

CRISIS Y JUSTICIA

Una
mirada desde
el derecho
procesal

ESPECIAL

Pág. 2
**ACCIONES
INMEDIATAS.**

La reforma del sistema de justicia: más políticas, menos leyes. **Renzo Cavani**

Pág. 3
GARANTÍAS LEGALES.
La teoría de carga probatoria dinámica. **Roxana MacRae Thays**

Págs. 4-5
LA LITIGIOSIDAD GLOBALIZADA.
Reforma y justicia en el mundo actual. **Virginia Pardo Iranzo**

Pág. 6
PREMISAS BÁSICAS.
Breve crítica a la trilogía estructural del proceso. **Luis Alfaro**

Pág. 7
EFICIENCIA DESEADA.
El proceso y tecnología. La tercerización de los servicios judiciales. **Sergio Salas Villalobos**

Pág. 8
JUSTIFICACIÓN PRINCIPISTA.
Urgencia y tutela inmediata. **María E. Guerra-Cerrón**

REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA

Más políticas y menos leyes

RENZO CAVANI

Abogado. Fue miembro de la Comisión de Revisión del Código Procesal Civil peruano, conformada por el Minjusdh. Profesor a tiempo completo del área Sistema de Justicia y Solución de Conflictos de la PUCP*.



Si algo ha sido moneda corriente en los últimos años, ha sido tratar de transformar la realidad del sistema de justicia a partir de leyes.

Prueba de esto son las interminables modificaciones del Código Penal, aumentando las penas para determinados delitos, pensando, tal vez, que así se podría reducir la criminalidad o que habría menos absoluciones para los procesados. Empero, se pasó por alto que un efecto colateral consistiría en la aparición de un sesgo presente en los jueces penales para elevar la exigencia de probanza de los hechos, en tanto mayores sean las penas.

Se ha consagrado, por ejemplo, el delito de feminicidio, en que se debe probar que el sujeto incurrió en la conducta típica contra la víctima “por el hecho de ser mujer”. ¿Cómo es que un juez respetuoso de la ley puede dar por probada esta intención, que bien podría ser encontrada en lo más recóndito de la psiquis? Porque, nótese bien: si es que este elemento no está probado, entonces no podría condenarse por delito de feminicidio. Se trataría, más bien, de homicidio o asesinato. El problema es que si el juez, al momento de sentenciar, llega a esta conclusión, no queda más que absolver.

Otro caso paradigmático es el acceso a la justicia para las personas vulnerables o con recursos escasos. Dado que la enseñanza del Derecho en el ámbito universitario, en general, es deficiente, y el staff de abogados de oficio al que se podría acudir dista de ser competente, el legislador decide imponer a los jueces el deber de “ayudar” a una de las partes. Esto ocurre en el ámbito laboral y de familia, en que suelen presentarse demandas muy deficientes, sin medios probatorios que acrediten los hechos. Es decir, no se arma un buen caso. El juez, consciente de la problemática, queda en la duda sobre si rechazar la demanda o “compadecerse” por el justiciable. En una palabra: la ley acorrala al juez para que haga lo que el abogado debió haber hecho.

Medidas urgentes

Un buen inicio, en mi opinión, sería destinar cuantiosas licitaciones para contratar a empresas y universidades, nacionales o extranjeras, que realicen diversos estudios apuntando a un diagnóstico global del sistema de justicia y su relación con la sociedad peruana.

Lo que se debe buscar aquí presupone comprender los procesos (en el sentido, por cierto, que le dan los ingenieros industriales) y recolectar data sobre la cantidad de expedientes en despachos fiscales, juzgados y tribunales; pero, también, se trata de investigar comportamientos de los operadores (jueces, fiscales, abogados, justiciables); identificar la problemática de las principales instituciones del sistema de justicia, tales como el Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura,

Academia de la Magistratura, Tribunal Constitucional, etcétera, en los aspectos de salarios, infraestructura y clima laboral; analizar el presupuesto público y cómo este es destinado; inquirir sobre la formación jurídica en las universidades; evaluar la idoneidad académica y ética de los funcionarios públicos del sistema, entre otras acciones.

Ello podría complementarse, por supuesto, con estudios dedicados a escrutar las causas estructurales de la corrupción, criminalidad y problemas de género, lo cual ya toca a toda la sociedad peruana en su conjunto. Estos estudios requieren, por supuesto, abordajes económicos, sociológicos, antropológicos y jurídicos, todos dotados de criterios metodológicos válidos y que puedan ser generalmente aceptados,

así como la colaboración de muchísimas entidades e instituciones públicas y privadas, transparentando su realidad organizacional e institucional.

Y no solo ello: luego se requiere un amplio debate en el seno de las universidades más prestigiosas para, así, formular el diagnóstico más cercano posible sobre el estado de nuestro sistema de justicia (cosa que, por cierto, a pesar de enormes esfuerzos, nunca hizo Ceriajus, tal vez porque la voluntad política no alcanzó para tanto), a partir del cual, recién, se pueda diseñar un plan de acción. Y una vez diseñado, se requiere, primero, de la decisión política para ejecutarlo –algo que sea propio de un estadista y no de un político cortoplacista– y, sobre todo, de grandes sumas de dinero.

Y ni qué decir, por ejemplo, de las leyes procesales que fijan plazos para la realización de determinados actos por parte de los jueces. Esto es lo que ha ocurrido con la Ley N° 30364 (la ley de violencia contra la mujer). Según dicha norma, una vez recibida la denuncia, el juez debe convocar a una audiencia dentro de las siguientes 24 horas para decidir si cabe una medida de protección. ¿Cuál es el problema con ello? Pues que hay juzgados tan congestionados con audiencias que sencillamente es imposible cumplir con el plazo previsto.

No cabe duda de que, en todos los casos mencionados, se trata de buenas intenciones. Pero, infelizmente, el infierno está lleno de ellas.

