-

* Miembros del Taller de Derecho Procesal «Mario Alzamora Valdez» de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

dianship supervision in Peru would respond to the social need; this last one keeping in mind the notion that norms are an expression of a living culture of a country.

Keywords: Guardianship monitoring, legal nature, normative reasons, constitutional analysis, social reasons

I. INTRODUCCIÓN

El monitorio ha sido —y sigue siendo— desde sus orígenes centro de arduos debates en la dogmática procesal. Pero ¿qué encierra el concepto del monitorio? Es necesario identificar el sentido que le demos a este tipo de tutela, en razón de sus características estructurales y funcionales, con la finalidad última de impulsar la incidencia en la creación de un margen jurídico adecuado para su aplicación dentro de la legislación peruana. El porqué de nuestra iniciativa con respecto a la inclusión de esta tendencia procesal, novedosa en nuestro país, se debe a la falta de respuesta adecuada frente a la transformación social de las últimas décadas y el número creciente de casos; así como a la existencia de un mercado culturalmente distinto y en constante cambio.

En vista de esta creciente necesidad, es importante que nuestra doctrina dé paso a la discusión sobre el tema y pueda generar aportes que convezan a nuestro legislador en la adopción de un proceso extranjero. Con el fin de aportar a esta producción jurídica es que vamos a analizar al proceso monitorio desde tres puntos de vista, los cuales nos ayudarán a darle mayor validez a su contenido y posible implementación.

Por ello abarcaremos en este breve espacio el desarrollo conceptual (punto 1), el análisis constitucional (punto 2) y el análisis peruano (punto 3), que abarcará tanto el estado de cosas como los cambios, la posible regulación normativa del monitorio (punto 3.1) y el análisis tanto económico como social del Perú (punto 3.2). Consideramos muy importante analizar estos tres puntos de vista, ya que solo si se hace una introspección adecuada de nuestra realidad doctrinaria, jurídica y social, es que el trasplante y adecuación de una nueva institución jurídica tiene mayores probabilidades de éxito.

II. DESARROLLO

2.1. Análisis teórico del monitorio

2.1.1. Definición y naturaleza jurídica del monitorio

La doctrina extranjera ha definido el proceso monitorio como un proceso de cognición especial, de carácter facultativo, que tiene por objeto la satisfacción de pretensiones que tienden a facilitar la creación de un título de ejecución para buscar el pago de una obligación dineraria vencida y exigible, de cantidad determinada, y que no sobrepase un determinado límite¹.

Nuestro propósito, en este primer análisis, es respecto a un tema tan debatido y polemizado como el monitorio, y que va a versar sobre el consenso último al que es nuestra intención llegar, con referencia a la correcta denominación de esta controvertida figura procesal.

Sabemos que el monitorio, al ser un instrumento judicial, busca, por sobre cualquier formalidad existente, la protección de un interés subjetivo afectado. Tal es así que consideramos apropiado hablar, al menos en este primer momento, en términos de una «tutela monitoria», entendida, en principio, como aquel instrumento jurisdiccional que permite la recuperación de créditos dinerarios menores, mediante la conformación de un título ejecutivo. Entre las razones que justifican su creación, está la falta de respuesta adecuada frente a la transformación social de las últimas décadas y el número creciente de casos; así como a la existencia de un mercado culturalmente distinto y en constante cambio, en el que el proceso ejecutivo simplemente no ha sabido satisfacer los requerimientos propios del mercado de intercambio². De este modo, en la búsqueda por una tutela jurisdiccional efectiva de crédito, el monitorio se presenta como un nuevo instrumento que tutela de manera eficiente las relaciones comerciales.

Entre los varios intentos por parte de diversos autores que han buscado esbozar un concepto jurídico en el que se considere sus principales características, podríamos concluir que la doctrina mayoritaria entiende al monitorio

1 GUAPS DELGADO, Jaime y ARAGONESES ALONSO, Pedro (2005). *Derecho procesal civil*. Introducción y parte general. 6.ª ed., t. II. España: Editorial Civitas, p. 347.

2 SUCUNZA RUSTERHOLSZ, Matías y VERBIC, Francisco (2014). «Proceso monitorio. Conceptualización, estructura y algunas propuestas para su implementación». En *Revista Jurisprudencia Argentina*, p. 1.

como: «un proceso declarativo plenario especial caracterizado por la inversión del contradictorio»³. Joan Picó I afirma que «a través del procedimiento monitorio se obtiene —y no se ejecuta— un título ejecutivo».⁴

Es menester esclarecer la primera particularidad que se le atribuye a la noción del monitorio: ¿Es el monitorio verdaderamente un proceso? Es decir, ¿posee las aptitudes para considerarse como tal? No ha faltado en los precedentes doctrinarios quienes afirmen que nos posicionamos frente a un mero «procedimiento», esto en virtud del esquema que esta figura jurídico-procesal presenta, pues se enfrenta con uno de los principios procesales: el contradictorio⁵. Este parece, en la tutela monitoria, más bien alterado, como prefiere llamar cierto sector de la doctrina: «invertido». Hay quienes sostienen su naturaleza ejecutiva y cuestionan directamente su carácter declarativo, pues cierto sector de la doctrina afirma que se trataría de una tutela especial de naturaleza ejecutiva que encarna una rápida creación del *titulus executionis* del que carece el acreedor.

Tal es así que niegan la posibilidad de hablar de un proceso de cognición en tanto este es de una duración mucho más extensa y una diligencia mucho más exhaustiva, lo cual colisionaría con el principal motivo por el que se implementó el monitorio: la rápida y eficaz tutela que se requiere y exhorta para determinadas situaciones en las que se afectan intereses subjetivos.

No obstante, existe otro gran sector de la doctrina que, en oposición a las observaciones antes mencionadas, defiende la idea de que se trata de un tipo de tutela de declaración, sostienen que en no pocos sistemas jurídicos, tanto en la admisión de la solicitud como en el requerimiento de pago, es imposter-gable el examen riguroso de los documentos aportados con la petición monitoria⁶. Es justamente ello lo que significa que para tomar tal decisión el juez,

3 PICÓ I JUNOY, Joan (2012). «El proceso monitorio. Una visión española y europea pensando en Colombia». En *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, pp. 1023-1024.

4 *Ibidem*.

5 FAZZALARI LUNGHEZZA, Elio (1986). «Procedimento (Teoria Generale)». En *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXV. Milán: Giuffrè, pp. 819-835.

6 El derecho comparado nos ha permitido la clasificación del monitorio en documental y puro. Pérez Ragoné afirma que la doctrina italiana desarrolló desde el medioevo la distinción entre procesos monitorio documental y no documental, el cual se extendió al monitorio, distinguiéndose entre proceso monitorio documental que exige una prueba por escrito y que puede ser visto ya como requisito de admisibilidad de la petición monitoria, ya como prueba para una cognición super-

necesariamente, deberá ejecutar una labor de cognición por lo menos limitada o superficial en relación a los elementos documentales presentados por el solicitante. Es en virtud de tales particularidades que algunos autores, al describir las características del monitorio, son enfáticos en rechazar la idea de que se trate de un proceso de ejecución, pues se busca tutelar a la luz de un proceso especial externo y distinto al de ejecución; y que, por tanto, corresponde a una perspectiva cognitiva y no ejecutiva, puesto que su finalidad es acceder a un título ejecutivo judicial que permita el inicio de un nuevo proceso: el ejecutivo. Pero todos estos intentos de justificación nos parecen insuficientes en la medida que ninguno alcanza a satisfacer la estructura peculiar que el monitorio presenta. Evidentemente no tratamos una tutela ejecutiva, pues en caso de darse la oposición fundada del demandado frente a la pretensión objeto del proceso implica el traslado a un proceso declarativo.

De la misma forma, no podemos equiparar el monitorio a una tutela declarativa en la medida que no tendría sentido realizar un proceso declarativo con la finalidad de iniciar otro proceso declarativo, que en este caso sería uno de cognición plena. Esto en relación a que creemos no debemos intentar introducir una pieza en un rompecabezas del que no es parte. Es por estas y otras razones que consideramos que la mejor denominación para este tipo de tutela —el monitorio— es la de «procedimiento extraordinario». Lo cual implica una regulación apartada de los procesos declarativos y ejecutivos.

Dentro del pensamiento jurídico procesal es comúnmente aceptado que un proceso es plenario cuando no se establecen parámetros en el aspecto procedimental, lo que implica que no se fijan reglas que limiten el sistema de alegación, pruebas y defensa; y que no existan restricciones en la labor de cognición judicial. Por otro lado, el proceso sumario —en líneas generales— se suele explicar siempre como la situación inversa a la descrita como plenario.

Se trata de un proceso en el cual se presentan reservas a los aspectos; lo que generaría irremediamente que las sentencias no obtengan propiamente el efecto de cosa juzgada (al menos no de tipo material) y deja abierta la

ficial o sumaria y proceso monitorio puro, que se basa en la suficiencia de la petición monitoria y lo requerido en ella, sin necesidad alguna de documental anexa y sujeta o no a una cognición de admisibilidad y/o fundabilidad. Este último es el tipo existente en Bélgica, Holanda, Portugal, Finlandia y Alemania. PÉREZ RAGONE, Álvaro (julio 2006). «En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales». En *Revista de Derecho (Valdivia)* 19(1), p. 216.

posibilidad de que las partes puedan iniciar un proceso posterior en la que se determine dicha controversia⁷. Por ello creemos necesario que la condición de cosa juzgada no debe ser impuesta en primera instancia a la sentencia de condena.

Uno de los aspectos del monitorio sobre el cual existen mayores discrepancias entre posiciones teóricas es en el referido a la situación del principio del contradictorio. Se asevera que una de las características principales del monitorio, y que lo hace diferente de otros procesos declarativos, es la inversión del *audiatur et altera pars*, puesto que se va a presentar solo en la medida en que haya oposición del deudor, situación en la cual el acreedor tendrá que iniciar un proceso declarativo⁸. A *contrario sensu*, de no manifestarse la oposición del deudor, el principio de audiencia simplemente se ausentaría en todo el supuesto proceso. Ciertos teóricos afirman que el contradictorio sí está previsto en el monitorio, pero que su estado no es presente sino contingente, es decir, la posibilidad y oportunidad de dar pie al contradictorio será desplazada a la acción que pueda o no ejercer el deudor. Sin embargo, esta especialidad del monitorio colisiona con el método dialéctico que caracteriza a todo proceso judicial, es decir, la tesis —de la parte activa—, la antítesis —de la parte pasiva— y la síntesis —del juez—.

2.1.2. Características

Cuando hacemos mención de la tutela monitoria, se hace en virtud de una petición, más que de una demanda. A su vez, esta puede o no tener documentos que la avalen. Evidentemente, esta petición debe tener congruencia con la sentencia a la luz de fortalecer el principio de seguridad jurídica y, sobre todo, satisfacer las expectativas que cada sociedad tiene con respecto a una tutela eficaz. Otra de las particularidades del monitorio es la inversión del contradictorio en relación con su estructura. Así, el proceso monitorio cumple con una triple finalidad. En primer lugar, busca potenciar la efectividad de la tutela del crédito de medianos y pequeños empresarios. En segundo lugar,

7 Es de conocimiento jurídico que la mayoría de las sentencias dictadas en procesos sumarios, que por su grado de conocimiento limitado y restricciones en orden al material litigioso y a las pruebas examinables, suponen la posibilidad de un proceso de cognición posterior. SUCUNZA RUSTERHOLSZ, Matías A. y VERBIC, Francisco. Ob. cit., p. 3.

8 *Ibidem*, p. 6.

pretende crear títulos ejecutivos con mayor rapidez, pues la incomparecencia del deudor genera automáticamente la obtención de un decreto que permite abrir la ejecución judicial. Finalmente, tiene la intención de reducir el número de procesos declarativos ordinarios que, por su propia naturaleza, son de estructura mucho más compleja. De esta forma, indirectamente, se logra incrementar la rapidez en la tramitación de tales juicios ordinarios⁹.

2.1.3. *Formas de monitorio*

En función del título que origina, este puede ser procedimiento monitorio puro o procedimiento monitorio documental.

El procedimiento monitorio puro se produce cuando no es preciso aportar junto a la demanda —o petición monitoria— ninguna base documental. Es suficiente para requerir de pago al deudor la mera afirmación de la existencia de una deuda por parte del acreedor; este es el modelo que actualmente se prevé, por ejemplo, en Alemania. El proceso monitorio documental, en cambio, se caracteriza por la exigencia de un título documental que normalmente es firmado por el deudor y que además incorpore *prima facie* la existencia de una deuda; este es el modelo vigente y practicado en España, Francia e Italia¹⁰.

Otra clasificación atiende al dato de la cuantía en función de la cual puede emplearse el procedimiento monitorio, pudiendo ser así bien limitado o bien ilimitado. En el caso del monitorio limitado solo se permite la reclamación judicial de una determinada cantidad dineraria, y suele ser el tipo de juicio monitorio que se recomienda aplicar en los Estados en los que se instaura tal figura procesal por primera vez. Por otro lado, encontramos al monitorio ilimitado, mediante el cual se tutela cualquier tipo de reclamación dineraria, sin límite económico alguno. Este tipo es el comúnmente utilizado en los estados en los que existe una amplia tradición de procedimientos monitorios, por lo que es el regulado en la mayoría de estados europeos (Alemania, Francia o Italia)¹¹.

9 PICÓ I JUNOY, Joan. «El proceso monitorio: una visión española y europea de la tutela rápida del crédito». En *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, año 14, n.º 1120, 25 de marzo de 2014, p. 4.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem* pp. 4-5.

2.1.4 *Ámbito de aplicación*

El proceso monitorio no está abierto a cualquier derecho de crédito imaginable, de ahí que el legislador haya limitado el ámbito de aplicación del proceso monitorio únicamente a los derechos de crédito que representen una deuda dineraria de mínima cuantía en tanto sea líquida, determinada, vencida y exigible, y que además ha de acreditarse mediante algún tipo de documento, sin importar la informalidad que presenten, asegurándose con esto que todos los títulos crediticios que no tengan acceso directo al proceso de ejecución por títulos no jurisdiccionales ni arbitrales merezcan, en términos procesales, un tratamiento más o menos equiparable a estos últimos.

2.2. Razones constitucionales de la tutela monitoria

La formulación especial de la tutela monitoria ha implicado controversia respecto de su posible incompatibilidad con la constitución y, específicamente en este caso, con los principios procesales que optimiza la constitución¹². Por ello es de suma importancia que se dilucide si en términos *abstractos* la formulación legal de la tutela monitoria en el Perú implicaría la contravención a la *Constitución* del 93 (en adelante C93).

2.2.1. *Panorama general de la constitucionalización del proceso*

La constitucionalización del Derecho tiene mayor incidencia a partir de la segunda mitad del siglo XX. Producto de los «actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad»¹³ cometidos en la Segunda Guerra Mundial, se reformula la visión que tiene el Estado de la sociedad y trae como consecuencia el cambio de eje del Derecho, es decir, de la posición central de la propiedad en el ordenamiento jurídico a la posición central del *ser humano*. Lo cual se puede evidenciar con la relevancia fortalecida que asume la dignidad humana¹⁴ y su

12 Algunos de ellos con expresión literal en la *Constitución* vigente y otros que encuentran arraigo en la jurisprudencia, *Código Procesal Civil*, entre otros.

13 Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, Párrafo 2.

14 Entendida como «el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales». GROS ESPIELL, Hector (2003). «La dignidad humana en los instrumentos internacionales

formulación en diversas Cartas internacionales¹⁵. Entre sus principales consecuencias se puede mencionar a las siguientes:

- i) Se ejerce un cambio de una constitución que solo limita el poder estatal a una constitución que impone determinada actuación del Estado¹⁶.
- ii) Se ejerce un cambio del carácter vinculante de la *Constitución*, es decir, de «disposiciones programáticas» se transita a normas constitucionales de carácter aplicable y vinculante¹⁷.
- iii) Se instituye la interpretación conforme la ley que implica que en caso de varias interpretaciones de una ley, se debe de aplicar aquella que esté en relación más estrecha con la *Constitución*¹⁸.
- iv) Se le otorga mayor relevancia al juez¹⁹, antes que al legislador, como guardián de la *Constitución*.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, se resalta la configuración del artículo 51 de nuestra C93 que expresa: «La *Constitución* prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente [...]». Lo cual evidencia la supremacía y el carácter vinculante de las disposiciones que emana la *Constitución* en su interior respecto del resto del ordenamiento jurídico. Así mismo, se puede evidenciar la postura de nuestra *Constitución* vigente al analizar la *Constitución* del 29 de marzo de 1933 (en adelante, C33).

sobre derechos humanos». En *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Volumen 4. España: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, p. 198.

15 La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa en su artículo 1 que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

16 CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SANCHEZ GIL, Rubén (2011). «¿Qué es la constitucionalización del derecho? En *Quid iuris*. Año VI. Volumen 15. México, , p. 34. Siguiendo esta idea, Carbonell expresa que la Ley Fundamental se encarga de «orientar su actuación a través del resto del ordenamiento jurídico hacia la realización de sus valores», p. 39.

17 *Idem* pp. 34-35.

18 *Idem* p. 37.

19 Lo cual consideramos es producto de un análisis superficial de este proceso, puesto que las funciones se imponen como importantes tanto para el juez como para el legislador. El juez en tanto aplica directamente las disposiciones constitucionales o aplica la «interpretación conforme a la *Constitución*». Y el legislador en tanto es el principal encargado de concretizar en normas (las cuales poseen incidencia social) el proyecto constitucional.

Al contrastar el artículo 1 de la C33²⁰ con el de la C93²¹, notamos la perspectiva de la C33 a la sociedad como cúmulo de sujetos²², mientras que la C93 hace relevancia al valor de cada persona considerada en su individualidad.

Finalmente, cabe enfocar la constitucionalización del proceso como remanente de la constitucionalización del derecho.

2.2. Aplicación del test de proporcionalidad a la tutela monitoria

A la tutela monitoria se le reclama su análisis de constitucionalidad por la afectación que parece efectuarse al principio de contradicción mediante su técnica de carga invertida del contradictorio y sus consecuencias. Si bien es cierto que se ejerce cierta restricción al derecho del contradictorio (o audiencia), no por ello la restricción es inconstitucional, ya que los principios optimizan y guían conductas, procedimientos, etc.; sin embargo, en ciertas situaciones los principios no se expresen en su totalidad por la búsqueda de optimización de otros principios, ante ello se reacciona y se busca su armonización.

A continuación procederemos a efectuar un sucinto análisis de constitucionalidad usando como mecanismo el *test de proporcionalidad*²³.

2.2.1. Aplicación del subtest de idoneidad

Bajo el subtest de idoneidad lo que se pretende es determinar si la finalidad de la medida es coherente con los fines constitucionales. O en palabras del TC, este subtest implica que «toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo que se pretenda alcanzar con aquel»²⁴. De esta forma, debe esclarecerse si la tutela monitoria responde a los fines constitucionales que se plasman en los fines del proceso.

20 «El Perú es República democrática. El Poder del Estado emana del pueblo, y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen.

21 «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.»

22 Lo cual se puede evidenciar con similitud en su artículo 23 que reza de la siguiente manera: «La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República.» Y de este artículo cabe resaltar la falta de precisión de la diferencia en la fuerza normativa entre las disposiciones de la C33 y las demás leyes.

23 Entendido como «herramienta argumentativa, mediante la cual se pretende analizar una norma cuyos efectos implican una intervención en algún derecho fundamental o bien constitucional» Sentencia N.º 00001-2008-PI/TC, publicada el 2 de julio del 2010.

24 *Ibidem*.

a) Consideraciones generales en torno al contradictorio

El derecho al contradictorio es un derecho fundamental procesal que tiene incidencia más allá del derecho de defensa. Este último, a diferencia del derecho al contradictorio, tiene una configuración más técnica y parametrizada, lo cual se puede evidenciar al formularlo como derecho a no quedar en estado de indefensión y que posee dos dimensiones: una material (derecho del demandado de ejercer su propia defensa) y, otra formal (derecho a la defensa técnica)²⁵; sin embargo, el derecho al contradictorio se extiende como un concepto cuyo contenido valorativo es evidente. Es así que «en el marco de una concepción colaborativa del proceso, representa no solo la oportunidad de expresar las razones de los participantes; sino que además que estos influencien de manera efectiva en las decisiones del juez, quien a su vez tiene el deber de fomentar el debate judicial»²⁶. Su expresión literal en la C93 se puede avizorar en el artículo 139, incisos 14 y 20.

Habiendo manifestado la relevancia del derecho que se proyecta vulnerar, continuaremos con el subtest de idoneidad.

b) Fin constitucional de la tutela monitoria

A nuestro juicio, la interiorización de la tutela monitoria es coherente con los fines constitucionales de economía procesal, plazo razonable y tutela jurisdiccional efectiva.

En tanto la economía procesal es «un principio informativo del Derecho procesal que, de forma más o menos intuitiva, influye y configura la estructura y el funcionamiento del proceso; en ese aspecto sería la razón que procurara que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales; obtener el máximo rendimiento con el mínimo gasto y tiempo, lo que podría llamarse la economía en el proceso»²⁷.

La configuración normativa que se propone en el punto 3 de este trabajo, pone en evidencia nuestra intención de una regulación eficiente de los dere-

25 Sentencia N.º 07131-2013-HC/TC, publicada el 15 de mayo de 2015.

26 ALFARO VALVERDE, Luis (2014). *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Barcelona: Editorial Bosch, p. 72.

27 CARRETERO PÉREZ, Adolfo (1971). «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo». En *Revista de Administración Pública* n.º 65, p.101. España.

chos crediticios mediante la implementación de la posibilidad de expedirse una sentencia de condena en caso de no oposición del demandado. Es así que adhiriendo esa posibilidad se ejerce un gasto menor de dinero en el proceso, puesto que además de tener una duración más corta de este, se hace uso de una menor cantidad de actos procesales; y un gasto menor de tiempo, en tanto se ejerce la precisión de plazos cortos (pero razonables) y menos etapas en el tutela monitoria.

Respecto del plazo razonable se expresa que «el plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél 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»²⁸.

Entonces la delimitación de un proceso que no se extienda en lo innecesario, materializándose en intervalos de tiempo que no insatisfagan a los titulares de la relación jurídica procesal y que demuestra la intención de satisfacción *oportuna* de los intereses crediticios, es la mejor proyección que se puede ejercer del plazo razonable en un proceso.

Y, finalmente, la tutela monitoria es armónica con la tutela jurisdiccional efectiva; esta entendida como el principio fundamentador del proceso, ya que el proceso nace como instrumento idóneo de *tutela* de los derechos vulnerados o en peligro de lesión. Entonces la tutela jurisdiccional es el fin general que fundamenta el nacimiento del proceso. Así, el plazo razonable y la economía procesal son medios para alcanzar la tutela jurisdiccional. Intentando ser resolutivo, cabe hacer incidencia en el cuarto grado de efectividad de la tutela jurisdiccional: «la efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por órgano jurisdiccional será ejecutada»²⁹. Puesto que es justamente en ese aspecto donde la tutela monitoria intenta optimizar y generar un cambio. Es así que, además de generar una sentencia *ejecutable*, se procura que la ejecución sea efectuada según las expectativas del

28 Sentencia N.º 00295-2012-PHC/TC, publicada el 3 de junio del 2015.

29 PRIORI citando a Francisco Chamorro. PRIORI POSADA, Giovanni y ARIANO DEHO, Eugenia (2009). «¿Rechazando la justicia? El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda». En *Themis* n.º 57, p. 111.

demandante, es decir, evadir los problemas de tiempo que generan los actos netamente procedimentalistas para hacerle frente a la realidad y generar un proceso que sea constitucional y eficaz.

2.2.2. Aplicación del subtest de necesidad

Bajo el subtest de necesidad lo que se procura es «adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. [...] debiendo ser escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental»³⁰

La tutela monitoria como medida motivo del análisis constitucional creemos que, por ahora³¹, solo puede compararse con el procedimiento ordinario. Siendo así, cabe hacer relevancia de dos puntos respecto del procedimiento común u ordinario que se ejecuta en la realidad. El primero es que no genera una aflicción relevante al derecho al contradictorio. Y el segundo, es que, a pesar de ver la optimización del derecho al contradictorio, creemos que restringe otros derechos de relevancia constitucional, como el derecho a la celeridad procesal, plazo razonable, dignidad humana, la tutela jurisdiccional efectiva y hasta podría pensarse en el derecho de defensa mismo (puesto que, a pesar de que se tenga una sentencia ejecutiva, el plazo exagerado de la ejecución de lo establecido genera un estado de indefensión del demandante).

2.2.3 Aplicación del subtest de ponderación

Finalmente, este apartado tiene el propósito de determinar si existe proporcionalidad entre la satisfacción del fin que justifica la medida estatal que limita un derecho fundamental, frente a aquel que se relaciona con la afectación del derecho fundamental intervenido (restringido, limitado).

Consideramos que la satisfacción del fin que procura la tutela monitoria es *elevada* en tanto su formulación legal (punto 3) responde a criterios de análisis social, lo cual implica que podamos proyectarnos hacia su materialización en casos concretos. Así mismo, consideramos que la afectación que ejerce la tutela monitoria al derecho de contradicción es *baja* en tanto es facultativa, se le ofrece plazo mayor de notificación y se exige una notificación personal.

30 Sentencia N.º 00001-2008-PI/TC, publicada el 2 de julio de 2010.

31 Esto en mención de la falta de conocimiento de otras medidas que se hagan presentables para nosotros.

A modo de síntesis, la tutela monitoria optimiza de manera notable los fines constitucionales a los que se dirige, mientras que su afectación al derecho de contradicción es baja. Por ello, concluimos que la tutela monitoria pasa el subtest de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Siendo así el desarrollo de este apartado, la tutela monitoria, según la configuración propuesta, es **constitucional**.

3. ¿Es posible la implementación del monitorio en el actual ordenamiento jurídico peruano?

3.1. Razones normativas

Nuestro ordenamiento peruano cuenta con la ayuda del proceso ejecutivo para resolver un conflicto de intereses que tiene como objetivo procurar al acreedor o hacer efectivo ese derecho que el deudor no le procuró en su momento³². Ahora bien, se dice que no puede existir proceso ejecutivo sin título (ejecutivo preestablecido como tal en nuestro ordenamiento) que lo respalde, ya que a este se le considera como un elemento necesario para la iniciación y continuación del proceso. Fácticamente, debemos añadir que nuestro ordenamiento no solo prevé la entrega de un título para la iniciación del proceso ejecutivo, sino además de ciertos requisitos formales que obligan su cumplimiento para la iniciación de un juicio ejecutivo. Es así que el control jurisdiccional al momento de realizar la ejecución ha de ser absolutamente riguroso con el cumplimiento de estos formalismos, puesto que de no concurrir no se constituirá título de ejecución y mucho menos se abrirán posibilidades de su tramitación y posible ejecución.

