



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

EL PLENARIO PROBATORIO EN LA TUTELA EJECUTIVA EN LA BÚSQUEDA DE LA PONDERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL EJECUTANTE Y DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Procesal
presentada por:

Germán Gino Castillo Yasuda

ASESORA: Prof. Eugenia ARIANO DEHO

JURADO:

Presidente: Giovanni Priori Posada

Segundo Miembro: Eugenia Ariano Deho (asesor)

Tercer Miembro: Sergio Casassa Casanova

LIMA – 2015



A mi madre, a mi abuelita, a mi abuelito y Claudia por su amor y apoyo incondicional

ÍNDICE

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | V |
|--------------------|---|

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO A PROBAR

| | |
|---|----|
| 1. Noción previa: El Estado Constitucional de Derecho | 1 |
| 2. Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva: Naturaleza fundamental y constitucional..... | 8 |
| 3. El contenido del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva | 16 |
| 3.1. El derecho de acceso a la jurisdicción | 20 |
| 3.2. El derecho a un proceso con mínimas garantías | 21 |
| 3.3. El derecho a una resolución fundada y motivada en derecho que ponga fin al proceso | 24 |
| 3.4. El derecho a la efectividad de las resoluciones | 25 |
| 4. El Derecho de Defensa y su contenido..... | 26 |
| 5. Derecho a Probar como garantía de la Tutela Jurisdiccional Efectiva .. | 31 |

CAPÍTULO II

EL PROCESO JUDICIAL COMO HERRAMIENTA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

| | |
|--|----|
| 1. El proceso judicial y tutela jurisdiccional efectiva | 46 |
| 2. Formas de tutela de derecho a través del proceso judicial | 49 |
| 2.1. Tutela Cognitiva o Declarativa..... | 52 |
| 2.2. Tutela Cautelar | 53 |
| 2.3. Tutela Ejecutiva | 54 |

CAPÍTULO III

LA TUTELA EJECUTIVA

| | |
|---|----|
| 1. El proceso de ejecución como instrumento | 55 |
| 2. Título Ejecutivo como sustento de ejecución..... | 59 |
| 3. La oposición a la ejecución y sus efectos suspensivos de ejecución | 64 |
| 4. Modelos de defensa en la ejecución..... | 65 |
| 4.1. Modelo Español | 65 |

| | | |
|------|--|----|
| 4.2. | Modelo Francés | 71 |
| 4.3. | Modelo Colombiano..... | 72 |
| 4.4. | Modelo brasileño..... | 76 |
| 5. | La oposición a la ejecución y su distinción con los procesos de cognición especiales: Sumarios y plenarios rápidos | 77 |
| 6. | Limitación probatoria en la oposición como evidencia de ausencia de defensa y sus efectos suspensivos sobre la ejecución | 80 |

CAPÍTULO IV

EL PLENARIO PROBATORIO EN LA TUTELA EJECUTIVA. EN LA BÚSQUEDA DE LA PONDERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL EJECUTANTE Y DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO

| | | |
|--|---|------------|
| 1. | La limitación de defensa en los procesos de ejecución..... | 84 |
| 1.1. | La injustificada limitación de defensa en la ejecución de títulos ejecutivos judiciales | 85 |
| 1.2. | La injustificada limitación de defensa en la ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales | 87 |
| 2. | Medidas alternativas a la limitación del derecho de defensa del ejecutado para resguardar adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante | 89 |
| 3. | La constitucionalidad del diseño de los procesos judiciales | 92 |
| 4. | La ejecución con defensa plena | 93 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | | 96 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | | 100 |

INTRODUCCIÓN

Dentro del contexto de un Estado Constitucional de Derecho es de vital importancia el sometimiento del poder del Estado a la Constitución; por lo que este sometimiento, denominado principio de constitucionalidad, involucra al legislador y a todos los operadores jurídicos. Este principio de constitucionalidad implica que el proceso judicial, como herramienta del Estado para la tutela de los derechos, debe contar con un diseño legal que le permita contener y cumplir las garantías procesales constitucionales que legitimen su validez, a través del respeto a la realización del derecho a acceder al proceso, el derecho al juez natural predeterminado por ley, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a la motivación de las decisiones, el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, por citar alguna de ellas.

Es en este contexto, esto es, la vigencia principio de constitucionalidad en el ámbito del Derecho Procesal, que analizaremos la validez constitucional de la limitación del derecho de defensa en la Tutela Ejecutiva, tal como, actualmente, se encuentra regulado en el artículo 690-D del Código Procesal Civil, en la denominada “contradicción” del ejecutado.

Por tal motivo, el objeto de esta tesis es demostrar que la actual regulación procesal resulta insuficiente y contraviene derechos constitucionales como la Tutela Jurisdiccional Efectiva y la Defensa. Igualmente, constituyendo sus objetivos específicos:

- Demostrar que es viable la consagración de una oposición a la ejecución plena, sin que ello implique, a su vez, una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional del ejecutante;
- Demostrar que, a los efectos de no vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional del ejecutante, existen medidas más

INTRODUCCIÓN

idóneas que la limitación de razones y de medios de prueba en la oposición a la ejecución, en sustancia operando sobre la suspensión o no de la ejecución como consecuencia del planteamiento de la oposición.

Con este propósito, el método de esta tesis consiste en el estudio analítico y sintético de las principales instituciones procesales que intervienen en esta controversia que contempla nuestro proceso de ejecución.

Con el propósito de establecer un marco constitucional a favor de nuestra tesis, en el Capítulo I, se aborda la naturaleza jurídica y el contenido del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el Derecho de Defensa y el Derecho a Probar, siendo que su desarrollo doctrinario y jurisprudencial permitirá apreciar el contenido de diversas garantías procesales como el derecho a acceder al proceso, el derecho al juez natural predeterminado por ley, derecho de defensa, prueba, derecho a obtener un fallo motivado y fundado en derecho, efectividad, entre otros. Todos estos elementos constitutivos de la Tutela Jurisdiccional Efectiva permiten que el Estado a través de las decisiones de sus órganos jurisdiccionales cumplan con su labor primordial: Brindar tutela jurídica idónea y adecuada a los justiciables a fin de satisfacer sus intereses y/o derechos.

Asimismo, en el Capítulo II se desarrolla la importancia del proceso judicial en el marco del Estado Constitucional de Derecho, como herramienta jurídica para la solución de conflictos y los tipos de formas de tutela jurisdiccional de derechos que, tradicionalmente, se sostiene en doctrina.

Posteriormente, en el Capítulo III se analiza el contenido de la Tutela Ejecutiva, sus elementos principales como lo son la actividad jurisdiccional ejecutiva, el título ejecutivo y el debido proceso ejecutivo; sus alcances y sus fines relacionados con la satisfacción real del ejecutante. Asimismo se analiza la limitación probatoria del ejecutado en la regulación procesal actual y los modelos de su defensa en la legislación comparada (español y

INTRODUCCIÓN

francés), a fin de contar con mayores razones jurídicas que sustenten nuestra propuesta de tesis.

Finalmente, en el Capítulo IV se plasma nuestra propuesta de tesis, demostrando que el derecho de defensa referido al derecho de probar en la Tutela Ejecutiva se encuentra indebidamente restringido a la luz de la Constitución, lo que constituye una problemática para el ejecutado al generarle indefensión. Al efecto y como propuesta de solución sostenemos la defensa plena en el proceso de ejecución, para lo cual resulta necesario dotar a la “contradicción” el contenido procesal que le es propio: El principio de contradicción entendido como defensa plena como mecanismo de defensa del ejecutado. Además, sostenemos la viabilidad de utilizar medidas alternativas como la regulación acerca de los efectos de la suspensión de la ejecución y el otorgamiento de garantías procesales suficientes para resarcir posibles daños al ejecutado, como la contracautela u otras garantías procesales análogas, como medidas alternas y sustitutorias de la limitación probatoria del ejecutado en la Tutela Ejecutiva.

Nuestra propuesta de tesis busca pues que la Tutela Ejecutiva y sus principales instituciones procesales (legitimidad para obrar contenida en el título ejecutivo, la contradicción y las garantías procesales del debido proceso) sean compatibles con el marco constitucional del Estado de Derecho Constitucional actual, optimizando la realización, dentro del proceso de ejecución, de las garantías procesales constitucionales, principalmente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y el derecho de defensa del ejecutado.

Lima, octubre 2015

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO A PROBAR

1. Noción previa: El Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho constituye un nuevo paradigma en el estudio del Derecho y, por ende, del Derecho Procesal. Esta concepción supera la noción de Estado de Derecho entendida como el sometimiento del poder estatal a la ley (principio de legalidad) y que dio mérito al procesalismo científico del Derecho Procesal, aumentando los parámetros de protección de las libertades y derechos de los ciudadanos desde y a través de la Constitución, es decir, el poder estatal se somete no sólo a ley sino, también, a la Constitución (principio de constitucionalidad), lo que influye de forma directa al Derecho Procesal y, en este punto, revitaliza la importancia el estudio de las garantías procesales constitucionales.

Acerca de este vínculo existente entre el Derecho Procesal y la Constitución, Osvaldo Alfredo Gozaini afirma lo siguiente:

El derecho procesal sirve para organizar el sistema de enjuiciamiento, la justicia y su composición, y para consagrar su vínculo con la Constitución, una garantía única que asegura con el proceso el respeto de las demás garantías.

Las garantías constitucionales que preservan la eficacia y el cumplimiento de los derechos dependen de los instrumentos establecidos para hacer efectiva la tutela prometida. Este mecanismo instrumental es

CAPÍTULO I

el proceso, observado en este plano, como única garantía posible¹.

Sobre este cambio de paradigma en la noción de Estado, César Landa Arroyo señala lo siguiente:

Así, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, superando la concepción de la pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y a los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional².

Se aprecia un sometimiento de la ley a la Constitución y, por ende, un sometimiento del poder estatal a la Constitución. Al efecto, Gustavo Zagrebelsky refiere:

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad³.

¹ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 2005, pp. 11-12.

² LANDA ARROYO, Cesar. «Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú». En *Proceso y Constitución*. Lima: Ara Editores, 2011, pp. 608.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Octava Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 40

CAPÍTULO I

En la misma línea, nos permitimos citar a Marina Gascón Abellán quien advierte de los límites del poder estatal contenidos en el marco constitucional y, al mismo tiempo, de la importancia de la realización de los derechos reconocidos en ella, señalando lo siguiente:

Podría decirse de una forma genérica y puramente aproximativa, que lo que define al constitucionalismo es el pleno compromiso con la cultura de los derechos frente al poder: constitucionales son aquellos sistemas donde junto a la ley, existe una constitución que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y, además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la constitución, que se convierte así en su parámetro de validez. En otras palabras, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la supremacía jurídica o suprallegalidad. Podría decirse que el Estado constitucional de Derecho incorpora, junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad. Ahora bien, el carácter suprallegal de la constitución, más allá de la simple posibilidad de enjuiciamiento normativo de la ley, comporta cambios muy profundos en la manera de concebir la función y alcance de numerosas instituciones jurídicas⁴.

Es en este contexto del Estado Constitucional de Derecho que el Derecho Procesal se vincula directamente con la protección de los derechos que otorga la Constitución; lo que se corrobora con la existencia y vigencia de las diversas garantías procesales constitucionales. Esta idea trasladada al proceso judicial, que es la herramienta central del Derecho Procesal,

⁴ GASCON ABELLAN, Marina. «La motivación de la prueba». En *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 80-81.

CAPÍTULO I

supone que el operador jurídico (legislador, juez, abogado), al analizar las reglas del proceso judicial no sólo tendrá que tener en cuenta las leyes procesales y/o las instituciones procesales sino que, además, el operador jurídico deberá emplear dichas herramientas de forma compatible con los principios y valores constitucionales para adecuarse a los parámetros de protección del Estado Constitucional de Derecho. De tal forma, por ejemplo, a la luz de la Constitución no es posible concebir un proceso judicial con limitaciones o restricciones del ejercicio de garantías mínimas como la defensa, sin justificación alguna desde las razones que brinda la Constitución.

Por ello podemos precisar, desde un punto de vista legislativo, que no es posible concebir al proceso judicial como un medio en sí mismo sino como un medio de tutela jurisdiccional de todos los derechos reconocidos en la Constitución, protección que debe ser idónea, oportuna y efectiva; lo que evidencia una tarea obligatoria del legislador que consiste en crear o generar el diseño de un proceso judicial adecuado a la Constitución para la tutela de los derechos, garantizando el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Es en el Estado Constitucional de derecho que se observa el rol primordial de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Sobre esta supremacía constitucional, el Tribunal Constitucional en la STC 4053-2007-PHC, FJ 12 ha dispuesto lo siguiente:

El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de distinciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo

CAPÍTULO I

poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto⁵.

Nos resulta evidente que, en cuanto a los procesos judiciales en referencia a su regulación y/o diseño legal, el Estado Constitucional de Derecho obliga al legislador a adoptar en sus decisiones mecanismos procesales idóneos para la tutela de los derechos, respetando los principios y valores constitucionales propios de cada estado democrático y con ello dotar de mayor seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, lo que permite generar decisiones judiciales destinadas a proteger la Constitución.

Como se observa el Derecho Procesal no es ajeno a esta noción de Estado y contribuye a revalorar los principios procesales constitucionales como objeto de estudio con la finalidad de lograr su realización a través del proceso.

Al efecto, debemos, en primer lugar, entender la noción de “principios”, para lo cual podemos señalar que los principios constituyen, en términos de Robert Alexy, “mandatos de optimización” lo que significa que el contenido de tales principios deben ser ejercidos de forma plena en armonía con otros de su misma condición con la finalidad de alcanzar el máximo contenido de ellos en su ejercicio. En ese sentido, el mencionado autor señala lo siguiente:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las

⁵ ETO CRUZ, Gerardo. *El desarrollo del Derecho Procesal a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Editorial Adrus, 2011, p. 74.

CAPÍTULO I

posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos⁶.

Asimismo, los principios jurídicos procesales constitucionales entendidos como mandatos de optimización se aplican dentro de las posibilidades reales y/o jurídicas existentes; mientras que las reglas (mandatos definitivos) son cumplidas o no según el contenido de ella. Lo que significa que en el caso del conflicto de reglas es posible que una de las dos reglas contradictorias sea inválida o eliminada del ordenamiento jurídico; mientras que en el caso de colisión de principios jurídicos, uno prevalece frente a otro a través de una ponderación (test de ponderación que involucra criterios de idoneidad, necesidad y ponderación en estricto) sin que el principio “perdedor” sea eliminado dada su importancia para el Ordenamiento Jurídico, lo que supone una convivencia y optimización de los principios constitucionales. Respecto a la convivencia en armonía de los diversos principios, Gustavo Zagrebelsky señala lo propio:

Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema de conflictos de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la *sciencia juris* – no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de realizar positivamente la “concordancia practica” de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que

⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

CAPÍTULO I

conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive en conjunto⁷.

La influencia de la noción del Estado Constitucional de Derecho no sólo irradia a las diversas instituciones procesales sino que, al mismo tiempo, genera una obligación al legislador al estricto cumplimiento de las garantías procesales constitucionales al momento de elaborar y/o elaborar el diseño de los diversos procesos judiciales cuyas reglas deben ser concordantes con los mandatos constitucionales. Al efecto y sobre la importancia de contar con procesos judiciales adecuados al marco constitucional, el profesor Giovanni Priori señala lo siguiente:

El proceso en el Estado constitucional debe estar diseñado de modo tal que todos esos derechos y principios constitucionales obtengan en ese diseño su máxima optimización en conjunto. En caso que, ello no se lograra en un caso concreto, será el juez, a quien le corresponda ponderar los principios en conflicto a fin de obtener la máxima protección de todos en conjunto, para el caso concreto.

Ese es el gran desafío del proceso en el Estado Constitucional. Al ser el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva un derecho de contenido complejo el diseño del proceso supondrá constantes tensiones. Pero esas tensiones no debe ser resuelta con la protección de uno de esos principios en desmedro de los otros, sino más bien buscando la ponderación de todos. El proceso en el Estado constitucional es el escenario en el que todos los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva logran su máxima optimización. Con el riesgo de ser reiterativos, ponemos énfasis en todos. Ello no es fácil y supone que se aplique adecuadamente el test de ponderación de los derechos. Muchas veces por la protección de uno de ellos (por ejemplo, la defensa) se terminan sacrificando otros (el derecho a un plazo razonable). Ni sólo uno ni sólo otro, sino los dos, en el máximo grado posible de vigencia, que permita a ambos

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. Cit., p. 16.

CAPÍTULO I

convivir con el máximo desarrollo de sus potencialidades. Por ello, en esta sede, el legislador intenta, solo intenta un modelo, pero es el juez, el único que puede hacer que en el caso concreto esta optimización se produzca⁸.

La deuda que enfrentamos en este momento hace referencia a determinar si el proceso de ejecución cumple con el marco constitucional de protección de las garantías constitucionales propio de un Estado Constitucional de Derecho, haciendo mención si se trata o no de un diseño procesal acorde con la Constitución, para lo cual analizaremos, a efectos de hacer frente a dicha obligación, el derecho de defensa del ejecutado y la limitación probatoria que padece en este tipo de proceso judicial.

2. Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva: Naturaleza fundamental y constitucional

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra regulado en el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano que, a la letra, señala:

Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

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

No obstante ello, este derecho es uno de vital importancia para el ordenamiento jurídico puesto que es un principio rector de la potestad jurisdiccional para administrar justicia. En efecto, este derecho goza de los atributos del principio de legalidad y de constitucionalidad ya que es un derecho de naturaleza fundamental y constitucional cuyo ejercicio supone la actividad de los órganos jurisdiccionales del Estado a través de un modelo de protección de derechos “heterocompositivo” donde un tercero imparcial

⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. «El proceso en el Estado Constitucional». En *Constitución y Proceso*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 354-355.

CAPÍTULO I

(el juez) detenta el poder de brindar una solución adecuada y efectiva al conflicto de intereses con relevancia jurídica en el que existen dos partes involucradas y con intereses opuestos, a través de un proceso debido o justo.

Nuestra Constitución establece que la persona humana es un fin en sí mismo y por ende se constituye como el sujeto de derecho de mayor protección por la Constitución y la ley, por lo que no resulta legal restringir a nadie el ejercicio de sus derechos fundamentales sin justa justificación o sin contar con medidas legales menos gravosas que optimicen su ejercicio.

Respecto a su característica de derecho fundamental basado como elemento inherente a la persona, en la STC 10087-2005-PA, FJ 6 nuestro Tribunal Constitucional señala:

Los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de salvaguardar del principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales⁹.

El carácter de derecho fundamental del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica su doble dimensión de actuación en el ordenamiento jurídico: el subjetivo y el objetivo.