Lo que todos estos problemas tienen en común es que no hay ningún tipo de preocupación por saber cuál es la verdadera realidad de nuestro sistema de justicia o por qué es que los operadores se comportan de una u otra manera. Inclusive, parece ignorarse las características propias de nuestra cultura jurídica. Se legisla, así, para satisfacer a la población con una alarmante dosis de demagogia y populismo –y en eso nuestro Congreso de los últimos lustros es experto– y no se toma en cuenta la eficacia, eficiencia y efectividad de las propuestas de ley.

Entonces, antes de seguir produciendo nuevas normas y modificando otras (más allá de ajustes puntuales, pero siempre insuficientes), se requiere, primero, voluntad política para emprender una reforma en serio. A partir de las recientes declaraciones del presidente Vizcarra, a diferencia de todos sus antecesores, esta vez parece haberla. Si es así, entonces las propuestas estructurales de reforma constitucional y legislativa bien deberían esperar la elaboración de una política pública seria y rigurosa, sustentada en investigación y trabajo empírico que arroje un plan de acción concreto.

¿Estarán nuestras autoridades a la altura de semejante desafío a muy largo plazo? O, mejor aún: ¿estamos nosotros comprometidos con tal reforma? Lo cierto es que aquí los abogados poco tenemos que decir y muchísimo por aprender de los investigadores. ▀

* El autor agradece empeñadamente a los profesores Enrique Sotomayor y César Higa por sus comentarios y sugerencias para la mejora de este artículo. Agradezco, también, al profesor Martín Sotero por el intercambio de ideas.

MECANISMO DE TUTELA DE DERECHOS

La carga probatoria dinámica



**ROXANA
MACRAE THAYS**

Abogada. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Lima. Juez Suprema (P) de la Primera Sala Constitucional Social Transitoria del Poder Judicial.

La Teoría de carga probatoria dinámica (TcPd) parte de una concepción publicista del proceso, en que el juez goza de amplias facultades como director del proceso, rompiendo la regla sobre la distribución de la carga de la prueba por la cual “quien afirma un hecho, debe probarlo”, permitiéndose de manera excepcional, en casos de prueba difícil, la aplicación del principio de facilidad probatoria, por el que la prueba recae en el sujeto que está en mejores condiciones para proporcionar el material probatorio, independientemente de quien afirmó el hecho.

El desplazamiento de la carga probatoria se sustenta en varios principios como el de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción; el de facilidad y disponibilidad probatoria a los que deberá recurrirse cuando la aplicación de las teorías clásicas traiga consecuencias manifiestamente disvaliosas. Es excepcional y debe tener presente las circunstancias del caso, como el que la parte que esté en mejor situación para producir la prueba, normalmente también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su beneficio.

Esta teoría, aplicada en diversas ramas del

Apuntes y observaciones

Una de las principales críticas a la TcPd es que afecta el derecho de defensa en el juicio, pues si el juez cambia las reglas sobre la distribución de la carga probatoria al momento de resolver, sin previo conocimiento de las partes, perjudica el derecho de defensa de estas y, con ello, afecta uno de los contenidos esenciales del debido proceso. Pero esta objeción quedaría atenuada, si antes de emitir sentencia, el juzgador señala a las partes, los principios aplicables, por lo que constituiría un corolario de las reglas de la sana crítica

en materia de valoración de la prueba; preceptos que deben ameritar los jueces. Además, contribuye con el mismo sentido la norma que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes prevista en el artículo 282 del Código Procesal Civil (CPC). Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, se debe admitir la conveniencia de esta doctrina para responder a una concepción de un derecho dúctil y más dinámica del devenir del proceso, toda vez que constituye una herramienta que permite flexibilizar la carga

de la prueba, de manera excepcional, en los casos en los que aparezca evidente que una de las partes tiene el control sobre la prueba o que el acceso a la misma para la otra parte deviene en muy difícil o excesivamente onerosa, dando a las partes las garantías de defensa que asegure debidamente su derecho de defensa y la seguridad jurídica, posibilitando su aplicación, en concordancia con las normas constitucionales que preservan el debido proceso, particularmente, el derecho de defensa.

Derecho, está recogida legislativamente en el artículo 33 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27584.

Jurisprudencia

En materia tributaria, el Tribunal Constitucional (TC) en los procesos de inconstitucionalidad N° 0041-2004-AI/TC, N° 0053-2004-PI/TC iniciados por la Defensoría del Pueblo contra ordenanzas de las municipalidades de Santiago de Surco y de Miraflores, respectivamente, por las que se aprobaron los arbitrios municipales del ejercicio fiscal 2004, señaló que la evaluación de la confiscatoriedad cuantitativa tiene una mayor dificultad por cuanto debe determinarse

el costo global del servicio y la distribución entre todos los contribuyentes, en función de la intensidad del uso del servicio. 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 municipal [1].

En materia previsional se ha desarrollado con mayor amplitud señalándose en el precedente vinculante Manuel Anicama (STC1417-2005-AA) que es la administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el extrabajador, la que está en mayor capacidad de proveer al juez de los medios probatorios que coadyuvan a formar convicción, es obligación

del juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes [2]. En similar sentido se ha pronunciado el TC en la STC N° 1176-2004-AA/TC, al señalar que en el caso de la falta de información para una afiliación al SPP, es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciéndola recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Desvirtuando la validez de la ‘prueba diabólica’ respecto a que el afiliado no fue informado de forma conveniente (de índole negativo), sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo [3].

En el ámbito de protección al consumidor, Indecopi aplicó la TcPd en la Resolución N° 102-97-TDC, exactamente en el punto III.2. – caso Liliana Carbonel Cavero contra Finantour S.R.L. Asimismo, cuando aún era competente para conocer casos de servicios médicos, hizo referencia a esta teoría, en la Resolución N° 1343-2010/SC2-INDECOPI, fundamento 37, en la que se pronuncia respecto a la oportunidad de su aplicación.