Por cuestiones de tiempo, no vamos a entrar en un análisis minucioso de nuestro ordenamiento con respecto a la tutela jurisdiccional del crédito, pero es necesario aportar lo dicho por Bonet Navarro³³: «sin perjuicio del carácter restrictivo con que viene admitiéndose el juicio ejecutivo, la gran mayoría del crédito queda de ese modo huérfano de un tratamiento procesal

32 Acerca de la finalidad del proceso peruano, véase nuestro *Código Procesal Civil*. Artículo III del Título Preliminar que lo señala expresamente.

33 BONET NAVARRO, José (2008). «Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica». En *Justicia Civil: Perspectivas para la reforma en América Latina*. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, p. 481.

específico.» Este comentario fue dado en el marco de un análisis de la realidad iberoamericana, en que la efectiva aplicación de la tutela jurisdiccional del crédito se ve menguada por la excesiva requestroriedad en su forma, esto sumado al elevado costo de la justicia que hace pensar que se gastará mucho más en eventuales pagos de tasas judiciales, honorarios de peritos, procuradores, abogados y —lo más importante— la inmensa pérdida de tiempo que se tiene que soportar para que luego de 3 o 4 años nuestra pretensión pueda ser resuelta en una sentencia, consentida y al fin ejecutoriada.

Es así que, desde nuestro punto de vista, no solo en el Perú se ve que la gran mayoría del crédito se ve excluido de manera directa por el mismo proceso que podría significar la resolución de su conflicto, lo cual aleja de manera significativa un avance del modelo tradicional de tutela de crédito en nuestra sociedad, sino que además es un problema reincidente a nivel iberoamericano. En vista de ello, existen dos procesos de los cuales nos podemos servir para llegar de manera efectiva a la ejecución de nuestra acreencia y esos son el proceso sumario (proceso ya implementado en nuestro país) y procedimiento monitorio (el cual hemos desarrollado en el presente texto), este último es un proceso por el cual, luego de la exitosa aplicación en España, países como Brasil, Uruguay, Argentina, Colombia y otros han intentado implementar en su ordenamiento.

3.1.1. Implementación del monitorio en nuestro ordenamiento

Antes de implementar normativamente una nueva institución jurídica, es importante tener en cuenta que entre la nueva institución y nuestra realidad jurídico-social debe existir justificación doctrinaria y también constitucional que lo respalde, a fin de salvaguardar su validez jurídica y aceptación social³⁴.

Como ya se ha analizado en el primer apartado de este trabajo al ser sometido —el proceso monitorio— a un test de constitucionalidad en el cual el resultado ha sido positivo, según nuestro ordenamiento vigente y bajo las leyes aplicables, una posible implementación del proceso monitorio sería concordante con nuestros principios constitucionales y no se afectaría de manera drástica los derechos de las partes.

34 MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO (2002). La tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso. En *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil* [Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Civil y Comercial. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p.14.

Ahora bien, con respecto a la justificación doctrinaria, en nuestro país y sobre nuestra realidad y problemas no existe una vasta producción jurídica que evidencie los problemas que se suscitarían con la implementación del procedimiento monitorio. Pero, lo que si podemos aportar es una análisis sistemático de todos aquellos problemas que nuestra doctrina encuentra en el tradicional proceso ejecutivo y al contrastarlo con el procedimiento monitorio poder evidenciar qué pros y contras podrían suscitarse en su posible implementación en miras a la reforma del *Código Procesal Civil*.

Primero, un dato curioso que nos revela la *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*³⁵ es que, bajo su óptica y en el marco del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*³⁶, nuestro país está incluido como uno de los países iberoamericanos que ya cuentan con proceso monitorio. ¿Y cómo es eso? Pues bien, según el estudio del autor, el proceso monitorio no tendría el solo fin de crear títulos ejecutivos, como en el caso peruano, que en el año 2005 con la promulgación de la Ley 28457³⁷, «Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial», se le considera haber adoptado un proceso monitorio con fin filial, de naturaleza declarativo y de tipo puro.

En este caso, la demanda se interpone ante un juez de paz letrado, esta puede ser interpuesta por quien tenga legítimo interés de obtener una declaración de paternidad, la acción del juez será expedir una resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición en el plazo de 10 días de su notificación válida, **el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.**

Ahora bien, si es que se realiza oposición y esta no es resuelta según los intereses del emplazado, este puede aún formular apelación en el plazo de tres días después de promulgada la declaración judicial de filiación. Esta apelación deberá ser resuelta por un juez de familia en el plazo no mayor de 10 días.

Es interesante saber que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal considera este proceso como un procedimiento monitorio solo que con un fin

35 QUINTERO PÉREZ, Magda I. y BONETT ORTIZ, Samir (2014). «El proceso monitorio. Tendencia del Derecho Procesal Iberoamericano». *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* n.º 40, p. 352.

36 Del año 1988, adoptado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que estableció dentro de los procesos de conocimiento un proceso al que denominó proceso de estructura monitoria (art. 311 al 316).

37 Promulgada el 7 de enero de 2005.

distinto al que la mayoría de la doctrina le tenía previsto y que al parecer viene dando buenos resultados en la materia al que fue regulado, claro, luego de presentar una ligera modificación en quién asumiría el costo de la prueba de ADN, ya que, en un inicio era la parte demandante —la madre por lo general— y ahora es la parte demandada quien corre con los gastos en esta parte del proceso.

Ahora sí, que tan problemático sería si es que nuestro ordenamiento jurídico implementa un proceso monitorio con el fin de expedir títulos ejecutivos, lejos de la problemática económica —que será tratada en el siguiente apartado— y regresando a la justificación doctrinaria que exige el trasplante de un nuevo instituto jurídico en nuestro ordenamiento, en base al análisis de la tutela jurisdiccional del crédito que realizamos anteriormente, debemos concluir que:

- Dentro de nuestro análisis consideramos al fenómeno del monitorio como un procedimiento de naturaleza especial, más alejado de los procesos convencionales (declarativo y ejecutivo) con el fin de crear títulos ejecutivos, pero sin la calidad de cosa juzgada la cual debe realizarse ante un juez de primera instancia.
- Dentro de las etapas de este procedimiento se pueden establecer dos muy bien marcadas: 1) interposición de la demanda y la inmediata resolución del juez y 2) notificación del requerimiento de pago y plazo para oposición. En estas dos etapas lo importante es hacer notar la inmediatez del procedimiento, para ello se sabe que el plazo para que el juez resuelva la pretensión normalmente no es más 20 días. Esta decisión debe ser notificada de manera debida ante el emplazado y el juez debe verificar³⁸ su notificación y emplazamiento para que, con la garantía de que el requerido ha sido bien notificado y tiene conocimiento pleno del proceso que se le lleva en su contra, pueda formular oposición, para la cual debería tener un plazo entre 20 y 30 días hábiles³⁹. La determinación de plazos no muy

38 Consideramos necesario hacer notar que es el juez —y no el secretario judicial— quien debe ser el principal actor de esta función jurisdiccional, al despachar la demanda y verificar los presupuestos procesales de un debido proceso, entre otros la debida notificación y emplazamiento del demandando.

39 Los plazos para oponerse varían en la doctrina comparada, según sean fijos (no mayor de dos semanas) y variables (fijado por el órgano jurisdiccional). Dentro de los fijos encontramos a Finlandia, Alemania, Grecia, Bélgica, Luxemburgo, 15 días en Portugal, y, 20 en España; y de los flexibles como el caso de 40 días en Italia, no más de 10 en Suecia (pudiendo ser dos semanas por motivos extraordinarios).

extensos es clave para poder asegurar la rapidez de un procedimiento que alega ser rápido y efectivo.

En vista de la increíble carga procesal que nuestros jueces tienen hasta al momento, y además, de la increíble odisea ante la que se enfrentan algunos demandantes al iniciar un proceso de ejecución, es necesario no hacerse de la vista gorda ante una tendencia que sigue avanzando y avasallando a otros procesos largos y tediosos. La necesidad existe; en nuestro país se tienen los recursos y el momento preciso para ser parte de esta tendencia acertada que vienen aplicando los países iberoamericanos y que está dando frutos, es necesario darle la atención debida a esta reforma y, con la iniciativa adecuada, se pueden ir puliendo esos detalles y cabos sueltos para que se ajuste de manera adecuada y efectiva en nuestra normativa nacional con el fin de lograr ese objetivo anhelado en las nuevas tendencias procesales «la tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable».

3.2. Razones económicas (relevancia del título ejecutivo)

De manera general, cuando de derechos de crédito tratamos, como lo refiere la Dra. Ariano Deho, «lo que se busca es hacer efectivos los derechos sustanciales a través del proceso, que no puede consistir en otra cosa que en el procurar que el acreedor consiga aquello que el deudor no le procuró espontáneamente, con lo cual se estaría hablando de la función del proceso de ejecución»⁴⁰.

Sin embargo, tradicionalmente se establece que al proceso de ejecución se debe ingresar para obtener materialmente la satisfacción del interés del acreedor, debiendo poseer este un título ejecutivo. Dicho título viene a ser una condición necesaria para iniciar y proseguir la ejecución.

El acreedor de una determinada conducta acude al órgano jurisdiccional pidiendo la tutela de su derecho de crédito, así lo que interpone es una pretensión dirigida a obtener una sentencia que condene al deudor demandado al cumplimiento de su prestación⁴¹.

Hoy, en nuestro sistema legal, es el legislador el responsable de determinar a qué darle la categoría de título ejecutivo, ya que —como sabemos— por ley se pueden crear títulos ejecutivos (títulos judiciales), pero, cuando se trata

40 ARIANO DEHO, Eugenia (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, p. 363.

41 *Idem* p. 364.

de títulos extrajudiciales, el legislador debe establecer clara y coherentemente cuáles son los títulos ejecutivos que considera dentro de este.

Nuestro *Código Procesal Civil* de 1993 clasificaba a los títulos en: i) ejecutivos y ii) de ejecución. Posteriormente y a raíz de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N.º 1069, se modificó el artículo 688 del Código Procesal Civil, quedando de la siguiente manera⁴²:

«Art. 688: Solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:⁴³

1. Las resoluciones judiciales firmes;
2. Los laudos arbitrales firmes;
3. Las actas de conciliación de acuerdo a ley;
4. Los títulos valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
5. 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, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
6. La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido;
7. La copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta;
8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial;
9. El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual;
10. El testimonio de escritura pública;
11. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo».

En razón de que en nuestro país se maneja la figura de títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales, es que nos podemos formular la siguiente pregunta: ¿Si quitáramos a los títulos ejecutivos extrajudiciales de la tutela del crédito, esto significaría que nos quedaríamos únicamente con el largo

42 CASASSA CASANOVA, Sergio (2011). *El debido proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero: en busca de un proceso*. [Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Procesal]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

43 Art. 668º del CPC [modificado por el artículo único de Decreto Legislativo N.º 1069, del 28/06/2008]. En este artículo se demarcan los títulos ejecutivos que nuestra legislación considera como tal, ya sean judiciales o extrajudiciales.

proceso de conocimiento por el cual se crea sentencia (considerado como el título ejecutivo con mayor certeza y seguridad)? La respuesta es NO. Existe otro camino y este es el proceso monitorio, considerado en palabras de la Dra. Ariano Deho como un «[...] esquema procesal muy antiguo que se encuentra en plena expansión en la legislación comparada»⁴⁴.

Ya el aspecto teórico del monitorio ha sido tratado a profundidad en la parte inicial de este trabajo, por lo que ahora, de manera sintética, ahondaremos en la factibilidad de su aplicación en el Estado peruano, no sin antes, escudriñar un poco en el Derecho comparado.

Iniciaremos mencionando a Austria, país que desde 1895 en su *Código Procesal Civil* tiene previsto el proceso monitorio denominado *Mandatsverfahren*, que concede al demandado un plazo de cuatro semanas a partir de la notificación personal para recurrir a una resolución de requerimiento. Cerca de 100 años después, en 1994, los jueces austríacos emitieron un total de 857 038 mandatos de pago, cifra que representó el 78 % de los procesos que cursaron en la jurisdicción civil durante ese año, lo que viene a ser un indicador de la gran frecuencia con que se recurre a ese mecanismo»⁴⁵.

Siguiendo esta línea, cabe destacar que el proceso monitorio llega a Latinoamérica hace más de cien años regulado en el artículo 1304 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil* de la República Oriental del Uruguay⁴⁶. Lo mencionado, tal como lo refiere Mostajo Barrios se encuentra «Incluido en el Proyecto de Código Procesal Civil para Uruguay de 1945, elaborado por el maestro uruguayo Eduardo Couture, que fue reestructurado en el *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* en sus artículos 311 al 316 y en el *Código General del Proceso de la República Oriental* regulado del artículo 351 al 370»⁴⁷.

De aquí que tuviera brotes en países cercanos al Perú. Por mencionar solo algunos, están Colombia (donde el monitorio encontró un verdadero auge) y Bolivia.

44 ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 376.

45 DELCASSO CORREA, Juan Pablo (2000). «El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil». *Revista Xuridica Galega* n.º 26, pp. 271-294.

46 MOSTAJO BARRIOS, Jorge. *Proceso monitorio*. p. 4. Recuperado de <http://reformaprosesalcivil.org/webcodigocivil/descargas/procesomonitorio.pdf>

47 *Ibidem*.

El artículo 421 del *Código General del Proceso* de la República Colombiana (Ley 1564 de 2012)⁴⁸ establece que si la demanda cumple los requisitos que el mismo *Código* indica, el juez ordenará requerir al deudor para que, en el plazo de diez días, pague o exponga en la contestación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada. También establece que «el auto que contiene el requerimiento de pago no admite recursos y se debe notificar de manera personal al deudor. El requerido debe estar advertido que, en caso de no pagar o no justificar su renuencia, se dictará sentencia que tampoco admite recursos y constituye cosa juzgada, en la cual se le condenará al pago del monto reclamado, de los intereses causados y de los que se causen hasta la cancelación de la deuda; pero si este satisface la obligación en la forma señalada, el proceso de pago se deberá terminado»⁴⁹.

Es así que el monitorio, para ellos, es un mecanismo certero en temas crediticios y que cada vez cobra mayor relevancia.

Del mismo modo, el *Nuevo Código Procesal Civil* boliviano en sus artículos del 375° al 396°, incluye el proceso de estructura monitoria que, en primera instancia, les permite descongestionar en gran parte la masiva cantidad de procesos en materia civil.

Según el artículo 375°.I del referido *Código*, «el proceso monitorio es el adecuado para tutelar las pretensiones fundadas en la exigencia de pago de una deuda dineraria por cualquier cantidad líquida, determinada y exigible que se encuentre justificada documentalmente»⁵⁰. Se sabe incluso, que en dicho país, dudaron sobre la constitucionalidad del monitorio; sin embargo, concluyeron que dicho proceso garantiza plenamente el Debido Proceso y el Derecho a la Defensa, al existir una etapa contradictoria abierta por la oposición de excepciones y existir una sentencia definitiva que evalúa los alegatos y pruebas de ambas partes.

48 VILLAMIL CASTRO, Linda (2016). *El proceso monitorio en el nuevo Código General del Proceso: Un análisis sobre su relación con el interrogatorio de parte para crear la obligación civil*. [Tesis para optar el título de Abogada]. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, p. 6.

49 *Idem* p. 7.

50 MOSTAJO BARRIOS, Jorge. *Proceso monitorio*. p. 10. Recuperado de <http://reformaprocesalcivil.org/webcodigocivil/descargas/procesomonitorio.pdf>

3.3. *Proyección valorativa de la implementación del monitorio*

En principio, teniendo en cuenta que señalamos que el monitorio como «procedimiento extraordinario» es constitucional, comenzaremos esta valoración citando a Ariano, quien de una u otra manera condice con el resultado de este test al indicar que:

«lo atractivo del monitorio está en que ese mandato dictado inaudita altera parte, solo se volverá ejecutivo si es que el intimado al cumplimiento no se opone oportunamente, y de hacerlo, no se restringe en modo alguno sus posibilidades defensivas, únicamente que el proceso se vuelve un normal proceso de cognición plena y definitiva, es decir, estamos ante un esquema procesal «garantista» y «económico» (máxima garantía procesal, mínimo dispendio económico)»⁵¹

De esta manera podríamos decir que el monitorio se presenta como una eficaz alternativa para lograr la creación de un título judicial tan certero como lo es, por excelencia, la sentencia producto de un proceso de cognición.

Cabe destacar la gran difusión y éxito del monitorio en Europa, nos referimos predominantemente al francés, italiano, alemán y austríaco; sin dejar de lado, la ventana de difusión en la que se ha ido convirtiendo Colombia, que da a la luz del resto de países un testimonio de su gran utilidad.

Consideramos que este procedimiento extraordinario no debería ser ajeno a nuestro sistema jurídico, en razón de ser una alternativa o facultad de tutela jurisdiccional de crédito; por el contrario, esta figura resultaría bastante productiva puesto que, por ejemplo, «[...] podría proceder cuando el acreedor no posea un documento con eficacia ejecutiva, o teniéndola prefiere dotarse de un título judicial rápidamente que excluya la posibilidad de una amplia oposición una vez iniciada ya la ejecución; y que en vez de promover un proceso con contradictorio normal, le deja al demandado la carga de promoverlo»⁵².

Evidentemente, aplicar este «procedimiento extraordinario» —así denominado por nosotros—, en nuestro país exigiría previamente modificaciones y reajustes a nuestro sistema normativo, ya sea en lo que respecta a notificaciones y el plazo para estas, entre otros.

51 ARIANO DEHO, Eugenia (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, p. 378.

52 *Ibidem*.

III. CONCLUSIONES

1. La dificultad de encontrar un consenso para la determinación de la naturaleza jurídica de la tutela monitoria ha sido reflejada en los esfuerzos que la dogmática procesal ha manifestado a lo largo de los años. No obstante, expresamos con anterioridad nuestra posición frente a esta controversia, afirmando y desarrollando certeza de que el esquema estructural del monitorio se asemeja más a lo que concebimos como «procedimiento» especial (por su naturaleza material) antes que a lo que tenemos como «proceso», en la medida en que se vea ausente o alterado un principio consustancial dentro del proceso, como lo es el contradictorio.
2. Concluir con una afirmación determinada sobre si el monitorio trata de una tutela ejecutiva o declarativa, en términos estrictos, se nos ha dificultado en la medida que, de acuerdo a cómo hemos podido observar, la estructura que posee esta figura jurídico-procesal es especial no solo en su aspecto sustancial, sino también en el formal. Tal es así que nos vimos en la necesidad de hacer un desarrollo particular desde ambas perspectivas. No obstante, consideramos que el procedimiento monitorio no responde a ninguna de las tutelas antes mencionadas —declarativa o ejecutiva— puesto que no coincide rigurosamente con la noción de ninguna de ellas.
3. La tutela monitoria ejerce una intromisión al derecho fundamental al contradictorio; sin embargo, según el test de proporcionalidad se ha delimitado que esa injerencia responde como la parte «perjudicial» a una medida (tutela monitoria) que optimiza otros derechos (celeridad procesal, plazo razonable, tutela jurisdiccional efectiva); lo cual responde al carácter nocivo del proceso ordinario que genera un estado de indefensión de los titulares de la relación jurídica procesal.
4. El monitorio, considerado un mecanismo de tutela privilegiada del crédito, solo puede aplicarse en caso de deudas dinerarias, lo que excluye, por supuesto, cualquier otro tipo de deuda.
5. En este procedimiento los plazos para que el denominado requerido responda varía de acuerdo al país en que se haga efectivo. Estos plazos pueden variar de entre 10 días o incluso semanas.

6. La tutela jurisdiccional del crédito, para nuestros tiempos, representa un estancamiento de la tutela efectiva de estas miles de pretensiones que tienen que pasar por un proceso engorroso y demasiado formalista para que su derecho le sea reconocido.
7. El proceso monitorio ya viene siendo aplicado en el Perú bajo la filiación judicial extramatrimonial, implementación que no solo ha economizado la carga procesal, sino que además ha acercado al ciudadano a la administración de justicia, mostrando al monitorio como una institución nueva —en nuestro territorio— rápido y eficiente.
8. La coyuntura nacional es precisa para poder tomar en cuenta esta tendencia procesal y significar un avance importante en la tutela efectiva de nuestros créditos sin sacrificar el acceso a la tutela judicial efectiva.
9. La realidad jurídica refleja la cada vez mayor tendencia a expansión de este procedimiento monitorio, que ya se aplica en determinados países de Latinoamérica cercanos a nuestro país, y que, habiendo superado el test de constitucionalidad, consideramos podría tener efectos positivos en nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO VALVERDE, Luis (2014). *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- ARIANO DEHO, Eugenia (2003). *Problemas del proceso civil*, Lima: Jurista Editores.
- BONET NAVARRO, J. (2008). «Eficiente implementación del procedimiento monitorio en iberoamérica». En *Justicia Civil: Perspectivas para la reforma en América Latina*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, pp. 479-500.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SANCHEZ GIL, Rubén (2011). «¿Qué es la constitucionalización del derecho? En *Quid iuris* Año VI. Volumen 15. México.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo (1971). «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo». En *Revista de Administración Pública* n.º. 65. España.
- CASASSA CASANOVA, Sergio (2011). *El debido proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero: en busca de un proceso* [Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Procesal]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre del 1948.
- FAZZALARI LUNGHEZZA, Elio (1986). «Procedimiento (Teoria Generale)». En *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXV. Milán: Giuffrè.

- GROS ESPIELL, Héctor (2003). «La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos». En *Anuario de Derechos Humanos*. España: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.
- GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES ALONSO, Pedro (2005). *Derecho procesal civil*. 6.^a ed., t. II. Madrid: Civitas Ediciones.
- MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO (2002). La tutela jurisdiccional efectiva antes y durante el proceso. En *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil* [Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho civil y Comercial. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p.14.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (julio 2006). «En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales». En *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. 19 n.º 1.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2012). «El proceso monitorio. Una visión española y europea pensando en Colombia». En *Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre.
- PRIORI POSADA, Giovanni y ARIANO DEHO, Eugenia (2009). «¿Rechazando la justicia?. El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda». En *Themis*. n.º 57. Lima.
- Sentencia 00001-2008-PI/TC, publicada el 1 de julio de 2010.
- Sentencia 07131-2013-HC/TC, publicada el 15 de mayo de 2015.
- Sentencia N° 00295-2012-PHC/TC, publicada el 03 de junio del 2015.
- SUCUNZA RUSTERHOLSZ, Matías y VERBIC, Francisco (2014). «Proceso monitorio. Conceptualización, estructura y algunas propuestas para su implementación». En *Revista Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: Jabeledo Perrot.

La prueba testimonial en el proceso civil: Criterios para su adecuada valoración

Pedro Antonio Huaccho Trujillo*, Víctor Cinconega Vía*,
Jimmy Cortez Sanchez* Edwards Rodriguez Zorrilla*

Resumen

De acuerdo al ordenamiento jurídico procesal civil peruano, la valoración de la prueba típica testimonial o llamada también declaración de testigos, se debe realizar conforme a la libre valoración bajo criterios lógicos racionales. Sin embargo, no existen herramientas o directrices para la valoración de cada medio probatorio. Lo que ha conllevado a que los juzgadores realicen una valoración subjetiva, intuitiva e irracional de la prueba testimonial. Frente a esa problemática, en el presente trabajo se desarrolla y propone algunas pautas para la correcta valoración, bajo enfoques racionales, de la prueba testimonial basada en el análisis de la credibilidad del contenido del testimonio.

Palabras clave: Valoración de la prueba, libre valoración, prueba testimonial, credibilidad del testimonio, valoración del testimonio.

Abstract

According to the Peruvian civil procedural legal system, the valuation of the typical testimonial test or also called testimony of witnesses, must be carried out according to the free valuation under rational logical criteria. However, there are no tools or guidelines for the valuation of each medium of evidence. What has led to the judges to make a subjective, intuitive and irrational assessment of the testimonial test. Faced with this problem, the present work develops and proposes some guidelines for the correct valuation, under rational approaches, of the testimonial test based on the analysis of the credibility of the content of the testimony.

Keywords: Evaluation of the test-free valuation-test testimonial-credibility of the testimony-assessment of the testimony.

* Miembros del Centro de Investigación de Derecho Procesal Crítico (CIDEP) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Huacho.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien los testigos son una fuente y medio probatorio más importantes que tiene un juez para la determinación de la ocurrencia de un hecho, sobre todo en los procesos penales, existen problemáticas en cuanto a su valoración, ya que se carece de directrices sobre aquellos específicos criterios lógicos racionales a tener en cuenta.

La problemática en la valoración de los testimonios se presenta por la difícil tarea de determinar la confiabilidad, credibilidad y veracidad de lo que declara un testigo en un proceso judicial, así como el hecho de que los juzgadores no cuenten con las herramientas suficientes ni criterios y bases racionales para la determinación de la veracidad de las declaraciones testimoniales, sumado a la escasa reflexión y análisis de la credibilidad de los testimonios.

Frente a esa situación, desde hace un tiempo se ha venido estudiando e investigando la psicología del testimonio¹, examinando el funcionamiento de la memoria de los sujetos, el proceso de exteriorización de la información, y permitiendo con ello brindar criterios objetivos racionales para el control de la credibilidad de los testimonios². Por lo que con el presente trabajo se pretende contribuir en la apertura del desarrollo e investigación de criterios para la valoración de la prueba testimonial.

II. PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

2.1. Definición

Para Devis Echandia, la prueba testimonial es un «medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa que un tercero hace a un

1 Con respecto a los antecedentes históricos de la psicología del testimonio, véase: CONTRERAS ROJAS, Cristian (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 148-152. Asimismo, Nieva Fenol, explica que los tres aspectos de la psicología del testimonio que más interesan son, en primer lugar, la técnica de obtención de declaraciones, porque aporta una experiencia valiosísima basada en resultados corroborados, bien en estudios de campo, bien en la medida de lo posible en la práctica judicial. En segundo lugar, esta disciplina ayuda a detectar la mentira a través de aspectos objetivos, y en tercer lugar, la materia aporta una importante serie de datos a los efectos de practicar correctamente los reconocimientos de personas, en rueda desde luego, pero también a través de las fotografías. NIEVA FENOLL, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 215.