Desde un punto de vista subjetivo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es uno inherente a los particulares dada su condición de ser

⁹ ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 120.

CAPÍTULO I

humano; siendo que tal condición es innata a todo ciudadano y constituye el valor supremo de la sociedad y del Estado, por lo que todos estamos en condiciones de exigir su estricto cumplimiento ante todas las entidades del Estado. En ese sentido el Artículo 1 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado.

Desde un punto de vista objetivo significa que todas las garantías mínimas que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles frente al Estado, lo que quiere decir que los elementos que la componen resultan exigibles por todos los particulares frente a los órganos jurisdiccionales del Estado, generando la subordinación de los poderes del Estado y, además, un deber de garantizar su cumplimiento frente a las lesiones que pudiera sufrir.

Sobre el doble carácter propio de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y su importancia en el ordenamiento jurídico, Reynaldo Bustamante Alarcón enseña lo siguiente:

Originariamente los derechos fundamentales aparecieron como derechos públicos subjetivos del individuo, derechos de defensa y libertad frente al Estado que aseguraban su status jurídico en tanto no podían ser vulnerados por éste. Se consideraba entonces que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre particulares y que no implicaban obligación alguna para el Estado a no ser aquella que le imponía abstenerse de realizar actos contrarios a su eficacia o contenido.

Posteriormente, el reconocimiento de la supremacía de la dignidad humana (que constituye su último fundamento) así como el desarrollo y complejidad de las relaciones sociales (por factores económicos, políticos, culturales, tecnológicos, etc.) llevaron a la doctrina, a los tribunales constitucionales y a las

CAPÍTULO I

cartas fundamentales a otorgar plena efectividad a los derechos fundamentales reconociéndolos como elementos esenciales del ordenamiento jurídico político, es decir, como elementos objetivos con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, que irradian su eficacia no sólo a las relaciones individuo – Estado, sino a las diversas esferas y relaciones de la vida social. Tal reconocimiento permitió advertir que los derechos fundamentales presentan un doble carácter, por un lado son derechos subjetivos de los sujetos de derecho en general (según el derecho fundamental del que se trate) que aseguran su status jurídico y la libertad en todos los ámbitos de su existencia, y por otro lado son elementos objetivos básicos del ordenamiento jurídico político por lo que cuentan con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía¹⁰.

Asimismo, sobre esta doble dimensión de los derechos fundamentales, Luiz Guilherme Marinoni destaca la importancia que constituye la obligación estatal de protección de los derechos fundamentales para garantizar su ejercicio, señalando lo siguiente:

Afirmar la doble dimensión – objetiva y subjetiva – de los derechos fundamentales no significa que el derecho subjetivo proviene del derecho objetivo. Lo que importa dejar en claro, aquí, es que las normas que establecen derechos fundamentales, si pueden ser subjetivadas, no pertenecen solamente al sujeto, sino a todos aquellos que forman parte de la sociedad. En efecto, como explica Vieira de Andrade, los derechos fundamentales no pueden ser pensados solo desde el punto de vista de los individuos, en cuanto facultades o poderes de los cuales estos son titulares, sino valen jurídicamente también desde el punto de vista de la comunidad, como valores o fines.

Una de las más importantes consecuencias de la dimensión objetiva esta en imponer al Estado un deber de protección de los derechos fundamentales. Este deber de protección relativiza la separación entre

¹⁰ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 96-97.

CAPÍTULO I

el orden constitucional y el orden legal, permitiendo que se reconozca una irradiación de los efectos de estos derechos sobre todo el ordenamiento jurídico. El Estado queda obligado a proteger los derechos fundamentales mediante, por ejemplo, normas de prohibición o de imposición de conductas¹¹.

Sobre la doble naturaleza de los derechos fundamentales, nuestro Tribunal Constitucional en la STC 3727-2006-PC, FJ 9 ha señalado lo siguiente:

Los derechos fundamentales poseen un doble carácter: son por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que aquellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales su estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional¹².

En nuestro país el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, adicionalmente a su naturaleza de derecho fundamental, tiene un reconocimiento constitucional conforme al numeral 3) del art. 139 de la Constitución Política del Perú que, a la letra, dice:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 205

¹² ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 122.

CAPÍTULO I

(...)

3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.*

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Sobre este reconocimiento constitucional es importante analizar que la función de administrar justicia es sólo atribuida al Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, conforme lo dispone el Artículo 138 de la Constitución Política del Perú que dispone lo siguiente:

Artículo 138.- *Administración de Justicia. Control Difuso*

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Asimismo, en este apartado, se observa que la Constitución contiene una regulación particular de los principios constitucionales procesales referidos al debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado diversa jurisprudencia constitucional sobre el contenido y el alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

CAPÍTULO I

y el debido proceso¹³; siendo que nos permitimos citar la STC N° 00023-2005-AI, FJ 42, que en relación a ellos señala lo siguiente:

Mediante ambos derechos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la declaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un contenido complejo (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139, el segundo párrafo del artículo 103 u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir o con su finalidad y que se deriven del principio-derecho de dignidad de la persona humana¹⁴.

En este punto resulta conveniente señalar que el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva no son conceptos jurídicos idénticos, ya que tales conceptos difieren en cuanto a su origen y ámbito de aplicación, tal como lo señala Reynaldo Bustamante León¹⁵.

Por un lado, el debido proceso es un instituto de origen anglosajón aplicable a los distintos procedimientos como el jurisdiccional, administrativo, arbitral, militar, político u otro; mientras que la tutela jurisdiccional efectiva es una institución de origen continental y su ámbito de aplicación es sólo el proceso jurisdiccional a cargo del Estado. Esta diferenciación nos

¹³ En referencia podemos anotar las siguientes: STC N° 01499-2011-PA/TC; STC N° 00750-2011-PA/TC; STC N° 06045-2009-PA/TC; STC N° 00607-2009-PA/TC. Todas en www.tc.gob.pe

¹⁴ LANDA ARROYO, César. «V Derechos Procesales». En *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2010, pp. 269-270.

¹⁵ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Cit., pp. 184-190.

CAPÍTULO I

permite concluir que el debido proceso es sólo una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva.

En ese mismo sentido, el profesor Víctor Roberto Obando Blanco señala:

Asumimos posición por la tesis doctrinaria según la cual el debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformada por una serie de derechos que determina su contenido¹⁶.

Por tal motivo, quedando resuelta esta distinción es oportuno indicar que corresponde a los operadores jurídicos su real tratamiento a fin de no desvirtuar su contenido y aplicación de ambos principios constitucionales. Sobre esta diferenciación, también, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional nuestro, tal como aparece de la STC N° 00005-2006-AI, FJ 23-25, señalando lo siguiente:

23. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos (...), entre otros, el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, siendo que jurisprudencialmente se han desarrollado en cada caso particular derechos relacionados en forma directa a estos, como los derechos al juez natural, la ejecución de resoluciones judiciales, la independencia judicial, entre otros.

¹⁶ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Ara Editores, 2011, p. 58.

CAPÍTULO I

24. Asimismo, también se ha establecido que el derecho de acceso a la justicia se configura como aquel “derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente (...)”, siendo que su contenido protegido no se agota en garantizar el derecho al proceso, entendido como la facultad de excitar la actividad jurisdiccional del estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados
25. Por su parte, el derecho al debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier actuación del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales, dentro de un proceso, sea este administrativo (...) o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal¹⁷.

El carácter fundamental y constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica que, de existir limitaciones y/o restricciones a su contenido, ellos deben obedecer a un criterio justificación entre los principios constitucionales opuestos, donde la preferencia de uno de ellos debe obedecer a criterios razonables y racionales, a fin de evitar regulaciones normativas y/o decisiones judiciales arbitrarias y/o ilegales.

3. El contenido del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene como presupuesto la solución de un conflicto de intereses que se resolverá a través del sometimiento de las partes opuestas a la decisión del juez, quedando claro

¹⁷ LANDA ARROYO, César. *Los Derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2010, p. 277.

CAPÍTULO I

entre las partes en conflicto todo rechazo a forma de autotutela alguna. En ese contexto, la solución de conflicto a través de una tutela jurisdiccional efectiva, constituye una garantía constitucional para acceder a los órganos jurisdiccionales a fin ellos: (i) Brinden una solución a un determinado conflicto de intereses; (ii) Brinden una solución a una incertidumbre jurídica; (iii) Controlen la constitucionalidad de las normas; y (iv) Sancionen conductas antisociales. En todos estos ámbitos de actuación de los órganos jurisdiccionales, se desarrolla el proceso con una participación determinante de las partes involucradas: Juez y particulares.

Importa ahora realizar una definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y, sobre todo, determinar su contenido. Luego de ello, se apreciará con mayor claridad su vínculo directo con el derecho a la defensa que, posteriormente y de acuerdo a nuestros intereses, desarrollaremos en las líneas siguientes para tratar el tema de la justificación o no de su limitación en los procesos de ejecución. Continuemos, por ahora, a determinar la noción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que involucra mayor relevancia si se tiene en cuenta que su obligatoriedad nace desde la Constitución. Pues bien, sobre este particular, Giovanni Priori Posada, define al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la forma siguiente:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad.

Es importante subrayar el hecho de que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo garantiza el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia, ni se queda en que el proceso sea llevado respetando garantías mínimas, sino que, en aras de hacer real y eficaz la protección que desea dar,

CAPÍTULO I

garantiza también que el proceso alcance el fin para el que fue iniciado¹⁸.

Por su lado, Víctor Roberto Obando, añade lo propio en los términos siguientes:

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un Derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso a la justicia, Derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

(...)

De acuerdo a la doctrina desarrollada por el profesor brasileño Luis Guilherme Marinoni, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos¹⁹.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende diversos derechos o “derechos complejos”; los cuales son susceptibles de agruparse en cuatro grandes categorías: 1) el derecho de acceso a la jurisdicción; 2) el derecho a un proceso con mínimas garantías; 3) el derecho a una resolución fundada y motivada en derecho que ponga fin al proceso y 4) el derecho a la efectividad de las resoluciones. Esta descripción del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional es compartida en doctrina (por ejemplo Giovanni Priori Posada²⁰, Víctor Roberto Obando Blanco²¹, Francisco Chamorro Bernal). Al

¹⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. «El Derecho Fundamental a la Tutela Cautelar: Fundamentos, contenido y límites». En *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: Ius et Veritas, 2013, p. 640.

¹⁹ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Ob. Cit., pp. 56-57.

²⁰ PRIORI POSADA, Giovanni. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». En *Derecho Procesal Civil – Estudios*. Lima: Jurista Editores, 2009, pp. 86-88. Cabe destacar que, en este artículo, el profesor Priori Posada desarrolla la diferenciación entre la tutela

CAPÍTULO I

efecto y por su parte, Francisco Chamorro Bernal se refiere a los elementos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la forma siguiente:

Esta tutela, desde el punto de vista garantista del TC, se compone de cuatro derechos básicos, que luego se van desmenuando en otros muchos componentes. Esos cuatro derechos básicos son los siguientes:

- El derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas
- El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión
- El derecho a obtener una decisión fundada en derecho que ponga fin al proceso
- El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial²².

No cabe duda que el ejercicio de los derechos que componen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene como resultado lógico y jurídico, la validez y legalidad del proceso judicial. Por tanto, no resulta atendible, desde ningún punto de vista jurídico, la vulneración de ninguno de los elementos del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; como por ejemplo, la prohibición a cualquier sujeto de derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales para la obtención de tutela o que el recurrente sea atendido por un juez incompetente.

Asimismo, debemos señalar que el ejercicio de este derecho supone el cumplimiento de dos obligaciones: la primera, dirigida hacia el legislador en la medida que genere o legisle procesos judiciales provistos de las garantías mínimas para la decisión definitiva que sea necesaria para el derecho recurrente; y, la segunda obligación, dirigida al juez para que en el marco del proceso judicial sus decisiones sean sometidas al cumplimiento

jurídica como aquella que proporciona de forma directa la ley y la tutela jurisdiccional que es aquella que proporciona los órganos jurisdiccionales del Estado.

²¹ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Ob. Cit., pp. 72-79.

²² CHAMORRO BERNAL, Francisco. En *La Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994, pp. 12-13.

CAPÍTULO I

de los principios procesales constitucionales mediante una decisión fundada y motivada en derecho. Es decir, el Estado permitirá que los particulares al momento de solucionar sus conflictos de intereses con relevancia jurídica, accedan a los órganos jurisdiccionales, tengan derecho al juez natural, a un abogado defensor, se les permita probar sus alegaciones de defensa de sus derechos y defenderse de las de su contrario durante el desarrollo del proceso; y, además, las partes, como resultado de un debido proceso, obtengan un fallo debidamente motivado y fundado en derecho pero sobre todo útil y/o efectivo. Ante ello y a continuación, nos permitimos analizar cada uno de los elementos del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva antes mencionados.

3.1. El derecho de acceso a la jurisdicción

En la lógica y desarrollo del curso del proceso judicial este derecho es el primero que supone el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva. Mediante este derecho cualquier sujeto de derecho que pretenda la tutela jurisdiccional de su derecho lesionado podrá acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar la forma de tutela acorde a la satisfacción de sus derechos; lo que supone que el juez tendrá que calificar que la demanda contenga los requisitos legales que establezca la ley. En ese sentido, la causal de improcedencia de la demanda o cualquier barrera al acceso a la jurisdicción debe contener un principio de legalidad sustentada de forma expresa en la norma procesal y un examen riguroso acerca de la validez o no de la relación jurídica procesal.

No sólo se agota con el inicio del proceso sino a que, una vez logrado el acceso, se garantice todos los medios legales para que el proceso judicial cumpla su cometido. No debe dejarse de lado que el accionante deberá acreditar interés y legitimidad para obrar, lo que hace referencia a la utilidad del proceso judicial y al título habilitante que le permita acceder y litigar dentro del proceso, respectivamente.

CAPÍTULO I

Este derecho, como se reitera es el inicio del complejo de derechos de la tutela jurisdiccional efectiva y, por ende, tiene especial importancia. Tan cierto es ello que los artículos 1 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se refieren a este derecho del acceso a la justicia como uno de carácter fundamental, señalando lo siguiente:

Artículo 1.- *Obligación de respetar los Derechos*

1. *Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*
2. *Para efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

Artículo 8.- *Garantías Judiciales*

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

3.2. El derecho a un proceso con mínimas garantías

Estas garantías mínimas hacen referencia a los derechos integrantes del debido proceso. Al tratarse de un derecho complejo, en el sentido que numéricamente y cualitativamente es diverso, mencionaremos los más importantes y desarrollaremos en el punto siguiente el derecho de defensa y el derecho a la prueba que son de interés de este trabajo.

CAPÍTULO I

- El derecho de defensa. Sobre este derecho el Tribunal Constitucional peruano, mediante la STC N° 2209-2002-AA, FJ 12 destaca la prohibición de indefensión en cualquier etapa del proceso, señalando lo siguiente:

El derecho de defensa en referencia protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión al que se ha hecho alusión no solo opera en el momento en que, pese a retribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular, sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover²³.

- El derecho a probar. Sobre este derecho el Tribunal Constitucional peruano, como no podría ser de otra manera, al tratarse de un derecho fundamental, reafirma su carácter constitucional, pese a no tener regulación expresa en la Constitución Política del Perú. Ello se sostiene dado su carácter gravitante para el ordenamiento jurídico ya que en un Estado Constitucional de Derecho no es posible tener un proceso judicial sin que las partes prueben sus alegaciones frente al juez. De tal forma, mediante la STC N° 06712-225-HC, FJ 15 el Tribunal Constitucional, y no le falta razón, señala lo siguiente:

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado

²³ LANDA ARROYO, César. *Los Derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cit., p. 286.

CAPÍTULO I

en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. (...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe ser debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado²⁴.

- El derecho a la jurisdicción predeterminada por ley o al juez natural.
- El derecho al juez imparcial.
- El derecho al proceso preestablecido por ley.
- El derecho a la motivación.
- El derecho a la presunción de inocencia.
- El derecho a la pluralidad de instancia.
- El derecho de acceso a los recursos.
- El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
- El derecho a la cosa juzgada.

Los derechos antes mencionados configuran algunos de los elementos más importantes del debido proceso y que constituyen manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Debe quedar claro que la vulneración de cualquiera de ellos contraviene la administración de justicia ya que afecta directamente los principios procesales constitucionales referidos al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

²⁴ LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cit., p. 295.

3.3. El derecho a una resolución fundada y motivada en derecho que ponga fin al proceso

Este derecho es una exigencia del Estado Constitucional del Derecho donde el fallo judicial tiene como fin resolver la controversia jurídica que le dio origen, acorde con los principios de constitucionalidad y legalidad. Sin embargo, la actuación del juez, además, de ello debe contener argumentos dotados de una motivación fundada y motivada en derecho, lo que permitirá ejercer sobre el fallo un control lógico y jurídico de los operadores jurídicos. Por tanto, como correspondencia del ejercicio de este derecho el justiciable tiene el derecho de contar con un fallo judicial que contenga un adecuado discurso jurídico sustentado en las fuentes del derecho y motivado según las máximas de experiencias, reglas de razonabilidad y racionalidad a fin de evitar decisiones arbitrarias y/o ilegales. Consecuencia lógica de este derecho resulta la cosa juzgada que en términos de Luiz Guilherme Marinoni es el desenlace final del proceso que brinda un fallo indiscutible e inmutable, en la forma siguiente:

Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional significa, además de derecho de una decisión que resuelva el litigio llevando en consideración los argumentos y pruebas y, de derecho a la preordenación de las técnicas procesales idóneas para la obtención de la tutela del derecho material, derecho a la obtención de una tutela jurisdiccional indiscutible e inmutable.

La parte vencedora, debido a su derecho fundamental de acción, tiene derecho a una tutela jurisdiccional estable, que no pueda ser nuevamente en discusión o modificada por acto propio del Estado, incluso y, especialmente, de naturaleza jurisdiccional.

Una solución que no se torna inmutable e indiscutible es una mera “opinión” sobre un conflicto, que podría – salvando la distancia – ser emitida por cualquier socio. Como sería algo fuera de propósito, e incluso bizarro, transformar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, en un derecho a una “opinión” del juez, está fuera de dudas que ese derecho tiene como

CAPÍTULO I

colatorio el derecho al carácter definitivo de la solución del conflicto²⁵.

3.4. El derecho a la efectividad de las resoluciones

La efectividad como derecho es una cualidad que recae sobre todas las resoluciones, es decir, le es propia a las interlocutorias (los autos) y las sentencias. Para este propósito, Víctor Roberto Obando Blanco señala lo siguiente:

La eficacia es un concepto pragmático. Se mide por resultados. La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela jurisdiccional, puesto que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. La efectividad señala Francisco Chamorro, quiere decir que el ciudadano tenga acceso real y no formal o teórico a la jurisdicción, al proceso y al recurso; que pueda defenderse real y no retóricamente, que no se le pongan impedimentos irrazonables a ello²⁶.