La Corte Suprema de Justicia también ha aplicado la TcPd en el desarrollo de sus sentencias. Tal es el caso de la sentencia correspondiente a la Casación N° 1385-2004-Lima, que versa sobre nulidad de acto jurídico por simulación absoluta, en la que señala que “en los casos de simulación debe de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98(...)”. Al respecto, se debe destacar el carácter imperativo del citado pronunciamiento, toda vez que se establece como obligación el uso de este tipo de carga probatoria, para determinados supuestos. Así como en la sentencia recaída en la Casación N° 5247-2008-Cajamarca, que trata sobre la presunción de deuda conyugal, se establece que al señalar la parte demandada que no existe prueba que el préstamo adquirido por su cónyuge hubiera ingresado o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal, correspondía a dicha parte probarlo, en virtud de la TcPd, pudiendo, por lo menos, acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar lo que afirma, y no trasladar la carga probatoria al juzgador. Finalmente, en la sentencia correspondiente a la Casación N° 4445-2011-Arequipa, que trata sobre una impugnación de acuerdo asociativo, se señala que “la persona jurídica demandada se encuentra en mejores condiciones para acreditar que la formalidad de la convocatoria a asamblea general estuvo conforme al estatuto”; es decir, que en virtud de la TcPd es la asociación la que debe probar que la convocatoria se realizó correctamente.

En supuestos de violación de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado esta teoría en el párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros; en el párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte; y en el párrafo 63 de la sentencia del caso Castillo Petrucci. ▀

[1] Fundamento 61.

[2] Fundamento 58.

[3] Numeral “c” del Fundamento 50.

REALIDAD Y REFORMA

La justicia en el mundo actual



VIRGINIA
PARDO IRANZO

Abogada. Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia*.

Es evidente que el mundo está cambiando y lo hace de manera vertiginosa. Cambios a todos los niveles y en todos los ámbitos de la vida. Desde la aparición de nuevas formas de matrimonio o de parejas de hecho con iguales o similares derechos a aquel, a la regulación de nuevas maneras de contratar (ventas por internet, por ejemplo), pasando por novedosos modos de viajar (v.gr. mediante el sistema de intercambio de viviendas) o la aparición de figuras delictuales directamente relacionadas con el uso de las tecnologías de la comunicación (ciberdelitos) que, evidentemente, no existían antes de la “era de internet”.

Se trata solo de algunos ejemplos de cómo va evolucionando la realidad en que vivimos. Realidad en la que hay una premisa cierta: la vida de las personas ha dejado de estar localizada en un sitio o ciudad más o menos grande; nos estamos convirtiendo, o ya lo hemos hecho, en ciudadanos del mundo. Si hiciéramos una encuesta, probablemente la mayoría de personas consultadas responderían que, en el último año, han viajado al extranjero, han comprado por internet (a una empresa que, fácilmente, puede ser extranjera) o tienen amigos o familiares trabajando fuera de su país de origen. En definitiva, el mundo actual es un mundo global; nos encontramos en la era de la globalización.

Este fenómeno que acabo brevemente de describir repercute, como no podía ser de otra manera, en la justicia. Hasta hace unas décadas lo habitual es que los litigios fueran “nacionales”, en el sentido de que no existía ningún elemento extranjero o transfronterizo. Ello hacía que los tribunales del Estado en el que el litigio se había producido lo resolvieran aplicando tanto sus normas sustantivas como las procesales. Sin embargo, cuando aparecen elementos transfronterizos las cosas cambian y, normalmente, se complican.

Litigiosidad

La “internacionalización” de la litigiosidad se puede dar en ámbitos muy diversos: desde el ámbito penal al del Derecho privado; pero tratar todos los sectores es imposible por lo que mis comentarios van limitados a establecer algunas puntualizaciones de las consecuencias que la globalización conlleva en los procesos en materia civil y mercantil.

Simplemente, y a modo de ejemplo: en materia penal, la regla general desde siempre es el “principio de territorialidad”, es decir, cada país en su Código Penal determina qué hechos son delictivos en el mismo y si dentro de su territorio, alguna persona –nacional o extranjera– comete uno de esos delitos, son sus tribunales los que juzgan.

Sin embargo, hay delitos que, por su gravedad, se entiende que no deben quedar impunes y que si los tribunales del país donde se han cometido no actúan debe haber un órgano jurisdiccional de carácter “supranacional” que lo haga. De esta manera, en 1998 (17 de julio, entrada en vigor el 1 de julio del 2002) nace la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya (Holanda), que tiene como finalidad juzgar los delitos más graves (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra) independientemente del lugar donde se hayan cometido. El principal inconveniente de este órgano es que solo ejerce jurisdicción respecto de los países que han ratificado el Estatuto de Roma de 1998 (no lo han hecho, por poner solo dos ejemplos, Estados Unidos e Israel).