2 Al respecto, véase: CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 148; NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., p. 212.

juez, con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza»³.

En similar sentido, Contreras Rojas, y de manera más específica, señala que «la prueba testimonial constituye un medio probatorio de naturaleza personal que consiste en un relato usualmente oral realizado en presencia del juez y de los litigantes en la audiencia que ha sido fijada para estos efectos, en el que una persona distinta a las partes y sus representantes, a solicitud de ellas o del tribunal, informa sobre el conocimiento que tiene de ciertos hechos pasados, controvertidos y relevantes para el proceso, ya sea porque los ha presenciado directamente o bien porque los ha conocido a través de las referencias de otras personas»⁴.

Por su parte, Ledesma Narváez entiende que «la declaración o testimonio realizado por el testigo es la narración que hace una persona de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de estos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y hacerlo presente a la mente de quien escucha. La persona, con sus sentidos, su memoria y su lenguaje, cuenta acerca de la existencia del hecho, de la forma en que este sucedió, y de los peculiares márgenes que los rodearon»⁵.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil no hay una definición legal de lo que debe entenderse como prueba testimonial, esta ha sido considerada como un medio probatorio típico, cuya regulación se encuentra establecida en nuestro *Código Procesal Civil*, Sección Tercera, Título VIII, Capítulo IV (artículos del 222 al 232), en que se establecen los requisitos, actuación, restricciones y efectos.

2.2. Los testigos

En todos los sistemas procesales, un testigo es una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y a quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos⁶.

3 DEVIS ECHANDIA, Hernando (1984). *Compendio de pruebas judiciales*. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, p. 29.

4 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 219.

5 LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2016). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 620.

6 TARUFFO, Michele (2008). *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 62.

Así, en nuestro ordenamiento procesal civil, toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. Asimismo, se establece que los menores de dieciocho años pueden declarar sólo en los casos permitidos por la ley⁷.

Por otro lado, nuestro ordenamiento procesal civil refiere, con respecto al límite de ofrecer testigos, que los litigantes pueden presentar hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos, y en ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis⁸.

Cabe agregar, conforme a nuestro ordenamiento procesal civil, que la no comparecencia de un testigo acarrea algunos efectos, toda vez que el testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, sólo si lo considera necesario⁹.

7 Artículo 222 *Código Procesal Civil*. Cabe agregar que una redacción más precisa respecto a la capacidad de los testigos se encuentra en el *Código Procesal Penal*, que señala en su artículo 162 lo siguiente: «1. Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley. 2. Si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el Juez. Asimismo en cuanto a las obligaciones del testigo, el *Código Procesal Penal*, expresa en su artículo 163 lo siguiente: 1. Toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder a la verdad a las preguntas que se le hagan. La comparecencia del testigo constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna. 2. El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad penal. El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguna de las personas mencionadas en el numeral 1) del artículo 165. 3. El testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas».

8 Artículo 226 del *Código Procesal Civil*.

9 Artículo 232 del *Código Procesal Civil*, en cuanto a la citación y conducción compulsiva. El *Código Procesal Penal* expresa en el artículo 164, lo siguiente: «1. La citación del testigo se efectuará de conformidad con el artículo 129. Cuando se trata de funcionarios públicos o de dependientes, el superior jerárquico o el empleador, según el caso, están en la obligación de facilitar, bajo responsabilidad, la concurrencia del testigo en el día y hora en que es citado. 2. El testigo también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar. 3. Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública».

2.3. Requisitos

En cuanto a los requisitos, nuestro *Código Procesal Civil* expresa que aquella parte procesal que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente. Si se presenta el desconocimiento de la ocupación, será expresado por el proponente, y queda a criterio del juez eximir este requisito. Asimismo, se debe especificar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el propuesto¹⁰.

2.4. Prohibiciones

En nuestro *Código Procesal Civil* se han establecido prohibiciones por razones de capacidad, consanguinidad, interés y otros¹¹. Así tenemos, expresamente, las siguientes prohibiciones:

- El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222;

10 Artículo 223 del *Código Procesal Civil*.

11 Artículo 229 del *Código Procesal Civil*. En cuanto a las prohibiciones o abstenciones de brindar testimonio en materia procesal penal, el Código Procesal Penal, expresa en el artículo 165, lo siguiente: «1. Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte. 2. Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado: a) Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por Ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto. b) Los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. En estos casos se suspenderá la diligencia y se solicitará información al Ministro del Sector a fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la Ley de la materia. 3. Si la información requerida al testigo no se encuentra incurso en las excepciones previstas en la Ley de la materia, se dispondrá la continuación de la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el Juez, de oficio o a solicitud de parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que correspondan, incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes».

- El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad;
- El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria;
- El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y,
- El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen.

2.5. Actuación

En cuanto a la actuación de las testimoniales, nuestro *Código Procesal Civil*¹² señala que la declaración de los testigos se realizará individual y separadamente. Previa identificación y lectura de los artículos 371 y 409 del *Código Penal*, el juez preguntará al testigo:

- Su nombre, edad, ocupación y domicilio;
- Si es pariente, cónyuge o concubino de alguna de las partes, o tiene amistad o enemistad con ellas, o interés en el resultado del proceso; y
- Si tiene vínculo laboral o es acreedor o deudor de alguna de las partes.

12 Artículo 224 del *Código Procesal Civil*. Cabe agregar que de manera más precisa, el *Código Procesal Penal* establece el procedimiento y desarrollo del interrogatorio de testigos, así establece en el artículo 170, lo siguiente: 1. Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias. Deberá también ser advertido de que no está obligado a responder a las preguntas de las cuales pueda surgir su responsabilidad penal. 2. No se exige juramento o promesa de honor cuando declaran las personas comprendidas en el artículo 165, inciso 1), y los menores de edad, los que presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos. 3. Los testigos serán examinados por separado. Se dictarán las medidas necesarias para evitar que se establezca comunicación entre ellos. 4. Acto seguido se preguntará al testigo su nombre, apellido, nacionalidad, edad, religión si la tuviera, profesión u ocupación, estado civil, domicilio y sus relaciones con el imputado, agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa. Si teme por su integridad podrá indicar su domicilio en forma reservada, lo que se hará constar en el acta. En este último caso, se dispondrá la prohibición de la divulgación en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. La Fiscalía de la Nación y el órgano de gobierno del Poder Judicial dictarán las medidas reglamentarias correspondientes para garantizar la eficacia de esta norma. 5. A continuación se le interrogará sobre los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tengan relación con el delito investigado; asimismo, se le interrogará sobre toda circunstancia útil para valorar su testimonio. Se procura la claridad y objetividad del testigo por medio de preguntas oportunas y observaciones precisas. 6. Son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo esta última, en el contrainterrogatorio. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal.»

Si el testigo es propuesto por ambas partes, se le interrogará empezando por las preguntas del demandante. Asimismo, entre las reglas de actuación, tenemos que la parte que pida la declaración del testigo puede hacerle repreguntas, por sí o por su Abogado. La otra parte puede hacer al testigo contrapreguntas, por sí o por su abogado¹³. Cabe agregar, que el testigo será interrogado sólo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente¹⁴. Sumado a que las preguntas del interrogatorio que sean lesivas al honor y buena reputación del testigo, serán declaradas improcedentes por el juez. La misma disposición es aplicable a las repreguntas y contrapreguntas¹⁵.

2.6. Valoración

En cuanto a la valoración de la prueba, en nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que el *Código Procesal Civil*, en su artículo 197, expresa, de manera genérica, que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, estableciéndose con ello la adhesión al sistema de la libre valoración de la prueba. Teniendo presente que dicha libertad se entiende en el sentido de que no está sometida a reglas jurídicas, sino a criterios lógico racionales.

En ese sentido, conforme al marco normativo de nuestro ordenamiento jurídico, la valoración de la prueba testimonial o declaración de testigos se debe realizar conforme a la libre valoración bajo criterios lógicos racionales.

13 Artículo 227 del *Código Procesal Civil*.

14 Artículo 225 del *Código Procesal Civil*. En similar sentido, el *Código Procesal Penal*, expresa en su artículo 166 lo siguiente: 1. La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba. 2. Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado. 3. No se admite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, salvo cuando se trata de un testigo técnico.

15 Artículo 228 del *Código Procesal Civil*. En similar sentido, el *Código Procesal Penal*, señala en el artículo 170, inciso 6), lo siguiente: Son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo esta última, en el contrainterrogatorio. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal.

III. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

3.1. Valoración de la prueba

En este momento denominado valoración, toda la carga de la actividad vinculada al conjunto de elementos de convicción recae en forma exclusiva y excluyente sobre los hombros del juzgador. Teniendo presente la totalidad del material probatorio que se haya reunido en el proceso, y que por tanto se encuentra a su disposición, el juez debe realizar una operación intelectual que consiste en realizar un análisis crítico del contenido y del resultado de las pruebas rendidas¹⁶.

Para Taruffo, la valoración de la prueba «consiste en determinar el valor probatorio de cada medio de prueba en relación con un hecho específico, y tiene por objeto establecer cuando y en qué grado puede ser considerado verdadero, sobre la base de las pruebas relevantes, el enunciado que afirma la ocurrencia de ese hecho»¹⁷. Así también, para Nieva Fenoll, la valoración de la prueba es la «actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso»¹⁸.

Por su parte, Gascón Abellán señala que «la valoración de la prueba es el juicio de aceptabilidad (o de veracidad) de los resultados probatorios (es decir, de las hipótesis). Consiste más precisamente, en evaluar la veracidad de las pruebas (o sea, de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan»¹⁹.

Ahora bien, en cuanto a la valoración de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que, de manera genérica, el *Código Procesal Civil* en su artículo 197 expresa que: «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión».

16 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 84. En el mismo sentido, FERRER BELTRÁN, Jordi (2008). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 91; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2015). *Los hechos en el Derecho*. 3.ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 161.

17 TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 139.

18 NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., p. 34.

19 GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2003). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, p. 361.

3.2. Concepción racional de la valoración de la prueba

La actividad de valoración o determinación del valor probatorio de los medios probatorios si bien está dotada de libertad para el juzgador, no es absoluta, ya que está sujeta a criterios lógicos racionales.

En ese sentido, esta exigencia de valoración racional de la pruebas, conforme expresa Ferrer Beltrán²⁰, puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Por otro lado, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional.

Así tenemos que la valoración debe ser producto de un trabajo racional y motivado²¹. Por ende, no basta solo con que se extraigan los resultados de la prueba, sino que debe ponerse especial atención y cuidado en la forma en que se lleva adelante esa actividad, pues esto debe ejecutarse a través de un proceso mental externalizable²².

En ese sentido, resulta necesario que la valoración de la prueba sea fruto de un ejercicio razonado, serio y coherente, que evite incurrir en cualquier tipo de arbitrariedad y que quede consagrado en el texto de la sentencia, de modo que pueda ser conocido y controlado por las partes interesadas, por los tribunales superiores, en caso que se interpongan los recursos respectivos, y en general, por toda la sociedad²³.

Así, la concepción racionalista en materia de valoración de la prueba exige esencialmente: i) que no se haya excluido ninguna prueba relevante para la solución del caso; ii) que se haya valorado individualmente cada medio probatorio para establecer su fiabilidad y valor probatorio; iii) que las inferencias hayan sido formuladas a partir de generalizaciones fundadas en conocimientos científicos o empíricos; iv) que, como producto de la valoración conjunta, resulte que la hipótesis judicial está confirmada por los medios de prueba y no

20 FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 28.

21 GASCÓN ABELLÁN. Ob. cit., p. 174 señala que se deben precisar las razones por las cuales el juez considera que ciertos enunciados sobre los hechos están probados con base en criterios objetivos y racionalmente controlables. El juez debe dar cuenta por medio de argumentos y razones qué pruebas ha utilizado, individualizándolas, así como precisar el contenido de las mismas, la vinculación con los enunciados facticos, el peso que asigna a las pruebas y el grado de confirmación de las mismas.

22 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 85.

23 *Ibidem*. En similar sentido véase: NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., p. 209-210.

ha sido objeto de refutación; y v) que la evidencia sea suficiente, en el sentido que logre superar el estándar de prueba que rija en el respectivo proceso²⁴.

3.3. Valoración de la prueba testimonial

Si bien los testigos son una fuente y medio probatorio más importantes que tiene un juez para la determinación de la ocurrencia de un hecho, sobre todo en los procesos penales, existen algunas problemáticas en cuanto a su valoración, ya que se carece de directrices sobre aquellos específicos criterios lógicos racionales a tener en cuenta.

La problemática en la valoración de los testimonios se presenta por la difícil tarea de determinar la confiabilidad, credibilidad y veracidad de lo que declara un testigo en un proceso judicial, así como el hecho de que los juzgadores no cuenten con las herramientas suficientes ni criterios y bases racionales para la determinación de la veracidad de las declaraciones testimoniales, sumado a la escasa reflexión y análisis de la credibilidad de los testimonios.

Frente a esa situación, desde hace un tiempo se ha venido estudiando e investigando la psicología del testimonio²⁵, examinando el funcionamiento de la memoria de los sujetos, el proceso de exteriorización de la información, y permitiendo con ello brindar criterios objetivos racionales para el control de la credibilidad de los testimonios²⁶.

En consecuencia, a decir de Contreras Rojas, es perentorio que el derecho probatorio se apropie de las nuevas técnicas que le proporciona la psicología, siendo deber de los juristas que esto efectivamente ocurra. De hecho, los es-

24 ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger (2013). «La justificación racional de los hechos». En Pedro GRANDEZ y Félix MORALES (Ed.). *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra, p. 404.

25 Con respecto a los antecedentes históricos de la psicología del testimonio, véase: CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., pp. 148-152. Asimismo, Nieva Fenol explica que los tres aspectos de la psicología del testimonio que más interesan son, en primer lugar, la técnica de obtención de declaraciones porque aporta una experiencia valiosísima basada en resultados corroborados, bien en estudios de campo, bien en la medida de lo posible en la práctica judicial. En segundo lugar, esta disciplina ayuda a detectar la mentira a través de aspectos objetivos, y en tercer lugar, la materia aporta una importante serie de datos a los efectos de practicar correctamente los reconocimientos de personas, en rueda desde luego, pero también a través de las fotografías. NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., p. 215.

26 Al respecto, véase: CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 148; NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., p. 212.

tándares que hoy se manejan por la psicología del testimonio no solo servirán de orientación para que el tribunal tase la prueba, sino que al mismo tiempo para que justifique racionalmente su decisión, de modo que sus postulados no pueden ser soslayados para el éxito de la tarea. Por ello, a pesar de la enorme dificultad que implica conseguir una decisión totalmente certera acerca de la credibilidad de los deponentes, la utilización del mecanismo de análisis del contenido de las declaraciones es el más óptimo para el trabajo jurisdiccional, toda vez que asegura mayor objetividad y entrega mejores herramientas de fundamentación y control de la decisión, dejando de lado todos los elementos irreflexivos que trae consigo el análisis conductual²⁷.

IV. CRITERIOS DE VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

4.1. Criterios de valoración

En la mayoría de los casos en los que se presenta la prueba testimonial, ciertamente el juez cuando escucha la declaración del testigo se deja llevar por las impresiones conductuales del testigo (gestos, posturas, miradas, etc.) para llegar a la íntima convicción²⁸ y determinar la confiabilidad y credibilidad del testimonio, sometiendo su análisis valorativo a criterios intuitivos y psicológicos de sentido común²⁹.

Todo ello conlleva a que la valoración en los procesos judiciales sea una actividad sujeta a criterios meramente subjetivos, irracionales y no controlable, adoptándose una concepción psicologista de la valoración probatoria.

Ahora bien, partiendo de que el análisis del contenido de las declaraciones es el más aconsejable en la labor de valoración judicial³⁰, consideramos

27 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 277.

28 La íntima convicción está muy vinculada a la concepción psicologista de la valoración probatoria.

29 Conforme expresa Castillo Alva: «la misión constitucional del juez no es persuadir ni generar convicciones o estados mentales de la certeza en las personas, ya sean las partes en proceso o la población en general de que los hechos por él declarados como probados son verdaderos. Su labor es mucho más simple y a la vez más compleja, pues debe aportar razones, buenas razones, respecto a cómo mediante la prueba disponible y las inferencias probatorias pertinentes da por acreditados determinados enunciados fácticos, permitiendo con ello un control intersubjetivo de validez y de fiabilidad». CASTILLO ALVA, José (2013). *La motivación de la prueba en materia penal*. Lima: Grijley, p.122.

30 Al respecto, Nieva Fenoll, citando a Manzanero, precisa que en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo a examinar

que deben existir criterios objetivos para la valoración, el análisis y la determinación de la credibilidad del testimonio en un proceso judicial.

Para tal efecto, propondremos las siguientes pautas para la valoración de la credibilidad de los testimonios³¹:

- a) **La coherencia de los relatos.** En cuanto a esta pauta, el análisis de dicha consistencia de la prueba testimonial es un indicador de veracidad o falsedad. En el fondo se trata de apreciar si el litigante o el testigo se han o no contradicho a lo largo de su declaración, lo que quedará en evidencia al comparar las respuestas que vayan proporcionado³². Sumado a ello, la declaración debe revestir espontaneidad, toda vez que un exceso de consistencia en el relato puede llevar a considerar que se trata de un relato aprendido o ensayado. Si bien, este indicador no es infalible, consideramos que su existencia en una declaración testimonial constituye un dato objetivo a tener en cuenta en la valoración.
- b) **La contextualización del relato.** La contextualización consiste en que el declarante describa datos del ambiente vital, espacial o temporal en el que los hechos tuvieron lugar³³. Así tenemos que un indicador de credibilidad es que el declarante pueda describir cumplidamente todo el cúmulo de elementos espacio-temporales que rodearon el hecho, así como el estado emocional y psicológico en que se encontraba al momento de presenciarlo³⁴.

la credibilidad del testimonio. NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., p. 220. Asimismo, explica que respecto a la credibilidad de las personas, lo primero que tiene que abolirse de una vez es la inveterada costumbre de que los jueces valoren a los declarantes por su conducta durante la declaración. No se ajustan a la realidad las sensaciones de saber cuándo una persona miente. No son más que producto de prejuicios, tradiciones, tópicos sociales, etc, y en cualquier caso, son difícilmente motivables, por lo que hay que prescindir de las mismas. *Idem* p. 229.

31 Al respecto, Nieva Fenoll, propone algunas pautas para la valoración del testimonio: 1) la coherencia de los relatos; 2) la contextualización del relato; 3) las llamadas corroboraciones periféricas; y 4) la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante. Véase: NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., pp. 223-229. Asimismo, es interesante el esquema planteado por César Higa, que establece los criterios a tener en cuenta para la admisibilidad y credibilidad de la prueba testimonial. Véase: HIGA, César (2015). «Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial». En CAVANI BRAIN, Renzo y DE PAULA RAMOS, Vitor (Coord.). *Prueba y proceso judicial*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 283-296.

32 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 279.

33 NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., p. 226.

34 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 278.

En ese sentido, si en la declaración testimonial se expresan vagas y genéricas referencias del contexto, este puede ser un indicador de falsedad o relato aprendido y ensayado que afectará la credibilidad del testimonio y que deberá ser tomado en cuenta por el juzgador en la valoración.

- c) **Las corroboraciones periféricas.** Esta pauta indica que en la evaluación de la declaración testimonial, esta debe ser corroborada o reforzada por otros datos brindados por los demás medios probatorios actuados en el proceso³⁵.
- d) **La memoria del testigo**³⁶. En la medida de poder tener una correcta valoración del contenido de la declaración testimonial, resulta necesario evaluar la memoria del testigo, ya que, para el control de la certeza del relato, es imprescindible que el juez atienda a todas las etapas del proceso de memoria, teniendo en cuenta lo que ha sucedido en el periodo que va entre la observación del hecho y la deposición judicial, pues solo de esa manera podrá formarse una convicción correcta de la calidad del recuerdo que se ha registrado y almacenado³⁷.
- e) **Capacidad sensorial.** Esta pauta indica que se deben considerar las condiciones de observación del hecho y las capacidades sensoriales del testigo al momento de la constatación de los hechos. Así tenemos que los aspectos claves se encuentran en determinar si las condiciones sensoriales y ambientales permitieron al testigo realizar una adecuada observación de los hechos que está declarando³⁸.
- f) **La objetividad del testigo.** La objetividad se refiere a que la apreciación de un evento por parte del testigo no se vea afectado por aspectos emocio-

35 NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., pp. 226-228; CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 280.

36 Respecto al análisis de la memoria en las declaraciones testimoniales, véase SEGURA ORO-NICH, Andrés (2012). *El interrogatorio jurídico*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 95-125. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 107-126. CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. Cit., pp. 147-197.

37 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., pp. 281-282.

38 HIGA, Cesar. Ob. cit., p. 292; CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., p. 282. Cabe agregar que esta pauta está relacionada con los factores de codificación (aquellos elementos que concurren en el momento de la adquisición y registro de la información acerca de un acontecimiento) de la memoria que depende tanto del suceso (duración, condiciones sonoras y de iluminación) como del testigo (estrés, edad, sexo).

nales, sentimentales, psicológicos o personales. En ese sentido, en cuanto a la valoración, el juez también debe atender a la vinculación de los declarantes con los hechos litigiosos, pues es esperable que aquellos que han tenido una participación directa en los acontecimientos y/o que se verán afectados por el resultado del juicio, interpreten y, por consiguiente, relaten los hechos de una forma que tienda a beneficiar sus pretensiones. Así, teniendo conocimiento de su relación con el asunto, el juez puede tamizar las declaraciones y rescatar los aspectos más objetivos, ajenos al sentimiento que puede haber formado y nublado el recuerdo³⁹.

4.2. Valoración racional del testimonio

Conforme expresamos, en nuestro ordenamiento procesal la valoración de la prueba es de libre valoración y está sujeta a reglas lógico-rationales. Sin embargo, no se ha fijado ningún criterio o directriz para la evaluación de la credibilidad del testimonio, así como la determinación de valor probatorio.

Así tenemos que, en un proceso judicial, muchas veces los juzgadores con base en inmediatez en la práctica y actuación de las declaraciones testimoniales, solo se dejan llevar por lo que perciben a través de sus sentidos y por las impresiones que le causan las conductas y gestos del testigo.

Por lo que consideramos que resulta necesario realizar un análisis y evaluación de los criterios propuestos en cada declaración testimonial para efectos de extraer datos objetivos y poder determinar el valor y/o peso probatorio de una declaración testimonial.

Así tendríamos que una declaración testimonial, bajo los criterios expuestos, esto es, una declaración que contenga una coherencia del relato, que se encuentre contextualizada, que esté sujeta a las corroboraciones periféricas, y teniendo en cuenta la memoria, capacidad sensorial y objetividad del testigo, resulta muy útil en la valoración de la prueba testimonial, sobre todo contribuye a que esta pueda ser expresada en la motivación de la decisión final.

39 CONTRERAS ROJAS, Cristian. Ob. cit., pp. 282-283.

V. CONCLUSIONES

En cuanto a la valoración de la prueba, en nuestro ordenamiento jurídico, el *Código Procesal Civil* expresa que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, estableciéndose con ello la adhesión al sistema de la libre valoración de la prueba, pero dicha libertad se entiende en el sentido de que no está sometida a reglas jurídicas, sino solo a criterios lógico-rationales.

En ese sentido, conforme al marco normativo de nuestro ordenamiento jurídico, la valoración de la prueba testimonial o declaración de testigos se debe realizar conforme a la libre valoración bajo criterios lógicos-rationales.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no existen herramientas o directrices para la evaluación de la credibilidad del testimonio, así como para la determinación de valor probatorio, este hecho ha conllevado a que los juzgadores realicen una valoración subjetiva, intuita e irracional de la prueba testimonial.

Frente a ello, consideramos que la propuesta de coherencia, contextualización, corroboración, memoria, capacidad sensorial y objetividad, brinda a los juzgadores criterios objetivos a tener en cuenta en la actividad valorativa de la prueba testimonial, permitiendo un análisis lógico-rationales del contenido de la declaración testimonial más que a la persona del testigo, y en consecuencia la valoración probatoria pueda ser expresada en la motivación de la decisión final.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ALFARO VALVERDE, Luis (2010). «El derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal». En CAVANI BRAIN, Renzo (coord.). *Manual del Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- CASTILLO ALVA, José (2013). *La motivación de la prueba en materia penal*. Grijley, Lima.
- CONTRERAS ROJAS, Cristian (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1984). *Compendio de pruebas judiciales*, t. II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2008). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

- FERRER BELTRÁN, Jordi (2003). «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales». En *Revista Jueces para la Democracia* n.º 47, Madrid.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2015). *Los hechos en el derecho*. 3.ª ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2003). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- HIGA, César (2015). «Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial». En CAVANI BRAIN, Renzo y PAULA RAMOS, Vitor de (Coord.). *Prueba y proceso judicial*. Lima: Instituto Pacífico.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2016). *Comentarios al Código Procesal Civil* tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- PAULA RAMOS, Vitor de (2013). «Derecho fundamental a la prueba», trad. de Renzo Cavanani. En *Gaceta Constitucional*, n.º 65. Lima: Gaceta Jurídica.
- SEGURA ORONICH, Andrés (2012). *El interrogatorio jurídico*. Barcelona: Editorial Bosch.
- TARUFFO, Michele (2008). *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger (2013). «La justificación racional de los hechos». En GRANDEZ, Pedro y MORALES, Félix (Edit.). *La argumentación jurídica en el estado constitucional*. Lima: Palestra Editores.

Jueces irreflexivos: Problemas en la aplicación del precedente

Centro de Investigación Proceso y Constitución*

Cada día va quedando más claro en todo el mundo que el problema de la justicia no es la justicia, sino los jueces.

JOSÉ SARAMAGO (1922-2010)

Resumen

Este trabajo parte de lo que el profesor MacCormick concibió como verdaderos problemas del derecho, encontrando dentro de los denominados problemas de aplicación a los problemas que se derivan del precedente. Así, el precedente encuentra en este trabajo un tratamiento sumario y preciso, con datos históricos peruanos importantes. Además de analizar el precedente desde la dogmática jurídica, se pretende aquí denunciar las aplicaciones erradas del precedente constitucional que realizan los jueces infraconstitucionales, e incluso el mismo Tribunal Constitucional; para tal propósito, se citan casos concretos que dotan al trabajo de un verdadero enfoque realista. Se concluye, además, que las aplicaciones erradas del precedente obedecen —entre otras cosas— a que los jueces lo aplican sin mayor reflexión de su contenido, siendo ellos —en ese momento— jueces irreflexivos.