En este apartado referido al derecho a la efectividad de las resoluciones resulta pertinente hacer la distinción entre eficacia y ejecución ya que son conceptos distintos y podrían generar confusión. Para evitar ello, señalamos que la eficacia de las resoluciones hace referencia a que la resolución judicial, cualquiera de ellas (admisoria, resolución cautelar, sentencia) sea eficaz respecto a su finalidad procesal dentro del proceso. De tal forma, la resolución que admite a trámite una demanda debe tener conexión directa con las pretensiones de las partes y la vía procedimental adecuada y, además, debe ser correctamente notificada a las partes; la resolución que concede una medida cautelar debe cumplir con los requisitos de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad y, además, evitar el perjuicio de la demora del proceso; y la sentencia debe poner fin al proceso atendiendo a los intereses del vencedor de forma oportuna e íntegra. No

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Lima: Communitas, 2008, pp. 61-62.

²⁶ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Ob. Cit., p. 77.

CAPÍTULO I

obstante ello, la ejecución hace referencia a la actividad ejecutiva del órgano jurisdiccional a fin de lograr la satisfacción del ejecutando, es decir, a la ejecución jurisdiccional de un título judicial o extrajudicial donde los medios ejecutivos son los necesarios para asegurar en el plano real la satisfacción plena del derecho ya reconocido por el Poder Judicial o por la ley, respectivamente.

Para concluir este apartado referido al contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es importante que las normas procesales deben aplicarse a la luz de este derecho, es decir, su aplicación debe interpretarse en el sentido que le sean favorable para su aplicación y, por ende, se debe excluir toda interpretación procesal contraria a este propósito. Por tanto, la aplicación y/o interpretación de las normas procesales deben ser interpretadas, de tal forma que favorezcan a sus componentes ya mencionados (el acceso a la jurisdicción, el ejercicio de garantías mínimas, una decisión fundada y motivada en derecho y, también, a favor de la eficacia de las resoluciones judiciales).

Adicionalmente, no debe perderse de vista que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva contiene elementos de vital trascendencia para el entendimiento del rol del Estado como deudor de esta prestación de brindar justicia; lo que implica que el Estado debe garantizar su protección y ejercicio; para lo cual, y no puede ser de otra manera, resulta necesario que el ordenamiento jurídico cuente con técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de los recurrentes. Es decir, este derecho incorpora en la práctica una prestación estatal a través de técnicas procesales idóneas o diseños legales de procesos judiciales útiles para la realización o protección del derecho lesionado.

4. El Derecho de Defensa y su contenido

El derecho de defensa es uno de carácter fundamental y, por tanto, su ejercicio irradia a todo el ordenamiento jurídico y, por ende, de obligatorio cumplimiento. Adicionalmente, goza del reconocimiento constitucional, el

CAPÍTULO I

cual se encuentra previsto en el numeral 14) del art. 139 de la Constitución Política del Perú que, a la letra, dice:

Artículo 139.-

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.*

(...)

14. *El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.*

Asimismo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), también, lo recoge brindándole protección a nivel supranacional, señalando lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

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

No debe olvidarse que esta norma supranacional es aplicable a los operadores jurídicos, en virtud de su integración al derecho interno nacional según el artículo 55 de la Constitución Política del Perú que, a la letra, dice:

Artículo 55.-

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

En esta sede importa resaltar que el derecho de defensa es uno vinculado al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso ya que forma parte de las garantías mínimas que debe tener el proceso judicial para ser válido y acorde a la Constitución. Tan cierto es ello, que para nuestro Tribunal Constitucional el derecho de defensa cumple su rol jurídico

CAPÍTULO I

como derecho y como principio; al efecto, en la STC N° 05085-2006-AA, FJ 5, señala lo siguiente:

El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de la naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés²⁷.

Respecto al contenido del derecho de defensa podemos anotar que supone igualdad procesal entre las partes para el ejercicio de sus derechos fundamentales dentro del proceso. Esta igualdad procesal obedece al principio de contradictorio que implica que las partes sean escuchadas por el juez en igualdad de condiciones y de oportunidades, como paso previo a la emisión del fallo fundado y motivado en derecho, a fin de ejercer su defensa procesal. En ese sentido, Enrico Tullio Liebman señala:

Principio del contradictorio. El juez no puede proceder ni juzgar sin haber llamado ante sí a todas las partes para escuchar sus razones. Es una elemental exigencia de justicia dar a todas las partes la ocasión y la posibilidad de defenderse antes de que el juez pronuncie su juicio ("la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento": artículo 24, inciso 2 de la Constitución) (...).

El principio imprime a todo el procedimiento una estructura contradictoria, en cuanto el juez procede frente a todas las partes y éstas deben poder asistir a su desarrollo y defender y probar sus razones en condiciones de igualdad. Son éstas otras tantas garantías del pronunciamiento de una decisión lo más posiblemente fundada y justifica aquella particular

²⁷ LANDA ARROYO, César. «V Derechos Procesales». Cit., pp. 286.

CAPÍTULO I

inmutabilidad que es una característica exclusiva de los actos jurisdiccionales (autoridad de la cosa juzgada), limitada naturalmente solo a las partes y solo al objeto del juicio²⁸.

Sobre este principio de contradictorio, Devis Echandía, afirma:

El derecho de contradicción tiene, pues, un origen claramente constitucional y se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual se va sufrir la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación y el del respeto a la libertad individual²⁹.

En ese sentido, podemos advertir que el principio de contradictorio rechaza la indefensión en el proceso ya que ello resulta ajeno al ordenamiento jurídico.

En esta misma línea de pensamiento Francisco Chamorro Bernal apunta –en referencia al caso español donde su Constitución prohíbe la indefensión– lo siguiente:

El Tribunal Constitucional (TC) identifica indefensión con privación o limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, que puede adquirir las múltiples variedades que dicho Tribunal ha contemplado en sus resoluciones, pero que puede sintetizarse, como hemos dicho, en las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para poder controlar su correcta práctica y contradecirla.

Por tanto, constituyendo el contenido del derecho de defensa la posibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 8.

²⁹ DAVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, pp. 207-208.

CAPÍTULO I

probando cuanto estimen pertinente, puedan hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos, paralelamente, la indefensión supone una privación o minoración sustancial de ese derecho de defensa o de los principios de contradicción y de igualdad de partes³⁰.

Asimismo, este principio de contradictorio establece un conjunto de garantías mínimas que constituyen derechos que garantizan el derecho de defensa conforme a la Constitución. Al efecto, para el profesor Giovanni Priori el ejercicio del derecho de defensa supone garantías mínimas como son las siguientes:

Es el derecho que tiene toda persona a (i) ser informada de modo oportuno y suficiente de la existencia de un proceso en el que se discute acerca de sus intereses y que pudiera afectar a su esfera jurídica, (ii) a intervenir en esos proceso para (iii) alegar y (iv) probar sus afirmaciones; también supone el derecho (v) a poder contra argumentar frente a cualquier pedido de la contra parte; así como (vi) a que la resolución que resuelva la controversia se pronuncie sobre las alegaciones y pruebas aportadas y (vii) a que, en caso que no esté conforme con ella, cuestionar la decisión³¹.

En este apartado resulta relevante notar que el derecho de defensa supone el derecho a probar, es decir, que las partes tengan la posibilidad de alegar las razones que sustenten su pretensión y resistencia, y, como consecuencia de ello, tengan la posibilidad de probar sus alegaciones con los medios probatorios, desarrollando de esta forma una actividad probatoria dentro del proceso para la defensa de sus intereses.

³⁰ CHAMORRO BERNAL, Francisco. «El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional español». En *Constitución y Proceso*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 154-155.

³¹ PRIORI POSADA, Giovanni. «La oposición a las medida cautelares». En *Advocatus. Nueva Época*. Nº 24, 2012, pp. 417.

CAPÍTULO I

5. Derecho a Probar como garantía de la Tutela Jurisdiccional Efectiva

El derecho a probar es una manifestación del derecho de defensa comprendido dentro de las garantías mínimas que conforma el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Pensemos por un momento en un demandante que, luego de acceder al órgano jurisdiccional, tiene la posibilidad del ejercicio de garantías mínimas (entre ellas el derecho a probar) dentro del proceso a fin de obtener una tutela efectiva. Recordemos que en este trabajo mencionamos los elementos de la tutela jurisdiccionales efectiva: i) acceder al órgano jurisdiccional para la tutela del derecho lesionado; ii) **el ejercicio de garantías procesales que garanticen un debido proceso**; iii) una resolución fundada y motivada en derecho que ponga fin al conflicto; y iv) la efectividad de la decisión judicial. Pues bien, el derecho a probar, como manifestación del derecho de defensa, configura una de las garantías del debido proceso que compone el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a probar comparte la naturaleza jurídica de carácter fundamental del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ya que es un derecho inherente a la cualidad de todo ser humano y, por ende, su ejercicio resulta reconocido y protegido en la Constitución.

En ese sentido Reynaldo Bustamante Alarcón, señala:

Pues bien, el derecho a probar es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que asegura su aplicación en todos los órganos jurisdiccionales, y del derecho al debido proceso (aplicable tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos, arbitrales y militares), pues no tendría sentido que un sujeto de derechos pueda llevar a los órganos competentes un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica si no se le permite aportar medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso derechos fundamentales

CAPÍTULO I

inherentes a todo sujeto de derechos por el solo hecho de serlos, resulta indudable que el derecho a probar comparte el mismo carácter al ser una manifestación de ambos.

No obstante, este carácter fundamental del derecho a probar tiene reconocimiento constitucional, jurisprudencial y doctrinal en el derecho comparado. Por ejemplo, la Constitución española le reconoce expresamente esa calidad al recogerlo en u artículo 24, inciso 2, perteneciente al Título I De los derechos fundamentales y de las libertades públicas al señalar que “(...) todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa³²”.

Asimismo, reafirmando su naturaleza de derecho fundamental, Juan Morales Godo apunta:

El derecho a probar está considerado como inmerso en el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que tácitamente se considera también como un derecho fundamental.

(...)

El derecho a probar es una expresión del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Cuando se violenta o transgrede algunos de los contenidos esenciales del derecho a la prueba se está violentando el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

La finalidad del derecho fundamental a la prueba radica en posibilitar a los justiciables que participan en un proceso a acreditar los hechos que plantean en sus respectivas hipótesis (demanda y contestación de demanda), a efectos de que el juez asuma la existencia o inexistencia de los hechos relevantes planteados por las partes, teniendo en consideración

³² BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. «El derecho fundamental a probar y su contenido esencial». En *Estudios de derecho procesal civil*. Lima: lus et veritas, 2013, pp. 417-418.

CAPÍTULO I

que sobre esa base decidirá jurídicamente la controversia³³.

Sobre el contenido del derecho a probar, la doctora Eugenia Ariano Deho señala lo siguiente:

Ahora bien, el derecho a la prueba, cual derecho de defenderse probando, vale decir, cual derecho de poder aportar todo el material probatorio necesario para producir en el juez ese estado de convicción que le permitirá resolver presupone, por cierto, el derecho de alegar, de allí que el primer aspecto del derecho a la prueba es el de alegar y aportar los medios probatorios referidos a dichas alegaciones. Toda limitación a esta posibilidad de aportación de los hechos y del material probatorio, ya sea que provenga de la propia ley o de la disposición del órgano jurisdiccional, dentro de los alcances que veremos más adelante, debe analizarse con sumo cuidado, pues, podemos estar frente a una violación de una garantía mínima que el proceso debe configurar para ser tipificado como un debido proceso y una limitación a la posibilidad de obtener la tutela jurisdiccional de nuestros derechos e intereses.

(...)

Si le damos el derecho a la prueba la categoría de garantía constitucional del proceso podremos decir, junto con Taruffo, que ningún límite probatorio es justificado, salvo que existan especiales y relevantes razones que impongan una derogación excepcional al general derechos de las partes de servirse en juicio todas las pruebas relevantes³⁴.

Retomando el contenido del derecho a probar importa por ahora señalar que este derecho a probar se materializa a través de la actividad probatoria dentro del proceso judicial que consiste en alegar y aportar los medios probatorios (“defenderse probando”) y, por ende, no es ajena a los

³³ MORALES GODÓ, Juan. «Naturaleza Constitucional del Derecho a la Prueba». En *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales – Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores, 2014, pp. 263-264.

³⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 179.

CAPÍTULO I

principios directrices que determinan su correcta aplicación por el operador jurídico. Esta actividad probatoria, entendida como el “defenderse probando” implica, conforme lo señaló el Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 06712-225-HC, FJ 15, la realización o ejercicio de los derechos siguientes: i) Ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; ii) la admisión de los medios probatorios; iii) la actuación de los medios probatorios; y iv) la valoración adecuada y motivada de la prueba, a fin el tomador de decisiones (el juez) emita una sentencia fundada y motivada en derecho. Al efecto, en la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional nuestro expone lo siguiente:

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. (...) Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado³⁵.

En consecuencia, el contenido del derecho a probar, como actividad probatoria de “defenderse probando” implica la realización y ejercicio de los derechos siguientes:

³⁵ LANDA ARROYO, César. «V Derechos Procesales». Cit., pp. 295.

CAPÍTULO I

- El derecho a ofrecer medios probatorios.

Mediante este derecho las partes procesales tienen libertad probatoria y de oportunidad para incorporar al proceso judicial los medios probatorios que sirvan de sustento para acreditar sus alegaciones y/o razones de defensa.

En este punto, conviene precisar la distinción de conceptos entre medios de prueba, fuentes de prueba, y prueba. Así, el profesor Reynaldo Bustamante Alarcón señala:

Los primeros son vehículos o instrumentos utilizados para llevar al juez – o para que este lo adquiriera directamente en el caso de la actuación de medios probatorios de oficio – el conocimiento de los hechos los segundos son las razones o motivos que de estos medios de prueba se deducen a favor de la existencia o inexistencia de tales hechos, y el tercero – la prueba – es el convencimiento o certeza que adquiere el juez sobre los hechos; en ese sentido, solo el juez puede concluir si hay prueba o no de ellos³⁶.

Este inicio de la actividad probatoria tiene como componente importante el principio de igualdad de oportunidades en materia de ofrecimiento de prueba. En ese sentido Davis Echandía sobre la igualdad de oportunidades de la prueba señala lo siguiente:

Principio de igualdad de oportunidades para la prueba. Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción; con todo, este principio significa algo más: que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal, que expusimos en otro lugar, según la cual se exigen las mismas oportunidades para la defensa y se rechazan

³⁶ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. «El derecho fundamental a probar y su contenido esencial». Cit., p. 406.

CAPÍTULO I

los procedimientos privilegiados; es, además, consecuencia del principio, también aplicable al proceso en general, que obliga a oír a la persona contra quien va a pedirse la decisión³⁷.

Este derecho a la igualdad de oportunidades de la prueba sugiere que ambas partes se encuentren supeditadas a ejercer en igualdad de condiciones la prueba que favorezca a sus intereses. Cabe preguntarnos si las limitaciones probatorias del proceso de ejecución vulneran o no este principio de igualdad de oportunidades o no, máxime si el proceso de ejecución contiene un derecho cierto y exigible reconocido por ley. Consideramos que la respuesta es positiva debido a que no existe igualdad de oportunidades o de condiciones probatorias ya que el ejecutado cuenta con limitaciones en cuanto a las razones de alegar su defensa y, además, limitaciones en cuanto los medios probatorios a ofrecer, tal como lo dispone el artículo 690-D del Código Procesal Civil; lo que desarrollaremos en los próximos capítulos de esta tesis.

Retomemos, por ahora, el derecho a ofrecer medios probatorios en el sentido que podemos advertir que este derecho se encuentra sujeto a merced de las partes procesales, es decir, desde el punto de vista subjetivo, las partes procesales gozan de plena voluntad para ofrecer o no los medios probatorios que se adecuen a su pretensión, sin que ello importe invalidez del proceso en caso ellas no aporten medio probatorio alguno. En ese sentido, el artículo 196 del Código Procesal Civil señala:

Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos.

³⁷ DAVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Quinta Edición. Buenos Aires: Editor Víctor P. de Zavalia, 1981, pp. 124 -133.

CAPÍTULO I

Ello tiene razón de ser en el sentido que el derecho a ofrecer medios probatorios importa el principio de igualdad de oportunidades o igualdad de condiciones; lo que difiere si el sujeto de derecho hace efectivo o no este derecho.

- El derecho a que se admitan los medios probatorios.

Este derecho está sujeto a las reglas del propio proceso judicial en términos de oportunidad (preclusión de los plazos procesales), pertinencia (utilidad del medio probatorio para las afirmaciones de hechos que pretende probar), legalidad y demás principios procesales.

Sobre estos principios procesales, el propio Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 6712-2005-PHC/TC, FJ 26, establece criterios o principios rectores para determinar la validez jurídica de los medios probatorios que se pretende en el proceso, señalando lo siguiente:

Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración al derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento al derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos.

En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que

CAPÍTULO I

correspondía según las normas procesales de la materia.

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- Pertinencia: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- Conducencia o idoneidad: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Sera inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido para verificar un determinado hecho.
- Utilidad: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción al juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrezcan medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de publica evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuestos dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- Licitud: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- Preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de

CAPÍTULO I

medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias³⁸.

Por nuestra parte, propondremos que estos principios procesales no se contradicen con nuestra propuesta de tesis. Todo lo contrario, estos principios contribuyen, desde el punto de vista constitucional y procesal, a plantear y sostener nuestra propuesta que consiste en la búsqueda de un plenario probatorio en la Tutela Ejecutiva, tal como lo desarrollaremos en el capítulo correspondiente.

- El derecho a que se actúen los medios probatorios

Este derecho implica que el juez que admitió los medios probatorios de las partes procesales deba actuarlos durante el proceso judicial (audiencia), a fin que ellos den inicio al procedimiento de convicción judicial de merite la sentencia correspondiente.

Para Reynaldo Bustamante Alarcón este derecho implica el contenido del principio de inmediación y de contradicción³⁹. En el primero, el juez conoce o se vincula directamente con las partes y su material probatorio y, por ende, logra una real apreciación de las afirmaciones y pruebas de la partes en el proceso; mientras que el principio de contradicción genera la posibilidad de debate entre las partes respecto a los medios probatorios que configuren cada una de sus pretensiones.

- El derecho a que se valoren los medios probatorios

³⁸ ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., pp. 292-294.

³⁹ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. 2013. «El derecho fundamental a probar y su contenido esencial». Cit., pp. 429-430.