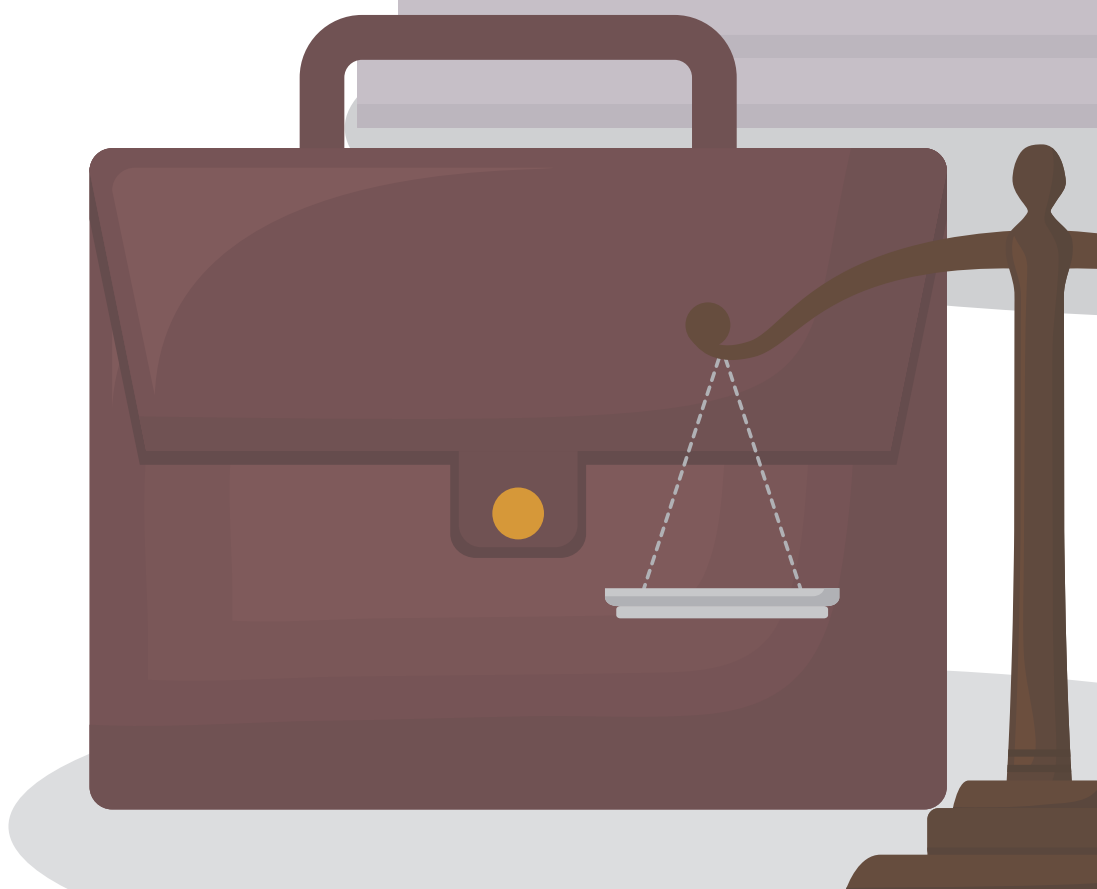
Cuando se produce un litigio en el que hay un elemento extranjero lo primero que hay que hacer es determinar la llamada competencia judicial internacional o “jurisdicción”, es decir, qué país es el competente para resolverlo. Y aquí las normas suelen o pueden dejar de tener carácter “interno”:

a) Si estamos ante dos países miembros de la Unión Europea es el Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil el que nos determina las reglas de atribución de la competencia.

b) Si se trata de un tercer país habrá que ver si hay firmado con él un convenio o tratado internacional y, en su defecto, es la Ley Orgánica del Poder Judicial (española) la que establece los criterios de atribución de competencia a los tribunales españoles.

El hecho de que la norma convencional o interna atribuya la competencia a España no evita que, al tratarse de un litigio con elementos extranjeros,

EN LA ACTUALIDAD, HABLAR DE RELACIONES SUPONE HABLAR DE GLOBALIZACIÓN. DE LOS CONFLICTOS A ESCALA LOCAL HEMOS PASADO A LITIGIOS TRANSNACIONALES; ESTA ES UNA REALIDAD QUE NO PUEDE SER DESCONOCIDA Y NO PUEDE SERLO TAMPOCO POR LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS DIVERSOS PAÍSES.



ND JUSTICE

Corolario

En definitiva, en la actualidad hablar de relaciones supone hablar de globalización. De los conflictos a escala local hemos pasado a litigios transnacionales; esta es una realidad que no puede ser desconocida y no puede serlo tampoco por los ordenamientos jurídicos de los diversos países. Las leyes deben contener disposiciones que, de manera adecuada, solucionen los cada vez más numerosos y complejos litigios internacionales. En España, la Lcjm de 1995 ha venido a colmar una laguna existente en nuestro Derecho interno debiendo, en su conjunto, ser aplaudida su aprobación. Además, la ley ha tratado de introducir mecanismos facilitadores de la cooperación, como la posibilidad de establecer

comunicaciones directas entre autoridades de los diversos Estados, haciendo realidad, o al menos tratando que la regla a seguir sea el favor cooperationis (favorecer la cooperación incluso en ausencia de reciprocidad como medio para hacer realidad la tutela judicial internacionalmente efectiva de los ciudadanos). Quizás podamos criticarle que no se haya referido con más énfasis a la posibilidad del uso de las nuevas tecnologías –tan habituales al día de hoy–, o que no haya desarrollado esa utilización de medios técnicos y electrónicos a la que genéricamente hace alusión el artículo 17 Lcjm. Con todo, me parece que estamos ante una ley que era absolutamente necesaria y cuya aprobación no podía esperar más.

lo relativo a la guardia y custodia de los hijos, así como a la pensión de alimentos. Imaginemos que la demanda de divorcio se interpone en España: vamos a dejar los problemas de carácter sustantivo que pueden surgir y nos vamos a centrar en (algunos de) los procesales.

Primero, es posible que el juez español necesite comunicarse con una autoridad judicial peruana (v.gr. solicitarle la entrega de algún documento) o practicar alguna prueba en aquel país (por ejemplo, tomar declaración a un testigo que vive en Lima). Si es así habrá de estarse a lo fijado en la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 y ratificada tanto por España como por Perú.

Segundo, puede ocurrir que admitida la demanda por el juez español, el demandado oponga excepción de litispendencia internacional, es decir, indique que de esa demanda ya está conociendo un juez peruano. En este caso, y ante la falta de norma convencional, el juez español tendrá que aplicar la Lcjm, que es la que determina cómo

debe actuarse en los casos de litispendencia o conexidad internacionales.

Tercero, si aplicando la Lcjm resulta que el órgano legítimamente competente para conocer del proceso es el juez peruano, será él el que dicte la sentencia que ponga fin al matrimonio y resuelva el resto de cuestiones planteadas. Y puede ocurrir que la resolución, a pesar de haber sido dictada por un juez extranjero, deba ser ejecutada en España.