Palabras clave: precedente, aplicación, interpretación, precedente constitucional.

Abstract

This work starts from what Professor MacCormick conceived as real problems of law, finding within the so-called problems of application the problems that derive from the precedent. Thus, the precedent, procedural institute on the much that has been written, is in this work with a summary and precise treatment, with important Peruvian historical data. In addition to analyzing the precedent of legal dogmatics, the misapplications of the constitutional precedent carried out by ordinary judges and even the Constitutional Court itself are applied here; for this purpose, concrete cases are mentioned that come to the work of a real realistic approach. It is also concluded that the wrong

* Centro de investigación conformado por estudiantes de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional del Santa, Nuevo Chimbote-Ancash.

applications of precedent obey —among other things— that the judges apply it without further reflection of its content, being they —at that time— unthinking judges.

Keywords: precedent, application, interpretation, constitutional precedent.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, junto a la idea de un precedente va la de su vinculatoriedad. Esta concepción copulativa —vale advertirlo— no fue así desde siempre, pese a que desde 1943 la jurisprudencia seducía a los operadores del Derecho¹, y aún más a partir de 1982². Pero en ninguno de estos periodos podemos hablar de un precedente tal cual lo concebimos ahora: vinculante, creación taxativa y emitida por una corte de vértice.

La primera manifestación de una institución jurídica que podríamos considerar más cercana a la idea del precedente es la «doctrina jurisprudencial», creada con el *Código Procesal Civil* de 1993, vigente aún, en su *otrora* artículo 400°. La doctrina jurisprudencial era el resultado de lo que así determinaban las salas de la Corte Suprema reunidas en corte de casación, tal resultado vinculaba a los demás órganos jurisdiccionales del Estado.

Sin embargo, el precedente hoy para el Perú es una institución importante en la toma de decisiones judiciales, y es que «*la ratio decidendi* desempeña una función análoga a la que cumple una norma de derecho material aplicada en la emanación de una decisión judicial»³, tan sencillo e importante como eso.

1 En 1943 se publica la primera edición de la *Revista de Jurisprudencia del Perú* (más tarde, *Revista Peruana de Jurisprudencia*). Esta revista divulgó las sentencias con principios relevantes emitidos por la Corte Suprema en materia civil, penal y laboral con el propósito de incidir en los operadores jurídicos, ocasionando así «el despertar de la jurisprudencia académica». No obstante, tal propósito, de ninguna manera un abogado se atrevería a defender una causa invocando alguna sentencia de la Corte Suprema. La ley continuaba siendo la fuente infranqueable. Cfr. DYER CRUZADO, Edward (2014). *Una historia de desconfianza: El precedente Constitucional a través del análisis cultural del Derecho*, [Tesis para optar el título de Abogado]. Lima: PUCP, pp. 149-151.

2 En 1982 entró en vigencia la Ley de Habeas Corpus y de Amparo (Ley N.º 23506), cuyo artículo 9 preveía *ad pedem litterae* que «las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general (...)». Esta disposición, pese a ser contundente —según su artífice Domingo García Belaunde— no obtuvo eficacia. Cfr. *Ibid.*, pp. 158 y 159.

3 WROBLEWSKI, Jerzy (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley, p. 309.

Por eso, el destinatario del precedente es —ante todo— el juez, y sobre el nivel de vinculación que tiene el precedente respecto a él, la literatura jurídica comparada o bien desestima su vinculación al juez⁴, o bien opta por no profundizar en ello. Esta segunda postura parte de la primera. Así, el profesor Wróblewski ha enfatizado que «no cre[e] que sea apropiado hablar de la «fuerza vinculante formal del precedente»⁵, incluso precisa que tal denominación puede originar construcciones teóricas defectuosas. Y es que, en efecto, a nivel de derecho comparado no hay una exigencia de tratar sobre la vinculación del precedente porque simplemente no la tiene.

No obstante las omisiones del profesor polaco, la realidad jurídica peruana exige un tratamiento serio sobre el grado de vinculación del precedente, que es un hecho. Es cierto que el precedente tal cual es entendido y aplicado en el Perú dista mucho del precedente originario del *common law*⁶, pero entendemos también que ello no lo hace una institución reprochable, sino más bien la dota de raíces nacionales y la distingue de las demás ideas de precedentes. Ahora, el precedente peruano será uno de nuestros baluartes procesales si —con la concepción que tenemos de él— contribuye al desarrollo del derecho procesal.

Ahora bien, no vamos por buen camino si pretendemos algún desarrollo del derecho procesal desde el precedente, y eso lo demostramos en este trabajo. Lamentablemente, como al precedente lo equiparamos tanto con la ley —incluso le hemos dado esa fuerza—, el juez cree que debe aplicarlo sin mayor reflexión; cuando lo que debería de hacer es utilizar el precedente como un argumento extra una vez determinada su decisión. Pero esto no sucede y origina problemas en el acceso a la justicia y el debido proceso. Resulta paradójico cómo a través de una institución que vela por la seguridad jurídica (el precedente) se vulneran esas dos garantías procesales fundamentales: acceso a la justicia y debido proceso.

No es este el primer trabajo en cuanto al estudio del precedente peruano y su aplicación⁷, mas sí lo es en cuanto a la demostración de la incorrecta

4 TARUFFO, Michele (diciembre 2012). El precedente judicial en los sistemas del *civil law*. En *Revista Ius et Veritas*, n.º 45. Lima.

5 WROBLEWSKI, Jerzy. Ob. cit., p. 312.

6 Sobre el origen del precedente y sus características esenciales, cfr. CROSS, Rupert y HARRIS, J. W. (2012). *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.

7 Al respecto, KROSS, Rupert (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Traducido por Pulido, A. Madrid: Marcial Pons. Sobre el estado de la cuestión, en sede nacional, contamos con trabajos

aplicación de dos precedentes en específico⁸, a saber, los recaídos en los casos Villanueva Valverde y Vásquez Romero. La discusión sobre la correcta aplicación de los precedentes en el Perú es un tema recurrente, razón por la cual este trabajo toma su planteamiento desde los problemas del derecho, según Neil MacCormick.

Es así que en este trabajo nos preguntamos si en el Perú, el problema de la aplicación del precedente es un problema de relevancia o de calificación. Cualquiera que fuere la conclusión trae consigo consecuencias que repercuten en las decisiones judiciales.

Por eso, luego de la teoría esbozada se analizará la correcta o incorrecta aplicación de los precedentes precitados, y se podrá concluir qué idea de precedente maneja el magistrado y su incidencia.

Finalmente, corresponde advertir al lector que en las siguientes líneas se omitirán —en el pie de página— las fuentes electrónicas de la bibliografía consultada, porque en una primera redacción de este trabajo se concluyó que incluir los enlaces web en las notas al pie pueden ocasionar perturbaciones de estilo y agotar al lector fácilmente. Subsanaamos nuestras omisiones con la inclusión de las fuentes electrónicas en la parte final de este trabajo atingente

seminales sobre el precedente, como GARCÍA, Domingo. *El precedente constitucional: extensión y límites*, (s/r); así como MARINONI, Luiz (2017). «El precedente interpretativo». En *Revista Jurídico Luso-Brasileira*, Año 3, n.º 2, pp. 423-451. También se debe citar la tesis de DYER, Edwar: *Una historia de desconfianza: El precedente constitucional que se desentraña el origen del precedente peruano pasando por un recorrido del precedente inglés y europeo continental*, y se llega a demostrar que la aplicación del precedente varía en tanto la cultura de los Estados. Cfr. DYER, Edward (2014). *Una historia de desconfianza: El precedente Constitucional a través del análisis cultural del Derecho*. [Tesis para optar el título de abogado]. Lima: PUCP. Por otro lado, encontramos una crítica a la aplicación del precedente, en general, en FIGUEROA, Edwin (setiembre de 2011). «Precedentes vinculantes: ¿consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?». En *Gaceta Constitucional*, n.º 45, pp. 281-307; así como en HAKANSON, Carlos. «Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación». *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, n.º 18, pp. 55-77, Universidad de la Sabana, Colombia.

- 8 Existen varias investigaciones en las que se ha puesto en tela de juicio la correcta aplicación de los precedentes por parte de los jueces ordinarios, o incluso del propio Tribunal Constitucional. En ese sentido, LANDA, César (2010). «Los precedentes constitucionales: el caso del Perú». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 14, pp. 193-234, Madrid; GARCÍA, Domingo (s/r). *El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provias Nacional)*. El de mayor desarrollo casuístico es la tesis de Francisco Morales Saravia: *El precedente constitucional vinculante y su aplicación por el Tribunal Constitucional del Perú (Análisis jurisprudencial de la última década 2005-2015)*.

a la Bibliografía. Estas medidas son tomadas para que el trabajo resulte ser lo más legible posible, y así cumplir con la finalidad del lenguaje.

II. PROBLEMAS DEL DERECHO SEGÚN NEIL MACCORMICK⁹

Neil MacCormick, partiendo de una explicación que, por breve, no menos acuciosa del silogismo, ha identificado cuatro problemas en los que *prima facie* no interviene un razonamiento deductivo (silogismo), sino uno de carácter retórico o persuasivo, aunque luego advierta que para la prosperidad de este razonamiento será importante que contenga una estructura lógica. Se refería pues al i) problema de la demostración, ii) problema de calificación, iii) problema de interpretación, y al iv) problema de relevancia.

Brevemente indicaremos que i) cuando en un proceso —pese a la valoración de las pruebas lícitas y pertinentes presentadas por las partes— no queda demostrado el hecho necesario para que se aplique la consecuencia jurídica, nos estaremos refiriendo a un problema de demostración. Es decir, lo demostrado no es suficiente para acreditar el supuesto de hecho requerido por la ley.

También puede ocurrir que ii) las narraciones formuladas por una de las partes (alegaciones) no encuadran con el tipo legal escogido como aplicable al caso concreto, aquí nos encontraremos ante un problema de calificación. Calificar es subsumir correctamente la premisa mayor (narraciones) a la premisa menor (ley), y esta actividad es de suyo complicada. El problema referido bien puede partir desde la presentación de la demanda, lo que se agravaría si el juez mantiene esa calificación, o bien puede nacer por error del propio juez, al considerar que una narración califica dentro de una ley cuando en verdad no es así. Este último caso no es de menor preocupación.

Es cierto que para decidir o defender un caso deben quedarnos claro —o al menos creer que tenemos claridad— los supuestos normativos y las consecuencias que exige la ley aplicable. Sin embargo, ocurre también que iii) existen lecturas diferentes o de los supuestos normativos o de las consecuencias jurídicas de una ley o de ambos. A esto se le ha denominado problemas de interpretación. Pero para que un problema sea realmente de interpretación,

9 Las ideas aquí expuestas siguen a MACCORMICK, Neil (2005). *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, pp. 79-103.

tenemos que realizar una correcta calificación (entendida en los términos del párrafo anterior). Así, una vez identificada la ley aplicable al caso concreto deberán exponerse los términos de su interpretación.

Ahora bien, no solo en sistemas jurídicos como el del *common law* el juez se agencia de «materiales jurídicos autoritativos»¹⁰, como el precedente, para justificar sus decisiones. Y es que puede ocurrir que, iv) en sistemas jurídicos como el nuestro, el operador del derecho le otorgue importancia a cierta jurisprudencia o doctrina calificada, y la dificultad de determinar cuándo esos «materiales jurídicos autoritativos» son relevantes es a lo que se les denomina problemas de relevancia.

III. PRECEDENTE COMO PROBLEMA DE CALIFICACIÓN Y NO DE RELEVANCIA

Uno de los problemas en los que nos hemos referido al precedente es en los problemas de relevancia (iv). Y es que en algunos sistemas jurídicos, como el del *common law*, causa controversia la aplicación o no de un precedente, y será aplicado en tanto este sea relevante, y será relevante si el caso anterior se parece al nuevo caso. Sin embargo, esto no ocurre en el Perú, aquí no hay duda de la relevancia del precedente, su relevancia no es un problema. Nos corresponde pues, hacer unas precisiones sobre el precedente para que quede justificado que el problema de la relevancia no incumbe —en el Perú— al precedente.

Las decisiones judiciales toman hoy suma relevancia en sistemas jurídicos de Europa continental (o también denominados de *civil law* o *statutory law*), mientras que las disposiciones legales van incidiendo fuertemente en sistemas de *common law*¹¹. El precedente —qué duda cabe— es una decisión judicial¹² o una resolución¹³; por lo tanto, es de suma relevancia y su consideración es necesaria.

Toda la elaboración de la teoría del precedente tiene un punto de partida importante, esto es, si el precedente es persuasivo o vinculante. Desde

10 MACCORMICK, Neil. Ob. cit., p. 95.

11 WRÓBLEWSKI, Jerzy. Ob. cit., p. 311.

12 A eso seguramente quiso referirse el profesor Rupert Kross, pero no lo hizo claramente —o al menos eso no se logra advertir— con su célebre definición de que el precedente es una regla de derecho, mas parece atribuirle un sentido normativo, de precepto. Cfr. KROSS, Rupert. Ob. cit., p. 76.

13 MACCORMICK, Neil. Ob. cit., p. 271.

la argumentación jurídica, se defiende que el precedente es persuasivo; si de alguna manera un operador del Derecho siente la obligación de aplicar un precedente, eso será porque se encuentra persuadido de las razones contenidas en el precedente y no por otra cosa.

Ahora bien, concebir al precedente como persuasivo tiene una consecuencia: el apartamiento. Los jueces pueden apartarse del precedente porque éste no recoge las situaciones fácticas del nuevo caso a decidir, y, en ese sentido, la *ratio decidendi* no persuade al juez, entonces no lo aplicará. En este escenario, si bien es posible indicar que el precedente no es vinculante para el caso a decidir, es más apropiado indicar que el precedente no persuade al juez.

Por otro lado, la postura que sostiene que el precedente es vinculante defiende su aplicación irrestricta y es considerado, por tanto, con fuerza normativa. El precedente, en este caso, se ubica dentro de las fuentes del Derecho y afecta a la toma de decisiones futuras¹⁴. Así, la recepción del precedente en el Perú es vinculante. Inevitablemente, esta posición tiene consecuencias infelices en la aplicación jurídica y son las que denunciaremos *infra*.

Entonces la *ratio decidendi* debe aplicarse a los demás casos, según la idea del precedente vinculante. Y esto es así en nuestro sistema jurídico: el precedente es realmente relevante. Esta desafortunada conclusión puede salvarse si, antes de aplicar el precedente, el operador del Derecho califica las situaciones fácticas en el precedente correspondiente; y si califica correctamente hay que aplicar el precedente, pero si no califica correctamente simplemente este no se aplica. Si esto es el problema en sí, entonces estamos frente a un problema de calificación y no de relevancia.

El problema de aplicar un precedente se reduce al problema de la calificación; por eso, un precedente estará aplicado erróneamente si la calificación ha fallado. La calificación falla cuando lo alegado no se subsume con la regla; en este caso cuando los hechos narrados no son idénticos¹⁵ a los hechos que motivaron la decisión del precedente. En adelante explicaremos dos ejemplos, en sede nacional, en los que el juez yerra en su calificación.

14 Así lo advierte Wróblewski al detallar sobre el precedente en sistemas del *statutory law*. A mayor abundamiento, WRÓBLEWSKI, Ob cit., p. 305.

15 Y de allí se deriva un problema colateral, advertido por Schauer, este es, si en verdad hay dos casos que se parecen. Para el profesor norteamericano es complicadísima tal similitud desde el momento que ocurrieron en tiempos distintos, es decir, distintas circunstancias. Cfr. SCHAUER, Frederick (2013). *Pensar como abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons, p. 59.

IV. DE LA DOGMÁTICA A LA PRÁCTICA: DOS EJEMPLOS SOBRE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE EN EL PERÚ

Hasta el momento solo hemos navegado por la dogmática del precedente, esta primera actividad es necesaria para identificar —si lo hubiere— algunos defectos en su aplicación. Ya que una de las características del precedente es su vinculación horizontal y vertical¹⁶, hemos escogido —como ejemplo para el análisis— dos precedentes cuya aplicación la realizan, respectivamente, un juez ordinario (vinculación vertical) y el propio Tribunal Constitucional (vinculación horizontal). Sobre estos precedentes cabe preguntarse si han sido (o siguen siendo) debidamente aplicados.

Nos estamos refiriendo al precedente Villanueva Valverde, recaído en el Expediente N.º 168-2005-AC/TC, y al precedente Vásquez Romero, recaído en el Expediente N.º 987-2014-AA/TC. El primero referido a los requisitos para acceder al proceso constitucional de cumplimiento y el segundo, a los requisitos para expedir una sentencia interlocutoria denegatoria.

V. ¿CORRECTA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VILLANUEVA VALVERDE?

5.1. Requisitos de procedencia de la acción de cumplimiento contenidos en el precedente Villanueva Valverde

Con la sentencia emitida el 6 de agosto de 2014 en el Expediente N.º 168-2005-AC/TC, el Tribunal Constitucional aprovechó que tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre una acción de cumplimiento para establecer siete requisitos de procedencia¹⁷. En ese sentido, si una acción de cumplimiento es

16 Al respecto, un precedente será vertical cuando los tribunales inferiores obedezcan las decisiones de sus superiores jurisdiccionales, mientras que el precedente será horizontal cuando un tribunal de ahora obedezca las decisiones del mismo tribunal de antes. Cfr. SCHAUER, Frederick. Ob. cit. pp. 51 y 52. En ese mismo sentido, McCormick, ob. cit., p. 252, utiliza los calificativos de vinculantes y persuasivos cuando un precedente es vertical y horizontal, respectivamente.

17 Es claro que el Tribunal Constitucional aprovechó que tuvo en frente de sí una acción de cumplimiento para expedir —de una vez— este precedente. Lo hubiera hecho en esta o en otra acción de cumplimiento, no importaba cuál, porque si en verdad el caso Villanueva Valverde hubiera inspirado este precedente, tal caso hubiera concluido en la declaración de improcedencia de la acción de cumplimiento y no de infundada, como en realidad terminó, porque los hechos así lo exigían. Es decir, el Tribunal Constitucional creó un precedente en un caso específico y no lo

presentada por un demandante que inobservó alguno de estos requisitos, el juez constitucional declarará su improcedencia, y no le quedará mayor alternativa a este demandante que accionar en la vía contencioso administrativa, específicamente, en un proceso urgente.

Sin más dilaciones transcribimos los requisitos de procedencia de la acción de cumplimiento que este precedente contiene. Así pues, para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo o la orden de emisión de una resolución, es necesario —además de la renuencia del funcionario o autoridad pública— el mandato contenido en aquellos dispositivos que deberán contar con estos requisitos mínimos:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional. De estar condicionado, no debe serlo de manera compleja.
- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante, si es un acto administrativo.
- g) Permitir individualizar al beneficiario, si se trata de un acto administrativo.

Antes de indicar cómo se debe aplicar este precedente, reiteramos —junto con el fundamento 27 de la sentencia— que si el *mandamus* **no cumple** con los requisitos precitados será mejor accionar en el proceso urgente de la vía contencioso administrativo contemplado en la Ley N.º 27584, específicamente en su artículo 26º, inciso 2.

5.2 ¿Cómo se debe aplicar el precedente Villanueva Valverde según el Tribunal Constitucional?

No existe una suerte de manual de cómo aplicar el precedente Villanueva Valverde en la sentencia, empero se advierten de ella los fundamentos que indican al juez constitucional el ámbito de aplicación y alcance del precedente.

aplicó en ese caso específico, según lo podemos advertir en su fundamento 22. Lo advertido es un detalle curioso, y no por curioso malo. La importancia de este precedente es incuestionable, pero llama la atención su nacimiento.

Así, el ámbito de este precedente es solo respecto a las acciones de cumplimiento; y, si bien el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del *Código Procesal Constitucional* obliga a los jueces ordinarios a aplicar los precedentes que el Tribunal Constitucional dicta, el precedente Villanueva Valverde, por su propia naturaleza, no podría ser aplicado a otro proceso toda vez que contiene reglas de procedencia para un proceso determinado, esto es, el de cumplimiento. A lo sumo, los únicos jueces ordinarios que pueden aplicar este precedente son los que conocen en primera y segunda instancia la acción de cumplimiento.

Asimismo, este precedente alcanza a todas las acciones de cumplimiento, independientemente, de la materia jurídica relacionada, sea civil, laboral o administrativo, no hay exclusión de ninguna; por eso decimos que el alcance del precedente es totalizador de las acciones de cumplimiento.

En suma, el juez constitucional deberá aplicar los requisitos de procedencia contenidos en el precedente Villanueva Valverde a todas las acciones de cumplimiento en etapa de saneamiento cuando tenga que pronunciarse sobre la validez de la relación jurídica, decretando la procedencia o improcedencia.

5.3. El precedente Villanueva Valverde ¿vincula al juez no constitucional?

El precedente *sub exánime* —lo repetimos— no debe aplicarse a un proceso que no sea el constitucional de cumplimiento porque los requisitos de procedencia que estableció son específicos para una tutela sumaria como es la que imparten los jueces constitucionales. La aplicación de estos requisitos de procedencia en la vía procesal de la justicia ordinaria colisionaría con la garantía procesal fundamental del acceso a la justicia¹⁸.

Ahora bien, con respecto a este tema son ciertas dos cosas. La primera, que una vía realmente parecida a la acción de cumplimiento es la vía contencioso administrativa en su denominado proceso urgente; y la segunda que, en reiterada jurisprudencia¹⁹, el Tribunal Constitucional ha declarado improcedentes varias

18 Para una revisión histórica completa del acceso a la justicia acompañada de estudios estadísticos, cfr. CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant (1983). *El Acceso a la justicia. Movimiento Mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*. Traducción de Samuel AMARAL. La Plata: Colegio de Abogados de la Plata.

19 Véase, por ejemplo, las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 4321-2005-PC/TC, N.º 5938-2005-PC/TC, N.º 7468-2005-PC/TC y N.º 9273-2005-PC/TC.

acciones de cumplimiento con el fin de que sean tratados en la vía contencioso administrativo en aplicación del precedente Villanueva Valverde²⁰.

No obstante, el párrafo que antecede, el juez de la vía contencioso administrativa ha decidido —en sentencias uniformes— aplicar el precedente Villanueva Valverde a los procesos urgentes so pretexto de la vinculación vertical que tiene el precedente y que el proceso urgente es congruente con la acción de cumplimiento.

Las consecuencias eran de esperarse. Así, el juez contencioso administrativo comienza a declarar improcedente (en la sentencia) los procesos urgentes que se sustentan en un acto administrativo cuyo *mandamus* (i) no individualiza al demandante, pero que en sus fundamentos apunta a que, en efecto, es el beneficiario²¹ o (ii) se encuentra condicionado al presupuesto del Estado²². Estos no son pues escenarios en los que deba aplicarse el precedente Villanueva Valverde y cuando el juez lo hace deja en desamparo la pretensión del demandante; y este de seguro se preguntará —como se lo preguntaría Alicia en un célebre episodio de la obra de Lewis Carroll— ¿a dónde ir?²³.

El juez contencioso administrativo ha sido señalado por el Tribunal Constitucional (fundamento 27 del precedente *sub exánime*) como el idóneo para conocer de las solicitudes de los administrados que exijan el cumplimiento de un acto jurídico que contenga un mandato. Este mandato no debe cumplir con los requisitos de procedencia señalados por el precedente Villanueva Valverde, porque este no es una acción de cumplimiento sino un proceso ordinario. Que el juez ordinario aplique este precedente no es sino una manifestación de la nula actividad reflexiva que tiene al momento de decidir su aplicación en el caso concreto.

20 Tal rechazo y reenvío ha sido tratado con detenimiento, en especial referencia a los problemas derivados de los *mandamus*, en el contexto de la otra ley universitaria en ETO, Gerardo (2013). *Constitución y procesos constitucionales*, t. II. Lima: Adrus, 2013, pp. 71-125.

21 Exp. N.º 02611-2015-0-2501-JR-LA-04 Santa, del 15 de febrero de 2016.

22 De la misma manera, esto se decidió en la sentencia recaída en la Resolución N.º 3 del Exp. N.º 04142-2015-0-2501-JR-LA-04.

23 Mínino de Cheshire, el gato, encuentra a una confundida Alicia en el dilema de qué camino tomar, y entonces el excéntrico animal le pregunta: ¿A dónde quieres ir? Fue tanta la perturbación de Alicia que olvidó a dónde quería ir; por eso, Mínino de Cheshire, le respondió: «Si no sabes a dónde ir, no importa qué camino tomes». En el caso que en este trabajo denunciamos puede ocurrir lo mismo. Solo no esperemos que sea tanta la perturbación que sienta el demandante que olvide que tuvo una pretensión, porque en ese momento el derecho material habrá sucumbido ante el proceso.

VI. ¿CORRECTA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VÁSQUEZ ROMERO?

6.1. Contenido del precedente

El precedente Vásquez Romero, recaído en el Expediente N.º 987-2014-PA/TC, consistió en un recurso de agravio constitucional interpuesto por Francisca Lilia Vásquez Romero contra la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, dentro del precedente se establecen los supuestos en los cuales el Tribunal Constitucional emitirá una sentencia interlocutoria denegatoria, siendo estos cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.
- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional.
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Es así que procederemos a realizar un análisis del cómo se ha venido aplicando este precedente y cuál es la correcta aplicación que se le debería dar a este precedente tan debatible hoy en día.

6.2. Cómo se debe aplicar el precedente Vásquez Romero

El precedente en mención advierte que es necesario que se complemente la pretensión a fin de evitar vaguedades o ambigüedades al momento de determinar la especial trascendencia constitucional de la pretensión. Será vaga la pretensión cuando hay ausencia de significados originados por la sola referencia general sobre el obligatorio cumplimiento de la trascendencia constitucional; mientras que la pretensión será ambigua cuando carezca de contenido, lo que origina las interpretaciones diversas.