CAPÍTULO I

Este derecho supone la actividad de convencimiento que las partes deben lograr en el juez a través de sus alegaciones, medios probatorios y sustento jurídico; a fin inducir al juez para lograr una decisión jurisdiccional de acuerdo a sus intereses. En el proceso judicial, el juez debe realizar la actividad de valoración de los medios probatorios que consiste en una actividad de razonamiento lógico – jurídico a fin de alcanzar un fallo o decisión fundado y motivado en derecho que ponga fin al conflicto de intereses.

Respecto a la prueba entendida como el convencimiento del juez para resolver la causa, Jordi Ferrer Beltrán señala lo siguiente:

La finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicios suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera⁴⁰.

Asimismo, dentro de un Estado Constitucional de Derecho y en relación a la valoración de la prueba, reiteramos que la decisión del juez debe contener una motivación legal y racional que evite decisiones judiciales arbitrarias y/o ilegales. De tal forma, teniendo claro el objetivo y la finalidad de la prueba, la motivación del fallo judicial con parámetros objetivos constituye un elemento trascendental del Juez: La valoración de la prueba. Sobre el particular, Michele Taruffo indica lo siguiente:

Es necesario que el juez formule su decisión en modo racionalmente justificable y comprobable. Resulta

⁴⁰ FERRER BELTRAN, Jordi. «La valoración de la prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión». En *Estudios sobre la prueba*. México DF. Fontamara, 2008, p. 48.

CAPÍTULO I

ahora necesario determinar el criterio según el juez podrá efectuar racionalmente las alternativas que en el ámbito de su apreciación discrecional lo conducen a establecer cuales enunciados de hechos pueden o no pueden ser considerados verdaderos en cuanto resulten demostrados por las pruebas disponibles⁴¹.

No debe olvidarse que la finalidad de la prueba como convicción del Juez, obliga a los operadores jurídicos a ejercitar su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a través de pretensiones que logren persuadirlo con argumentos jurídicos y racionales. En ese sentido, algunos criterios objetivos de racionalidad son los siguientes: (i) Las máximas de experiencia, que son generalizaciones empíricas realizadas por el juez a partir de la observación de los hechos de la realidad. Como ejemplo de ellas, se observa el sentido común, las experiencias del juez y las opiniones de la comunidad científica sobre cada esfera del conocimiento en particular; (ii) Las presunciones (legales o judiciales) que constituyen razonamientos lógicos donde se considera un hecho como cierto o probable en virtud de las máximas de experiencias; (iii) La prueba indiciaria que constituye un medio probatorio indirecto sustentado en datos empíricos probados (indicios) y definidos a través de una conclusión o inferencia lógica.

No obstante lo expuesto acerca de los criterios de razonabilidad y racionalidad en el ejercicio de la valoración de la prueba a cargo del juez, debe tenerse en cuenta que en este contexto de valoración de la prueba, el juez como tomador de decisión se encuentra sometido a la ley y a la Constitución. Sin embargo, este sometimiento legal y constitucional, históricamente, no siempre fue así. De tal forma, en la doctrina procesal, históricamente, se aprecia que la valoración de la prueba; esto es, la “justificación” del juez sobre la actividad probatoria estaba sustentado en tres sistemas que, a modo de referencia, a

⁴¹ TARUFFO, Michele. «Probabilidad y prueba judicial». *Advocatus. Nueva Época*. Nro. 13. 2005, pp. 55-63.

CAPÍTULO I

continuación describimos. Es decir, tres sistemas para determinar la generación de la valoración de la prueba judicial:

a) Sistema de Prueba Tasada

Obedece a un sistema donde la valoración de la prueba es determinada por la ley, donde carece de valor el análisis crítico del juez. Al respecto, Michele Taruffo dice:

Este sistema se basaba en la aplicación de reglas – en algunos casos promulgadas por los legisladores, pero en muchos otros estipuladas por juristas teóricos – que establecían *a priori* y en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba – y a veces de todos ellos -⁴².

Asimismo, Osvaldo Alfredo Gozaini señala:

El presente supone otorgar por vía legislativa un valor determinado a cada medio de prueba, o bien, solamente para alguno en específico.

De acuerdo con ello, el juez al tiempo de emitir pronunciamiento, debe analizar el mérito de los elementos incorporados al proceso asignándoles la eficacia que ya viene establecida. Si ella fuera inexistente, no habría posibilidad de sentenciar por lo ponderado, y tendría que descalificar la pretensión rechazando la demanda.

Adviértase que en este mecanismo no existe valoración alguna, porque ella fue anticipada. Tampoco se obtiene convicción, porque el juez solo confronta hechos con pruebas legales, y si ajuste existe, descarta la utilidad como medio por el valor previamente asignado.

El origen del sistema reconoce la siguiente causa de legitimización: En tiempos de barbarie, los pueblos germanos utilizaron este mecanismo sobre la base de

⁴² TARUFFO Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 133-134.

CAPÍTULO I

creer que nadie mejor, para resolver sobre el grado convictivo de una prueba, que aquel que estaba fuera del hecho, libre de toda pasión e interés propio⁴³.

b) Sistema de Libre Convicción

En este sistema la valoración de la prueba obedece a una discreción absoluta del Juez frente a los hechos aportados por las partes. A diferencia del sistema anterior, en este sistema, se observa rasgos de arbitrariedad en las decisiones del juez puesto que la discrecionalidad, podría vulnerar normas legales. Nos permitimos compartir lo expuesto por Osvaldo Alfredo Gozaini:

Por este sistema el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso, sin reglas que le determinen un camino a seguir. La eficacia la consigue de su pleno raciocinio, sin tener el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fuesen esenciales y decisivas para el fallo de la causa⁴⁴.

Se observa que en este tipo de valoración de la prueba que la discrecionalidad del juez viene asociada con la idea de arbitrariedad en su fallo; lo que generaría un defecto de fallo fundado en derecho propio del Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

c) Sistema de Sana Crítica

La valoración de la prueba que efectúa el Juez es una que se sustenta, no solo en la ley o su libre albedrío sino en criterios de racionalidad y razonabilidad para resolver las controversias jurídicas. Al efecto, Mabel A. De los Santos afirma:

⁴³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *La prueba en el proceso civil peruano*. Trujillo: Editora Normas Legales, 1997, p. 192.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 194.

CAPÍTULO I

Exige un proceso lógico de razonamiento, debiendo el juez explicar dicho proceso sobre la base de principios de la lógica y las máximas de experiencia⁴⁵.

Nuestro sistema procesal actual, conforme a un Estado Constitucional de Derecho, reconoce este sistema basado en la decisión judicial sustentada y motivada en derecho. En ese sentido, el artículo 197 del Código Procesal Civil dispone lo siguiente:

Artículo 197.- *Valoración de la prueba*

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.

Para Reynaldo Bustamante Alarcón el sistema de libre apreciación y de sana crítica constituyen sistemas idénticos; sin embargo, consideramos distintos estos sistemas poniendo de manifiesto lo permisivo que resulta el libre convencimiento a favor de decisiones arbitrales fundado en un errado o falso albedrío judicial. No obstante ello, si tenemos en cuenta el sistema de sana crítica compartimos sus ideas en el sentido siguiente:

En oposición al sistema de tarifa legal, surgió el sistema de la sana crítica o libre apreciación de los medios de prueba – hoy prácticamente acogido por todos los ordenamientos jurídicos del mundo -, por el cual, el juzgador está en la libertad de valorar los medios probatorios actuados en el proceso o procedimiento, pero de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el Derecho y las reglas de experiencia que según el juzgador sean aplicables al caso. La valoración que no corresponda a estas reglas o fuere contraria a ellas, será una valoración defectuosa o indebida. Por otro lado, como la

⁴⁵ DE LOS SANTOS, Mabel A. *La prueba*. La Plata: Librería Editora Platense, 1996, p. 240.

CAPÍTULO I

apreciación que el juzgador ha tenido del material probatorio, solo puede ser conocida a través de los fundamentos de su resolución, el sistema de la sana crítica o libre apreciación implica que el proceso de convicción realizado por el juzgador para tomar su decisión debe ser explicado debidamente en la motivación de la resolución a fin de que pueda ser conocido por las partes y de esa manera estas estén en condiciones de ejercer su derecho de defensa al saber con certeza cuáles fueron las razones que llevaron al juzgador a tomar tal decisión, de lo contrario, se afectaría el debido proceso y el derecho de defensa⁴⁶.

Ahora bien, habiendo realizado un análisis previo al derecho de probar y su contenido, para efectos de esta tesis resulta de vital importancia destacar que el derecho a probar supone el ejercicio de las actividades probatorias descritas (ofrecer medios probatorios, admisión de ellos, su actuación y su valoración a cargo del juez) y que dicha actividad probatoria del recurrente debe ser acorde a los principios procesales constitucionales, entre ellos, la igualdad de condiciones y de oportunidades; lo que, y a modo de adelanto de nuestras conclusiones, no se aprecia en los procesos de ejecución.

⁴⁶ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. «El derecho fundamental a probar y su contenido esencial». Cit., pp. 429-432.

CAPÍTULO II

EL PROCESO JUDICIAL COMO HERRAMIENTA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. El proceso judicial y tutela jurisdiccional efectiva

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la forma de solución de conflictos de intereses está determinada por la decisión del juez, en su condición de tercero imparcial e independiente, a través de un proceso judicial que se constituye como el mecanismo de la potestad jurisdiccional del Estado donde los órganos jurisdiccionales tiene la función de brindar justicia, en protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. En otras palabras, es el juez que se vale del proceso judicial para brindar justicia a la sociedad.

En ese sentido, el proceso judicial tiene una dimensión constitucional y constituye una herramienta útil para la solución de conflictos de intereses. En buena cuenta es un modelo heterocompositivo de resolución de controversias o conflictos entre intereses o pretensiones opuestos y ello es así porque en virtud del contenido de Estado Constitucional de derecho se rechaza el mecanismo de la autotutela como medio de solución de controversias, al ser toda persona digna de tutela.

Al efecto, atendiendo al objeto del proceso judicial y al rechazo de la autotutela, Efraín Quevedo Mendoza, señala lo siguiente:

La asunción por el Estado del monopolio de la función jurisdiccional se encuentra históricamente legitimada en la necesidad de suprimir la defensa privada de los derechos, evitando que la falta de certeza en la tutela

CAPÍTULO II

de que goza un interés, individual o colectivo, frente a otro, cuyo sacrificio es un medio necesario de satisfacción del primero, se convierta en fuente de enfrentamiento físico e incluso, espiritual entre los sujetos de esos intereses, y germen de la alteración de la paz social. La satisfacción del interés público en el mantenimiento de la paz social, a través de la satisfacción de los intereses particulares, colectivos y públicos, estimados jurídicamente valiosos, justificó y justifica aun, la monopolización estatal de la función de juzgar los conflictos y toda situación de incertidumbre o insatisfacción en que se encuentre un determinado interés – privado, colectivo o público – protegido por el derecho, sea que tal protección provenga de una norma particular del ordenamiento legal o un principio general del derecho, positivo o natural¹.

La abolición de la autotutela como forma de protección del derecho lesionado nos promueve a entender los propios fines del proceso: la solución de conflictos a través de la tutela jurisdiccional, a fin de lograr la paz y bienestar social. Tan cierto es ello que, acerca del proceso, Francesco Carnelutti señala lo siguiente:

La voz del proceso sirve, pues, para aplicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta: la justicia debe ser su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer².

Asimismo, el profesor Giovanni Priori Posada señala:

A través del proceso se busca que el Derecho objetivo sea aplicado al caso concreto para con ello dar una protección efectiva a las situaciones jurídicas de los

¹ QUEVEDO MENDOZA, Efraín. «El Poder Judicial en un Estado Democrático». *Derecho & Sociedad*. N° 38. 2012, p. 373.

² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, pp. 21-24.

CAPÍTULO II

particulares, logrando con ello tutelar sus intereses y satisfacer con ello sus necesidades. A través de ello se busca obtener la paz social en justicia, pues, se logra una solución al conflicto de manera pacífica erigiéndose el proceso precisamente sobre la base de un presupuesto: la eliminación de la facultad de los particulares de hacer justicia por su propia mano. (..) A partir de todo lo anterior queda expuesto con absoluta contundencia que el proceso es un instrumento fundamental para conseguir la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los particulares, para que lo establecido por el derecho objetivo tenga una real vigencia y para con todo ello lograr una paz social en justicia³.

Por su parte, Jaime Guasp afirma lo siguiente:

El proceso no es, pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones. (...) La satisfacción en sentido jurídico supone no dar la razón siempre al reclamante, sino recoger, examinar y decidir por el Poder Público sobre su queja, actuándola o denegando su actuación, según parezca o no fundada. La pretensión ha de concebirse asimismo en sentido jurídico; no como una queja cualquiera, sino determinada; como una reclamación formalmente dirigida por un miembro de la comunidad frente a otro ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerla⁴.

De otro lado, importa destacar el carácter instrumental del proceso a fin de lograr la realización del derecho material. En ese sentido, Giuseppe Chiovenda señala lo siguiente:

La voluntad de la ley tiende a actuarse en el campo de los hechos hasta las últimas consecuencias prácticas y jurídicamente posibles. Por consiguiente, el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien

³ PRIORI POSADA, Giovanni. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». Cit., pp. 51-52.

⁴ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo Primero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 16.

CAPÍTULO II

tiene un derecho, todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir⁵.

Es el proceso como instrumento jurídico que posibilita la solución de conflictos jurídicos en nuestra sociedad actual, para lo cual se somete no solo al principio de legalidad sino, además, a los valores y principios constitucionales de nuestra Carta Magna. De tal forma que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se sirve del proceso como medio para asegurar a los particulares la defensa de sus derechos, a fin de evitar decisiones judiciales arbitrarias.

2. Formas de tutela de derecho a través del proceso judicial

Atendiendo a la protección que se pretende del derecho material y al interés para obrar de los particulares⁶ existen tres tipos de tutela: 1) La Tutela Cognitiva que tiene como finalidad resolver un conflicto de intereses, incertidumbre jurídica, control de la legalidad de las normas o sancionar y/o evitar conductas antisociales; 2) La Tutela Cautelar cuya función es asegurar la futura decisión judicial (sentencia); y 3) La Tutela Ejecutiva que busca hacer efectivo, en el plano cotidiano, un derecho o una situación jurídica de ventaja reconocido por ley o por el Juez, con la finalidad de satisfacerlo en su plenitud.

Sobre estas formas de “Tutela Jurisdiccional de los Derechos” a través del proceso, la profesora Eugenia Ariano Deho señala lo siguiente:

Todo sistema procesal debe necesariamente consagrar tres tipos de procesos: el proceso de cognición o de conocimiento que lleva al Juez a conocer una determinada controversia entre sujetos y a resolverla, estableciendo cuál sea la situación

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. I. Segunda Edición. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, pp. 47-48.

⁶ Sobre el interés para obrar, el profesor Juan Luis Avendaño señala: “*El interés para obrar es una institución procesal surgida con la finalidad de analizar la utilidad que el proceso puede promover a la necesidad de tutela invocada por las partes*”: AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. «El interés para obrar». *Themis. Revista de Derecho*. N° 58, pp. 63-69.

CAPÍTULO II

jurídica entre las partes litigantes, en pocas palabras a establecer quién entre los contendientes tiene la razón y quién, no mediante una resolución de fondo, normalmente una sentencia, imperativa e inmutable, a la cual se le atribuye la denominada eficacia de cosa juzgada; el proceso de ejecución cuyo objeto es que el titular de un derecho, cuya existencia es ya cierta por haberlo así declarado el órgano jurisdiccional en un previo proceso de conocimiento o porque la ley lo considera cierto, obtenga, trámite la actividad del juez, su concreta satisfacción y el proceso cautelar cuya finalidad inmediata es asegurar la eficacia práctica de otro proceso (de cognición o de ejecución) que en definitiva se actuará el derecho, constituyendo esta forma de tutela jurisdiccional un instrumento del instrumento por usar la conocida expresión de Calamandrei⁷.

No obstante ello, las formas de tutela pueden ser catalogadas de formas diversas atendiendo al derecho material que se pretenda proteger. De tal forma y a modo de ejemplo, podemos citar a Ugo Rocco que incluía a la tutela de condena como autónoma de la tutela de cognición:

La función jurisdiccional, pues, y el proceso civil se distinguen, en relación con la función y con la finalidad en:

- I) proceso de declaración de certeza, o de cognición, o de declaración del derecho;
- II) proceso de condena o de prestación;
- III) proceso ejecutivo o de realización coactiva;
- IV) proceso cautelar, o de conservación, o de aseguración⁸.

⁷ ARIANO DEHO, Eugenia. «¿Proceso o procesos de ejecución?». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, 2003, pp. 327-328.

⁸ ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Temis-Depalma: Bogota-Buenos Aires, 1976, p. 119.

CAPÍTULO II

El desarrollo de diversas formas de tutela jurisdiccional, incluso, motivó a Andrea Proto Pisani a realizar una distinción entre las formas de tutelas existentes y las diferenciadas de cognición plena y sumarias señalando lo siguiente:

La expresión tutela jurisdiccional diferenciada es una expresión altamente equivoca. Entendida, literalmente, significa que a diversidades diversas de tutela deben corresponder formas diversas de tutela: de esta obviedad nadie ha dudado; todo el sistema (o los sistemas) de nuestra materia han sido construidos sobre la base de esta premisa: así, se ha distinguido a la cognición de la ejecución; y en el ámbito de la cognición se diferencian las acciones (y las sentencias) de condena, de las acciones (y de las sentencias) de mera declaración y las constitutivas; en el ámbito de la ejecución se ha distinguido entre la ejecución forzada y ejecución procesal indirecta e. incluso, en el ámbito de la ejecución forzada, se ha distinguido la expropiación forzada (a su vez subdividida en función del tipo de bien a ser expropiado) de la ejecución forzada por consignación o liberación y para obligación de hacer o de no hacer. Cognición ordinaria y ejecución han sido siempre contrapuestas a la tutela cautelar, la cual es, a su vez, subdividida en función del tipo de *periculum in mora* que tiende a neutralizar.

(...).

El equívoco de fondo, que en mi opinión se anida detrás de un uso indiscriminado de la expresión tutela jurisdiccional diferenciada, es el siguiente: una cosa es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde con tales términos se entienda la predisposición de varios procedimientos de cognición plena y exhaustiva, alguno de los cuales modelados sobre la particularidad de singulares categorías de situaciones controvertidas; y. otra cosa es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde con tal termino se entienda la

CAPÍTULO II

predisposición de formas típicas de tutela sumaria (cautelar o sumaria *tout court*)⁹.

Casos importantes de tutela diferenciada, son los procesos de habeas corpus y de amparo que hacen referencia de casos de tutela urgente; procedimientos administrativos de protección al consumidor, los procesos de tutela urgente a fin de proteger derechos fundamentales.