También para el reconocimiento y ejecución de la resolución peruana en España será de aplicación la Lcjm. La Lcjm no permite, a diferencia de la tendencia en este sentido en el ámbito de la Unión Europea [2], la ejecución de forma “directa” de la resolución peruana. Para poder ser ejecutada será necesario que pase el trámite del exequátur.

La declaración de ejecutabilidad o exequátur es un paso previo a la ejecución que supone atribuir fuerza ejecutiva en España a una resolución extranjera. El auto de exequátur tiene naturaleza constitutiva pues sirve para conformar (constituir) el título ejecutivo que tendrá, por tanto, carácter complejo: el título ejecutivo será la resolución extranjera + el auto de exequátur.

La regla general es la concesión del exequátur salvo que concurra alguna de las causas establecidas en el artículo 46 Lcjm (que la resolución sea contraria al orden público, que se haya dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de las partes, que sea inconciliable con una resolución dictada en España, etcétera). Esas causas nada tienen que ver con el fondo del asunto, es decir, el juez español no entrará a analizar lo acertado o no de la resolución extranjera o si él hubiera decidido en un sentido distinto a como lo ha hecho el juez foráneo.

Obtenido el exequátur, la ejecución se realiza de la misma manera como se ejecutaría una sentencia dictada por un juez español, incluido (por mención expresa del artículo 50.2 Lcjm) lo relativo al plazo de caducidad de 5 años de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la acción ejecutiva caduca “si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución”.

Esta cuestión no está exenta de polémica pues es posible que una sentencia peruana, que sigue siendo título ejecutivo en Perú, no pueda ejecutarse en España por haber transcurrido el plazo de caducidad de 5 años establecido en la ley procesal española. ▀

sea necesaria –o pueda serlo– la colaboración o auxilio entre los órganos jurisdiccionales de los dos países y esto es lo que, a falta de convenio, regula la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (española) (Lcjm) del 30 de julio del 2015. En ella se regulan las siguientes materias:

- (i) Actos de comunicación (actos de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales).
- (ii) Práctica y obtención de pruebas.
- (iii) Información y prueba del Derecho extranjero.
- (iv) Litispendencia y conexidad internacionales.
- (v) Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras [1].

Ejemplo

Pongamos un ejemplo: una ciudadana peruana casada con un ciudadano español. El matrimonio quiere divorciarse, repartir los bienes y determinar

* El presente artículo se realiza en el marco del proyecto “La cooperación judicial en la Unión Europea como instrumento de protección de los derechos de los ciudadanos”. Ref: DER2015-64716-P. IP: Pardo Irazo, V. Y de la Red Temática de Excelencia “Justicia civil: análisis y prospectiva”. Ref: DER2016-81752-REDT. IP: Senés Motilla, C.

[1] La Lcjm tiene carácter subsidiario en el sentido que se aplica en defecto de norma de la Unión Europea, de convenio o tratado internacional o de norma interna de carácter especial. En consecuencia, y salvo alguna excepción, no es aplicable entre países de la Unión sino entre España y terceros Estados. [2] En el ámbito de la Unión Europea, y sobre la base de la confianza mutua de los Estados que forman parte de la misma, se han ido creando verdaderos títulos ejecutivos europeos. Es decir, resoluciones que son dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y que son directamente ejecutadas en otro sin necesidad de que en el país de ejecución se realice ningún tipo de control u homologación de la resolución.

LUIS
ALFARO VALVERDE

Profesor ordinario a tiempo completo de la PUCP. Doctorado por la Universidad de Girona. Máster por la Universidad Complutense de Madrid.



S e sabe que existen diversas nociones que explican el sentido de la teoría general del proceso (TGP), pero es posible afirmar que esta disciplina jurídica es común a todos los procesos, que estudia el conjunto de principios, reglas e instituciones comunes a las distintas áreas de enjuiciamiento [1]. Su estudio fue bastante difundido en las facultades de Derecho de Europa y Latinoamérica y en la doctrina procesal. No obstante, se debe tener presente que existen al menos dos tendencias sobre el particular, una diversificadora, por la que se sostiene que los procesos son diferentes entre sí, según la materia, y no tienen nada en común entre ellos [2] y la unitaria, en virtud de la cual la unidad no implica necesariamente que se nieguen las modalidades o caracteres propios que singularizan a cada uno de los procesos.

De adoptarse esta última tendencia, resulta necesario responder ¿cuáles son esos elementos comunes? Para ello la doctrina procesal propuso los siguientes: acción, jurisdicción y proceso, aquello que Podetti habría de bautizar como “Trilogía estructural del proceso” [3] (TEP). Esta propuesta si bien bastante difundida, fue el resultado de distintos aportes que realizaron autores como Chiovenda con su estudio del proceso a partir de la noción de acción (como derecho potestativo en sus Saggi) o Carnelutti desde la noción de proceso (en sus Sistemas).

Crisis teórica y redefinición

Desde la segunda mitad del siglo XX se plantearon críticas en favor de repensar dicha metodología de estudiar y conocer el proceso, replicándose a las investigaciones de aquel tiempo, al punto de sostenerse que era un “Trípode desvencijado” (Niceto Alcalá Zamora); en efecto, este autor sostenía que del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etcétera); de la jurisdicción sabemos lo que es, pero no dónde está (si en el derecho procesal o en el constitucional) y de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y concretas) ni dónde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal). Sobre este punto, Denti era enfático al sostener que “se buscaba la construcción de castillos conceptuales y enfrascados en la discusión de dichos conceptos teóricos; sin interés por la efectividad del proceso y menos de su función como instrumento social.” [4] De este modo, esta trilogía se basaba en el exacerbado conceptualismo y cientificismo propio de la doctrina de la primera mitad del siglo XX.