La especial trascendencia constitucional de la que se ha hablado líneas arriba fue adoptada del modelo desarrollado en el derecho español, tomando como punto de inicio para su tratamiento el exigir la realización de una adecuada fundamentación de esta especial trascendencia constitucional, y al no cumplir con esta formalidad el Tribunal Constitucional queda habilitado

para dictar una sentencia interlocutoria denegatoria²⁴. Asimismo en los casos en que se utilice como fundamento el precedente Vázquez Romero no deberá realizarse una aplicación extensa de los cuatro supuestos que ahí se detallan, muy por el contrario, se deberá tomar a los mismos como criterios eminentemente restrictivos; es decir, solo debe aplicarse este precedente de manera excepcional, cuando no haya duda acerca de su encuadramiento en el caso concreto. Si no se aplica de esta manera, traería como consecuencia la vulneración a la correcta tutela jurisdiccional efectiva del demandante, quien busca la protección de sus derechos que están siendo violentados.

El caso Vázquez Romero no establece solamente el requisito de la «especial trascendencia constitucional» para la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria, sino que también contiene otros supuestos y causales de no menor relevancia, esto nos permite llegar a la conclusión de que es necesario desarrollar una mejor explicación acerca del contenido de estos supuestos. Es importante hacer una diferencia entre la necesidad del Tribunal Constitucional de nuestro país por brindar una correcta justicia y una actitud desesperada de este para buscar disminuir su carga procesal, lo cual es una tarea que no le corresponde.

6.3. ¿Cómo el Tribunal Constitucional viene aplicando el precedente Vázquez Romero?

Espinosa-Saldaña²⁵ señala que se debe realizar una delimitación de las pretensiones que deben ser conocidas por el Tribunal Constitucional en aras de lograr un mejor posicionamiento para la mejor tutela de los derechos. Esto pasa por conocer aquellos casos que son de vital importancia y merecen atención por parte del tribunal. Encontrar la especial relevancia constitucional, así como descartar aquellas demandas que carecen de fundamento, o en los casos referidos a temas que en su momento ya merecieron precedentes o regular jurisprudencia de un Tribunal Constitucional, es la tarea fundamental que no se ha venido dando en la práctica con el devenir de los años.

24 Constituye un auto el cual es emitido por el Tribunal Constitucional y en donde se emite el pronunciamiento acerca del recurso de agravio sin más trámite.

25 ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (2014). «Código Procesal Constitucional y acceso al Tribunal Constitucional: la plasmación de algunas pautas jurisprudenciales para así alcanzar a cabalidad lo buscado por el legislador». En *Revista Pensamiento Constitucional* 19(19).

Es por eso que en la gran mayoría de sentencias emitidas a nivel nacional como las recaídas en los Expedientes N.º 00888-2016-PA/TC, N.º 03639 2014-PHC/TC, N.º 02924-2013-PA/TC, N.º 05274 2015-PA/TC y el N.º 03540 2014-PA/TC, en las que se ha utilizado el precedente Vásquez Romero se ha venido dando una aplicación extensiva por parte de los magistrados de los cuatro supuestos establecidos en el precedente. Esta aplicación podemos explicarla en dos dimensiones:

- a) Los magistrados tratan de contener la totalidad de las causales de improcedencia previstas en el *Código Procesal Constitucional* (algunos contenidos en los artículos 4º, 5º y 70º) dentro de los 4 supuestos que ha declarado el precedente Vásquez Romero, no siendo este el fin que persigue. Se busca por el contrario que la pretensión encuadre indubitablemente en algunos de los supuestos ya establecidos, tratándose, por lo tanto, de una figura que debe ser aplicada de manera excepcional y no de manera general.
- b) Se viene realizando una aplicación indiscriminada, generalizada y extensiva a toda causal de improcedencia o rechazo que se encuentra en él, omitiendo la realización de la vista de la causa, es decir no oyendo los fundamentos de las partes y lesionando así el derecho al debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros.

Lo mencionado anteriormente pasa también por no declarar precedentes aquellos recursos de agravio constitucional en los cuales ya se ha fijado una posición por parte del Tribunal Constitucional o cuando se le plantean argumentos con poco sustento, donde se busca simplemente revertir una posición que no nos resulta favorable a pesar de estar tomada y fundamentada adecuadamente. Trayendo como resultado la desnaturalización de la aplicación del precedente y su indebida extensión a todas las causales de improcedencia previstas en el *Código Procesal Constitucional*, llegando a la convicción que se debe hacer un alejamiento de esas formas de entender el precedente y de aplicarlo en busca de proteger a aquellas personas que demandan una real tutela de sus derechos.

VII. CONCLUSIONES

1. Los problemas de relevancia son aquellos en los que se discute si un material jurídico autoritativo prevalece en la solución del caso, mientras que los denominados problemas de calificación se entienden como aquellos en los que una narración de los hechos no se subsume en la regla jurídica invocada.
2. En el Perú, decidir si se aplica un precedente no es un problema de relevancia porque los precedentes son vinculantes para las decisiones judiciales posteriores. El verdadero problema que aflige la aplicación del precedente es un problema de calificación. Los operadores jurídicos al decidir o defender un caso concreto deberán invocar el precedente pertinente, esto es, el precedente cuyos sustentos materiales coincidan con los supuestos fácticos del nuevo caso, y ese es un dilema de calificación.
3. De la aplicación de los precedentes Villanueva Valverde y Vásquez Romero por parte de los jueces ordinarios y el mismo Tribunal Constitucional, respectivamente, se concluye que ésta es dada por la vinculación al precedente más que por la reflexión del magistrado sobre su contenido y pertinente aplicación al caso concreto (calificación). Así, la incorrecta calificación de los magistrados vulnera garantías procesales fundamentales.
4. El precedente Villanueva Valverde, dirigido a ordenar la procedencia de las acciones de cumplimiento, es aplicado por los jueces contencioso-administrativos en los procesos urgentes. Si bien los procesos urgentes tienen semejante estructura procedimental que la acción de cumplimiento, no es posible la aplicación laxa del precedente. Si el juez ordinario advirtiera que la situación fáctica no es la misma que motivó al precedente, entonces podría hacer un correcto ejercicio de calificación, y determinar la inaplicación del precedente Villanueva Valverde a los procesos urgentes.
5. El precedente Vásquez Romero busca desestimar *prima facie* una acción constitucional que no tiene relevancia constitucional, a través de las denominadas sentencias interlocutorias denegatorias. Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional aplica este precedente de manera extensiva, más allá de las causales contenidas en el precedente, ocasionando que situaciones materiales distintas a las que motivaron al precedente sean desestimadas *prima facie*.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (1983). *El Acceso a la justicia. Movimiento Mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*. Traducción de Samuel AMARAL. La Plata: Colegio de Abogados de la Plata.
- CROSS, Rupert y HARRIS, James W. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- DYER CRUZADO, Edward Alexander (2014). *Una historia de desconfianza: El precedente Constitucional a través del Análisis Cultural del Derecho* [Tesis para optar el título de Abogado]. Lima: PUCP.
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (2014). «Código Procesal Constitucional y acceso al Tribunal Constitucional: la plasmación de algunas pautas jurisprudenciales para así alcanzar a cabalidad lo buscado por el legislador». *Revista Pensamiento Constitucional* n.º 19, pp. 285-297. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile12530/13090>.
- ETO, Gerardo (2013). *Constitución y procesos constitucionales*, t. II. Lima: Adrus.
- FIGUEROA, Edwin (setiembre de 2011). «Precedentes vinculantes: ¿consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?». En *Gaceta Constitucional*, n.º 45, pp. 281-307.
- GARCÍA, Belaunde D. «El precedente constitucional: extensión y límites». En FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo y FLORES PANTOJ, Rogelio (Coord.) (2017). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI. Encuentro Iberoamericano y VIII congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. México. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files//DR.%20DOMINGO%20MMM0GARCIA%20BELAUNDE.pdf>.
- HAKANSSON, Carlos (2009). «Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del TC peruano. Una aproximación». En *Dikroin, Revista de Fundamentación Jurídica* n.º 18, pp. 55-77.
- LANDA, César (2010). «Los precedentes constitucionales: el caso del Perú». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n.º 14, pp. 193-234. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3331533.pdf>.
- MACCORMICK, Neil (2005). *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores.
- MARINONI, Luiz (2017). «El precedente interpretativo». En *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Año 3, n.º 2, pp. 423-451. Recuperado de http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0423_0451.pdf
- SCHAUER, Frederick (2013). *Pensar como abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (diciembre 2012). «El precedente judicial en los sistemas del *civil law*». En *Revista Ius et Veritas*, n.º 45. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11991/12559>
- WROBLEWSKI, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. Lima: Grijley.

La ejecución provisional de la sentencia civil: La viabilidad de su aplicación en cuestiones patrimoniales como mecanismo de protección de la seguridad jurídica

Jhoselin Alvarado Marín*, Jonathan Betalleluz Montero*, María Álvarez Zanabria*

Resumen

Se analiza la importancia de la ejecución provisional de la sentencia en el ámbito constitucional y civil en el Perú, así como su diferencia con las medidas cautelares, concluyendo que éste es un mecanismo necesario en para asegurar la tutela jurisdiccional efectiva basado en el principio de igualdad de las partes.

Palabras clave: Ejecución provisional, principio de seguridad jurídica, medidas cautelares, principio de igualdad.

Abstract

It analyzes the importance of the provisional execution of the sentence in the constitutional and civil sphere in Peru, as well as its difference with the precautionary measures, concluding that this is a necessary mechanism to ensure the judicial protection based on the principle of equality of the parts.

Keywords: Provisional execution, principle of legal certainty, precautionary measures, principle of equality.

* Miembros del Grupo de Investigación Proceso & Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, Huancayo

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución provisional de la sentencia, conocida también en la doctrina peruana como la actuación de la sentencia impugnada, es un instituto y/o mecanismo procesal que permite hacer efectiva la pretensión emitida en sentencias judiciales; asimismo tiene una gran relevancia en temas constitucionales, pero existe una problemática en cuanto a su regulación, ya que muchos juristas opinan que la inserción de este mecanismo debería ser de manera paulatina, debido a que podría surgir un posible perjuicio en el sistema procesal peruano, por lo cual el legislador solo ha optado por regularlo en temas constitucionales y de intereses superiores como es el caso de los procesos de alimentos.

Otro punto relevante que se abordará es sobre la naturaleza de la ejecución provisional y su distinción con las medidas cautelares, definiéndolas y haciendo una distinción importante con el carácter asegurativo de esta última.

Asimismo, los autores del presente trabajo realizamos una propuesta legislativa de la ejecución provisional de la sentencia civil en cuestiones de carácter patrimonial, considerando una suerte de requisito de procedibilidad, asumiendo el respeto del principio de la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva; finalmente se menciona la regulación de la ejecución provisional de la sentencia en diversos países a manera de comparación.

II. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA

2.1. Definición

La ejecución provisional de la sentencia civil es conocida como actuación de la sentencia impugnada, la institución analizada debe ser una de las pocas en las que se niega su origen romano, pues se le atribuye en su mayoría un origen francés; desde el *Código de Procedimientos Civiles* francés de 1807, la institución investigada se ha sometido a distintos países, aunque varios de ellos no la incorporaron a su ordenamiento procesal, como es el caso peruano.

La actuación inmediata de la sentencia impugnada es el instituto procesal, por medio del cual se concede a la parte que ha obtenido una decisión favorable en primer grado el derecho a la actuación de la decisión que lo fa-

vorece¹; además, es una herramienta que permite el rápido cumplimiento de las resoluciones judiciales a la parte de quien está a favor lo dictado. En este contexto es una institución procesal, como una especie de tutela anticipatoria, la cual concede a la parte que ha obtenido una decisión favorable la actuación de lo pretendido.

Las ventajas de la ejecución provisional de la sentencia con respecto al ordenamiento jurídico procesal son i) Forma una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Marinoni² sostiene que «si el juez declara la existencia de un derecho, no hay razón para que el actor sea obligado a soportar el tiempo del recurso». Además ii) Fortalece la primera instancia, por ello Cortés dice que frente a una resolución dada en primera instancia «fruto de una tramitación informada por reglas concebidas como garantía de acierto de las decisiones judiciales»³, en tal sentido se asegura la calidad de las decisiones y obviamente dará paso a la eficacia de estos pronunciamientos judiciales inmediatamente, de tal modo que permitirá el restablecimiento de las interposición de recursos, no obstante que el *Código de Procedimiento Civil* establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos, la cantidad de excepciones a dicho principio ha importado, en la práctica, una aplicación inversa de esta regla.

2.2. Medidas cautelares y ejecución provisional de la sentencia

2.2.1. Medidas cautelares

En el artículo 612° del *Código Procesal Civil* se menciona que la medida cautelar importa un «prejuzgamiento». Según la RAE, prejuzgamiento es «juzgar a una cosa o a una persona antes del tiempo oportuno, o sin tener cabal conocimiento de ellas». A criterio nuestro no implica tal cuestión, ya que los puntos que hay que hacer en el juicio anterior son distintos a los que deben

1 MONROY GÁLVEZ, J. (2002). «La actuación de la sentencia impugnada». En *Revista Peruana de Derecho Procesal* n.º 5, p. 193.

2 MARINONI, Luis Guilherme (2008). «A execução «provisória» da sentença». En MARINONI, Luiz Guilherme y Didier, Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma procesal civil* (São Paulo, 2001), p. 379.

3 CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2010). «Notas sobre la ejecución provisional en el Proyecto de *Código Procesal Civil* chileno». TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Coord.). *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, tomo II. Santiago de Chile: Thomson Reuters-Puntolex, p. 1133.

ser analizados para el juicio siguiente. Es cierto que existen algunos puntos coincidentes, pero lo exigido en uno y en otro caso son diferentes.

Las medidas cautelares son instrumentales, pues una medida cautelar no se puede dar por sí misma ya que siempre tendrá que existir una pretensión que con ella se quiera garantizar, la cual le sirve de instrumento de eficacia. Son provisorias, ya que mantendrán su vigencia hasta que no se dicte la sentencia consentida y firme. Cuenta también pues con variabilidad, que no es más que una consecuencia, es que las resoluciones cautelares se dictan en función a ciertas circunstancialidades, cuya variación tiene un efecto en la propia resolución que ha sido emitida. En efecto, para conceder o denegar una medida cautelar, el magistrado ha evaluado algunas circunstancias que, al momento en el que tomó la decisión, consideraba oportunas. Sin embargo, es posible que con el transcurso del proceso estas circunstancias que motivaron a otorgar o denegar una tutela cautelar varíen. Toda vez que también podrá variar la resolución que resolvió conceder o denegar.

De esta manera, se puede señalar que una medida cautelar se otorga con el propósito de garantizar una sentencia que se va a dar en un futuro.

2.2.2. Diferencias entre medidas cautelares y la ejecución provisional

En cuanto a la ejecución provisional de la sentencia, su naturaleza es ejecutiva, su función sustancial es la ejecución definitiva de la sentencia que se ha impugnado. Una de sus finalidades, mas no la principal, es disuadir a los justiciables a no interponer recursos dilatorios e innecesarios. Como se dijo antes, las medidas cautelares son instrumentales, pues supone la preexistencia de un proceso principal al que asegurar. En el caso concreto de la ejecución provisional, la misma es igual a la definitiva, pero sujeta a la condicionante de que no se revoque o anule la sentencia impugnada. Lo único que pretende el justiciable que solicita la ejecución provisional es que se satisfaga la pretensión que ha planteado y que ha sido fundada en sentencia.

Otro punto divergente entre medida cautelar y ejecución provisional (medida ejecutiva) es la permanencia en el tiempo. La medida cautelar es temporal porque solo busca el efecto de asegurar la eficacia del proceso principal. Sin embargo, la ejecución provisional es permanente y su eficacia está supeditada a una condición resolutoria, que la sentencia que se está ejecutando sea revocada o confirmada.

Las medidas cautelares aseguran la eficacia del proceso principal, mientras que la ejecución provisional satisface la pretensión ejercitada.

2.3. El principio de seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un principio estrechamente ligado a los Estados Constitucionales de Derecho; tiene dos elementos importantes, el primero es el elemento objetivo, referente a concreta formulación de normas y su debido cumplimiento, y el segundo, el elemento subjetivo, representado por la certeza del Derecho, es decir, que la seguridad debe ser conocida por las personas, teniendo éstas la garantía de que su situación jurídica no será modificada o vulnerada.

En este sentido, es prudente resaltar que la seguridad jurídica busca que el derecho sea cierto y predecible, de modo que todas las conductas puedan ser ajustadas a la norma, sin el temor de que esta no sean reconocida y/o vulnerada. Si las normas o instituciones jurídicas fueran desconocidas, sería casi imposible alcanzar el fin supremo del Derecho, que es la justicia.

Así en nuestra *Constitución Política* de manera implícita hace referencia a la seguridad jurídica, en su artículo 1° señala que: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Es por ello, que el deber primordial del Estado peruano es asegurar la efectividad de los derechos de la persona humana, teniendo a la justicia como un valor final y a la seguridad jurídica como el instrumento para alcanzarla.

Con base en este principio se verifica la imperiosa necesidad de regular la ejecución provisional de la sentencia, porque es un mecanismo que busca dar certeza al ejecutante sobre la sentencia emitida a su favor y, consecuentemente, brindarle eficacia.

2.4. La ejecución provisional de la sentencia y su enfoque constitucional

La actuación inmediata de las sentencias impugnadas se encuentra regulada en el *Código Procesal Constitucional*, aunque de un modo muy escueto, por ello se ha prestado a múltiples interpretaciones y dejado como consecuencia una laguna normativa. El artículo 22 del citado *Código* menciona en su primer párrafo que «La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda». Y es que, en cuanto a las garantías de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y

cumplimiento que protegen derechos fundamentales y, por ende, requieren de tutela urgente, rápida y eficaz, la sentencia de primera instancia puede ejecutarse aun cuando se encuentre en plazo de apelación o incluso cuando ya se haya impugnado ante un órgano superior. No obstante, el artículo 22 se limita a habilitar de modo confuso esta institución como parte de su regulación, mas no a desarrollar sus criterios de aplicación, motivo por el cual el Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios en diferentes sentencias; de este modo existen algunos preceptos que son esclarecedores, pero aun dejan lagunas al respecto.

También es importante mencionar que aunque se encuentra reconocido que puede aplicarse la ejecución provisional a fin de salvaguardar derechos de carácter urgente e impostergable, los jueces no solían utilizar esta institución; esta una razón más para emitir sentencias que interpreten la norma de modo adecuado.

2.4.1. En el proceso de amparo

En la sentencia 607-2009-PA⁴ del caso Flavio Jhon Lojas contra la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, el Tribunal Constitucional establece los presupuestos en la ejecución provisional de la sentencia, debido a que en este caso en particular ocurre una sustracción de la materia durante el proceso que hace irreversible las cosas a su estado anterior, mas no quita la posibilidad de pronunciarse sobre esta institución porque el juez de primera instancia no ordenó la ejecución provisional aun pudiendo hacerlo. En este caso donde el exestudiante universitario pide ingresar libremente a su centro de estudios y tener derecho a dar exámenes finales aun cuando no se encuentre al día en el pago de sus pensiones, se privilegia el derecho a la educación no obstante el estudiante ya había culminado los doce semestres académicos correspondientes a la Facultad de Derecho y la dilación del proceso no permitió una tutela efectiva de su derecho a la educación cuando fue requerido con el carácter urgente.

Entre los criterios más relevantes establecidos en el fundamento 63, se encuentra el sistema de valoración mixta que permite cierta discrecionalidad al conceder o no la ejecución provisional, aunado al carácter inimpugnable de

4 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00607-2009-AA.html>

la resolución que concede o deniega la misma. En esta parte podemos observar una clara diferencia con la propuesta de implementación en materia civil, puesto que no se prioriza la igualdad de las partes por la naturaleza misma de los derechos materiales en controversia. Asimismo, se menciona la precisión del mandato que ordena la ejecución, así como su aplicación total o parcial respecto de las pretensiones; también en cuanto a la facultad de otorgar la ejecución provisional de oficio o a pedido de parte. En cuanto a la necesidad de ponderar y realizar un buen análisis del caso, en concreto, está la proporcionalidad que pide que la ejecución no dañe los derechos fundamentales de la otra parte, de manera tal que pudiera parecer arbitraria, irracional o desproporcionada.

También se encuentran mencionados los presupuestos procesales que son tres:

1. No irreversibilidad: La actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.
2. Proporcionalidad: No obstante que por regla general el juez debe conceder la actuación inmediata, al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.
3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad (00607-2009-PA/TC, 2009).

Respecto del tercer presupuesto procesal, se abre una controversia en torno a la posibilidad del otorgamiento excepcional de una contracautela, debido a que esta puede hacer muy complicado que se otorgue la ejecución provisional y condiciona el otorgamiento de un derecho. Y es que parece mucho más racional fundamentar la denegatoria de esta medida en la desproporcionalidad que pueda causar.

Tanto en este como en muchos otros casos de proceso de amparo, se tiene por conveniente ejecutar provisionalmente las sentencias al ser este un recurso

por excelencia protector de derechos fundamentales urgentes que requieren de actuación inmediata y deben ser protegidos de posibles procesos dilatorios.

2.4.2 En el proceso de Habeas Data

El proceso de *habeas data*, conocido por tutelar el derecho a la información y cuyos alcances son ampliamente regulados en el artículo 61 del *Código Procesal Constitucional*, tiene una particularidad en cuanto a la ejecución provisional de la sentencia y es que, a diferencia de otros procesos cuando se emite una resolución que ordena la actuación anticipada de una sentencia favorable para el demandante a la entrega de información, hace irreversible las cosas al estado anterior. Una vez satisfecha la tutela de este derecho, la apelación únicamente posee un fin unificador de criterios para su posterior aplicación en casos semejantes y el proceso concluye por sí mismo la litis del caso.

Esta situación debería ser analizada con la verosimilitud del derecho que se invoca, pues de lo contrario podría caerse en el error de concluir el proceso y verse perjudicado el derecho a la doble instancia, como consecuencia no podría modificarse la situación que ocasionó la actuación inmediata.

En estos procesos constitucionales hemos visto posibles contingencias en la aplicación de la ejecución provisional, aun cuando se trata de la tutela de derechos fundamentales y urgentes. El *Código Procesal Constitucional* que no regula de manera clara la aplicación de esta figura ha necesitado de interpretación constitucional que aún no es completa.

2.5. La viabilidad de la ejecución provisional de la sentencia civil en cuestiones de carácter patrimonial

La actuación de la ejecución provisional de la sentencia solo está regulada en determinados supuestos que el legislador consideró relevante, regula así las cuestiones de carácter no patrimonial y deja de lado el reconocimiento en cuestiones de carácter patrimonial, un claro ejemplo de ello se da en el caso referente a la obligación de prestar pensión de alimentos, establecido en el artículo 566° del *CPC*, en la cual se da la posibilidad de que el monto por concepto de pensión alimenticia establecida en la sentencia pueda pagarse por adelantado; asimismo, se permite que sea ejecutada aunque medie el recurso de apelación.

Consecuentemente, podemos deducir de una primera lectura que la intención del legislador fue la de optar por una aplicación de la ejecución

provisional de la sentencia civil, pero de manera paulatina, prevaleciendo únicamente supuestos específicos, como es el caso del interés superior del niño, todo ello con la finalidad, tal vez, de evitar que la aplicación total genere un perjuicio en el ordenamiento adjetivo. Por tanto, cabe preguntarnos: ¿Es viable la ejecución provisional de la sentencia civil en cuestiones de carácter patrimonial?

Para responder a dicha interrogante es necesario determinar que la ejecución provisional tiene por finalidad evitar los recursos dilatorios, así como de dotar de eficacia inmediata a la sentencia, ya que la parte procesal que obtiene una sentencia a su favor no tendría por qué soportar la espera hasta que se resuelva el recurso interpuesto por la otra parte, brindándole así seguridad jurídica y prevaleciendo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.5.1. Requisitos de procedibilidad para la ejecución provisional de la sentencia civil en supuestos patrimoniales

Como se pudo advertir líneas arriba el legislador ha optado por una aplicación paulatina de la ejecución provisional de la sentencia civil, por lo tanto la propuesta que a continuación presentamos tiene por finalidad buscar una armonía en cuanto al principio de igualdad de las partes, de este modo fundamentamos la viabilidad en una suerte de requisitos de procedibilidad que permitirá la ejecución provisional en cuestiones de carácter patrimonial, tomando en consideración los valores de la seguridad jurídica.

a) Criterio de razonabilidad para la viabilidad de la ejecución provisional de la sentencia

Entendamos por razonabilidad al requisito inmerso en la presentación de la solicitud de ejecución provisional de la sentencia, es decir, la solicitud debe estar fundada en criterios lógicos y con el uso de métodos argumentativos que conlleven a su aprobación, es así que el Tribunal Constitucional hace referencia a la razonabilidad como requisito que excluye la arbitrariedad⁵.

5 EXP N.º 0090-2004-AA/TC-LIMA. 12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), «una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica».

Por tanto, para poder hacer efectiva la solicitud de la ejecución provisional de la sentencia, se entiende que es necesario que el ejecutante sustente su pedido en fundamentos basados en el uso de la lógica y argumentación, así como en los valores y/o principios que ayuden a determinar la imperiosa necesidad de declarar procedente su pedido.

b) Exigencia de caución

La falta de una caución deja en una situación de desigualdad al ejecutado frente al ejecutante, por lo que es importante que el ejecutante otorgue una garantía de restitución en caso la sentencia de segunda instancia sea revocada y cause un perjuicio al ejecutado. Esta caución podría establecerse en un monto dinerario y de tipo real, en ambos casos relativo al monto de la ejecución.

2.5.2. Igualdad entre las partes del proceso

Entendamos que en un estado constitucional de derecho se busca prevalecer la justicia, teniendo en cuenta que una tutela que tarda no sería considerada como tutela jurisdiccional efectiva; entonces es prudente resaltar que dentro de un debido proceso, lo que se busca es establecer la igualdad entre las partes, igualdad que permita garantizar que ambas partes procesales tengan las mismas oportunidades y facilidades para que puedan hacer efectiva sus pretensiones, logrando así que se dicten decisiones imparciales, todo ello con base en el Principio de Seguridad Jurídica. Por tanto, la parte ejecutada debería estar premunida a su vez de mecanismos que le permitan cuestionar la ejecución provisional, así como poder satisfacer un posible daño que se le ocasione.

a) Facultad de oponerse a la ejecución provisional

Es necesario la implementación de un recurso que permita al ejecutado la posibilidad de oponerse a la ejecución provisional de la sentencia, ya que este mecanismo podría evitar daños posteriores que se podrían generar cuando se declare la revocatoria de la sentencia ejecutada.