No obstante ello, los diversos tipos de tutela jurisdiccional constituyen una obligación de protección del Estado Constitucional de Derecho y en ellos se sustenta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; es decir, no es posible obtener una tutela cognitiva, cautelar o ejecutiva sino a través del ejercicio pleno del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.1. Tutela Cognitiva o Declarativa

Para Giuseppe Chiovenda esta tutela supone un completo conocimiento de la causa a cargo del juez a fin de expedir un pronunciamiento (sentencia), obligando al juez a un examen de fondo de todas las razones de las partes¹⁰.

Asimismo, el profesor Enrique Palacios Pareja señala que en esta forma de tutela el juez determina a quien le corresponde el derecho mediante un exhaustivo examen, luego del cual el juez se pronuncia sobre la certeza del derecho que se invoca. Para el profesor, el resultado de este examen son tres tipos de sentencias:

- “a.1. Declarativas; tendientes a eliminar un estado de incertidumbre mediante un pronunciamiento que resuelva acerca de la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica. En otras palabras, solo reconoce una situación jurídica

⁹ PROTO PISANI, Andrea. *La Tutela Jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2014, pp. 198-200.

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. 1. Cit., pp. 35.

CAPÍTULO II

preexistente. No genera ni modifica situaciones jurídicas ni impone condenas al demandado....

- b.1. De condena; aquellas en las que, además de solicitar la declaración de certeza del derecho, se busca que se imponga al demandado el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. De esta manera, queda expedito el camino para la ejecución forzosa....

- d.2. Constitutivas; por las que se pretende el nacimiento de un nuevo estado jurídico como consecuencia de la declaración judicial. Es decir que la sentencia no es simplemente declarativa de un derecho, sino que crea, modifica o extingue un estado jurídico determinado¹¹.

2.2. Tutela Cautelar

Como mencionamos anteriormente, la tutela cautelar tiene como finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia judicial. De tal forma, la tutela cautelar según nuestro Código Procesal Civil tiene como finalidad la “*el cumplimiento de la decisión definitiva*”¹².

Sobre este particular y en relación a la eficacia de la sentencia, la profesora Eugenia Ariano Deho advierte:

La finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice, neutralizando los peligros derivados de la duración (o por la duración) del proceso – instrumento de tutela. La tutela cautelar es un instrumento que asegura (en cuanto sea posible) que pueda haber una efectiva tutela. La tutela cautelar sirve para garantizar cualquier tipo de pretensión de cognición sea ésta de condena, constitutiva o meramente declarativa y no sólo, sino

¹¹ PALACIOS PAREJA, Enrique. 2013. “Reflexiones sobre tutela preventiva”. En: *Estudios de derecho procesal civil*. Lima. Ius et Veritas, pp. 53-54.

¹² Artículo 608 del C.P.C.: “... La medida cautelar tiene por finalidad de garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva”.

CAPÍTULO II

que además tiende a asegurar también la posibilidad de una fructuosa ejecución¹³.

2.3. Tutela Ejecutiva

Este tipo de tutela busca la satisfacción del derecho del ejecutante en el plano cotidiano y, por tanto, la actividad jurisdiccional está destinada a la satisfacción del derecho lesionado, a fin de lograr una tutela efectiva.

En palabras de Juan Montero Aroca, este tipo de tutela jurisdiccional importa un proceso judicial destinado a sustituir al ejecutado a fin de satisfacer el derecho reconocido por ley. Al efecto, el mencionado autor afirma:

La actividad jurisdiccional ejecutiva es sustitutiva de la conducta que debiera haber realizado el ejecutado, si voluntariamente hubiera procedido a cumplir la prestación contenida en el título ejecutivo. Si el condenado a pagar una cantidad de dinero no lo hace, el tribunal procederá a enajenar bienes de aquel y con su producto pagara al acreedor ejecutante. Ello es posible porque en nuestro Ordenamiento se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al Tribunal¹⁴.

¹³ ARIANO DEHO, Eugenia. «La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, 2003, pp. 604-605.

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 391.

CAPÍTULO III

LA TUTELA EJECUTIVA

1. El proceso de ejecución como instrumento

La tutela ejecutiva de los derechos se hace efectiva a través del proceso de ejecución; por lo tanto, resulta atendible que las instituciones procesales (como la legitimidad para obrar, la defensa y la eficacia de la tutela ejecutiva) y los medios ejecutivos sean adecuados a la naturaleza del proceso de ejecución, a fin de lograr una tutela jurisdiccional efectiva que dote al ejecutante de la satisfacción plena de su derecho.

El proceso de ejecución es el instrumento a través del cual los órganos jurisdiccionales brindan tutela ejecutiva a los justiciables. La función del proceso de ejecución es lograr, a través de un conjunto de actos de la autoridad jurisdiccional, la efectiva satisfacción de un derecho cierto, expreso y exigible, por cuanto ya ha sido judicialmente declarado como tal o porque la ley le brinde dichas cualidades; lo que en definitiva constituye los títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales, respectivamente.

Juan Montero Aroca define este proceso de la forma siguiente:

El proceso de ejecución es aquél en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional

(...)

CAPÍTULO III

La actividad ejecutiva es la que comporta una verdadera injerencia en la esfera de las personas y, por lo tanto, es la que más precisa de que en ella se respeten los principios base de la jurisdicción (por ejemplo, juez predeterminado), del personal jurisdiccional (por ejemplo, independencia del juez) y de proceso (por ejemplo, contradicción)¹.

Por su parte, la profesora Eugenia Ariano Deho afirma lo siguiente:

La función del proceso de ejecución, que no es otra cosa que obtener la efectiva y concreta satisfacción del derechohabiente tramite la actividad sustantiva del órgano jurisdiccional frente al incumplimiento por parte del obligado².

Cabe anotar, entonces, que la actividad ejecutiva de los órganos jurisdiccionales importa un cambio que adecue el mundo físico al cumplimiento del derecho incorporado al título, es decir, la actividad jurisdiccional es de índole ejecutiva y, por ende, esta actividad ejecutiva está determinada por la finalidad exclusiva de lograr satisfacer el derecho del ejecutante en virtud de un título ejecutivo. Con este propósito, no cabe duda que la noción de proceso de ejecución supone la existencia de los elementos siguientes:

- 1) Actividad jurisdiccional ejecutiva, donde el Estado emplea medios ejecutivos idóneos e, incluso, la fuerza pública para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el título ejecutivo (judicial o extrajudicial), en caso de incumplimiento voluntario del ejecutado;
- 2) El Título Ejecutivo que determina los alcances de la ejecución;
y

¹ MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. Cit., pp. 35-37.

² ARIANO DEHO, Eugenia. «¿Proceso o procesos de ejecución?». Cit., pp. 328.

CAPÍTULO III

- 3) Las garantías procesales para un debido proceso de ejecución; entre ellas, el derecho de defensa, el derecho a probar y la efectividad de la tutela ejecutiva.

Todos estos elementos corroboran la naturaleza ejecutiva del proceso de ejecución.

Asimismo, importa resaltar las propiedades de eficiencia que debe contener el proceso de ejecución a fin de cumplir sus fines; al efecto, la profesora Eugenia Ariano Deho afirma:

Un proceso de ejecución (bien pensado) debe procurar no sólo la tutela efectiva del derecho del acreedor, sino también (justamente porque no es una sanción) que aquél le ocasione menor perjuicio posible al deudor – ejecutado. En tal línea, un proceso de ejecución no sólo debe procurar ser efectivo, sino además, eficiente, en el sentido de que para lograr la meta (la efectiva satisfacción del interés del acreedor), se debe extraer el mayor provecho posible de los medios empleados³.

En ese sentido, planteamos el rasgo de “eficiencia del proceso de ejecución” en los términos que la ejecución, en primer lugar, debe ser eficiente para lograr satisfacer al ejecutante y, en segundo lugar, debe ser suficiente para ser lo menos gravosa al ejecutado. Esta correspondencia entre eficiencia y suficiencia es vital para que el proceso de ejecución cumpla su rol constitucional de generar la satisfacción del ejecutante sin menoscabo del derecho de defensa del ejecutado.

Históricamente y en relación a la naturaleza ejecutiva del proceso de ejecución debemos anotar que en España existió una polémica durante la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC de

³ ARIANO DEHO, Eugenia. «En la búsqueda de la eficiencia de la tutela ejecutiva: La acumulación (y coordinación) de ejecuciones». En *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales – Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 565

CAPÍTULO III

1881) acerca de la naturaleza del “juicio ejecutivo”. La LEC de 1881 contenía un sistema dual de ejecución, distinguiendo la ejecución según los títulos judiciales (sentencias) y extrajudiciales (documentos notariales y otros); de tal forma, esta distinción, permitió discutir si el “juicio ejecutivo” (proceso de ejecución sustentado en títulos extrajudiciales) era uno de naturaleza ejecutiva ó de cognición (sumaria) a raíz de la posibilidad de oposición a la ejecución del ejecutado. En efecto, la oposición a la ejecución del título judicial no suspendía la ejecución; mientras que la oposición a la ejecución sí suspendía la ejecución en casos de los títulos extrajudiciales, es decir, el incidente de oposición posibilitó al ejecutado exponer razones y pruebas para oponerse a la ejecución de títulos extrajudiciales, lo que generó una actividad procesal entre las partes y la obligación del juez de resolver este incidente con la decisión de llevar adelante o no la ejecución, según el resultado de su pronunciamiento.

Este debate encendió la polémica acerca de la naturaleza ejecutiva o de cognición del “juicio ejecutivo”.

Pues bien, acerca de esta polémica, como advierte Juan Montero Aroca⁴, la oposición a la ejecución es un incidente declarativo sumario insertado al proceso de ejecución y por tanto, el “juicio ejecutivo” (hoy proceso de ejecución) no tiene naturaleza de proceso ordinario de cognición; ya que, señala el autor, su carácter sumario (breve) implica que la defensa, que se ejerce durante el incidente de contradicción, no sea plena y, por ende, la decisión judicial sobre aquél no tiene la calidad de cosa juzgada y, por ende, es susceptible, en el caso español, de ser materia de un juicio ordinario posterior.

A pesar que en doctrina se presenta de forma clara los alcances y fines del proceso de ejecución, nuestra legislación procesal actual no contiene una regulación general acerca de la naturaleza, alcances, medios

⁴ MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. Cit., pp. 57-78.

CAPÍTULO III

ejecutivos y fines que permita a los operadores jurídicos contar con elementos suficientes que posibiliten una tutela ejecutiva acorde con sus fines.

2. Título Ejecutivo como sustento de ejecución

El título ejecutivo constituye la fuente de legitimidad de la actividad jurisdiccional ejecutiva; de tal forma, quien en el título ejecutivo tenga un derecho incorporado a su favor (ejecutante - demandante) podrá exigir a los órganos jurisdiccionales contra aquel deudor (ejecutado - demandado), la actividad jurisdiccional correspondiente. Cabe recordar que la legitimidad para obrar es la cualidad o condición habilitante para actuar en el proceso. En ese sentido, el profesor Giovanni Priori Posada propone lo siguiente:

La legitimidad para obrar es entonces la posición habilitante para ser parte en el proceso; en ese sentido, se habla de legitimidad para obrar activa para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandante para poder plantear determinada pretensión; y se habla de legitimidad para obrar pasiva para referirse a la posición habilitante que se le exige al demandado para que la pretensión planteada en el proceso pueda plantearse válidamente contra él⁵.

Nuestro Código Procesal Civil de 1993 (en adelante el C.P.C.) regula diversos tipos de títulos ejecutivos distinguiéndolos, según su origen, en judiciales y extrajudiciales. El artículo 688 del C.P.C. dice lo siguiente:

Artículo 688.- Títulos Ejecutivos

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial y extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. *Las resoluciones judiciales firmes;*
2. *Los laudos arbitrales firmes;*

⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. «Legitimidad para Obrar». En *Código Civil Comentado*. Tomo I. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 68

CAPÍTULO III

3. *Las Actas de Conciliación de acuerdo de 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 merito ejecutivo.*

En ese sentido, la presentación del título ejecutivo es un requisito *sine qua non* a fin de lograr la actividad jurisdiccional ejecutiva; siendo relevante que el derecho incorporado al título ejecutivo contenga una obligación cierta, expresa y exigible; de tal forma, que los alcances de la ejecución fluyan directamente del propio título ejecutivo, tal como indica que el artículo 689 del C.P.C.; que dice lo siguiente:

CAPÍTULO III

Artículo 689.- Requisitos comunes

Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.

Dado que la actividad jurisdiccional ejecutiva se encuentra supeditada a la presentación del título ejecutivo, la legitimidad para obrar está constituida por los alcances del propio título ejecutivo. Al efecto, el artículo 690 del C.P.C. dice lo siguiente:

Artículo 690.- Legitimación y derecho de tercero

Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litis consorte necesario.

Cuando la ejecución pueda afectar derecho e tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución. La intervención del tercero se sujetara a lo dispuesto en el Artículo 101. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito el artículo 435.

A modo de reforzar estas ideas acerca del título ejecutivo, provenientes de la doctrina y la ley, podemos afirmar que el título ejecutivo está compuesto por los elementos siguientes: 1) Principio de legalidad para la existencia del título ejecutivo; 2) la legitimidad para obrar está determinada por el derecho y deber incorporado en el título ejecutivo; y 3) el título ejecutivo incorpora un derecho o una obligación cierta, expresa y exigible; es decir, no existe duda sobre la certeza del derecho incorporado al título ejecutivo a efectos que el juez de inicio a la ejecución.

CAPÍTULO III

Respecto a las características del título ejecutivo antes indicadas se puede analizar sus elementos referidos al documento y al derecho en él insertado. Sobre este particular, Italo Andolina señala lo siguiente:

El título ejecutivo es un documento en el sentido - exactamente - que consiste, por lo mismo, en una representación documental del derecho subjetivo, cuya realización se pretende en las formas ejecutivas. Aquella representación, más en particular, determina – en el seno de la ejecución forzada – el parámetro a partir del cual se refleja la posición procesal del acreedor e incluso la potestad jurisdiccional del órgano ejecutivo: de manera que, en efecto, ni el acreedor puede pedir ni el órgano de la ejecución dar más de lo que se indica en el título ejecutivo.

(...)

Esta conclusión se alinea muy bien con dos datos fundamentales de nuestro sistema de ejecución forzada:

- El primero es que el órgano de ejecución asume el título ejecutivo no como medio de prueba del crédito, sino como presupuesto legal de su propia actividad.
- El segundo es que el título ejecutivo subyace a la disciplina propia de los actos del proceso ejecutivo: no es casual, en efecto, que los vicios del juicio ejecutivo (*id est*: los vicios que se refieren a la regularidad formal del documento, pero no los que afectan directamente al acto jurídico subyacente) fundan el remedio común de la oposición a los actos ejecutivos, para hacerse valer en las formas establecidas por el art. 617 CPC⁶.

Sobre este particular, si bien es cierto el título ejecutivo contiene un derecho material incorporado debe tenerse presente que, para efectos de iniciar la actividad jurisdiccional ejecutiva, sólo importa la existencia del

⁶ ANDOLINA, Italo. *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Librería Communitas, 2008, pp. 78-79.

CAPÍTULO III

documento y sus requisitos de conformación. Es decir, el derecho material incorporado al título ejecutivo no es un elemento funcional del título ejecutivo y tan cierto es ello que se podrá iniciar ejecución, por ejemplo, si la obligación material contenida en el título ejecutivo se encuentre cancelada o extinguida.

Al efecto, Juan Montero Aroca señala:

Precisar que el acto jurídico no es lo esencial para fijar el hecho constitutivo del título ejecutivo es muy sencillo; tanto como observar que la inexistencia del acto jurídico, siempre que exista documento, no impide poner en marcha la ejecución, mientras que lo mismo no ocurre al revés, es decir, la inexistencia del documento siempre comporta la inexistencia del título.

(...)

Desde el punto de vista de la ejecución el documento no interesa tanto como representación de la obligación, sino por sí mismo. La representación determina el contenido de lo que el ejecutante puede pedir (la petición de la pretensión) y de lo que tribunal puede dar, pero el documento importa especialmente como supuesto de hecho de la aplicación del derecho procesal, es decir, el documento no es un medio de prueba de la obligación, sino el presupuesto legal de la actividad jurisdiccional.

(...)

El título ejecutivo no es una categoría. Documentos título ejecutivo son los que el legislador quiere que sean: atendiendo a razones de oportunidad política, el legislador atribuye a determinados documentos la cualidad de título ejecutivo y nada más. Un concepto atípico o general carece de utilidad. Se debe hacer una enumeración (siempre *numerus clausus*), pero no buscar una noción⁷.

⁷ MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. Cit., p. 90-91.

CAPÍTULO III

No obstante ello, en caso de existir oposición a la ejecución sí es relevante el derecho incorporado al título ejecutivo ya que, la cancelación o extinción del derecho incorporado al título resulta atendible para que el juez suspenda la ejecución, de ser el caso.

3. La oposición a la ejecución y sus efectos suspensivos de ejecución

Desde el punto de vista del proceso de ejecución, la oposición es un incidente declarativo sumario que busca oponerse a la ejecución. En primer lugar es un incidente porque es una cuestión de segundo plano o distinto al principal asunto que es la ejecución pero, indiscutiblemente, la oposición se relaciona a ella; y, en segundo lugar, es sumaria porque la cognición que realiza el juez es limitada en cuanto alegaciones y medios probatorios, lo que implica limitación de razones de defensa y de prueba.

Al efecto, Juan Montero Aroca señala lo siguiente:

Si existía oposición del ejecutado, el escrito formalizándola no podía concebirse como una contestación a la demanda ejecutiva, sino que era una demanda incidental, esto es, una demanda con la que se daba origen a un incidente declarativo intercalado en el proceso de ejecución. Solo así se podría explicarse que de ese escrito se diera traslado al ejecutado para que respondiera la misma⁸.

En este apartado cabe preguntarnos: ¿Acaso la oposición es una manifestación del derecho de defensa? La respuesta es afirmativa. Desde luego, desde el punto de vista del Estado Constitucional de Derecho, la oposición constituye una manifestación del derecho de defensa y, por ende, debe incidir con mayor importancia en la tutela ejecutiva a fin de lograr la eficiencia o equilibrio entre el derecho de tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y el derecho de defensa del ejecutado. En ese sentido, la

⁸ Ibíd., p. 64.

CAPÍTULO III

oposición no sólo constituye un incidente del proceso de ejecución sino que debe ser analizada y consideramos reformulada desde la visión del derecho constitucional de defensa a fin alcance su plenitud.