Fue Couture (La garantía procesal del ‘debido proceso legal’) quien en la década de 1950



BREVE CRÍTICA A LA ESTRUCTURA

La trilogía del proceso

introdujo por vez primera el tema del due process of law en nuestra cultura procesal; lo que fue revitalizado en la posguerra con hechos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 10) y la “efectividad de la tutela” (recogida por el artículo 24 de la Constitución italiana). A partir de las cuales el proceso comienza a impregnarse de constitucionalismo a escala occidental. Se plantearon ideas contrarias a la búsqueda por “hacer ciencia” del derecho procesal. De este modo, autores como Cappelletti y Denti reflexionaron sobre la importancia de la ideología y su influencia en la forma de concebir el proceso, en la asistencia judicial para el pobre, en la nueva fundamentalización de las garantías procesales, y se utilizó el derecho comparado para romper los esquemas dogmáticos en los que se había rehuído la doctrina procesal italiana. En efecto, gran parte de doctrina procesal de la segunda

parte del siglo pasado (v. gr.: Trocker, Comoglio, Proto Pisani y Vigoriti) inició el estudio de los derechos fundamentales procesales -con el paradigma del Estado constitucional- como pauta para el propio entendimiento del proceso. Esto generó un cambio en el modo de comprender, por ejemplo, la acción como un derecho a la efectiva y real acceso a la justicia que no se agota con la admisión de la demanda [5]; lo mismo que el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado que reside en asegurar la efectividad del Derecho y el proceso, como instrumento vital para la realización de la justicia y un baluarte del Estado constitucional.

Este nuevo estado de las cosas en el derecho procesal hace vislumbrar los diversos desafíos que tiene actualmente la TGP, no centrada únicamente a la trilogía del proceso, sino también preocupada por buscar la efectividad del proceso mediante técnicas procesales (adecuadas,

oportunas y efectivas) a las necesidades del derecho material (un proceso de resultados). A partir de ello, vienen surgiendo diversos temas como la tutela preventiva de los derechos (y la respectiva teorización sobre la tutela inhibitoria), la tutela jurisdiccional diferenciada (Proto Pisani) como la técnica anticipatoria, proceso de monitoreo; también, las propuestas de convenciones procesales y se refuerza el estudio del proceso desde una perspectiva multidisciplinaria, vinculada con el derecho constitucional, Teoría general del Derecho y filosofía jurídica.

Cambio cultural

Es innegable que todavía existe un fuerte arraigo -expreso o implícito- en algunas facultades de Derecho y en la literatura procesal en Latinoamérica, de estudiar la TGP solo desde la denominada “trilogía estructural del proceso”, ligada al estudio conceptual principalmente de la acción, jurisdicción y proceso; empero, actualmente se requiere de una “nueva” propuesta metodológica (funcional más que conceptual) no a partir de ideas que comenzaron a ser desvirtuadas desde la segunda mitad del siglo XX, sino desde el derecho procesal contemporáneo, que apuesta por una visión multidisciplinaria, vinculada con la teoría general del Derecho, derecho constitucional y la comparación jurídica.

La TGP ya no puede ser contemplada desde esa perspectiva dogmática-conceptual, sin ningún interés por las situaciones jurídicas materiales. Todo esfuerzo académico -intelectual debe encaminarse (directa o indirectamente) a un fin realizable, que satisfaga verdaderos intereses sociales y contribuya de alguna manera a la solución de problemas planteados. Si se pretende estudiarla en serio desde las categorías de acción, jurisdicción y proceso, estas solo pueden ser justificadas si se toma como premisas básicas la perspectiva constitucional; es decir, redefinidas como elementales derechos fundamentales procesales y sus implicancias. [6] No se pretende que se suprima la asignatura, sino que se estudie desde las perspectivas contemporáneas, que muestran una verdadera redefinición conceptual y, sobre todo, funcional. ▀

[1] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. “La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal”, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Nº 1, 1968, p. 11.

[2] Se afirmaba que la cuestión de dicha unificación era una maniobra de los procesalistas civiles para absorber el enjuiciamiento criminal. (FLORIÁN, E. Elementos de derecho procesal penal, Bosch, Barcelona, 1934, p. 22.)

[3] PODETTI, J. R. “Trilogía Estructural de la ciencia del proceso”. En: Revista de derecho procesal, Argentina, 1948, pp. 115 y ss; también, del mismo autor: “Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil, Ediar, Buenos Aires, 1963.

[4] DENTI, V. “Le ideologie del processo di fronte al problema sociale”. En: Processo civile e giustizia sociale, Edizione di Comunità, Milano, 1970, p. 27.

[5] Cfr. COMOGLIO, L. P. La garantía constitucional de la acción y el proceso civil, Editorial Raguel – UAC, Lima, 2016.

[6] Cfr. DIDIER JR. F. Sobre la Teoría General del Proceso. Esa desconocida, Editorial Raguel, Lima, 2015.



TECNOLOGÍA Y TERCERIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

El proceso judicial



**SERGIO SALAS
VILLALOBOS**

Abogado. Socio en Salas Abogados. Docente universitario y exmagistrado.

Refiere De Trazegnies en *El Poder Judicial peruano en la historia* que a mediados del siglo XIX José Silva Santisteban dijo: “Puede una legislación ser tan rica y completa como fuera dable; no estando acompañada de una buena administración de justicia, será una bella utopía y nada más” [1].

Bayly Letts y Pasquel Rodríguez fueron claros en cuestionar el emblemático mito de la justicia pública producida parcial o totalmente gratuita por el Estado [2].

Casi cien años separan ambas reflexiones, que en su análisis son coincidentes: se requiere de algo más que normas y facultad jurisdiccional pura para hacer eficiente la aplicación del derecho procesal en un Estado moderno.

La coyuntura actual ha reavivado el clamor de la reforma judicial en el país, a lo cual se adhieren estudiosos, críticos, políticos y demás. Todas las ideas llevan a un solo destino aparente: la reforma judicial como meta. Ello es una utopía, como lo sostuvo Silva Santisteban. Prueba es el Ceriajus del 2003, que no fue un proyecto de reforma, sino un diagnóstico de la situación de justicia en el Perú, a partir del cual se postulaban propuestas; nada más.