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

b) Indemnización a favor del ejecutado

La implementación de este mecanismo permitirá al ejecutado satisfacer el perjuicio o daño que se le haya causado producto de la ejecución provisional de la sentencia que ha sido revocada por el superior jerárquico.

2.6. La actuación de la sentencia impugnada en la legislación comparada

La ejecución provisional fue introducida en el Derecho Español, como figura de cumplimiento de una sentencia definitiva, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. La regulación contemplada en la Ley de 1855, como también en la de 1881, ésta era bien restrictiva, es decir, a modo literal, solo se enfocaba en las sentencias de recurso extraordinario de casación ante el tribunal supremo, y colocaba una dificultad a quien deseaba solicitar la ejecución de la sentencia, por ende quedó reducida la aplicabilidad a los casos de condena líquida, los cuales establecían su valor de cuantía para apoderarse en un sentido de los intereses que se pretendían.

En el *Código de Procedimiento Civil* italiano, en la ley de 26 de noviembre de 1990, se establecía el efecto suspensivo de la sentencia apelada. Ya que el antiguo artículo 282 del *CPC* establecía la posibilidad de que el juez podía declarar provisionalmente la ejecución de la sentencia sí o sí a pedido de parte, pero solamente se daba por fundada con un documento público, que lo hacía para las partes, esencialmente privado, entonces obtenía la autoridad de cosa juzgada o bien si hay peligro en el retardo, entendamos como peligro en el retardo a aquel referido al buen resultado de la ejecución retardada, porque el retardo puede aumentar sus dificultades. En ambas situaciones, como afirma Carnelutti: «la seguridad de la prueba del hecho constitutivo del derecho declarado cierto o el peligro del menor rendimiento de la ejecución retardada, constituyen una razón favorable a la ejecución inmediata de la sentencia apelada».⁶

El nuevo *Código de Procedimiento Civil* francés regula la ejecución provisional en el capítulo IV del Título XV del Libro I denominado «Disposiciones comunes a todas las jurisdicciones», aludiéndose como una institución aplicable a todas las resoluciones que poseen efecto suspensivo. Por otro lado

6 CARNELUTTI, FRANCISCO (1973). *Instituciones del proceso civil* vol. II. Traducción de la 5.^a edición por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, 138 p.

el *Código* francés establece que al momento de la dictación de la sentencia se predeterminará si ésta será ejecutada o no, es decir, ya reflejará la disposición en sí, por ello el juez lo ordenará ya que está disponible y en concordancia con la ley, además que se considera oportuna, procederá por oficio o a pedido de parte que puede ser ante el Tribunal Superior, el cual establecerá un límite de tiempo para la ejecución de la pretensión.

III. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, los autores del presente artículo llegamos al consenso de que se debe hacer una urgente implementación de la ejecución provisional de la sentencia en supuestos patrimoniales, tanto en primera como segunda instancia, pero considerandado los requisitos fundamentales para su presentación, asimismo se debe dotar de mecanismos de protección al ejecutado, solo en dicho supuesto estaríamos respetando la tutela jurisdiccional efectiva.

Por lo tanto, consideramos que no basta con reconocer la ejecución provisional de la sentencias para los temas constitucionales y de intereses superiores; es necesario entender que este mecanismo coadyuvará al alcance de la justicia en base del principio de la seguridad jurídica que todos pretendemos se nos brinde en un proceso. Seguridad jurídica que se encuentra inmersa en el ordenamiento jurídico por ser connatural al derecho y tener por finalidad el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- CARNELUTTI, FRANCISCO (1973). *Instituciones del proceso civil* vol. II. Traducción de la 5.ª edición por Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, p. 138.
- CORTEZ MATCOVICH. Gonzalo (2010). «Notas sobre la ejecución provisional en el Proyecto de *Código Procesal Civil* chileno». TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Coord.). *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* tomo II. Santiago de Chile: Thomson Reuters-Puntolex, p. 1133.
- MARINONI, Luis Guilherme (2008). «A execução «provisória» da sentença». En MARI-NONI, Luiz Guilherme-Didier, Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma procesal civil* (São Paulo, 2001), p. 379.
- MONROY GÁLVEZ, J. (2002). «La actuación de la sentencia impugnada». En *Revista Peruana de Derecho Procesal* n.º 5, p. 193.

Tutela cautelar, técnica anticipatoria y proceso de amparo: Algunos apuntes para un diagnóstico

Frank Guzmán Mamani*, Bruce Medina Cervantes*, Gabriel Uscamayta Huamán*

«El tiempo es una cueva de ladrones»

M. BENEDETTI

Resumen

El tiempo ha sido, desde siempre, uno de los principales problemas que ha aquejado el proceso judicial. Actualmente, es una necesidad del procesalismo y, por ende, del procesalista, bajo la óptica del Estado Constitucional, darle la debida importancia tanto en los estudios teóricos como en cuestiones prácticas. Por ello, la técnica anticipatoria de tutela, o llamada también tutela anticipada, se muestra como un instituto óptimo e ideal de cara a la optimización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo esta una herramienta que busca, en la medida de lo posible, combatir el tiempo y la urgencia en el proceso. Más aún en aquellos procesos de urgencia que, en realidad, no tienen nada de urgente.

Palabras clave: Técnica anticipatoria de tutela, Proceso de amparo, Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Tutela de urgencia.

Abstract

Time has always been one of the main problems that has concerned the judicial process. Nowadays, it's a prozeduralism's need and, thus, proceduralist's, under the view of the Constitutional State, giving due importance to theoretical studies as the practical issues. Thus, the anticipatory protection technique, also called anticipated protection, it's a tool that seeks, as far ass possible, combating time and urgency in process, even more in those urgent process that, in reality, are nothing urgent.

Keywords: Anticipatory Protection Technique, Protection Process, Due Process of Law Fundamental Right, Urgently protection

* Miembros del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal (CIDEPRO) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca dar un panorama y a la vez un diagnóstico de cara al proceso de amparo y su necesidad de incorporar técnicas de urgencia para alcanzar su fin, llamémosle así, ontológico. Para ello, daremos cuenta, antes que nada, de algunas precisiones teóricas, como por ejemplo: La distinción entre técnica anticipatoria de tutela (o llamada también tutela anticipada) y tutela cautelar. Esto para no confundirlas. Posteriormente, pasaremos a analizar brevemente la condición de «urgente» del proceso de amparo y demostrar la necesidad del porqué es necesaria la incorporación de la técnica anticipatoria para optimizar el proceso de amparo y con ello el derecho que toda persona tiene a una tutela jurisdiccional *efectiva*.

II. LA TUTELA CAUTELAR

Antes de hablar de tutela cautelar, como tal, es necesario desmembrarla por partes. Empecemos por el término «tutela». La acepción contextual (y, por ende, convencional) de tutela en el mundo jurídico refiere a la *protección jurídica* de una determinada situación; ésta, a su vez, refiere a un tipo de protección general y no específica: i) Por protección en general se refiere a la protección abstracta y amplia que brinda el derecho frente a las situaciones de la vida misma, mientras que por protección específica se refiere a los *medios* que utiliza el derecho para proteger; y ii) por protección abstracta, que nos brinda el derecho, se refiere a la juridicidad de las acciones plasmadas en enunciados lingüísticos, es decir, el derecho protege a los sujetos desde que las acciones de los mismos están establecidas como supuestos fácticos en la estructura de las disposiciones normativas formuladas (*rectius: reglas*).

Por otro lado, la protección específica (referida a los medios de protección) depende necesariamente de la forma cómo el Estado protege una determinada situación; para ello, el Estado opta por una tutela (no jurisdiccional) de los derechos¹ o por una tutela jurisdiccional de los mismos.

La *tutela no jurisdiccional de los derechos* puede resumirse a la simple juridicidad de las acciones. El derecho protege la situación de los sujetos desde que están plasmadas por el lenguaje en sus textos normativos. El derecho, una

1 En este ámbito puede encontrarse la tutela civil de los derechos, cfr. MAJO, 1993: 1 y ss.

vez que recoge los supuestos de la vida diaria, produce *seguridad*² en el comportamiento del sujeto.

Un ejemplo, para aclarar la situación, vendría a ser el peculiar caso de ejercer un préstamo de dinero a una persona sabiendo que el derecho me brindará mecanismos (de protección) para poder reclamar el dinero que he prestado en caso de incumplimiento, ya que en caso de cumplimiento la actuación del derecho habrá sido espontánea e ideal, protegiendo así al acreedor espontáneamente.

La *tutela jurisdiccional de los derechos* puede resumirse a la intervención del Estado para condicionar (*rectius: coaccionar*) el comportamiento de los sujetos, es decir, es necesaria la intervención del Estado para el cumplimiento del derecho o de un determinado comportamiento. Esta tutela refiere al cumplimiento forzoso del derecho. Tomando en cuenta el ejemplo anterior, si yo hago un préstamo de dinero y, de manera espontánea, el deudor no cumple la obligación, el Estado obliga a que el deudor cumpla con pagar la deuda (de manera forzosa) mediante un proceso judicial.

De todo lo anteriormente dicho, se puede concluir que existe una tutela material *en sentido estricto* de los derechos y otra tutela *procesal-material* de los mismos en caso exista incumplimiento espontáneo del primero.

Así las cosas, el análisis del término «cautelar» resulta más sencillo, entendiéndolo como complemento del término «tutela». Una acepción general sobre el particular vendría a ser que dicho término refiera a la prevención, pero, a la prevención de qué. Bien, según lo contextual del término, ésta referiría a la prevención de otra tutela jurisdiccional, es decir, o mejor dicho, al *aseguramiento* de una tutela (jurisdiccional) principal. La tutela cautelar es un tipo, también, de tutela jurisdiccional que permite, en términos generales, asegurar los efectos futuros de lo que resultará en otra tutela (la tutela principal) *previniendo* los daños y/o la ineficacia que produjera la misma en el transcurso del tiempo.

Ahora bien, dejando de lado el análisis de lo que (en principio) significa tutela cautelar, pasaremos a dar un estudio sobre el particular centrándonos

2 La instrumentalidad de la seguridad jurídica respecto al comportamiento humano ha sido desarrollada de manera brillante por Humberto Ávila. El profesor Ávila resume la importancia de la seguridad jurídica para la toma de decisiones diciendo lo siguiente: «(...) En otras palabras, la seguridad jurídica es una norma que determina la realización de un estado de hecho marcado, como ya se ha referido, por la capacidad de que el individuo realice dignamente una planificación estratégica jurídicamente informada y respetada de su acción», cfr. ÁVILA, 2012:153.

en esbozar una crítica sobre la concepción errónea que se ha tenido sobre la tutela cautelar en gran parte de la doctrina procesal.

2.1 La concepción tradicional

La tutela cautelar sirve para el aseguramiento de una tutela principal. Sin embargo, dicha afirmación que, relativamente, aparenta ser tautológica respecto a la naturaleza de cautela, ha sido en cierta medida distorsionada y equívoca. Veamos por qué.

A nadie le cabe duda que la mayor autoridad para hablar de tutela cautelar, aun en estos días y salvo algunas excepciones³, es Piero Calamandrei. El profesor florentino desde la emisión de su monumental obra *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares (Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari)* en 1936 se convirtió en la referencia principal sobre el tema. Sin embargo, antes de llegar a revisar el pensamiento de Calamandrei, es necesario revisar los antecedentes de su pensamiento, en especial el pensamiento de Giuseppe Chiovenda (maestro de Calamandrei) sobre la *azione assicurativa*.

Chiovenda concebía la acción como *poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley*⁴, es decir, la acción le pertenecía al Estado y solo el ciudadano podía, mediante la acción, provocar su ejercicio⁵. Dentro de esta misma concepción, Chiovenda diferenciaba entre la acción y la *mera* acción. La primera referida a la acción que busca la satisfacción del derecho material preexistente y la segunda a una acción que no contiene un derecho material preexistente para tutelar, como tal, en juicio. Chiovenda consideraba la *azione assicurativa (rectius: azione cautelare)* como *mera azione*, es decir, no consideraba el derecho a la cautela como un derecho material preexistente. Por todo ello, se puede entender, entonces, que Chiovenda distinguía la tutela cautelar de la tutela ordinaria desde el punto de vista de la acción, ya que la tutela cautelar suponía una *mera azione* mientras que la tutela ordinaria suponía una *azione*.

3 Siguiendo la línea de un comentario hecho por Giuseppe Tarzia: «se puede decir, aún, que la sistematización de Calamandrei, salvo por algunos (no importantes) aspectos, es todavía dominante», cf. TARZIA, 2008: XXIV.

4 Cfr. CHIOVENDA, 1965: 45; cfr. CHIOVENDA, 1922: 60.

5 Cfr. MITIDIERO, 2013: 30.

Posteriormente, Calamandrei empezará su estudio sobre los proveimientos cautelares distanciándose, en principio, de Chiovenda sobre la base de su distinción. Si bien Chiovenda distinguía la tutela cautelar de la tutela ordinaria desde la acción, Calamandrei lo hará desde el proveimiento que da el juzgador. Calamandrei da cuenta que la distinción radica en la decisión del juez. Mientras que los proveimientos cautelares son decisiones provisionarias (tomadas bajo cognición sumaria), los proveimientos de tutela ordinaria (declarativas o ejecutivas) son decisiones definitivas (tomadas bajo cognición completa). Además, da cuenta de dos características fundamentales de la tutela cautelar: la temporalidad y la provisionalidad de la decisión.

La primera refiere a que dicha decisión tiene una duración limitada; mientras que la segunda, refiere a que dicha decisión no está destinada a durar para siempre y que será, por ello, sustituido por algo definitivo. Por ello, lo cautelar «può considerarsi come la anticipazione di certi effetti (decisori o esecutori) del futuro provvedimento principale»⁶.

Sin embargo, el profesor florentino no solo argumentará que las decisiones que anticipan los efectos de la decisión principal es la única forma de resolución cautelar, añadirá a éstas las denominadas resoluciones dirigidas a asegurar la ejecución forzada.

A partir de la teorización de Calamandrei, la experiencia europea sobre resoluciones cautelares refiere a la existencia de tres tipos de resoluciones cautelares⁷: i) Resoluciones que conservan la situación de hecho y de derecho con la finalidad de asegurar la futura ejecución forzada; ii) las resoluciones de regulación de una situación provisional, y iii) las resoluciones que anticipan el contenido de la resolución definitiva y satisfacen inmediatamente, de manera total o parcial, el interés protegido por el derecho deducido en juicio.

El influjo dado por Calamandrei, a partir de la publicación de su obra, tuvo gran repercusión no solo en Europa, sino también en América Latina. Toda la legislación correspondiente a proveimientos cautelares surgidas posterior a 1936 tuvieron como eje de partida el pensamiento de Calamandrei.

6 Calamandrei citado por Mitidiero, cfr. p. 34. La traducción de dicha cita corresponde a entender lo siguiente: [El proveimiento cautelar] puede considerarse como la anticipación de ciertos efectos [decisorios o ejecutorios] del futuro proveimiento principal.

7 Stürner citado por Caponi, cfr. CAPONI, 2012: 1252.

Así, se enderezó la idea de que la tutela cautelar era provisional e instrumental (en sentido equívoco).

2.2. Desmitificando las aporías de la concepción clásica de la tutela cautelar: hacia una concepción contemporánea

Un gran paso, y quizás el mayor mérito de la doctrina procesalista posterior a Calamandrei, fue el estudio de las resoluciones cautelares. Como hemos visto líneas arriba, se dividió en tres grandes grupos, dando esta división paso a un estudio más profundo de las resoluciones cautelares debido a que, a grandes rasgos, no existía una correcta conceptualización de las mismas, en especial, como afirma Remo Caponi, de las resoluciones cautelares destinadas a anticipar el contenido de la resolución definitiva (*rectius*: resoluciones cautelares «anticipatorias»)⁸, la cual será pieza clave para poder identificar la distinción (y, por ende, la concepción) contemporánea entre tutela cautelar y tutela anticipada.

La concepción tradicional indica que la tutela cautelar tiene como características fundamentales la provisionalidad de la decisión y la instrumentalidad de la misma. Con respecto a la primera, es necesario contradecir dicho argumento, ya que, como veremos más adelante, la tutela cautelar no es provisorio; con respecto a la segunda, es necesario aclarar en qué medida (y en cuál no) la tutela cautelar es instrumental.

Con respecto a la provisionalidad, se consideraba que toda medida cautelar era provisional porque era concedida bajo cognición sumaria, es decir, bajo una cognición no completa. La tutela sumaria, como tal, tiene dos caras: una material y una formal. La primera refiere a la cognición, mientras que la segunda al procedimiento. La óptica de los teóricos de la tutela cautelar entendían que la tutela cautelar pertenecía a un tipo de tutela sumaria material (de cognición); por ello, se consideraba que toda tutela cautelar era provisional porque suponía una sumariedad material (es decir, una cognición no completa).

Con respecto a la instrumentalidad, se consideraba que toda medida cautelar era dependiente del proceso principal. Sin embargo, no solo era dependiente respecto a su efectividad (como vendría a ser lo correcto a considerar) sino también como algo sin autonomía respecto a la tutela principal. La in-

8 El profesor Remo Caponi asegura que «al tempo in cui il giurista fiorentino scrive il suo libro sulla tutela cautelare, i provvedimenti del terzo tipo (provvedimenti anticipatori) non avevano ancora ricevuto una marcata elaborazione concettuale (...)», cfr. *Idem*, p. 1253.

interpretación de lo cautelar como *instrumento* hacía referencia a que el proveimiento cautelar carecía (o, en el mejor de los casos, era limitado) de objeto, *petitum* y *causa petendi*. Es decir, lo cautelar era solo un apéndice secundario del proceso principal y dependía, en todo sentido, de este.

Habiendo visto las características tradicionales de la tutela cautelar, es necesario, para continuar con nuestro argumento en contra de esta concepción, demostrar porqué la tutela cautelar no es provisoria y porque es solo instrumental en un aspecto restringido.

El primer argumento radica en que el Estado brinda, solamente, dos tipos de tutela jurisdiccional⁹: una definitiva o una provisoria. A la vez, la tutela definitiva puede subdividirse en dos tipos: satisfactivas o asegurativas.

Respecto a lo que estamos abordando, solo nos interesa, por el momento, la explicación de la tutela definitiva, para ello es necesario entenderla y, también, entender su clasificación.

La *tutela definitiva* es emitida, siempre, por una cognición completa que tiene el juez sobre el objeto del proceso sobre el cual conoce. Dicha tutela, a su vez, puede ser satisfactiva o asegurativa.

Por *tutela definitiva satisfactiva* se entiende que la tutela permite la certificación o efectivización del derecho material discutido¹⁰. A su vez, la tutela definitiva satisfactiva puede dividirse en: tutela de certificación (declarativa, constitutiva o de condena) o tutela de efectivización (ejecución)¹¹.

Por *tutela definitiva asegurativa* se entiende que la tutela no permite la satisfacción de un derecho, pero sí la *aseguración* de la futura satisfacción¹². Este tipo de tutela, a diferencia, de la definitiva satisfactiva, se caracteriza por ser *instrumental y temporal*¹³.

Es *instrumental* porque es medio de protección de otra tutela. Es *temporal* porque sus efectos (de preservación) tienen una duración determinada, ya que se extingue con la tutela satisfactiva. Sin embargo, que sea temporal no implica que por ello deje de ser una tutela definitiva; al contrario, la *definitividad* de una tutela depende de su cognición, es decir, existe decisión definitiva de algo cuando de por medio existe una cognición completa del objeto.

9 Cfr. DIDIER, SARNO y SANTOS, 2010, p. 331.

10 *Idem*, p. 332.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

Ahora bien, si recordamos la concepción tradicional, nos damos cuenta que para ellos la tutela cautelar era una tutela provisoria, no temporal. Se consideraba provisoria porque tenía cognición sumaria del objeto del proceso principal, ya que se desconocía que la tutela cautelar tenía una finalidad autónoma y un objeto distintos a la finalidad y objeto del proceso principal. Para el fin de *aseguramiento* no es necesario saber (de manera sumaria y precaria) que A le debe a B, sino que existe una posibilidad de que si A le debe a B, este no le pague. Que A le deba a B es objeto de debate en el proceso principal, mientras que si existe una posibilidad de que A le deba a B y este haga algo para quedarse sin fondos y no pagarle, es objeto del proceso cautelar. Debe existir un conocimiento completo sobre la posible situación (evidenciada) de que A no le pague a B, si este tuviese la razón, y no un conocimiento precario de que A le deba a B.

La tutela cautelar «constituye un caso de tutela definitiva, (ya que es) proferida mediante cognición completa del derecho a la cautela y cognición sumaria del derecho cautelado»¹⁴.

Bajo esta línea, se puede resumir que la distinción principal entre provisional y temporal radica en que el primero refiere a que algo será remplazado por algo definitivo y lo segundo a que es algo definitivo pero de corta duración¹⁵.

De todo lo dicho anteriormente, se puede resumir que la tutela cautelar no es provisoria ya que es dictada con cognición completa de su objeto y que esta decisión no tendrá otra futura que la reemplace, por lo tanto, es definitiva. Es temporal ya que sus efectos tienen una duración dependiente de la preservación del derecho. Es instrumental porque es medio de protección de otra tutela, sin embargo, tiene un objeto, un procedimiento y una finalidad autónoma (la cual no depende de lo principal).

III. LA TUTELA ANTICIPADA (O MEJOR DICHO: LA TÉCNICA ANTICIPATORIA DE TUTELA)

Siguiendo la línea de que el Estado solo puede dar o bien una tutela definitiva o una provisoria, toca analizar la tutela provisoria.

14 Cfr. MITIDIERO, 2013: 47.

15 Se hace referencia, en el trabajo citado, a la distinción hecha por Ovidio Baptista Da Silva entre lo provisoria y lo temporal, cfr. MITIDIERO, 2013, p. 333.

La *tutela provisoria* es aquella tutela concedida bajo cognición sumaria del objeto, es decir, bajo una cognición superficial la cual solo puede conducir a la probabilidad del objeto y no a la certeza. Es también precaria (provisoria en sentido estricto) ya que en algún momento será sustituida por una tutela definitiva.

Este tipo de tutelas surgen para combatir la demora en la prestación de la tutela jurisdiccional.

Ahora bien, si recordamos la clasificación hecha por Calamandrei y, posteriormente, tomada en la experiencia europea, podemos percatarnos de que en ese momento específico los estudios detallados sobre dichos tipos de resoluciones cautelares eran inexistentes.

Es, creemos nosotros, a partir de la escuela brasileña¹⁶ que se empieza a tratar de mejor manera el rubro de *resoluciones cautelares destinadas a anticipar el contenido de la resolución definitiva*, siendo esta escuela la que dio a luz la distinción entre tutela cautelar y tutela anticipada tomándola como punto de partida.

Bien, en principio, dichas resoluciones eran consideradas dentro del todo de tutelas cautelares que podía proveer el juez, hasta que se demostró el error terminológico y descriptivo de las mismas. Se demostró que las tutelas cautelares son definitivas y no provisorias, como lo aseguraban los clásicos teóricos de la tutela cautelar. Se demostró, también, que las tutelas cautelares son autónomas y solo sus efectos son temporales. Se demostró, además, que la tutela cautelar tenía un objeto, es decir, un derecho preexistente el cual debía ser satisfecho por el proceso cautelar y sobre el cual debía recaer la cognición completa: *el derecho a la cautela*.

Todo ello, permite dar cuenta que una decisión que anticipa los contenidos de la resolución final (sentencia) de un proceso no está destinada a *asegurar* ni el derecho del proceso principal ni a *satisfacer* el derecho a la cautela. Dicho de otro modo, la decisión que anticipa la decisión final no es una resolución definitiva fundada en cognición completa del objeto, sino más bien una decisión basada en una cognición estrictamente breve y superficial del objeto. Es por ello que dicho tipo de decisiones queda fuera del ámbito de la tutela cautelar por no contar con las características que esta posee (ser definitiva, temporal e instrumental). Dicha decisión que anticipa los contenidos de la resolución final no le pertenece a la tutela cautelar, sino a la tutela anticipada.

16 En especial los estudios de Baptista, Marinoni y Mitidiero.

La así llamada tutela anticipada es la única forma de tutela provisoria. Veamos por qué. El juez tiene distintos grados de cognición frente a un determinado objeto en el proceso. Así, podemos encontrar diversos grados de cognición (certeza, verosimilitud, etc.), los cuales son indispensables para que el juez pueda tomar una decisión coherente y, sobre todo, definitiva. Que el juez alcance el grado de cognición propio sobre el proceso sobre el cual sigue la causa, es igual a que el juez pueda dar un pronunciamiento definitivo. Así, si en un proceso de cognición plena, al juez se le pide el grado de cognición de certeza, solo cuando el juez tenga un juicio de certeza (el cual se conseguirá una vez actuada la contradicción, los medios probatorios y la valoración completa de los mismos) sobre el mérito podrá emitir una decisión definitiva (tutela definitiva). De igual manera, si al juzgador se le pide que emita una decisión cautelar, así ésta sea procedimentalmente sumaria, se necesita de un conocimiento completo del mérito (verosimilitud del derecho a cautelar, peligro en la demora, etc.).

La tutela anticipada es, a diferencia de una decisión tomada bajo cognición completa, una decisión tomada bajo cognición sumaria del mérito. Esta constituye, en sí, una técnica más que un tipo de tutela jurisdiccional, ya que es un *medio* que permite, por motivos de urgencia o evidencia, recortar el grado cognición (para la decisión) en un proceso, convirtiéndola, provisionalmente, en sumaria. En síntesis, es una decisión sumaria del objeto.

Ahora, dicha decisión sumaria es fundamentada por la existencia de una urgencia o evidencia. Con respecto a la primera, es a menudo confundida con la tutela cautelar por una cuestión de fundamentos. Para evitar ello, pasaremos a dar un poco de claridad sobre el particular. El proceso tiene una larga duración de tiempo, por lo cual en el transcurso pueden suceder muchas eventualidades; para evitar ello, el Estado necesita dar herramientas (tipos de tutela o técnicas) para poder combatirlo frente a los perjuicios que puede ocasionar. Así, la tutela cautelar se muestra como una óptima opción debido a que se encarga de asegurar una decisión definitiva principal. Son fundamentadas, en gran parte, para evitar riesgos en la futura satisfacción del derecho, combatiendo el *peligro* en la demora del proceso. Para simplificarlo veamos un par de ejemplos:

- C le debe a B, sin embargo, B no cumple con pagarle a C, por lo que C acude al órgano jurisdiccional a fin de que B pueda pagarle; en el tiempo

que transcurrirá para que el órgano jurisdiccional ordene que C le pague a B, C puede aprovechar dicho tiempo para declararse en austeridad económica a fin de no tener fondos para pagarle a B.