4. Modelos de defensa en la ejecución

4.1. Modelo Español

El modelo español es el que recoge nuestra legislación en materia de defensa en los procesos de ejecución. En éste, el ejecutado, luego de iniciada la ejecución puede formular oposición a la ejecución sobre razones procesales o de fondo; siendo que si el título es judicial, la oposición no suspende la ejecución y, por el contrario, si el título ejecutivo es de índole extrajudicial, la oposición si suspende la ejecución.

Las normas procesales pertinentes corresponden a los artículos 556, 557, 559 y 561 de la LEC 2000 que establecen el régimen siguiente:

Artículo 556.- Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación

1. *Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente.*

También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.

2. *La oposición que se formule en los casos del apartado anterior no suspenderá el curso de la ejecución.*

3. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la ejecución se haya despachado en virtud del auto a que se refiere el número 8º del apartado 2 del artículo 517, una vez el Secretario judicial haya tenido por formulada oposición a la ejecución, en la misma resolución ordenará la suspensión de ésta. Esta oposición podrá fundarse en cualquiera de las causas previstas en*

CAPÍTULO III

el artículo siguiente y en las que se expresan a continuación:

- 1.ª Culpa exclusiva de la víctima.*
- 2.ª Fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.*
- 3.ª Concurrencia de culpas.*

Artículo 557.- Oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales

- 1. Cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517, el ejecutado sólo podrá oponerse a ella, en el tiempo y en la forma prevista en el artículo anterior, si se funda en alguna de las causas siguientes:*

- 1.ª Pago, que pueda acreditar documentalmente.*
- 2.ª Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.*
- 3.ª Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie.*
- 4.ª Prescripción y caducidad.*
- 5.ª Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente.*
- 6.ª Transacción, siempre que conste en documento público.*
- 7.ª Que el título contenga cláusulas abusivas.*

- 2. Si se formulare la oposición prevista en el apartado anterior, el Secretario judicial mediante diligencia de ordenación suspenderá el curso de la ejecución”.*

Artículo 559.- Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales

- 1. El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes:*
 - 1.º Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.*
 - 2.º Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.*
 - 3.º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos*

CAPÍTULO III

de condena, o porque el laudo o el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520.

4.º Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste.

2. *Cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre éstos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.*

Cuando el defecto o falta no sea subsanable o no se subsanare dentro de este plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición”.

Artículo 561.- Auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo

1. *Oídas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, alguna de las siguientes resoluciones:*

1.ª Declarar procedente que la ejecución siga adelante por la cantidad que se hubiese despachado, cuando la oposición se desestimare totalmente. En caso de que la oposición se hubiese fundado en pluspetición y ésta se desestimare parcialmente, la ejecución se declarará procedente sólo por la cantidad que corresponda.

El auto que desestime totalmente la oposición condenará en las costas de ésta al ejecutado, conforme a lo dispuesto en los artículos 394 para la condena en costas en primera instancia.

2.ª Declarar que no procede la ejecución, cuando se estimare alguno de los motivos de oposición enumerados en los artículos 556 y 557 o se

CAPÍTULO III

- considerare enteramente fundada la pluspetición que se hubiere admitido conforme al artículo 558.*
- 3.^a *Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Resolución 3.^a del número 1 del artículo 561 introducida por el apartado tres del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social («B.O.E.» 15 mayo). Vigencia: 15 mayo 2013*
2. *Si se estimara la oposición a la ejecución, se dejará ésta sin efecto y se mandará alzar los embargos y las medidas de garantía de la afcción que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución, conforme a lo dispuesto en los artículos 533 y 534. También se condenará al ejecutante a pagar las costas de la oposición.*
3. *Contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la oposición.*
Cuando la resolución recurrida sea estimatoria de la oposición el ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 697 de esta Ley, y el tribunal así lo acordará, mediante providencia, siempre que el ejecutante preste caución suficiente, que se fijará en la propia resolución, para asegurar la indemnización que pueda corresponder al ejecutado en caso de que la estimación de la oposición sea confirmada.

Asimismo, teniendo en cuenta que en el derecho español, el incidente de oposición inserto al proceso de ejecución es uno sumario y no tiene la calidad de cosa juzgada, en este ordenamiento jurídico es posible que el ejecutado inicie un proceso ordinario de cognición a fin de cuestionar el derecho material incorporado al título ejecutivo. Así, el artículo 564 de la LEC 2000 señala lo siguiente:

CAPÍTULO III

Artículo 564.- Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución

Si, después de precluídas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda.

En consecuencia, podemos observar que el ordenamiento jurídico español posee herramientas endoprocesales y extraprocesales para la defensa del ejecutado en relación a la actividad jurisdiccional ejecutiva. Por un lado, el ejecutado cuenta con la oposición como mecanismo de defensa a la ejecución y, por otro lado, cuenta con la defensa jurídica del ejecutado que constituye un nuevo proceso judicial, de cognición, para revertir los efectos de la ejecución primigenia basada en un título ejecutivo extrajudicial; siendo importante resaltar que el proceso ordinario de cognición posibilita al ejecutado a realizar una defensa plena en relación al derecho incorporado al título ejecutivo.

Sobre este proceso ordinario de cognición, Juan Montero Aroca señala:

La posibilidad de acudir al proceso declarativo posterior debe entenderse referida a cuestiones de fondo, no a los defectos procesales que deben quedar resueltos en la misma ejecución⁹.

A continuación describiremos las limitaciones de alegaciones y probatorias de la oposición a la ejecución en el caso español, con referencia

⁹ *Ibíd.*, p. 981.

CAPÍTULO III

del origen del título ejecutivo, sea judicial o extrajudicial, de tal forma obtendremos este esquema de defensa a la ejecución:

| | Oposición por motivos procesales | Oposición por motivos de fondo | Medios Probatorios por motivos procesales | Medios probatorios por motivos de fondo |
|-----------------------------|--|---|---|--|
| Título Judicial | Falta de legitimación Falta de capacidad Falta de requisitos del título ejecutivo (nulidad del título) | LIMITADO Pago Caducidad Transacción | LIMITADO Documento | LIMITADO Documento (publico) |
| Título Extrajudicial | Falta de legitimación Falta de capacidad Falta de requisitos del título ejecutivo (nulidad del título) | LIMITADO Pago Compensación Pluspetición Prescripción o Caducidad Quita, espera o pacto o promesa de no pedir Transacción | LIMITADO Documento | LIMITADO Documento (publico / titulo ejecutivo) |

Consideramos que estas limitaciones a la oposición en España obedecen a razones jurídicas sustentadas en la naturaleza del título ejecutivo y al objeto del proceso mismo.

En ese sentido, Juan Montero Aroca afirma:

La condición del ejecutado no implica posición desigual frente al ejecutante, ni excluye la posibilidad de defensa, controversia y debate, pues los principios que rigen la actuación de las partes en el proceso (dualidad de posiciones, contradicción e igualdad), afectan no sólo a la estructura, sino a la esencia misma del sistema y deben ser, consecuentemente, los mismos en todo tipo de proceso, sea de declaración o de ejecución, si bien las concretas

CAPÍTULO III

posibilidades de actuación de aquellas deban acomodarse en cada caso a lo que constituya su objeto, por lo que en el ámbito que ahora se examina han de quedar circunscritas a lo que integra el objeto específico de la ejecución, según el título que le sirva de sustento. (...) En efecto:

- 1) Si se trata de la ejecución de un título judicial es evidente que no podrá admitirse que en el proceso de ejecución se vuelva a debatir sobre lo que quedo cubierto por la cosa juzgada en el anterior proceso de declaración en que se formo el título, pero ello es algo propio de la cosa juzgada material y no consecuencia de limitación alguna de los derechos procesales de las partes.
- 2) Tratándose de cualesquiera títulos ejecutivos la ley puede determinar en la oposición a la ejecución se limiten las alegaciones del ejecutado, lo que puede hacer con base en entender que esa oposición es sumaria, pero ello, de la misma manera, no afecta a los principios procesales de contradicción o de igualdad¹⁰.

4.2. Modelo Francés

El modelo de defensa francés es de ejecución pura, es decir, no existe oposición a la ejecución como un incidente de la ejecución misma. Por el contrario, la oposición como mecanismo de defensa, se ejerce a través de un proceso ordinario cognitivo paralelo sin limitación de defensa.

Al efecto, la profesora Eugenia Ariano Deho señala lo siguiente:

Base de los procesos de ejecución modernos de derivación francesa (...) para dar paso a un proceso de ejecución pura, en donde la oposición (hoy mal llamada contradicción, no entendemos la razón) no formara ya parte de la estructura del proceso de ejecución, sino que constituyera un proceso de cognición paralelo al de ejecución en donde, sin limitación alguna de lo que puede ser su objeto y,

¹⁰ *Ibíd.*, p. 307.

CAPÍTULO III

obviamente, sin limitación de medios probatorios, se pudiera discutir la legitimidad del derecho a proceder a la ejecución forzada¹¹.

Asimismo, Enrico Tullio Liebman señala lo siguiente:

Para los efectos de la ejecución, la eficacia formal del título es plena y sin restricciones. La cuestión sobre la existencia del crédito surge solamente si el deudor formula oposición, que es una verdadera acción del deudor destinada a quitar al título su eficacia ejecutoria, bien por inexistencia del crédito, bien por vicios formales del mismo título. Si la oposición se propone, la cuestión es examinada a fondo en un proceso de cognición ordinaria y decidida definitivamente con una sentencia que adquiere la normal autoridad de cosa juzgada¹².

Este mismo autor señala que, históricamente, la ejecución no es jurisdiccional sino se encuentra a cargo del poder ejecutivo a cargo de un funcionario público (“el sargento del rey”).

4.3. Modelo Colombiano

El modelo de defensa colombiano es de defensa plena, es decir, se dota al ejecutado la posibilidad de defenderse alegando causas y medios probatorios de forma amplia. En ese sentido, la reposición y las excepciones son los recursos para oponerse a la ejecución; siendo que la actividad ejecutiva, se hace efectiva, al resolverse definitivamente el incidente de oposición a la ejecución. Al efecto, los artículos pertinentes del Código General del Proceso (Ley Nro. 1564 del 2012) señala lo siguiente:

Artículo 561.- Titulo Ejecutivo

Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que

¹¹ ARIANO DEHO, Eugenia. «¿Proceso o Procesos de Ejecución?». Cit., pp. 331.

¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. «Sobre el juicio ejecutivo». En *Estudios en Honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1945, p. 395.

CAPÍTULO III

provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.

Artículo 430.- Mandamiento Ejecutivo

Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.

Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.

Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.

Vencido el plazo previsto en el inciso anterior, la demanda podrá formularse en proceso separado.

De presentarse en tiempo la demanda declarativa, en el nuevo proceso seguirá teniendo vigencia la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad generados en el proceso ejecutivo.

CAPÍTULO III

El trámite de la demanda declarativa no impedirá formular y tramitar el incidente de liquidación de perjuicios en contra del demandante, si a ello hubiere lugar.

Artículo 442.- Excepciones

La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer excepciones de mérito. Deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas.

2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.

3. El beneficio de excusión y los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso continúe o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios.

Artículo 443.- Tramite de las Excepciones

El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. De las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado se correrá traslado al ejecutante por diez (10) días, mediante auto, para que se pronuncie sobre ellas, y adjunte o pida las pruebas que pretende hacer valer.

2. Surtido el traslado de las excepciones el juez citará a la audiencia prevista en el artículo 392, cuando se trate de procesos ejecutivos de mínima cuantía, o para audiencia inicial y, de ser necesario, para la de instrucción y

CAPÍTULO III

juzgamiento, como lo disponen los artículos 372 y 373, cuando se trate de procesos ejecutivos de menor y mayor cuantía.

Quando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373.

3. La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.

4. Si las excepciones no prosperan o prosperan parcialmente, en la sentencia se ordenará seguir adelante la ejecución en la forma que corresponda.

5. La sentencia que resuelva las excepciones hace tránsito a cosa juzgada, excepto en el caso del numeral 3 del artículo 304.

6. Si prospera la excepción de beneficio de inventario, la sentencia limitará la responsabilidad del ejecutado al valor de los bienes que le hubieren sido adjudicados en el proceso de sucesión.

Artículo 448.- Señalamiento de fecha para remate

Ejecutoriada la providencia que ordene seguir adelante la ejecución, el ejecutante podrá pedir que se señale fecha para el remate de los bienes que lo permitan, siempre que se hayan embargado, secuestrado y avaluado, aun cuando no esté en firme la liquidación del crédito. En firme esta, cualquiera de las partes podrá pedir el remate de dichos bienes.

Quando estuvieren sin resolver peticiones sobre levantamiento de embargos o secuestros, o recursos contra autos que hayan decidido sobre desembargos o declarado que un bien es inembargable o decretado la reducción del embargo, no se fijará fecha para el remate de los bienes

CAPÍTULO III

comprendidos en ellos, sino una vez sean resueltos. Tampoco se señalará dicha fecha si no se hubiere citado a los terceros acreedores hipotecarios o prendarios.*

En el auto que ordene el remate el juez realizará el control de legalidad para sanear las irregularidades que puedan acarrear nulidad. En el mismo auto fijará la base de la licitación, que será el setenta por ciento (70%) del avalúo de los bienes.

Si quedare desierta la licitación se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 457.

Ejecutoriada la providencia que señale fecha para el remate, no procederán recusaciones al juez o al secretario; este devolverá el escrito sin necesidad de auto que lo ordene.

4.4. Modelo Brasileño

El modelo de defensa brasileño es uno particular dado que si bien existe defensa plena como oposición a la ejecución, este medio de defensa, para títulos extrajudiciales, se realiza a través de la institución procesal denominada “embargo” donde las causas de contradicción son acciones y/o demandas vinculadas a la ejecución. Por tanto, existirían tantas demandas incidentales como causas de oposición el ejecutado pretenda hacer valer contra el ejecutante a efectos de oponerse a la ejecución; lo que corrobora que el mecanismo de oposición es amplio.

Sobre este particular sistema brasileño, Renzo Cavani afirma lo siguiente:

Dos puntos interesan aquí: (i) la amplitud de la defensa del ejecutado (ahora embargante o demandante de los embargos) y (ii) cómo los embargos pueden suspender la ejecución.

Sobre el punto (i), el art. 745 es bastante claro, ya que determina que el ejecutado puede alegar: I.- nulidad de la ejecución, por no ser ejecutivo el título presentado; II.- embargo ejecutivo (penhora) incorrecto o tasación (avaliacao) errónea; III.- exceso de ejecución o acumulación indebida de ejecuciones; IV.- retención por mejoras necesarias o útiles, en los

CAPÍTULO III

casos de título para entrega de cosa cierta; V.- cualquier materia que le licito deducir como defensa en el proceso de conocimiento.

Respecto del punto (ii), se verifican cuatro condiciones que deben concurrir para que los embargos puedan suspender la ejecución: (a) que el embargante lo pida; (b) que los fundamentos alegados tengan apariencia de fundabilidad; (c) que exista un peligro de manifiesto daño grave, difícil o incierta reparación por causa de la continuación de la ejecución; y (d) que se ofrezca garantía o depósito o que la penhora (para ese momento ya efectivizada) abarque bienes suficientes para satisfacer la deuda ejecutada¹³.

Salvo el caso español que permite un plenario posterior, se observa la plenitud de defensa del ejecutado en los procesos de ejecución ya sea dentro o fuera del proceso. Así tenemos que el ejecutado podrá ejercer su defensa contra la ejecución fuera del proceso de ejecución (modelo francés) o dentro del mismo (modelo colombiano o brasileño); lo que nos permite ampliar nuestra tesis en el sentido que el sistema pleno de defensa del ejecutado no es ajeno a la realidad de los modelos antes indicados.

5. La oposición a la ejecución y su distinción con los procesos de cognición especiales: Sumarios y plenarios rápidos

Si bien es cierto la oposición es un incidente declarativo sumario insertado en el proceso de ejecución, ello no significa que el proceso de ejecución sea un proceso de cognición sumaria; puesto que el proceso de cognición y ejecución tienen finalidades distintas. Así, tenemos que el proceso de cognición sumario tiene como presupuesto la incertidumbre respecto de un derecho, es decir, la existencia de una controversia donde el juez tiene un conocimiento parcial de ella; mientras que la oposición no

¹³ CAVANI, Renzo. «Incoherencias del proceso de ejecución peruano: Causales de contradicción y suspensión de la ejecución. Análisis desde el derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva». En *Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores, 2014, p. 593.

CAPÍTULO III

constituye un proceso judicial autónomo sino un incidente del proceso de ejecución, cuyo presupuesto es la existencia de un derecho reconocido y exigible en el título ejecutivo. Además, si bien es cierto en la oposición a la ejecución es un incidente donde el juez realiza una actividad cognitiva breve o sumaria a razón de la limitación de las alegaciones de las partes y los medios probatorios de ellas que impone la ley, no debe llevar a confusión este incidente breve dentro del proceso de ejecución con los procesos sumarios de índole cognitiva.

Para mayor abundamiento, Juan Montero Aroca precisa la distinción de procesos de ejecución y procesos sumarios de la forma siguiente:

De entrada conviene advertir que no existen ni pueden existir procesos de ejecución sumarios pues sumariedad y ejecución son términos incompatibles:

- 1) La sumariedad supone limitación y ésta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la cognición judicial, lo que lleva a que en el proceso sumario no se plantee con plenitud el conflicto existente entre las partes, sino sólo un aspecto concreto del mismo; es esas circunstancias es lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad del litigio y en el que no podrá excepcionarse cosa juzgada”.
- 2) La ejecución implica por su propia esencia, que lo que se está pidiendo al órgano jurisdiccional con la pretensión ejecutiva es una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior, con el fin de acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional. En el proceso de ejecución no se declara el derecho, no se dice, sino que se actúa lo ya dicho en la sentencia o lo que no precisa de declaración porque la ley concede a un documento fuerza ejecutiva”¹⁴.

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*. Tomo I. Cit., p. 68.

CAPÍTULO III

En ese sentido, Juan Montero Aroca advierte que la sumariedad del proceso tiene una función cognitiva limitada y, por ende, limitación probatoria que no es susceptible de alcanzar la calidad de cosa juzgada; es decir, al ser limitada las alegaciones y la actividad probatoria de las partes, el juez realiza una cognición limitada para decidir el litigio; lo que es susceptible de una revisión en un plenario posterior. Por tanto, podemos concluir que el proceso sumario es un proceso especial del proceso ordinario de cognición con limitación de defensa y, por ende, el fallo judicial o goza de la calidad de cosa juzgada.

De otro lado, los plenarios rápidos, al igual que los procesos sumarios, configuran un proceso especial del proceso ordinario de cognición, sin embargo, estos sí contienen las garantías de un debido proceso y, por ende, el fallo judicial que de ellos emana sí tiene la calidad de cosa juzgada. En efecto, los plenarios rápidos constituyen propiamente procesos de cognición con reducción de plazos o etapas procesales e, incluyen, plena alegaciones y pruebas de las partes.