Pilares básicos

En el siglo XXI, el proceso judicial, además de las

técnicas normativas y procesales, requiere que el sistema de justicia se sostenga en dos pilares básicos: organización y tecnología.

De la organización ya nos hemos ocupado y bastante [3]; solo recordar que el Poder Judicial no se legitima por su autonomía *per se* debido a su condición de poder del Estado. Su legitimación se adquiere por su eficacia como organización. Es urgente adaptar su estructura orgánica bajo moldes coherentes y modernos.

La tecnología se aplica en todas las organizaciones cualquiera sea su objeto. La incorporación de elementos tecnológicos en la prestación de servicios es indispensable y debe ser aplicada de manera coherente en su uso y administración.

Sostienen Bayly y Pasquel que el Poder Judicial, más que impartir justicia y solucionar conflictos, brinda servicios. ¿Qué tipo de servicios? Judiciales. Lo son todos los componentes indispensables no jurídicos ni procesales que intervienen en la labor de impartir justicia para desarrollarla de manera diligente. No están en los códigos ni en las leyes.

**EN EL SIGLO XXI,
EL PROCESO
JUDICIAL, ADEMÁS
DE LAS TÉCNICAS
NORMATIVAS
Y PROCESALES,
REQUIERE QUE EL
SISTEMA DE JUSTICIA
SE SOSTENGA EN DOS
PILARES BÁSICOS:
ORGANIZACIÓN Y
TECNOLOGÍA.**

Tampoco en la teoría procesal. Pero sí para respetar los plazos, efectivizar emplazamientos, realizar exhortos, obtener información del proceso en tiempo real, etcétera.

Son muchas variables que la tecnología brinda al proceso judicial. Sin embargo, nuestro sistema no se ha preocupado en determinar ni identificar qué son los servicios judiciales.

El lanzamiento del renombrado expediente virtual se aleja mucho del proyecto del expediente digital presentado en el 2001. Este se refería al acceso al expediente en tiempo real para su control fuera de los tribunales, lo que descongestionaba las atiborradas “salas de lectura”.

Los certificados digitales para la tramitación de exhortos también fueron encarpetados. Este servicio simplificaba el trámite de exhortos en tiempo real y solo en el término de la distancia mínimamente necesario, lo que reducía el tiempo considerablemente: de meses, con la práctica actual, a solo tres días, dependiendo del término de la distancia.

Los circuitos judiciales, por su parte, han sido reemplazados por la creación de cortes en la ciudad de Lima. Era una propuesta de solución metropolitana. Lo ejecutado, una mera práctica de generación de mayor burocracia con un aparato estatal más grande, pero también menos eficiente. En ellos era básica la implementación de sistemas informáticos que los interconectarán, de manera que se pudiera ejercer un control de procesos desde un solo centro o unidad supervisora (control judicial efectivo en reemplazo de la Ocma).

En suma, un servicio judicial conlleva la ejecución de otro en cadena. Aplicando la reforma tecnológica en el punto adecuado, se generan otras coordinada y continuamente. La reforma judicial no se ejecuta como un todo, sino a partir del producto preciso y su reacción en cadena, y con la ejecución del proceso organizativo de manera paralela.

Conclusiones

En conclusión; para el funcionamiento óptimo de un sistema de justicia, se requieren cuatro grandes ejes: (i) normativo procesal; (ii) la potestad jurisdiccional; (iii) el aspecto organizacional; y, (iv) tecnología. De todos ellos solo se presentan los dos primeros. El tercero es deficiente en extremo y basado en conceptos caducos, limitados solo a la estructura pública, sin considerar los estándares de las organizaciones privadas. El diseño

de una organización moderna no distingue lo público de lo privado. La idea contraria es un “tabú” dentro del sistema y de ahí su atraso. Sobre la tecnología, esta se desarrolla exponencialmente, pretender que el propio sistema judicial diseñe sus productos es un error, pues cuando se descubre uno, en el mercado ya no se usa ni es útil a los requerimientos de los usuarios. Queda planteado el debate.

El financiamiento no es de cargo del Estado. El Estado no es buen administrador de recursos organizacionales. El Poder Judicial debe desmonopolizar sus servicios, manteniendo solo los necesarios; aquellos de los que no debe desprenderse, como la información (seguimiento de procesos o expedientes). El resto, tercerizarlos.

Mantener la administración de cada uno de los productos tecnológicos que se implemente es sumamente costoso. Sin embargo, la tendencia es todo lo contrario a las corrientes actuales. El Poder Judicial peruano gasta sumas considerables en la administración de sus servicios judiciales y, a la vez, genera su necesidad laboral. Se prefiere atender capital humano en tecnología propia, en lugar de satisfacer la urgente demanda de auxiliares jurisdiccionales.

La tercerización de servicios reduce los costos sustancialmente, permite un adecuado control del seguimiento en el desarrollo, optimiza la racionalización del capital humano, sincera las plazas de servidores administrativos incrementando las de los auxiliares judiciales y, lo más atractivo, genera ingresos propios por comisiones en la colocación en el mercado cada vez que se “vende” un producto o servicio. De ese modo, incrementa el flujo económico sin depender del presupuesto público. ▀

[1] Silva Santisteban, José. Curso de Derecho Constitucional. 3ª. Ed. París, Librería de A. Bouret e hijo, 1874, p. 107.

[2] Bayly Letts, Andrés y Pasquel Rodríguez, Enrique. ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de Justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal. En Themis revista de Derecho N° 46. Pp. [3] Salas Villalobos, Sergio. El Poder Judicial peruano como objeto de estudio para la calidad de la democracia y administración de justicia en el Perú. Ventajas y dificultades. En Ius et Praxis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 45, 2014. Pp. 123-145.