- A tiene un hijo con D, D no cumple con pagar los alimentos de su hijo, por lo que A plantea una demanda de alimentos ante el órgano jurisdiccional a fin de que D pueda darle alimentos a su hijo ya que A no puede cubrir los gastos de alimentación. El tiempo que dure la decisión emitida por el juez causará un daño en la salud del menor si es que este no recibe los «alimentos», generando, así, el tiempo en la prestación de tutela jurisdiccional un daño en el menor.

En el primer caso, para evitar que C no le pague a B es necesario que B pueda *asegurar* su futuro derecho, por lo que es necesario pedir cautela del derecho. En el segundo caso, para evitar el daño que provocará el tiempo en el cual tarde el juez en dictar la decisión definitiva, es necesario que A pida la *anticipación* de los efectos de la decisión.

Es claro, entonces, que tanto la tutela cautelar como la tutela anticipada pueden coincidir al ser herramientas para combatir los perjuicios que genera el tiempo en el proceso. La tutela cautelar ataca los peligros derivados del tiempo en el proceso (desaparecer bienes para no pagar una deuda, etc.), mientras que la anticipación de tutela ataca los daños irreparables o de difícil reparación resultado del tiempo en la prestación de la tutela jurisdiccional (alimentos, etc.).

Esta coincidencia dio pie a muchas malinterpretaciones dentro de la praxis judicial. Nuestro *Código Procesal Civil* peruano regula dentro del rubro de «medidas cautelares» las denominadas «medidas temporales sobre el fondo», las cuales refieren sustancialmente a la técnica anticipatoria de tutela, confundiendo así, en esta parte, la tutela cautelar con la tutela anticipada.

IV. EL PROCESO DE AMPARO EN EL PERÚ: UNA TUTELA DE URGENCIA NADA URGENTE

La afirmación descrita *supra* avvicina uno de los mayores problemas que contiene la práctica procesal en el Perú: el tiempo. Problemas que no solo quedan en una mayor carga procesal sino afectan al fin ontológico del Estado Constitucional y, que, a la actualidad han demostrado que las bases por las cuales

el legislador reguló el proceso de amparo están sufriendo transformaciones dogmáticas y prácticas.

4.1. ¿Tutela de urgencia = Tutela sumaria?

Desde comienzos del siglo XX es que existen antecedentes del proceso de amparo en el Perú, pero será desde la *Constitución de 1979* que se le conocerá como una garantía autónoma¹⁷. Este desarrollo estuvo ligado a la necesidad de tutelar con prontitud ciertos derechos cuya afectación o amenaza comprometiera la vigencia de la integridad del sistema constitucional¹⁸.

Es así, que, a la luz de la protección del sistema constitucional, surgió la tutela jurisdiccional de urgencia para poder reglamentar los procesos de la libertad (en especial el de amparo), con la característica de tener plazos cortos para darle mayor eficacia a la tutela jurisdiccional.

La doctrina brasilera ha equiparado a la tutela de urgencia¹⁹ con la tutela sumaria²⁰, caso que no es ajeno al Perú, que por la brevedad en sus plazos, la ausencia de actividad probatoria y demás se cree —erróneamente— que se sumarizó la cognición al igual que el procedimiento, y así lo explican los autores en este ordenamiento en los siguientes términos:

Siendo un proceso urgente, el procedimiento se ciñó a las características más resaltantes de estos: se empleó sumarización procedimental (se acortaban los plazos para contestar y proponer defensas de forma y para su trámite en segundo grado, se eliminó la reconvencción, el dictamen fiscal que generalmente alargaba los procesos innecesariamente, entre otros) y lo que es más importante, se empleó sumarización cognitiva (el juez decide si hay audiencia para complementar su información, las pruebas son las documentales y se adjuntan a la demanda o a la contestación). Y como ya se anotó anteriormente se agregaron

17 Cfr. ABAD YUPANQUI, 1990, p. 384.

18 Cfr. CAIRO ROLDAN, 2001, p. 132.

19 Siguiendo la clasificación que hace el prof. Omar Cairo Roldan sobre la Tutela de urgencia: «(i) Tutela de Urgencia Cautelar, aquella que se brinda al interior de un proceso principal, y está dirigida a la adopción de medida cautelares (...); y, (ii) Tutela de Urgencia Satisfactiva, la cual se presta mediante procedimientos breves dirigidos a resolver de manera definitiva, conflictos en los cuales está involucrada una amenaza o vulneración de derechos cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde la protección jurisdiccional», cfr. *Ibídem*, 2001, p. 132.

20 Daniel Mitidiero indica que por la fuerza de la doctrina de Ovidio Baptista Da Silva (...) la tutela sumaria pasa a ser entendida como tutela de urgencia, género en el cual se insertan la tutela cautelar, la tutela satisfactiva de urgencia autónoma y la tutela satisfactiva interinal (tutela anticipada). Para saber más, cfr. MITIDIERO, 2013: 42-43.

a la estructura sumaria de procedimiento algunas técnicas de aceleración como, por ejemplo, la actuación de sentencia impugnada.²¹

La yuxtaposición de tutela de urgencia y tutela sumaria surge a raíz de la noción civilista del proceso, propio del arraigo y herencia italiana de nuestro ordenamiento procesal, en donde la división clásica (realizada en su momento por Proto Pisani) sobre tipos de tutela en el proceso civil era entre: procesos de *cognición plena* y procesos de *cognición sumaria*. Por lo que los rasgos de la *cognición plena* están, por un lado, ligados a la predeterminación legislativa de las modalidades de realización del contradictorio en forma plena, y, por otro, a la declaración de la verdad, a obtener la certeza²². En cambio los rasgos de la *cognición sumaria* es que corresponden a procesos que presentan desviaciones respecto del esquema procedimental ordinario y no tienen aquella verdad y certeza que constituye el resultado tendencial del proceso de *cognición completa*; pero tienen a la *verosimilitud* o *probabilidad*, es decir, un resultado inferior²³. Esta constituye cognición completa para emitir una medida cautelar.

De nociones como la antes expuesta, debemos decir que no es finalidad del proceso de amparo una búsqueda de verosimilitud o probabilidad (propia del proceso de urgencia cautelar), *contrario sensu*, será la búsqueda de certeza en la titularidad del derecho invocado y del grado de afectación o amenaza del mismo, es decir, de *cognición plena*.

Respecto a la actividad probatoria el Tribunal Constitucional peruano ha indicado lo siguiente: «[L]a carencia de etapa probatoria se debe a que el proceso de amparo solo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional. Su objetivo es eminentemente restitutorio, es decir, solo analiza si el acto reclamado es lesivo de un derecho reconocido por la Constitución (...)»²⁴. De lo antes dicho por el Tribunal Constitucional, sólo se presupone una limitación probatoria, ya que en la práctica es indispensable la presentación de pruebas —y la actuación de éstas— para acreditar la violación o amenaza de un derecho fundamental. En razón a ello el mismo *Código Procesal Constitucional* en su art. 9º indica que: «(...) solo son procedentes los

21 Abad Yupanqui, Samuel B., Dano Ordoñez, Jorge, Eguiguren Praeli, Francisco J., García Belaunde, Domingo, Monroy Galvez, Juan y Ore Guardia, Artemio citado por Cairo Roldan. Cfr. CAIRO ROLDAN, 2008, p. 146.

22 Cfr. PROTO PISANI, 2014, pp. 324-325.

23 *Idem*, 325-326.

24 STC N.º 3081-2007-PA/TC. FEJJ. 1.

medios probatorios que no requieran actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

Este último caso no requiere notificación previa». Por lo que el juez ordinario o constitucional tendrá la labor de realizar cualquier actuación probatoria que considere necesaria, siempre y cuando, no afecte a la duración del proceso.

Desde nuestra óptica el proceso de amparo es único en su especie, un caso *sui generis* que puede ser calificado como una tutela de urgencia de *procedimiento sumario* y de *cognición completa*.

4.2. Problemas del proceso de amparo y la imposibilidad práctica de alcanzar su fin ontológico

La idea del proceso de amparo como garantía constitucional presupone una finalidad no solo de protección individual, sino, del orden constitucional. Esta afirmación es propia de los Estados Constitucionales que surgió a partir del tercer constitucionalismo en la etapa de la posguerra.

De lo propio, y de las exigencias del entorno nacional y mundial, es que en el Perú se crea el proceso de amparo compuesto por la tutela de urgencia satisfactiva. Esto conllevó a que se legisle un cuerpo normativo con instrumentos e instituciones procesales que sirvan para alcanzar este fin ontológico del Estado Constitucional en los casos en donde no se genere la satisfacción espontánea de la Constitución.

La reducción en los plazos para la contestación de la demanda, la limitación —en parte— para la actuación probatoria, los efectos suspensivos de la apelación de una sentencia que declara fundada la demanda, surgen de la idea de hacer más efectivo el proceso a partir de una sumarización del procedimiento, por existir, no sólo una afectación o amenaza *interpartes* del derecho discutido, sino, además, por una afectación del orden constitucional.

Estos intentos del legislador con el tiempo se vieron deficientes a las exigencias que amerita el entorno social respecto a la actividad jurisdiccional. Algunos autores indicaron que el proceso de amparo peruano resulta —en algunos casos— uno de los más extensos en la región y, como en el caso Santurantikuy, insuficiente para la salvaguarda de los derechos difusos.

Como se informó anteriormente, creemos que los esfuerzos para dotar de esta instrumentalidad ‘urgente’ y ‘sumaria’ al proceso de amparo no siempre

cumplen los fines para los cuales fueron creados. En el caso de las restricciones a las medidas cautelares por parte del artículo 10° del *Código Procesal Constitucional*: Restringiendo la posibilidad de actuar una medida anticipada al proceso de amparo (claro, cumpliendo con los requisitos necesarios), sólo afectaron a la tan ansiada tutela de urgencia por la cual fue creado este proceso.

4.3. La técnica anticipatoria de tutela en los procesos de amparo. Hacia una tutela 100 % de los derechos fundamentales

Dejamos en claro algunas de nuestras observaciones acerca de los obstáculos que prevé una persona que opta por un proceso de amparo para obtener tutela de su derecho invocado, sea este de orden procesal instrumental o de la aptitud que tienen los jueces ordinarios y jueces constitucionales para tramitar estos procesos, propondremos una forma de poder suplir estos obstáculos y poder acercarnos a ese ideal de la tutela 100 % de los derechos fundamentales.

4.3.1. Las técnicas de anticipación de tutela en el Perú: una necesaria modificación

Partimos de la idea de una «necesaria modificación» de las técnicas de anticipación de tutela en el Perú, pues, anticipamos la preexistencia de éstas en nuestro ordenamiento. Son reguladas dentro del proceso cautelar en el *Código Procesal Civil* y tratadas de manera incipiente por el operador jurídico, ya que ésta está imprevista de una teorización necesaria que conlleve al juez y al ciudadano que postula al proceso a entender su perfil funcional.

La *anticipación de tutela* busca, como tal, viabilizar a la parte la *inmediata seguridad de la tutela del derecho* o su *inmediata realización*²⁵. Esa, es su función: anticipar —mediante herramientas o ‘técnicas’ procesales— la *tutela jurisdiccional*; sea ésta cautelar o satisfactiva²⁶. Al respecto, la clara muestra de existencia de estas técnicas importadas a nuestro ordenamiento vemos que las medidas cautelares reguladas en el *Código Procesal Civil*, estas son: las medidas

25 Cfr. MITIDIERO, 2013, p. 113.

26 Al respecto, el profesor Mitidiero indica: «La técnica anticipatoria puede prestar tutela satisfactiva o cautelar frente a la urgencia. En esa línea, buscar realizar o cautelar un derecho frente al peligro de tardanza de la tutela jurisdiccional final (...)». Cfr. Mitidiero, p. 51.

temporales sobre el fondo, las cuales tendrán la capacidad de anticipar los efectos de la *tutela satisfactiva* de manera anticipada.

Por otro lado, respecto a la anticipación de *tutela cautelar*, el legislador reguló la posibilidad de presentar medidas cautelares fuera del proceso (art. 678° CPC). Esta herramienta procesal va a anticipar el procedimiento cautelar, por ende, anticipar el examen de *verosimilitud* sin conocer la causa del proceso principal.

Adicional a ambos casos de anticipación de tutela *cautelar* o *satisfactiva*, el *Código Procesal Civil* en su art. 18° reconoce la medida cautelar anticipada. Técnica procesal que no debe ser confundida con la noción de la *técnica anticipatoria de tutela* que hemos venido desarrollando hasta ahora. Esta «medida anticipada» que regula el CPC no tendrá los efectos esperados, ya que si bien en su primer párrafo indica que el juez podrá optar las medidas necesarias para anticipar los efectos de la sentencia con el fin de asegurar el derecho por el peligro de tardanza. En su segundo párrafo —borra con el codo lo que escribió con la mano— determinará una situación predeterminada en cuanto a un único *nexo causal* el cual resultará en una *consecuencia jurídica* determinada.

Respecto a la idea de anticipar una necesaria modificación al *Código Procesal Civil*, está altamente ligado a la adecuada regulación del *Código Procesal Constitucional*, en cuanto a la aplicación supletoria —de ciertos artículos— del primero, para lo cual es necesario ampliar la aplicación de algunas modalidades del proceso cautelar y las medidas cautelares. Del mismo modo, es la modificación del artículo 618° del CPC, punto medular para aplicar de manera correcta la medida anticipatoria o, dicho de mejor manera, la técnica anticipatoria de tutela.

V. UNA BREVE CONCLUSIÓN

Una vez expuestos todos estos argumentos, es necesario diagnosticar que existen problemas crónicos en la prestación de tutela jurisdiccional, y esto porque el tiempo y la urgencia muchas veces generan un impedimento práctico para que la tutela jurisdiccional pueda alcanzar su fin, es decir, la tutela de los derechos. Para ello, es necesario implementar o, mejor, identificar correctamente ciertos *institutos* procesales que puedan ser de ayuda para generar una optimización por parte del Estado hacia el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Uno de estos *institutos* es, sin duda alguna, el de la

técnica anticipatoria de tutela, como manifestación del derecho al cual toda persona tiene de recibir tutela jurisdiccional efectiva y sobre todo de manera *tempestiva y urgente*. Por último, es necesario, también, que tanto jueces como cualquier operador jurídico pueda distinguir entre lo que se conoce como tutela (es decir, fin) y técnica (es decir, medio), para de esa manera generar mayor efectivización en la praxis judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, S. (1991). «La medida cautelar en la acción de amparo». En *Revista Derecho* nros. 43-44, 1991, pp. 373-474. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- ÁVILA, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Traducción de Laura Criado. Madrid: Marcial Pons.
- CAIRO ROLDAN, O. (2001). «La tutela de urgencia y el proceso de amparo». En *Themis. Revista de Derecho* n.º 43, pp. 131-136, Lima.
- _____ (diciembre 2008). «El amparo y la tutela de urgencia: instituciones en el Perú y en el Derecho». En *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*. n.º 12, Lima.
- CAPONI, R. (2012). «Piero Calamandrei e la tutela cautelare». En *Rivista de Diritto Processuale*, Anno LXVII (Seconda Serie), pp. 1250-1257. Cedam, Padova.
- CHIOVENDA, G. (1954). *Principii di diritto processuale*. Napoli: Jovene Editore.
- CHIOVENDA, J. (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Traducido por Casáis Jose. Madrid: Reus.
- DIDIER, F., SARNO, P. y SANTOS, R. (2010). «Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar». En CAVANI, Renzo (Coord.). *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 331-347.
- MAJO, A. Di (1993). *La tutela civile dei diritti*. Milan: Giuffrè.
- MITIDIERO, D. (2013). *Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Traducción de Renzo Cavani. Madrid: Marcial Pons.
- PROTO PISANI, A. (2014). *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores.
- TARZIA, G. (2008). «La tutela cautelare». En TARZIA, Giuseppe y Achille SALETTI (a cura di). *Il processo cautelare*. Padova: Cedam.

La carga dinámica de la prueba en los derechos fundamentales. Crítica a su aplicación en la justicia constitucional

Nancy Hernández Ayala*, Lizet Ayzanoa Parra*, Alejandro Patricio Rojas*

Resumen

En el presente ensayo jurídico se desarrollará el tema de «La carga dinámica de la prueba», respecto a que esta busca el alejamiento de una rigidez por parte de la regla tradicional de la carga de la prueba, que se encuentra en nuestra normativa jurídica. De este modo sustentándose en encontrar una verdad y justicia procesal, por el hecho que está teniendo una aceptación a nivel jurisprudencial por parte de nuestros magistrados nacionales. El presente trabajo abordará específicamente sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional para analizar cómo esta teoría se encuentra inmersa dentro de los derechos fundamentales en juego. Asimismo, se busca realizar una apreciación crítica de «La carga dinámica de la prueba», si ésta en realidad es necesaria dentro de nuestro sistema de justicia o si es posible encontrar maneras alternativas de solución en conflictos probatorios.

Palabras clave: carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, derechos fundamentales.

Abstract

In the present legal essay, the theme «The dynamic allocation of the burden of proof» is developed in relation to what it seeks a departure from a rigidity by the traditional rule of the burden of proof, found in our legal regulations, thus sustaining itself in finding truth and procedural justice. Because this fact is being accepted at the jurisprudential level by our national magistrates, this essay will specifically address issued sentences by the Constitutional Court and thus to analyze how this theory is immersed within fundamental rights at stake. Likewise, the objective of this essay is make a critical appreciation of «The dynamic allocation of the burden of proof», if it were actually necessary within our system of justice or possible to find alternative ways of solving cases of procedural problems.

Keywords: burden of proof, dynamic burden proof, fundamental rights.

* Centro de Investigación de Derecho Procesal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las evidentes características de la ciencia del Derecho es su constante evolución en el tiempo, por lo que traen consigo figuras jurídicas en la cual pretenden satisfacer las nuevas necesidades de las personas. Una de las figuras a darle importancia es la institución procesal denominada «La carga dinámica de la prueba», en la cual países como Argentina, Uruguay, Colombia, Perú, entre otros, no están siendo soslayada a su influencia dejando en claro que la «teoría de la carga dinámica de la prueba» está marcando una pauta en el derecho procesal contemporáneo.

Siendo su origen jurisprudencial y doctrinal, nuestro país ha tenido manifestaciones en sentencias emitidas por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (CAS N.º 4445-2011 AREQUIPA), así como también resoluciones emitidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Resolución N.º 1934-2009/SC2- INDECOPI) y como punto de partida la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1776-2004-AA/DC). Reflejando así la experiencia jurisprudencial que estamos teniendo al tomar esta doctrina como guía para solucionar casos concretos.

Pero, como toda aquella institución influyente entra a tallar un gran debate académico, no solo si ésta se adecúa a su sistema jurídico nacional, sino también si esta puede ser un avance o un gran retroceso para el derecho procesal en general. Por ende, se han podido encontrar posturas críticas respecto a su aplicación y uso, por lo cual pretendemos tomar esa posición, para así generar reflexiones respecto a esta institución procesal.

El propósito de este estudio es determinar si hay una posible justificación para la aplicación de la carga dinámica de la prueba, respecto a casos de vulneración de derechos fundamentales, como los aplicados por el Tribunal Constitucional, donde la legislación procesal y el plano jurisprudencial comparado han influido para las decisiones de nuestros magistrados y que muchas veces puede traer consigo graves problemas.

En la calidad de corte de vértice del Tribunal Constitucional y en función de la defensa de derechos fundamentales, está claro que la materia que revisan estos magistrados son de gran importancia —sin desvirtuar otros niveles de jerarquía— y nos permitirá, a través de la crítica como una institución procesal aparentemente nueva, impresionar a primera vista a nuestros magistrados defensores de la Constitución, tal vez quizás por su rápido acogimiento en

otros sistemas jurídicos extranjeros. Con una adecuada meditación podemos encontrar incluso violaciones normativas constitucionales, las cuales tanto protegen el Tribunal Constitucional y que no puedan ser ponderadas para su aplicación, respecto a derechos y principios constitucionales que están en juego dentro del caso específico.

Lo que se busca en vigor es una institución que no afecte los derechos para hacer valer otros —sobre todo si son constitucionales— cuando pueden existir otros mecanismos más saludables para el Derecho y más eficaces para la ciudadanía en general. Por esos motivos, es de suma importancia saber qué está ocurriendo en nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) y conocer cuál es el papel de esta teoría dentro de un conflicto de derechos fundamentales.

II. NOCIÓN Y CRÍTICA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

2.1. Propuesta teórica

Para situarnos en un correcto contexto, es necesario aclarar que la teoría dinámica de las cargas probatorias se desprende de la figura procesal «la carga de la prueba», y esta a su vez es una especie del género carga procesal. La carga de la prueba, por su parte, si está contemplada en la ley, específicamente en el art. 196 de nuestro *Código Procesal Civil* que establece: «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o quien los contradice alegando nuevos hechos».

Por doctrina encontramos que en palabras de Parra Quijano, la carga probatoria «Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos (...). No es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte»¹.

1 PARRA, Jairo (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2004, p. 242.

Así también, para Devis Echandía la carga de la prueba es: «una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte»².

La debatida teoría de la carga dinámica de la prueba, que ha cobrado mayor impulso durante esta etapa del derecho procesal contemporáneo con gran apoyo de la doctrina argentina y uruguaya, invierte la figura del *onus probandi*, rompe la regla de «quien afirma, debe probar», regla rígida y general de la carga de la prueba contemplada en nuestro sistema procesal; dándose una inversión de la carga proponiéndose que, de manera excepcional, en casos de prueba difícil o imposible, la carga de la prueba recae en el sujeto del proceso que se encuentra en mejores condiciones, en mayor aptitud para proporcionar el material probatorio vinculado al hecho controvertido, independientemente de si es el actor o el demandado que afirmó el hecho.

Dicho de otra manera, una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba, es que en un caso particular la carga de probar determinado hecho recae en función de quien está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales de suministrar la prueba; es este sujeto procesal quien debe hacerlo (independientemente de que, conforme a las reglas probatorias, no se encontrará obligado a aportar elementos o de su posición en el proceso y de la naturaleza de los hechos que aleguen) y a quien le resulta más fácil demostrar la realidad de las cosas, por estar en mejores condiciones de producir la prueba necesaria a tal efecto. En consecuencia, las cargas probatorias de los hechos alegados quedan relevados y se desplazan del actor de la carga de probar hacia el demandado encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. De esta manera permitirá al juez tener la potestad de hacer recaer discrecionalmente sobre uno de los litigantes, las consecuencias de la falta de prueba de un hecho determinado, pero afirmado en el proceso por la parte contraria en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla.

En este mismo sentido, consideramos importante lo declarado en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Termas de

2 DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2007). *Compendio de la prueba judicial*. Argentina: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 197.

Río Hondo: «que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre distribución de la carga de la prueba (...) dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos. Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquélla consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva»³.

De similar manera encontramos que, tal como cita Campos Murillo en su artículo, el proceso de amparo seguido por don Víctor Augusto Morales Medina, expediente N.º 1176- 2004-AA/TC, Tribunal Constitucional señaló en el numeral «c» del fundamento jurídico número 50: «La carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva»⁴. Esto lo analizaremos más adelante.

La justificación de esta modalidad de carga probatoria está dada por Jorge Peyrano, impulsor de la presente teoría: «más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos, la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla»⁵. Asimismo, el mencionado autor precisa que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no pretende desconocer las clásicas reglas de distribución de la carga de la prueba, sino que, por el contrario, intenta perfeccionarlas y complementarlas, flexibilizando la carga rígida en aquellos casos en los que la parte a la que le correspondería probar, según las reglas tradicionales, esté imposibilitada de hacerlo por causas ajenas a su voluntad»⁶.

3 QUIROZ, Juan F. (1999). «Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones». Santa Fe: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 257.

4 CAMPOS, Walter E. (2016) «Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al Proceso Civil Peruano». En *Revista Oficial del Poder Judicial*, nros. 8 y 9, pp. 207-208. Lima,

5 PEYRANO, Jorge Walter (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Argentina: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 638.

6 TERRAZAS COSIO, BRESIA R. «La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para casos médicos en materia de protección al consumidor». [Tesis para obtener la segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno]. Lima, 2017. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/8567>

2.2 Críticas a la carga dinámica de la prueba

La teoría no está exenta de críticas. En esas circunstancias muchos estudiosos del derecho procesal ya han asumido una posición: unos a favor, otros en contra. Los que no se adhieren a esta teoría mencionan que el «acogimiento en algunas legislaciones estaría aumentando la inseguridad jurídica e imprevisibilidad».⁷

Estamos de acuerdo con el Instituto Panamericano de Derecho Procesal en que una de las críticas más fuertes de esta teoría es que «permite modificar las reglas de juego una vez que este ya se inició o incluso, terminó»⁸. De esta manera, se dice que la previsibilidad y la seguridad jurídica no es propia de la prueba dinámica y ni mucho menos busca protegerla. Por defecto de esa característica de la carga dinámica de la prueba, es que salen a luz derechos fundamentales más que evidentes vulnerados, como el debido proceso, derecho a la defensa, imparcialidad del juez, presunciones de inocencia e incluso la igualdad en el proceso. Siendo para algunos los motivos por los cuales toman la posición en contra de esta teoría, y es que los principios que sustentan las posiciones a favor como «solidarismo, colaboración y moralidad» no parecen ser suficientes para su aplicación.

III. LA PRUEBA DINÁMICA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ¿EN BUSCA DE LA VERDAD PROCESAL?

La teoría de la carga dinámica de la prueba, si bien ha sido aplicada en más de una ocasión por nuestro TC, no ha sido recogida legislativamente aún; es parte de una doctrina que ha causado revuelo en nuestro ámbito latinoamericano en los últimos tiempos. Nuestro TC no ha sido adverso a dicha corriente y aplicó esta teoría como una solución eficaz ante la falencia de pruebas fácticas por parte del actor y en desventaja de poder obtener un resultado favorable a su pretensión. Tratando de llegar a una «verdad procesal», flexibilizando así lo interpuesto en nuestro artículo 196 del *Código Procesal Civil*, invirtiendo el *onus probandi* al demandado.