Sobre estas formas de procesos judiciales (procesos sumarios y plenarios rápidos), Víctor Fairén Guillen señala lo siguiente:

Los procedimientos rápidos se diferencian del ordinario simplemente por su forma; en tanto que los sumarios, lo son por el contenido. La base de la confusión estaba en que las formas de unos y otros pasaron en muchas ocasiones a ser las mismas, pero profundizando algo más sobre este punto emerge clara diferencia: la forma específica – acelerada por lo regular – de los sumarios, depende de que se trate de un camino específico para obtener una finalidad específica, a fin de alcanzar la cual es precisa la citada forma especial; pero en los procedimientos rápidos – plenarios -, su forma específica – también acelerada – se justifica sin necesidad de que tengan una finalidad diversa de la que se quisiera obtener por medio del procedimiento declarativo ordinario.

Los medios de una simple aceleración formal del procedimiento, por su origen, estructura y fines, son tan diferentes de los aplicados para obtener un

CAPÍTULO III

proceso sumario (restringiendo su contenido material a través de una limitación de los derechos de las partes con respecto a los medios de defensa), que al colocar a unos y a otros unidos como iguales enfrente del proceso declarativo ordinario, es científicamente imposible. Las pautas de sumariedad – evitaremos de aquí en adelante en lo posible esta equívoca palabra en cuanto hagamos referencia a los procedimientos plenarios rápidos – son perfectamente diversas en ambos grupos de tipos; no se trata de dos grupos yuxtapuestos bajo la denominación común de “juicios sumarios”; pues esta “sumariedad”, en los plenarios rápidos es simplemente de carácter formal, en tanto que en los sumarios propiamente dichos, tiene carácter material. De otra parte, por su finalidad, como hemos dicho, los procesos sumarios corresponden a una parte específica de nuestra disciplina, en tanto que a los procedimientos plenarios rápidos no se les puede separar lógicamente del declarativo ordinario; ya que la aceleración del proceso es un principio que a todos ellos alcanza¹⁵.

6. Limitación probatoria en la oposición como evidencia de ausencia de defensa y sus efectos suspensivos sobre la ejecución

Nuestro ordenamiento jurídico procesal, en materia de ejecución civil y siguiendo la tendencia española, regula el proceso de ejecución con la posibilidad que el ejecutado ejerza su defensa en el mismo proceso de ejecución; al efecto, la ley procesal denomina esta defensa como “contradicción” y ella está regulada con limitaciones de alegaciones o razones y, también, con limitaciones de los medios probatorios posibles de ofrecer a cargo del ejecutado. En ese sentido el artículo 690-D del Código Procesal Civil señala:

Artículo 690-D.- Contradicción

¹⁵ FAIREN GUILLEN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953, pp. 55-56.

CAPÍTULO III

Dentro de cinco días de notificado el mandato de ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas.

En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibles. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia.

La contradicción sólo podrá fundarse según la Naturaleza del título en:

- 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;*
- 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;*
- 3. La extinción de la obligación exigida;*

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental.

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

Sobre esta limitación de defensa encontramos dos aspectos de gran importancia.

En primer lugar, el artículo 690-D contiene una técnica legislativa deficiente a razón que la noción de contradicción, en doctrina, hace referencia al concepto amplio de defensa y se entiende como un principio del proceso: el principio de contradicción. Tan cierto es ello que el ordenamiento procesal español denomina al incidente de defensa a cargo del ejecutado al interior del proceso de ejecución no como “contradicción” sino como

CAPÍTULO III

“oposición”. En segundo lugar, se aprecia o evidencia que el diseño o modelo de la oposición incorporada al proceso de ejecución peruano no constituye un mecanismo procesal idóneo para la realización del derecho de defensa del ejecutado en el proceso de ejecución.

Ahora bien y en vista de la problemática formulada, cabe preguntarnos ¿Desde el punto de vista constitucional son válidas las limitaciones de alegación y de prueba previstas en el art. 690-D del Código Procesal Civil? ¿Está constitucionalmente justificada la limitación indicada tratándose de título de naturaleza judicial? ¿Lo está también tratándose de títulos extrajudiciales? ¿En ambos casos se viola o no el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa del ejecutado? ¿Se violaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante si es que la oposición del ejecutado fuera plena, esto es sin limitaciones de alegación y de prueba? ¿Existen medidas alternativas a la limitación del derecho de defensa del ejecutado para resguardar adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante? Estas interrogantes serán atendidas en el capítulo siguiente de este trabajo.

De otro lado, se observa nuestra legislación procesal no sanciona con la suspensión de la ejecución la oposición del ejecutado. Esto tiene razón ya que el incidente de oposición es uno de actuación inmediata, lo que resulta evidente teniendo en cuenta las causales taxativas de oposición y los medios probatorios limitados que le son propios.

Asimismo y a diferencia del caso español, en caso de apelación del auto que resuelve la oposición, esta apelación sí suspende la ejecución, sin distinguir el origen judicial o extrajudicial que dio mérito al proceso de ejecución. Veamos la norma procesal:

Artículo 691.- Auto y apelación

El plazo para interponer apelación contra el auto, que resuelve la contradicción es de tres días contados, desde el día siguiente a su notificación. El auto que

CAPÍTULO III

resuelve la contradicción, poniendo fin al proceso único de ejecución es apelable con efecto suspensivo.

En todos los casos que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el Artículo 376. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite.

Se observa que la suspensión de la actividad ejecutiva no tiene relación directa con cuestionamientos del título ejecutivo ya sea por razones de origen del título ejecutivo (judicial o extrajudicial) o por razones de fondo (referidas a la obligación que contiene) sino que las causas de suspensión obedecen a decisiones políticas del legislador; es decir, solo procede la suspensión, independientemente de la razón de la oposición, en los casos se apele el auto que la resuelva.

Esto evidencia un despropósito de los fines del proceso de ejecución y de su uso (referido a la consecuencia de la suspensión de la ejecución) como razón de ser de la oposición. Por tanto, para el caso peruano tenemos la oposición a la ejecución con la descripción siguiente:

| | Motivos de Contradicción | Medios probatorios |
|-----------------------------|---|--|
| Título Judicial | Pago Extinción de la Obligación | LIMITADO Prueba instrumental |
| Título Extrajudicial | Inexigibilidad o iliquidez de la obligación Nulidad formal o falsedad del título Extinción de la Obligación | LIMITADO Declaración de Parte Documento Pericia |

CAPÍTULO IV

EL PLENARIO PROBATORIO EN LA TUTELA EJECUTIVA. EN LA BÚSQUEDA DE LA PONDERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DEL EJECUTANTE Y DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO

1. La limitación de defensa en los procesos de ejecución

A la luz de la Constitución no resulta amparable que, de forma indistinta respecto del origen del título ejecutivo, se limite las razones de alegar y, además, los medios probatorios que sustentan las alegaciones del ejecutado, cuando pretende oponerse a la ejecución contra él iniciada; sin que opere razones referidas al origen del título ejecutivo ni considerar, por principio de necesidad, medidas adecuadas o menos gravosas que permitan la obtención de la finalidad del proceso de ejecución.

Debe apreciarse, para dicho análisis de justificación del derecho de defensa del ejecutado, que el derecho de defensa es uno de carácter fundamental, constitucional e, incluso, de índole supranacional; por lo que sus limitaciones, en el caso del ejecutado, deben fundarse en razones jurídicas y ponderadas con otros principios constitucionales, a fin de ser razones legítimas en el ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, consideramos que el conflicto existente entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante (tutela ejecutiva) y ejecutado (derecho de defensa) sí es susceptible de ponderación a través de los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación propiamente dicho, como exponemos a continuación.

CAPÍTULO IV

1.1. La injustificada limitación de defensa en la ejecución de títulos ejecutivos judiciales

La ejecución de títulos ejecutivos judiciales tiene como correlato y origen, en la formación del título ejecutivo, la cosa juzgada material; lo que supone el previo debate del derecho incorporado al título ejecutivo en sede judicial, a través de las diversas garantías mínimas del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En ese sentido, es razonable que a través de la oposición no pueda replantearse aquello que ya fue objeto de decisión en el proceso en el que se formó el título ejecutivo judicial. A ello se opone la cosa juzgada. De la misma manera, aquello que se pudo alegar y no se alegó en el proceso primigenio, no podrá ser alegado como motivo de oposición por parte del ejecutado, pues lo contrario implicaría, también, ir en contra de la cosa juzgada. Por tanto, lo razonable y racional es que el ejecutado pueda alegar como motivo de oposición a la ejecución solamente hechos que se hayan sobrevenido a la formación del título.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, tratándose de títulos ejecutivos judiciales, los motivos de oposición a la ejecución están limitados a la alegación del pago o de la extinción de la obligación (hechos extintivos sobrevenidos), lo que no resulta razonable, pues no se permite la alegación de hechos impeditivos o modificativos sobrevenidos.

Además, no se permite la alegación de hechos atinentes al título mismo (nulidad formal o falsedad del título), lo que tampoco es razonable.

Por otro lado, además de la limitación de lo alegable como motivo de oposición, existe una fuerte limitación de los medios de prueba, que están circunscritos a la “prueba instrumental” (esto es, documentos), excluyendo, como consecuencia, que incluso respecto de los hechos extintivos se puedan aportar otros medios de prueba.

CAPÍTULO IV

Todo este régimen resulta injustificado desde el punto de vista constitucional, por lo que postulamos que los motivos de oposición comprenda la alegación de todos aquellos hechos (impeditivos, modificativos y extintivos) sobrevenidos a la formación de la cosa juzgada y que el debate probatorio sea ilimitado.

A fin de impedir que la oposición de la ejecución sea utilizada por el ejecutado como medio dilatorio, la medida alternativa es que la promoción de la oposición no suspenda automáticamente la ejecución. Así, si por ejemplo, si el ejecutado dedujera razones y medios probatorios similares o iguales aquellos deducidos en el proceso judicial primigenio que dio origen a la formación de título ejecutivo, ello no afectaría la ejecución ya que, la oposición no debería suspender el curso de la ejecución. Por tanto, de realizarse una oposición plena del ejecutado, el rol del juez como tomador de decisiones será la de desestimar las razones y medios probatorios que fueron atendidos en el proceso judicial primigenio en virtud de la cosa juzgada material que le es propia a ese propósito, sin que ello provoque perjuicio alguno al ejecutante.

Tan razonable resulta la no suspensión de la ejecución en el caso peruano que similar regulación existe en el propio ordenamiento español que, de forma similar, no suspende la ejecución en caso de oposición a la ejecución sustentada en título judicial. La diferencia notable es que la defensa del ejecutado es limitada para el caso español; lo que, a nuestro criterio, vulnera el principio de contradicción en sentido de derecho de defensa en igualdad de oportunidades o condiciones o de “defenderse probando”.

En ese sentido, la limitación de defensa no resulta idónea para conseguir los fines de la ejecución (la satisfacción del derecho del ejecutante) ya que, en virtud del principio de necesidad, el mismo fin se obtiene con la no suspensión de la ejecución en caso de oposición plena del ejecutado y con el rol del juez a desestimar las alegaciones ya resueltas por la cosa juzgada que dio origen al título ejecutivo judicial. Por tanto, la

CAPÍTULO IV

limitación de defensa del ejecutado en la oposición constituye una decisión del legislador carente de idoneidad y necesidad para contribuir a la tutela ejecutiva del ejecutante sin desvirtuar el derecho de defensa del ejecutado.

Sin embargo, a fin de que el ejecutado no sea sometido a una ejecución injusta, debe preverse la posibilidad de que, en atención a los motivos de oposición concretamente deducidos así como de los medios de prueba aportados, sea posible que el juez de la ejecución disponga su suspensión, con la prestación de una garantía, en los términos que diremos luego.

1.2. La injustificada limitación de defensa en la ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales

El artículo 690-D del Código Procesal Civil determina esta limitación, por un lado, de alegaciones a las causales de inexigibilidad, nulidad o extinción de la obligación y, por otro lado, a los medios probatorios consistentes en declaración de parte, documentos y pericias. De tal forma, es posible que si la extinción de la obligación no se encuentra acreditada en documento sino mediante un testigo o indicios probatorios, no podrán ser ofrecidos como medios probatorios, lo que atenta contra el derecho a probar del ejecutado.

En este apartado y para el caso español, Juan Montero Aroca advierte que esta limitación de defensa es una decisión política, afirmando lo siguiente:

Como no ha precedido actividad declarativa nada ha podido quedar cubierto por la cosa juzgada, de modo que el legislador tiene la opción política de ampliar o reducir las causas de oposición por el fondo. Debe quedar claro que no es una cuestión científica si esas causas de oposición son más o menos amplias, sino que se trata de opciones políticas; se podrá opinar en uno u otro sentido, pero siempre debe tenerse claro que esas son opiniones políticas (sobre lo que es más conveniente para el interés general), que no deben

CAPÍTULO IV

enmascararse en pretendidas conclusiones de ciencia jurídica.

La formalización de la oposición en los casos y por las causas previstas en dicho artículo suspenderá el curso de la ejecución (art. 557.2 LEC)¹.

Si bien es cierto que para la doctrina española esta limitación obedece a una opción legislativa, en un Estado Constitucional de Derecho tal fundamento político resulta insuficiente ya que vulnera el derecho de defensa, el derecho a probar y, por ende, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutado. Adviértase que esta limitación puede erradicarse, atendiendo al principio de necesidad, si se cuenta con medidas procesales idóneas para la vigencia del derecho a la tutela ejecutiva del ejecutante y el derecho de defensa del ejecutado; tales como:

- i) la operatividad de los efectos de la suspensión o no de la oposición; y
- ii) el ofrecimiento de garantías procesales como contracautela (personales y/o reales).

Consideramos que la oposición a la ejecución debe poder sustentarse de forma plena en cuanto alegaciones y medios probatorios, la cual suspenderá la ejecución, salvo los casos que el juez valore que las alegaciones y los medios probatorios carecen de relevancia para suspender la ejecución o, en los casos que el ejecutante preste garantías procesales adecuadas para la continuación de la ejecución, como la contracautela de índole personal o real.

No obstante lo expuesto, esta limitación injustificada de las alegaciones y medios probatorios del ejecutado que establece el artículo 690-D del Código Procesal Civil para los títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales no guarda relación lógica ni jurídica con los fines de la tutela

¹ MONTERO AROCA, Juan. *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. Cit., p. 873.

CAPÍTULO IV

ejecutiva cuando el legislador peruano propone la suspensión de la ejecución en casos de apelación contra el auto que resuelve la oposición como infundada. Es decir, a pesar de contar con un título ejecutivo judicial (si se quiere puntualizar con calidad de cosa juzgada) o extrajudicial acompañado de las garantías procesales antes anotadas, de interponerse el recurso de apelación contra el auto que ordena llevar adelante la ejecución (haya o no oposición), la actividad ejecutiva se suspende lo que evidencia un despropósito para el derecho de tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y del propio sistema legal de ejecución. Por tanto, se aprecia una regulación sistemática deficiente que contradice los fines propios de la ejecución.

2. Medidas alternativas a la limitación del derecho de defensa del ejecutado para resguardar adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante

Las medidas alternativas adecuadas para evitar las limitaciones probatorias al derecho de defensa del ejecutado puede ser dos:

- a) La suspensión de la ejecución como consecuencia de la oposición del ejecutado, según el título ejecutivo sea judicial o extrajudicial; y
- b) el otorgamiento de garantías procesales como la contracautela.

Analicemos estas dos medidas alternativas:

- En caso de ejecución sustentada en título ejecutivo judicial, por coherencia jurídica, la oposición del ejecutado no debería suspender la ejecución. Sin embargo, en función de los motivos alegados y de las pruebas aportadas, el ejecutado podría pedir la suspensión de la ejecución, prestando de ser el caso, garantías por los daños que podría provocar la suspensión de ejecución al ejecutante. Con estos ajustes, resulta atendible que las razones de alegación y los medios probatorios sean plenos.

CAPÍTULO IV

- En caso de oposición sustentada en título ejecutivo extrajudicial, como regla debería determinar la suspensión de la ejecución, salvo que el ejecutante pida que se prosiga con la ejecución a atención a la inviabilidad de la oposición. En estos casos, el ejecutado podría otorgar garantías procesales como la contracautela (personal o real) u otra análoga que permita al juez mantener la suspensión de la ejecución bajo responsabilidad y costo del ejecutado, en caso que la ejecución sea, posteriormente, declarada infundada.

Estas medidas alternativas, para ambos títulos ejecutivos, resultan útiles hacer compatibles el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y el derecho de defensa del ejecutado. Por un lado, busca que la tutela ejecutiva logre la satisfacción plena del ejecutante y, al mismo tiempo, se le brinde al ejecutado las garantías mínimas de un debido proceso como lo es el ejercicio de su defensa plena.

Ahora bien, si bien es cierto, no es propósito de este trabajo formular un modelo integral del proceso de ejecución adecuado a la Constitución que desarrolle una teoría acerca de los diversos aspectos de su funcionalidad (objetivo, finalidad, medios ejecutivos u otros), sí consideramos oportuno referirnos acerca de los efectos de la suspensión o no que produce la oposición a la ejecución que describe nuestra tesis. En esta línea de idea, recordemos que, anteriormente, señalamos que el proceso de ejecución tiene tres elementos que lo caracterizan: 1) La actividad jurisdiccional ejecutiva que tiene como finalidad realizar los cambios de conducta en el mundo real para satisfacer el derecho del ejecutante contenido en el título ejecutivo; 2) el Título Ejecutivo; y 3) las garantías procesales de un debido proceso de ejecución.

Actualmente, nuestro Código Procesal Civil no suspende la ejecución en caso que el ejecutado formule contradicción (oposición). En ese sentido, cabe preguntarnos ¿Si durante la tramitación del incidente de oposición se

CAPÍTULO IV

prosigue con la actividad ejecutiva? La respuesta conforme a nuestro actual Código Procesal Civil es a favor de la realización ejecutiva. Contribuye a ello si se tiene en cuenta, en primer lugar, que la oposición es sólo un incidente que resulta ajeno al asunto principal (la ejecución) y, en segundo lugar, la existencia de medios ejecutivos que favorecen su continuación.

Sobre este segundo punto es de señalar que los medios ejecutivos que detenta el juez para brindar Tutela Ejecutiva, según nuestra norma procesal, son los mismos medios cautelares debido a que nuestro Código Procesal Civil carece de un sistema normativo independiente acerca de medios ejecutivos que posibiliten la eficacia y suficiencia de la Tutela Ejecutiva; por tanto, esta errada técnica legislativa generó que sea común, en la práctica judicial, que la fórmula para adecuar el derecho del ejecutante a la realidad haga se haga efectiva a través de las medidas cautelares asimiladas al proceso de ejecución. En ese sentido, el ejecutante se ve obligado a utilizar los diversos medios cautelares para lograr “garantizar” y/o “cautelar” la satisfacción de su derecho en sede ejecutiva, luego que sea resuelto dicho incidente.