NUEVAS FORMAS PARA LA PRONTA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Urgencia y tutela inmediata



MARIA ELENA GUERRA-CERRÓN

Doctora en Derecho.
Docente de Derecho Procesal de la Universidad de Lima. Master en Derecho empresarial de la Universidad de Lima.

Como bien señala Jorge Peyrano: “Si algo caracteriza al proceso civil de hoy es la poca paciencia de los justiciables. A diferencia de tiempos pasados [cuando, resignadamente, aguardaban el resultado del lento devenir de la maquinaria judicial] hoy exigen ser reconfortados con resoluciones expeditas de sus expectativas [...]” [1]. De ahí que la lentitud para obtener tutela judicial sea considerada como uno de los elementos de la crisis del Sistema de Justicia; pero que no cause alarma la palabra “crisis”, ya que esta no siempre denota una situación negativa o adversa; también se refiere a un acontecimiento positivo que genera un cambio con consecuencias importantes. Ante esta realidad, estoy construyendo una propuesta, que tendría por finalidad la aceleración de respuestas en determinados casos, con la satisfacción de las expectativas de las personas que acuden al órgano jurisdiccional, y para ello he revisado parte del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil-CPC, publicitada mediante R. M. N° 0070-2018-JUS, del 5 de marzo del presente año, a fin de verificar si es que en ella se ha considerado o introducido alguna forma de tutela urgente, además de las medidas cautelares.

Justificación

Basta leer la exposición de motivos en la parte relativa a la “Tutela provisional” para verificar que se ha mantenido la concepción cautelar –como una garantía que podría hacer posible la efectividad del proceso– entendida en una doble dimensión –ya sea como satisfacción del interés individual del justiciable, y la realización de la función jurisdiccional–. Si bien se ha propuesto

La propuesta

En este contexto, por qué no introducir en el CPC otras formas de tutela urgente, además de la tutela cautelar; por qué no considerar la viabilidad de incorporar una disposición con la sumilla de “Tutela inmediata” con un procedimiento especial –distinto al cautelar puesto que no se trata de medidas provisionales–, que responda a un pedido de urgente y con carácter de definitiva. El texto en el que estoy trabajando es el siguiente: “Tutela inmediata. - A pedido del interesado, y en circunstancias excepcionales acreditadas con pruebas, cuando el transcurso del tiempo pueda significar o poner en riesgo la dignidad de las personas, su integridad, o a

su patrimonio, el juez podrá realizar una evaluación de la atendibilidad del pedido para otorgar tutela urgente e inmediata. El juez deberá fundamentar su decisión, exponiendo su razonamiento y ponderación realizada. En la atendibilidad se evaluará la evaluación de si se brinda la tutela solicitada sin conocimiento del sujeto que debe realizar el mandato, o si se le notifica. Concedida la tutela inmediata no se requiere el inicio de un proceso, salvo la oposición a la que tiene derecho el destinatario del mandato, la que se tramitará como proceso único.” Esta es la idea que se somete a consideración y queda para el debate.



un cambio, considerándose como el género a la tutela provisional y como sus especies a la tutela cautelar y la tutela anticipada, estableciéndose como diferencia entre ellas la función satisfactiva, la que se atribuye a la medida anticipada; definitivamente las características de provisoria, temporal, contingente, y variable, entre otras, no han variado. Por lo tanto, de la tutela urgente se conservarían las medidas que dependen necesariamente de un proceso.

En cuanto a las expectativas de los ciudadanos a las que se refiere Jorge Peyrano, en una oportunidad consideré que con una interpretación amplia (y no restrictiva) de la medida genérica prevista en el artículo 629 del CPC, esta podría servir para solicitar, y que se dicten medidas que no fueran provisionales; sin embargo, por la ubicación en el articulado del CPC no cabía duda de que si bien es una medida “genérica” y que permite la creación de “medidas atípicas”, esta es una medida cautelar más, y por lo tanto, es provisional y depende de un proceso.

No tengo nada de que objetar a la medida genérica, esta es positiva, ya que su contenido abierto permite dictar medidas idóneas y adecuadas a la pretensión, pero no es suficiente; se requiere pensar en otros medios o técnicas de tutela urgente, como para hacer viables, por ejemplo, las medidas anticipadas definitivas, o medidas autosatisfactivas o acciones preventivas, entre otras.

De la lectura del siguiente párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del CPC, que señala expresamente que: “En todos estos años se han generado muchos abusos con las medidas provisionales. Algunos de ellos derivados de medidas cautelares que buscan dejar sin efecto otras. Por ello ha sido importante para el grupo de trabajo establecer algunos límites

para que los jueces puedan conceder medidas provisionales”; me da la impresión de que como hay desconfianza en la discrecionalidad de algunos jueces para el dictado de medidas cautelares –por lo cual se requeriría el establecimiento de limitaciones a sus atribuciones–, con más razón habría mayor desconfianza para introducir en el CPC otras formas de tutela de urgencia, además de las medidas cautelares.

Es comprensible que haya desconfianza en el ser humano –juez–; sin embargo, ello no puede ser razón para no introducir nuevas formas para la pronta realización de los derechos. Siempre he considerado que no deben haber “camisas de fuerza” para el ejercicio de la función jurisdiccional, pero sí severas sanciones para los magistrados que desvían el objeto de su función por intereses personales.

Respecto a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional señaló que “[...] es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio [...]” [2]. Entonces, es igualmente exigible obtener protección a los derechos fundamentales (humanos) en los procesos ordinarios, sin que necesariamente se tenga que recurrir a los procesos constitucionales. La tutela judicial no distingue derechos ni pedidos ni pretensiones. ▀

[1] PEYRANO, Jorge, *La acción preventiva en Derecho Procesal Civil*, Congreso Internacional, Lima 2003, Universidad de Lima, Fondo Editorial, p. 11. [2] Expediente N° 763-2005-PA/TC, Lima, 13/04/2005 (f. j. n.º 6).