7 «Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas». En *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal* n.º 9, mayo del 2017. Edit, IJ Editores, Argentina, 2017. Recuperado de <https://co.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f65f10c803e291e6e80eb276a800ba29>

8 *Idem*, n.º 5. 4.

A continuación describiremos una serie de sentencias en las cuales el TC ha creído necesario aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba, a pesar de que con esta aplicación se pueda llegar a vulnerar el derecho a la defensa inmerso a un debido proceso, entre otras, como presunciones, imparcialidad, etc., donde el actor no es sólo una persona natural, sino también un órgano autónomo que, ante la vulneración de derechos fundamentales, se ve en la exigencia de iniciar un proceso en pos de una justicia equitativa a causa de las falencias probatorias del actor.

3.1. Exp. N° 1176- 2004-AA/TC, vulneración al derecho fundamental de libre acceso a una pensión

En el proceso de amparo presentado mediante recurso de amparo interpuesto por Víctor Augusto Morales, expediente N.º 1176-2004-AA/TC, en el cual el actor solicita la anulación del contrato de adhesión para la afiliación al sistema privado de pensiones que suscribe con AFP Unión Vida (en adelante AFP), por darle una información errada sobre el futuro del Sistema Nacional de Pensiones (en adelante SNP), donde le garantizaban mejores beneficios, como un seguro de asistencia médica que el SNP ya no otorgaría a sus beneficiarios, y si decidía la posibilidad de retornar al SNP con un incremento de su pensión mensual para así poder disponer de más recursos en el mejor cuidado de su salud y calidad de vida, debido a una enfermedad severa que contrajo por su posición laboral al estar expuesto a insumos químicos contaminantes propios de una mina, obteniendo como resultado una corta esperanza de vida. Es así que todos estos «beneficios» que le ofrecían al momento de su decisión.

Ante el engaño, el actor presenta a la AFP su solicitud de desafiliación y retorno al SNP, al no obtener respuesta presenta una solicitud ante la SBS, dicha entidad pública le niega la aceptación de la solicitud y se ve en la obligación de presentar este recurso extraordinario. Es así que el TC dirime en base a la asimetría de la información brindada por la AFP, donde cree necesario la aplicación de la carga dinámica de la prueba en materia del derecho del consumidor con el apoyo entre entidades públicas (SBS e Indecopi) por la intervención (aplicación de sanción) y apoyo del Indecopi (pericia), para hallar la falta que alega don Víctor mediante una pericia y esta se ejecute ante la AFP en cuestión, tal como indica en el numeral c, de su fundamento jurídico 50:

«Conviene ahora desvirtuar la validez de la “prueba diabólica” que puede llegar a ser la probanza de que el afiliado no fue informado de forma conveniente (...) sobre ello hay que insistir en el caso del retorno al SNP por falta de información correcta sobre el SPP y sobre el futuro del SNP, máxime si tal figura se justifica precisamente con la asimetría informativa y con la firma de un contrato de adhesión. Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N.º 102-97-TDC-INDECOPI)».⁹

3.2. Exp. N.º 0041-2004-AI/TC, vulneración del Principio de Legalidad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva

Luego en un proceso de inconstitucionalidad correspondiente al EXP N.º 0041-2004-AI/TC, podemos divisar la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra ciertas ordenanzas específicas dadas por la Municipalidad de Santiago de Surco, en la cual la carga dinámica de la prueba se usa para un fin similar al del expediente mencionado anteriormente. Se busca verificar si realmente los gastos incurridos por el Municipio de Santiago de Surco son conforme con el costo global de servicios que brindan. Para comprobar si los costos son reales, en este caso, la carga probatoria pasaría del actor a la administración municipal que cuenta con los documentos necesarios para corroborar lo que dice la parte contraria. A esto el TC se pronunció en su fundamento jurídico n.º 61:

La evaluación de la confiscatoriedad cuantitativa tiene una mayor dificultad por cuanto debe determinarse, primero, si el costo global del servicio es el que verdaderamente corresponde al gasto incurrido por el Municipio (...)Por ello, es más coherente que, en caso de conflicto, la carga de la prueba respecto a la efectiva prestación del servicio, le corresponda a la administración municipal¹⁰.

3.3. Exp. N.º 0053-2004-AI/TC, vulneración del Principio de legalidad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva

En este expediente el uso de la carga dinámica de la prueba se sustenta en la imposibilidad del demandante de recurrir a ciertos documentos fácticos

9 CAMPOS, Walter E. (2016). «Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al Proceso Civil Peruano». En *Revista Oficial del Poder Judicial*, nros. 8 y 9, pp. 208-209. Lima.

10 CAMPOS, Walter E. Ob.cit, p. 209.

que en su mayoría son generados por la Municipalidad de Miraflores como órdenes de pago, liquidaciones, determinaciones, entre otros documentos que demuestren su falta de recursos para asumir la carga tributaria o la falta de disposición del servicio cobrado. En este caso específico, el Tribunal Constitucional, dispone correcto que, en última instancia, la carga de la prueba se invierta de la Defensoría del pueblo (actor) y recaiga en la municipalidad de Miraflores (demandado), porque se encuentra en mejores condiciones probatorias para asumirla.

Es así que el TC determina lo dicho en el caso anterior de acuerdo a su fundamento jurídico n.º 61, por la complejidad fáctica de la prueba que debería de exponer el actor y no hay manera de demostrar el pago individual correcto por el servicio prestado a cada contribuyente y la posibilidad de un error en dicho monto, el TC decide invertir el *onus probandi*.

Si bien en estos casos, el uso de la carga dinámica de la prueba podríamos sustentarlo alegando que el actor (demandante) no podría acceder a ciertos documentos meramente técnicos como liquidaciones, órdenes de pago, entre otros o poder demostrar una información errada dada por la empresa afiliadora y de esta forma las municipalidades correspondientes, ellos al mostrar estos documentos se encargarían de comprobar su presunta inocencia o su culpabilidad. De alguna manera lo que se busca con esto es encontrar la «verdad» y hacer «justicia», para hallar el fin de nuestro sistema procesal «la justicia en paz social», además de una eficiente administración de justicia donde es importante la carga de la prueba en el lado correcto de las partes.

Podemos apelar a la buena fe de la municipalidad al creer que nos presentarán los documentos necesarios para declararlos culpables de algo que se les acusa, pero esto es algo utópico. Al recurrir a la dinamicidad de la prueba, queremos proteger derechos fundamentales, pero al hacer esto atentamos a otros principios y derechos fundamentales necesarios para un orden correcto de nuestro sistema procesal.

IV. EL DINAMISMO NO JUSTIFICADO DE LA PRUEBA

No existe rechazo al afirmar que nuestro TC, al pronunciarse en más de una ocasión sobre esta teoría, está adecuándola nacionalmente a casos concretos; del mismo modo está evidenciando su aceptación jurisprudencial, para así

solucionar de manera excepcional casos de insuficiencias probatorias. No hay que olvidar que todo se encuentra dentro de un contexto de derechos fundamentales, ya que el TC tiene en su función la defensa de normas de carácter constitucional.

El Perú, al establecer normas claras de distribución de cargas de la prueba como el artículo 196 del *Código Procesal Civil* o presunciones en casos de excepciones necesarias, permite respetar derechos fundamentales como la defensa y el debido proceso fomentando así la seguridad jurídica, ya que ayuda conocer las reglas de la carga de la prueba *a priori* de un proceso. Es propio del TC defender estas, ya que su función es velar por ellas, en vez de fomentar la imprevisibilidad procesal e inseguridad jurídica. A menos de que tenga razones para ello, es decir, que pudiera ponderar principios y normas teniendo argumentos muy fuertes, pero esto lo veremos más adelante.

El demandado puede iniciar con una presunción de inocencia, es decir, al comienzo del proceso el demandado no tiene que probar las alegaciones del actor, ya que haría efecto el artículo 200 del *Código Procesal Civil*; pero qué sucede si el juez decide que tú tienes más capacidad probatoria que la contraparte, entonces el demandado ahora tiene que probar su inocencia. En el derecho penal, en otras palabras, es el acusado el que debe probar que no debería ser condenado, es decir lo consideran culpable sin pruebas, es como volver al proceso inquisitivo. Hay que tener en cuenta que la presunción de inocencia no es propia solo del derecho penal, sino también es parte del derecho civil, aun así en las dos materias no se puede vulnerar este derecho en medio del proceso. Claramente no existiría seguridad jurídica.

4.1 Análisis crítico del caso N.º 1176- 2004-AA/TC

Al revisar el caso el TC se ha alejado de las reglas tradicionales de la carga de la prueba, sucede lo mismo en los casos siguientes que analizaremos. En una situación normal el actor, en este caso Víctor Augusto Morales Medina, es el que debería probar todas y cada una de sus alegaciones. Esto es porque se encuentra en una norma objetiva y *a priori* de iniciado un proceso. Sin embargo, al utilizar la carga dinámica de la prueba, esta se invierte; es la AFP la que debería probar los hechos alegados por el actor y sin ni siquiera haber existido una norma legal expresa.

La distribución de la carga de la prueba, en forma objetiva y *a priori*, «otorga a estas una regla clara, previamente conocida, y contribuye con la seguridad

jurídica»¹¹ para así poder trazar correctamente una estrategia procesal. Sobre esto Rosenberg dijo: «la distribución de la carga de la prueba es solo una consecuencia de la estructuración del derecho común»¹².

La propuesta de quienes están a favor de esta teoría era que el juez avise la inversión de la carga probatoria en una audiencia preliminar y así, supuestamente, elimine esa imprevisibilidad procesal.

Si el TC en verdad se tomara en serio los derechos procesales fundamentales, buscaría la mejor manera para defenderlos, entonces no sería plausible defender de esta manera la seguridad jurídica y el derecho a la defensa —como también el derecho fundamental a la pensión—, ya que sería mejor que esta fuera con antelación al proceso para así saber a qué reglas de la carga de la prueba están inmersas a las partes y no generar imprevisibilidad procesal. La audiencia preliminar no impide la violación de derechos de defensa y seguridad jurídica porque las partes ya habían realizado antes una estrategia procesal para defenderse de manera efectiva y ahora al cambiar se encuentran en un estado de incertidumbre que es injusto e innecesario.

4.2 Estudio crítico de los Exp. nros. 0041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC

El TC se encuentra en una situación incierta sobre los hechos, ya que tanto los actores como la Defensoría del Pueblo, en estas dos situaciones diferentes de casos concretos, pero muy similares, no podían probar sus alegaciones y estaban en una clara desventaja probatoria. Hay que resaltar que ellos tenían la carga de la prueba —al menos al comienzo— como regla tradicional.

La carga de la prueba se entiende como imperativo que opera en el proceso en razón del propio interés de las partes. Teniendo en claro que los términos obligación y deber difieren de la carga de la prueba, ya que estos se entienden como interés privado.

Es evidente que los demandados, las municipalidades de Surco y Miraflores —y también la AFP del anterior caso—, nunca tuvieron el elemento del interés, es decir, nunca estuvo la voluntad de elegir si quería la carga de probar al respecto de la información que se imponía a ser dada. Ni siquiera existía una presunción para

11 CARVAJAL PATRICIO Ignacio. «Non Liqueat Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo Código Procesal Civil». En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 3, Chile, 2012, p. 566.

12 ROSENBERG, Leo (2002). *La carga de la prueba* 2.ª ed. Montevideo: Edit. BDF, p. 164.

invertir la carga de la prueba *a priori* del proceso. El que tenía la carga de probar por regla tradicional y por voluntad propia era el actor. Vemos que el concepto carga de la prueba difiere del término que alega el nombre de esta teoría.

Estamos de acuerdo con lo dicho por el Instituto Panamericano de Derecho Procesal, cuando se refiere a que «Pese a su atractiva denominación, no contiene ni se refiere a carga procesal alguna, pues carece del elemento volitivo de la parte, necesario para decidir si se asume o no. Por consiguiente, no debe llamar la atención la confusión entre cargas y deberes con que se la explica»¹³.

Es por eso que «La carga procesal está basada fundamentalmente en lo que se conoce como autonomía privada, el sujeto en el proceso no tiene la obligación de realizar determinados actos procesales, sino que más bien la realización de los mismos depende de la decisión personal que tome de ejecutarlos, es decir, que el sujeto ostenta la facultad de realizarlos queda dentro de su dominio, de su atribución, de su libre albedrío de la posibilidad de llevar a cabo el acto procesal»¹⁴. Nos daríamos cuenta que más que una carga por voluntad sería una imposición judicial de consecuencias jurídicas.

Aun así el TC utiliza los preceptos de la prueba dinámica ya que, de una manera excepcional y cuando las reglas tradicionales no parecen funcionar, invierte la carga probatoria, siendo aplicable solo de manera subsidiaria y durante cualquier momento del proceso cuando el juez sepa que hay desventaja, en este caso, respecto a la imposibilidad del demandante de recurrir a ciertos documentos que demuestren la falta de recursos para asumir la carga tributaria o la falta disposición de lo cobrado (Exp. N.º 0053-2004-AI/TC). Sobre todo si se está hablando de derechos fundamentales, como en estos casos, legalidad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva; está claro que el TC al no aplicar el artículo 196 y 200 del *Código Procesal Civil* y aplicando doctrinas fuera de nuestro ámbito legal y *a posteriori*, podemos darnos cuenta de la vulneración de un debido proceso, defensa y previsibilidad. Y todo eso porque no siguió lo que la ley señala, ejerciendo discrecionalidad por parte del juez e inclusive pudiendo afectar la imparcialidad de este.

13 Instituto Panamericano de Derecho Procesal. «Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas». En *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal* n.º 9, mayo 2017. IJ Editores, Argentina. Recuperado de <https://co.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f65f10c803e291e6e80eb276a800ba29>

14 HURTADO REYES, M. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Edit. Idemsa, Lima, 2009, p. 568.

Entonces, uno piensa si en verdad es justificable aplicar esta teoría, ya que en estos tipos de proceso se encuentran derechos fundamentales que son posibles de ponderar. En el primer caso, el derecho a la pensión, y en los dos últimos, la legalidad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva del art 74 de la *Constitución*. Pero acá yace el problema, porque en realidad no sería necesario ni siquiera ponderar derechos fundamentales, ya que hay mecanismos de solución que siempre han existido, no siendo necesaria una teoría de distribución de cargas de la prueba que pueda afectar derechos fundamentales para hacer efectivos otros.

Cabe precisar que no negamos la existencia de una desventaja probatoria y que si no prueba el demandado podría perder y entonces considerarse como injusto violando sus derechos constitucionales. Precisamos que la utilización de una teoría como esta no es necesaria ya que las normas objetivas nos han brindado siempre formas de solución en casos de *non liquet*.

Un juez no puede alejarse de las leyes, no se pretende defender un intérprete exégeta de la ley, pero tampoco podemos decir que el juez pueda aplicar leyes distintas para cada caso. Los ciudadanos debemos saber a qué leyes nos atenemos. No es concebible que un tribunal fije leyes.

No se puede negar las buenas intenciones; quienes se adhieren a esta teoría, sin embargo, no pueden negar que ésta repugna el texto expreso de la ley.

Por eso es lógico saber que la función del Legislativo es crear normas legales para prever situaciones de vulnerabilidad manifiesta entre una de las partes y, de este modo, poder regular *a priori*. Por eso mismo no es justificable que el juez imponga a una de las partes la carga de probar *a posteriori*.

Colombia tiene una consagración legal en el *Código General del Proceso*, art. 167°, donde se hace viva la carga dinámica de la prueba; sin embargo, aún consagradas objetivamente no desvanecen la inseguridad jurídica ya que en esta aun el juez, en cualquier momento del proceso, puede invertir la carga de la prueba a quien tenga situación más favorable, según como expresa la norma: «las particularidades del caso». Por ese motivo, podemos darnos cuenta de que esta teoría aun expresa legalmente por su misma naturaleza de esta no puede desvanecer las críticas antes expuestas, ya que la dinamicidad que esta busca se funda en excepciones y fuera de una regla tradicional.

V. LA INNECESARIA APLICABILIDAD DE LA PRUEBA DINÁMICA

Demostrado que aun expresamente estipulada en la ley no se aleja de afectar derechos fundamentales, ya que esta teoría se apoya «en la discrecionalidad judicial y de neto corte subjetivo, casuístico y *a posteriori*»¹⁵, por lo tanto, no existe ninguna justificación para su aplicación ya que existen posibilidades de actuación del juez en casos de *non liquet* que ya se encuentran expresos en nuestra legislación.

La fórmula de solución más común es la regla expresa en el art 196 del *Código Procesal Civil*, donde se establece la regla de juicio para casos en los que no existan problemas procesales y no sea necesaria una excepción para la inversión de la carga de la prueba; siendo de este modo, el art 200 del mismo *Código* expresa que «Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declara infundada».

Está claro que en una situación en la que exista una desventaja respecto a la prueba no es concebible una solución en la cual pueda generar injusticia por una de las partes.

Nuestra norma procesal y sustancial nos otorga diversos modos de desplazamiento de las cargas probatorias para hacer frente a situaciones especiales por dificultades para levantar la carga de una regla general (art. 196 del *Código Procesal Civil*). Las presunciones legales pueden ser la solución, donde se da por verdadero un hecho alegado por una de las partes sin que exista alguna prueba.

Un claro ejemplo de cómo se solucionaron con presunciones los problemas de insuficiencia probatoria y, como consecuencia, desventaja para una de las partes es el de la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-835 del 2000, donde se menciona que:

[...] distribuir la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en relación, de forma tal que esta únicamente se vea obligada a demostrar —con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe— aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue a su favor para desvirtuar lo alegado en su contra (...). La creación de presunciones por parte de la Corte Constitucional se erige entonces en importante herramienta para la modificación de la carga de la prueba en aquellos eventos difícil acreditación de los hechos¹⁶.

15 Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Ob. cit.

16 ROJAS RÍOS, Alberto. «La carga dinámica de la prueba en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional». Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf> p. 951.

Del mismo modo la Corte Constitucional, en la Sentencia C 780 de 2007, precisa que es legítimo erigir presunciones legales en actos de hostigamiento por parte de los empleados, creando la presunción de acoso laboral en determinados eventos.

«Esta presunción permite al legislador invertir o desplazar el objeto de la prueba, con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto al acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o debilidad manifiesta (...) como manifestación directa del principio *in dubio pro operario*»¹⁷.

Al analizar estos casos, la Corte Constitucional colombiana ha resuelto mediante la creación de presunciones legales que, en casos de desventaja del material probatorio, la carga de la prueba se invierta de manera permanente, como una anticipación y de este modo no se invierta la carga probatoria en medio de un proceso iniciado afectando derechos fundamentales como la defensa, imparcialidad, debido proceso y seguridad jurídica.

No está demás establecer y dejar en claro que al utilizar estas presunciones legales e invertir la carga probatoria no estamos hablando precisamente de carga dinámica probatoria, sino de las reglas que históricamente siempre han existido, es decir, que no se está dinamizando la carga de la prueba ya que Javier Tamayo Jaramillo, refiriéndose a la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a procesos civiles o administrativos de responsabilidad médica, dice: «Con ese criterio, la teoría se aniquila, pues lo que el consejo hace es continuar con el sistema rígido tradicional de la carga, solo que esta vez la carga se invierte totalmente. Es una afirmación gratuita sentar *a priori* la conclusión de que siempre a determinado demandado le queda más fácil probar la ausencia de culpa, que al demandante demostrar dicha culpa. La doctrina de las cargas dinámica exige pues que no haya cargas fijadas *a priori*»¹⁸. Entonces es factible decir que las presunciones legales no son manifestaciones de flexibilización probatoria de la carga dinámica de la prueba.

Importantes puntos a mencionar serían las presunciones judiciales y la prueba indiciaria, otro de los motivos por el cual la construcción teórica en torno a la carga de la prueba sería innecesaria. Esta es normativa vigente y en

17 ROJAS RÍOS, Alberto, ob. cit., p. 952.

18 TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo I. Bogotá: Edit. Legis, p. 1121.

nuestra legislación la podemos encontrar en el art. 282 del *Código Procesal Civil*. Para fundamentar esta solución, debemos tener en cuenta que los postulantes a la teoría de la carga dinámica de la prueba visualizan en este artículo manifestaciones de cómo la teoría está en la norma vigente de nuestro país o al menos de manera incipiente.

Citamos el artículo 282°:

Presunción y conducta procesal de las partes.- El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

Primero, Walter Eduardo Campos Murillo, desvirtuando que este artículo contenga ideas afines a la prueba dinámica, nos dice que: «Si bien es posible convenir en que el *Código Procesal Civil* contiene una norma afín a las ideas que sustentan la TCPD, esto es la norma prevista en el artículo 282°, debe considerarse que la facultad ahí establecida no parece habilitar al Juez a fallar estableciendo criterios distributivos de la carga probatoria distintos e incluso contrarios a la regla establecida en el artículo 196 del mismo código, que contiene el principio general de distribución del *onus probandi*, pues el evaluar la mala conducta de alguna de las partes permite, en todo caso, que el Juez establezca indicios probatorios en contra de tal litigante, pero de modo alguno le permite exonerar a una de las partes de la carga de probar, desde que ello implicaría invertir la carga de la prueba en contra de lo previsto expresamente en nuestro ordenamiento procesal»¹⁹.

Nos permite entender que «No es lo mismo asegurar que dada determinada imposibilidad probatoria de una de las partes, y la facilidad de la otra, debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas y sentenciarse a favor de determinada parte por la justicia del caso concreto, que —en cambio— sostener la postura por la cual la inactividad de una de las partes para probar su inocencia, teniendo la facilidad de hacerlo y la escasa colaboración en el proceso, generan una presunción en el magistrado capaz de sentenciar en contra de la parte que abuso de su estado»²⁰.

19 CAMPOS, Walter E. (2013). «Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al Proceso Civil Peruano». En *Revista Oficial del Poder Judicial*, nros. 8 y 9, Lima 2012-2013, p. 212.

20 GARCÍA GRANDE M. «Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables». Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Recuperado

No resultaría incorrecto decir que las presunciones judiciales son normas que han existido antes de la teoría de distribución de cargas probatorias, no son nada nuevo las presunciones judiciales en nuestra legislación nacional como apoyo ante la incertidumbre de hechos, claramente es una solución a casos de insuficiencias probatorias por desventajas de una de las partes. Una de las maneras para asegurar el objetivo de aportar pruebas, es que, a través de una conducta de abuso de posición en relación al material probatorio, se impusieran legislativamente sanciones jurídicas para que de este modo la parte que no tenga la carga de probar no abuse de su estado y calificar estas conductas como pruebas por indicios.

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

1. En el Perú adoptamos la institución de la carga de la prueba, que sirve como regla de juicio para el juez y como regla de conductas para las partes, para que de este modo sepan las consecuencias de su inactividad probatoria, estas son imperativas del propio interés de las personas y no obligaciones ni deberes. La carga dinámica de la prueba pretende imponer otras formas de solucionar en casos de *non liquet* de insuficiencia probatoria por desventajas respecto al material probatorio.
2. La carga dinámica de la prueba es una institución aparentemente innovadora que ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional en varias sentencias, evidenciando su aceptación jurisprudencial para solucionar casos de vulneración de derechos fundamentales. Pero que tal vez pueda haber sido un apresuramiento ya que está sacrificando derechos fundamentales para hacer valer otros.
3. Encontramos que la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene muchos defectos con relación al derecho de defensa y seguridad jurídica, también puede afectar la imparcialidad del juez generando la vulneración de muchos derechos fundamentales como el debido proceso. No es justificable su ponderación respecto a otros derechos fundamentales.
4. La aplicación de las cargas dinámicas no es necesaria ya que nuestra legislación nos otorga mecanismos en casos de *non liquet*, como la regla

de http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2005/Maximiliano_Garcia_Grande.pdf [visitado el 16/08/2017] p.18.

general del art. 196° o ya sea a través de presunciones legales, judiciales, en casos de necesidad. Nunca se necesitó una teoría de distribución de cargas probatorias, por ende, no es necesario ponderar principios y normas constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS, Walter E. (2016). «Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al Proceso Civil Peruano». En *Revista Oficial del Poder Judicial* nros. 8 y 9, Lima.
- CARVAJAL PATRI CIO Ignacio (2012). «*Non Liquet* facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo *Código Procesal Civil*». En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 3, Chile.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2007). *Compendio de la Prueba Judicial*. Argentina: Edit. Rubinzal-Culzoni.
- GARCÍA GRANDE M. «Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables». Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Recuperado de http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2005/Maximiliano_Garcia_Grande.pdf
- HURTADO REYES, M. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Edit. Idemsa, Lima.
- Instituto Panamericano de Derecho Procesal (2017). «Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas». En *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. Argentina: Edit, IJ Editores. Recuperado de <https://co.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f65f10c803e291e6e80eb276a800ba29>
- PARRA, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio* (2004). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- PEYRANO, Jorge Walter (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Argentina: Edit. Rubinzal-Culzoni.
- ROJAS RÍOS, Alberto. «La carga dinámica de la prueba en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional». Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf>
- ROSENBERG, Leo (2002). *La carga de la prueba*. 2.ª ed. Montevideo: Edit. BD F.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier (2007). *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo I. Bogotá: Edit. Legis.
- TERRAZAS COSIO, Brescia R. *La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para casos médicos en materia de protección al consumidor*. [Tesis de Segunda segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno Perú, 2017. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8567/TERRAZAS_BRESIA_proteccion%20al%20consumidor.pdf;sequence=1&isAllowed=y
- QUIROZ, Juan F. (1999). «Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones». Santa Fe: Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 257.

Es cierto que para los jóvenes universitarios no es sencillo estudiar todos los cursos de pregrado y a la par tomarse un tiempo para investigar; sin embargo, una vez más lo han logrado. La publicación que tienen en sus manos es el producto del esfuerzo de seis grupos de investigación de las siguientes casas de estudio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional del Santa, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad Faustino Sánchez Carrión, Universidad Andina del Cusco y Universidad Continental. Si revisan minuciosamente el contenido de esta obra, podrán notar que se trata de trabajos de alta calidad científica; en cada *paper* se analiza de manera rigurosa los temas procesales nacionales y comparados más controvertidos del Derecho procesal actual: ejecución provisional de sentencia, problemas en la aplicación del precedente, técnica anticipadora, carga dinámica de la prueba, el proceso monitorio, valoración racional del testimonio y motivación de las decisiones judiciales. Esta obra representa un mensaje de optimismo para las nuevas generaciones, un compromiso para seguir apostando por la investigación desde pregrado.

ISBN: 978-612-4196-92-8



9 786124 196928