Por tanto, actualmente, de formularse la oposición del ejecutado y debido a la continuación de la ejecución que ella produce, se plantea dos situaciones dentro del mismo proceso de ejecución: 1) Actividad ejecutiva que se brinda, en el caso peruano actual, a través del otorgamiento de medidas cautelares, la cual tiene eficacia y suficiencia luego de la resolución del incidente de oposición a partir del art. 728 del C.P.C.; y 2) Incidente sumario de oposición que tiene como finalidad que el juez resuelva el pedido del ejecutado de no llevar adelante la ejecución. Por tanto, se aprecia una actividad ejecutiva desnaturalizada en la medida que, en primer lugar, el juez no tiene un esquema legal que le permita contar con medios ejecutivos propios, a fin de brindar una Tutela Ejecutiva eficaz; y, en segundo lugar, nótese que pese a no existir mandato legal alguno sobre la suspensión de la ejecución por oposición del ejecutado, en la practica la suspensión es real ya que la actividad ejecutiva despliega sus efectos recién a partir de resuelto de

CAPÍTULO IV

forma definitiva el incidente de oposición ya que el artículo 728 del C.P.C. indica lo siguiente:

Artículo 728.- Tasación

Una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados.

(...)

Nuestra tesis, respecto a los efectos de la suspensión, plantea la medida alternativa de la suspensión a la ejecución como una medida adecuada para no restringir el derecho de defensa del ejecutado y ponderar el derecho del ejecutante. Es decir, dado un proceso de ejecución con reglas claras (objetivo, finalidad, medios ejecutivos u otros) que faciliten la eficacia y suficiencia de la ejecución, la ejecución debe ser tal desde su inicio. De tal forma, en caso de formularse oposición según el título ejecutivo que originó la Tutela Ejecutiva (título judicial o extrajudicial), la posibilidad de suspender la ejecución sobre real dimensión de aplicación. Imaginemos un proceso de ejecución con medios ejecutivos adecuados como el embargo ejecutivo donde el juez desde el inicio tenga la potestad de afectar y rematar el bien, sin dilación alguna. El juez continuará la ejecución hasta el remate del bien, salvo que la suspenda por ofrecimiento de contracautela del ejecutado que garantice esa eficacia hasta la resolución de la controversia. Todo ello, resume la importancia de contar con un diseño procesal adecuado a las finalidades intrínsecas del proceso de ejecución.

3. La constitucionalidad del diseño de los procesos judiciales

El proceso de ejecución peruano, en cuanto a la limitación del derecho de defensa del ejecutado, no contiene un diseño acorde a la Constitución que optimice el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y ejecutado. Por tanto, resulta evidente que esta deficiencia en el diseño del proceso de ejecución vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

CAPÍTULO IV

Al efecto, Giovanni Priori Posada afirma lo siguiente:

En los casos en los que el diseño del legislador no es adecuado para la efectiva protección de un derecho, es claro que se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en concreto, precisamente, su efectividad. En estos casos es una exigencia que proviene de la Constitución el hecho que el juez deba adaptar el proceso a las necesidades de la tutela del derecho. En este caso, el rol establecido del proceso por parte del legislador es necesario sea corregido por el juez².

Por tanto es necesario contar instrumentos procesales idóneos que optimicen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y ejecutado a través de un proceso de ejecución con oposición plena y medidas alternativas que tengan este propósito. La labor del legislador no solo es una labor política como señala Juan Montero Aroca sino que debe entenderse como una labor sometida a la Constitución y a los principios procesales constitucionales que ella protege como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

4. La ejecución con defensa plena

La optimización de los principios constitucionales a través de una regulación procesal adecuada y el respecto a la tutela jurisdiccional efectiva de ambas partes debe contar con reglas de probanzas plenas conforme lo antes expuesto. De esta forma podemos tener en el proceso de ejecución un escenario de oposición siguiente:

² PRIORI POSADA, Giovanni. «El procedimiento establecido por la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado Constitucional». En *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso*. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 591.

CAPÍTULO IV

| | Motivos de Oposición | Medios probatorios | Suspensión de ejecución |
|-----------------------------|---|---------------------------|--|
| Título Judicial | Ilimitado respecto de hechos sobrevenidos a la formación del título | Ilimitado | En principio no. Salvo que el ejecutado lo pida y el juez así lo decida, por existir justa causa o el ejecutado preste contracautela |
| Título Extrajudicial | Ilimitado | Ilimitado | Sí, salvo que el ejecutante pida la continuación de la ejecución por carecer la oposición de motivos atendibles, con posibilidad de prestación de contracautela por parte del ejecutado para mantener la suspensión. |

Con la propuesta de una plena defensa en los procesos de ejecución, no se pretende desconocer la historia medieval española en la formación del proceso de ejecución (“juicio ejecutivo”) ni apartarnos de los fundamentos propios de la tutela ejecutiva referidos a la actividad jurisdiccional ejecutiva, la legitimidad que proporciona el título ejecutivo y las garantías del debido proceso ejecutivo; nuestra intención es dotar al proceso de ejecución del contenido constitucional que le corresponde, lo que supone la realización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y del ejecutado, sin que se limite con ellos sus garantías procesales.

En tal línea, las medidas alternativas que proponemos en el proceso de ejecución (suspensión o no de la ejecución y otorgamiento de garantías procesales del ejecutado) justifican la realización de un plenario probatorio en esta sede.

Este cambio de paradigma en la oposición a la ejecución, de limitado a pleno, se vincula directamente con los tiempos actuales donde cobra relevancia la “constitucionalización” del proceso y la optimización de los derechos constitucionales como nuevo fundamento del Derecho Procesal, lo que no viene de gratuito sino que responde a las necesidades diversas de tutela jurisdiccional. Como referencia de este progresivo desarrollo del

CAPÍTULO IV

Derecho Procesal basta observar las nuevas formas de tutelas jurisdiccionales. Así, de las convencionales como la Tutela de Cognición, la Tutela Cautelar o la Tutela Ejecutiva pasamos a valorar, actualmente, otras formas de tutela judicial, ya no tan nuevas, como la Tutela de Urgencia que se aprecia en los procesos constitucionales de habeas corpus o amparo (Tutela Diferenciada). Además, este cambio de paradigma del Derecho Procesal tiene su correlato en las necesidades económicas y sociales. De tal forma, basta recordar que de la ejecución judicial del derecho romano se pasó, en la edad media, a la ejecución rápida de los derechos incorporados a los títulos ejecutivos. Incluso ya en el siglo XX, Enrico Tullio Liebman³ sostenía la posibilidad de una crisis del “juicio ejecutivo” para referirse a nuevos procesos judiciales sustentados en títulos distintos al ejecutivo como el proceso documental cambiario; o, quizás esta supuesta crisis se repite, actualmente, con los procesos monitorios. Es decir, la constante evolución de las sociedades involucra nuevas tendencias, lo que coadyuva a contar con nuevos diseños de los procesos judiciales acordes al Estado Constitucional.

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. «Sobre el juicio ejecutivo». Cit., p. 395.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- PRIMERA:** En un Estado Constitucional de Derecho importa el cumplimiento y/o la optimización de las garantías procesales constitucionales, como el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el Derecho de Defensa y el Derecho a Probar, en los diversos procesos judiciales atendiendo la finalidad de cada uno de ellos; donde el proceso de ejecución no es la excepción sino la mención de este trabajo.
- SEGUNDA:** La optimización del Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva del ejecutante y del ejecutado en el proceso de ejecución, implica la realización del debido proceso ejecutivo como el Derecho de Defensa; siendo que cualquier limitación debe contener causas justificadas, en el sentido sean idóneas, necesarias y ponderadas con los demás principios procesales constitucionales.
- TERCERO:** El proceso de ejecución debe ser analizado no como un fin en sí mismo sino como instrumento de realización del derecho contenido en el título ejecutivo; por tanto, debe contener mecanismos procesales adecuados para hacer efectiva la tutela jurisdiccional del ejecutante y ejecutado.
- CUARTA:** La oposición a la ejecución es el mecanismo de defensa del ejecutado que influye sobre la continuación o no de la ejecución.
- QUINTA:** El proceso de ejecución peruano, en cuanto a la limitación del derecho de defensa del ejecutado, no contiene un diseño acorde a la Constitución que optimice el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y ejecutado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- SEXTA:** La oposición a la ejecución, en línea de principio, debe ser ilimitada, en el sentido de que no debe haber ni motivos taxativos de oposición ni limitación de medios probatorios. Sin embargo, tratándose de títulos judiciales los motivos de oposición deben estar referidos a hechos posteriores a la formación del título, para no afectar a la cosa juzgada.
- SÉPTIMA:** De existir oposición a la ejecución, dependiendo del origen del título ejecutivo, para evitar que este termine comprometiendo el derecho a la tutela efectiva del ejecutante, se debe operar sobre la suspensión o no de la ejecución.
- OCTAVA:** Tratándose de títulos judiciales la oposición no debe ser suspensiva, salvo que el ejecutado lo pida y, de ser el caso, preste idónea garantía; mientras que tratándose de títulos extrajudiciales, la regla general debe ser la suspensión de la ejecución, salvo que el ejecutante pida y el juez decida la continuación de la ejecución. En tal ámbito el ejecutado podría prestar, según los casos, una garantía procesal como la contracautela (personal o real) u otra análoga, que permita al juez mantener la suspensión de la ejecución bajo responsabilidad y costo del ejecutado.

En consecuencia, con esta propuesta de tesis referida a la oposición plena del ejecutado contra la ejecución, consideramos que hemos logrados nuestros dos objetivos principales:

- Demostrar que es viable la consagración de una oposición a la ejecución plena, sin que ello implique, a su vez, una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional del ejecutante; y
- Demostrar que, a los efectos de no vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional del ejecutante, existen medidas más idóneas que la limitación de razones y de medios de prueba

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

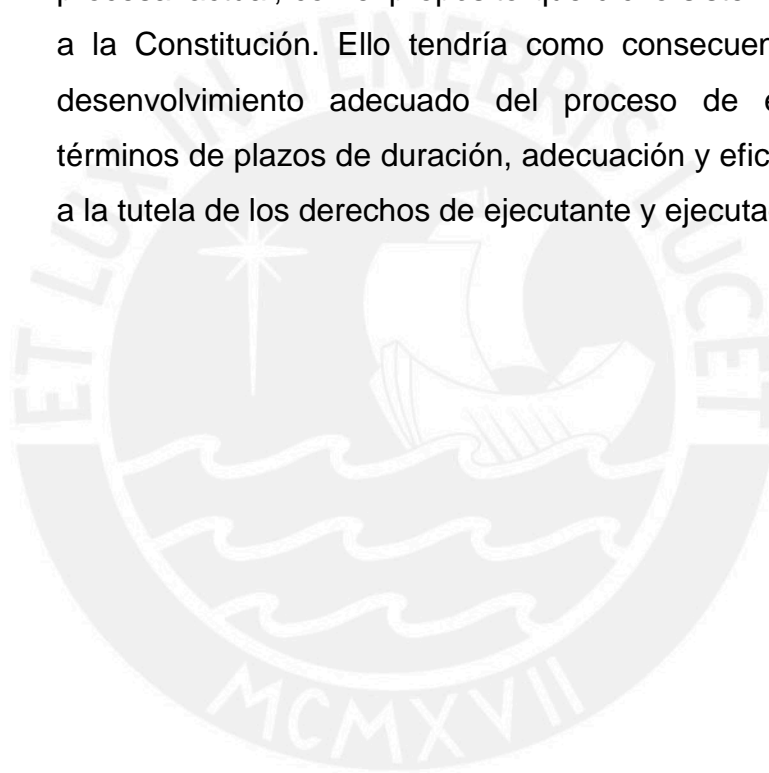
en la oposición a la ejecución, en sustancia operando sobre la suspensión o no de la ejecución como consecuencia del planteamiento de la oposición o el ofrecimiento de garantías procesales a cargo del ejecutado.

Asimismo y como consecuencia de nuestra propuesta de tesis consideramos oportuno, con la finalidad de contar con un proceso de ejecución diseñado acorde a la Constitución, brindar las recomendaciones siguientes:

1. Modificar los alcances del artículo 690-D del Código Procesal Civil, en el sentido que el derecho de defensa del ejecutado en los procesos de ejecución se ejerce a través del instituto procesal de la contradicción; el cual consideramos debe ser pleno en términos de alegaciones y medios probatorios a cargo del ejecutado.
2. Se regule, en el Título V denominado Proceso de Ejecución de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, normas referidas a los efectos de la contradicción plena en relación a la suspensión o no de la ejecución, en el siguiente sentido:
 - a. Tratándose de títulos judiciales, la oposición no debe suspender automáticamente la ejecución, salvo que el ejecutado lo pida.
 - b. Tratándose de títulos extrajudiciales, la regla general sea la suspensión de la ejecución; salvo que el ejecutante pida la continuación por no existir razones fundadas y motivadas en derecho, pudiendo el ejecutado otorgar garantías procesales como la contracautela (personal o real) u otra análoga que permita al juez mantener la suspensión de la ejecución bajo responsabilidad y costo del ejecutado, en caso que la ejecución sea, posteriormente, declarada infundada.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3. Se regule en el Título V denominado Proceso de Ejecución, de la Sección Quinta, del Código Procesal Civil que el fallo del juez que ordene llevar adelante la ejecución tenga la calidad de cosa juzgada, debido al debate pleno de la controversia en esta sede judicial.
4. Finalmente, se regule un sistema normativo propio y adecuado referido a la Tutela Ejecutiva en términos de fijar su objetivo, finalidad y medios ejecutivos adecuados en la normatividad procesal actual, con el propósito que dicho sistema sea acorde a la Constitución. Ello tendría como consecuencia lógica el desenvolvimiento adecuado del proceso de ejecución en términos de plazos de duración, adecuación y eficacia respecto a la tutela de los derechos de ejecutante y ejecutado.



BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert
1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ANDOLINA, Italo
2008 *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*. Primera Edición. Lima. Librería Communitas.
- ARIANO DEHO, Eugenia
2003 «¿Proceso o procesos de ejecución?». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Juristas Editores.
- ARIANO DEHO, Eugenia
2003 «La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Juristas Editores.
- ARIANO DEHO, Eugenia
2003 «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Juristas Editores.
- ARIANO DEHO, Eugenia
2014 «En la búsqueda de la eficiencia de la tutela ejecutiva: La acumulación (y coordinación) de ejecuciones». En *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales – Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores.
- AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis
2010 «El interés para obrar». *Themis. Revista de Derecho*. Nº 58.
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo
2001 *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores.
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo
2013 «El derecho fundamental a probar y su contenido esencial». En *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: lus et veritas.
- CARNELUTTI, Francesco

BIBLIOGRAFIA

- 1956 *Instituciones del proceso civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CAVANI, Renzo
2014 «Incoherencias del proceso de ejecución peruano: Causales de contradicción y suspensión de la ejecución. Análisis desde el derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva». En: *Proceso y Constitución. Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco
1994 *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco
2009 «El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional español». En *Constitución y Proceso*. Lima: Ara Editores.
- DE LOS SANTOS, Mabel A.
1996 *La prueba*. La Plata. Librería Editora Platense.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando
1997 *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando
1981 *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Quinta Edición: Buenos Aires. Victor P. de Zavalia.
- ETO CRUZ, Gerardo
2011 *El desarrollo del Derecho Procesal a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Editorial Adrus.
- FAIREN GUILLEN, Víctor
1953 *El juicio ordinario y los plenarios rápido*. Barcelona: Bosch.
- FERRER BELTRAN, Jordi
2008 «La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión». En *Estudios sobre la prueba*. Mexico DF: Fontamara.
- GASCON ABELLAN, Marina
2009 «La motivación de la prueba». En *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: Ara Editores.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo
1997 *La prueba en el proceso civil peruano*. Trujillo: Editora Normas Legales.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo

BIBLIOGRAFIA

- 2005 *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar.
- GUASP, Jaime.
1968 *Derecho procesal civil*. Tomo Primero. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- LANDA ARROYO, César
2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- LANDA ARROYO, César
2011 «Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú». En: *Proceso y Constitución*. Lima: Ara Editores.
- LIEBMAN, Enrico Tullio
1945 «Sobre el juicio ejecutivo». En *Estudios en Honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar Editores.
- LIEBMAN, Enrico Tullio
1980 *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MARINONI, Luiz Guilherme
2007 *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores.
- MARINONI, Luiz Guilherme
2008 *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Lima. Communitas.
- MONTERO AROCA, Juan
2004 *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORALES GODÓ, Juan
2014 «Naturaleza constitucional del derecho a la prueba». En *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales – Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores.
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto
2011 *Proceso civil y el derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. Lima: Ara Editores.
- PALACIOS PAREJA, Enrique
2013 «Reflexiones sobre tutela preventiva». En *Estudios de derecho procesal civil*. Lima. Ius et veritas.

BIBLIOGRAFIA

- PRIORI POSADA, Giovanni
2003 «Legitimidad para obrar». En *Código Civil Comentado*. Tomo I, Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- PRIORI POSADA, Giovanni
2009 «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». En *Derecho Procesal Civil – Estudios*. Lima. Jurista Editores.
- PRIORI POSADA, Giovanni
2009 «El proceso en el Estado Constitucional». En *Constitución y Proceso*. Lima: Ara Editores.
- PRIORI POSADA, Giovanni
2012 «La oposición a las medida cautelares». En *Advocatus. Nueva Época*. Nº 24.
- PRIORI POSADA, Giovanni
2013 «El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites». En *Estudios de derecho procesal civil*. Lima: lus et veritas.
- PRIORI POSADA, Giovanni
2013 «El procedimiento establecido por la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado Constitucional». En: *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso*. Lima: Palestra Editores.
- PROTO PISANI, Andrea
2014 *La Tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores.
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín
2012 «El Poder Judicial en un Estado Democrático». *Derecho & Sociedad*. Nro. 38.
- ROCCO, Ugo
1976 *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Temis-Depalma: Bogotá-Buenos Aires.
- TARUFFO, Michele
2005 «Probabilidad y prueba judicial». *Advocatus. Nueva época*. Nº 13.
- TARUFFO, Michele
2008 *La prueba*. Barcelona: Marcial Pons.
- ZAGREBELSKY, Gustavo
2008 *El derecho dúctil*. Octava Edición. Madrid: Editorial Trotta.