

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



La tutela sumaria anticipatoria en el proceso civil de conocimiento como resultado de la técnica de la ponderación aplicada al conflicto entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho de defensa del demandado, en los casos en que la pretensión es susceptible de valoración económica

Tesis de grado para optar el título profesional de abogado que presenta el Bachiller:

Manuel Augusto Vega García

Asesor:

Magíster Giovanni Priori Posada

Lima, 2017

RESUMEN

La investigación aborda el problema jurídico que se presenta cuando un proceso civil de conocimiento en el que se discuten pretensiones susceptibles de valoración económica se prolonga más de lo debido, y se justifica en la necesidad de encontrar una respuesta jurídica frente a este problema, una respuesta que no se limite a la perspectiva legal del asunto, sino que se fundamente en premisas constitucionales. La interpretación de la Constitución se plantea entonces como un primer problema, superado el cual se desarrolla la tesis de que, al menos en ciertos casos, el ordenamiento jurídico peruano ordena la aplicación de medidas de anticipación de tutela en el proceso civil de conocimiento en el que se discuten pretensiones susceptibles de valoración económica. Esta es también la principal conclusión alcanzada: Que la respuesta que el ordenamiento peruano brinda frente al problema de una duración excesiva del proceso es, al menos en ciertos casos, la aplicación de medidas de anticipación de tutela.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
Delimitación del objeto de la presente investigación	7
Tesis	9
Metodología.....	9
CAPÍTULO I: LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO VÁLIDO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DE DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO.....	14
I.1. Demostración de la posibilidad de que existan conflictos entre derechos fundamentales	15
I.2. Demostración de la posibilidad jurídica de resolver los conflictos entre normas de derecho fundamental en el ordenamiento peruano	21
I.3. La posibilidad de resolución del conflicto según las normas del ordenamiento peruano.....	29
I.4. Descripción detallada de la técnica de la ponderación. La ponderación es una técnica cuya utilización en el ordenamiento peruano está justificada	37
I.5. La jurisprudencia y la doctrina como fuentes concurrentes a la Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	44
CAPÍTULO II: PRESUPUESTO DE LA PONDERACIÓN: LA INTERPRETACIÓN INDEPENDIENTE DE CADA UNO DE LOS DERECHOS ANTE LA SITUACIÓN DE CONFLICTO. DETALLE DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO.....	49
II.1. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	50
II.1.1. Contenido del derecho del demandante a un plazo razonable.....	59
II.1.2. Relación entre el derecho del demandante a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un plazo razonable	62
II.2. Contenido del derecho de defensa.....	64
II.2.1. El derecho del demandado a un plazo razonable	70
II.2.2. Relación entre el derecho de defensa y el derecho a un plazo razonable del demandado	70
II.3. Contenido del derecho constitucional de propiedad	72
II.4. El conflicto típico entre el derecho del demandante a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho del demandado a la defensa: Diferentes escenarios de conflicto. Los conflictos relacionados a la efectividad de la tutela material.....	76
II.5. El conflicto (menor) entre los derechos de propiedad constitucional de las partes.....	82
CAPÍTULO III: PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL DEMANDANTE A LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA MATERIAL Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL	

DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL, Y DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE PROPIEDAD DE AMBAS PARTES. LAS MEDIDAS ANTICIPADAS COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO84

III.1. Ponderación del derecho a la del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho a la defensa del demandado en el proceso civil, así como de los derechos de propiedad constitucional de las partes. Las medidas anticipadas como una restricción del derecho de defensa que justifica la ponderación84

III.1.1. Fin legítimo: El derecho a la efectividad de la tutela material del demandante y su derecho constitucional de propiedad como justificación del otorgamiento de una medida anticipada86

III.1.2. Examen de idoneidad o adecuación: Las medidas anticipadas como mecanismo adecuado para la optimización del derecho a la efectividad de la tutela material y el derecho de propiedad constitucional del demandante..87

III.1.3. Examen de necesidad: Las medidas anticipadas como única alternativa para la optimización del derecho a la efectividad de la tutela material y el derecho de propiedad del demandante ante determinados supuestos89

III.1.4. Análisis de proporcionalidad en sentido estricto: Identificación de los presupuestos para el otorgamiento de una medida anticipada94

III.1.4.1. Aplicación de la ley material de ponderación94

III.1.4.1.1. El momento en que se otorga la medida anticipada como criterio para evaluar la intensidad de la afectación del derecho de defensa. La previa notificación de la solicitud de la medida anticipada como criterio concurrente94

III.1.4.1.2. El peligro de daño irreparable como criterio que determina la afectación intensa del derecho a la efectividad de la tutela material por el rechazo de una medida anticipada. El simple peligro en la tardanza como criterio que determina la afectación intermedia. El incumplimiento del plazo razonable como criterio adicional.....100

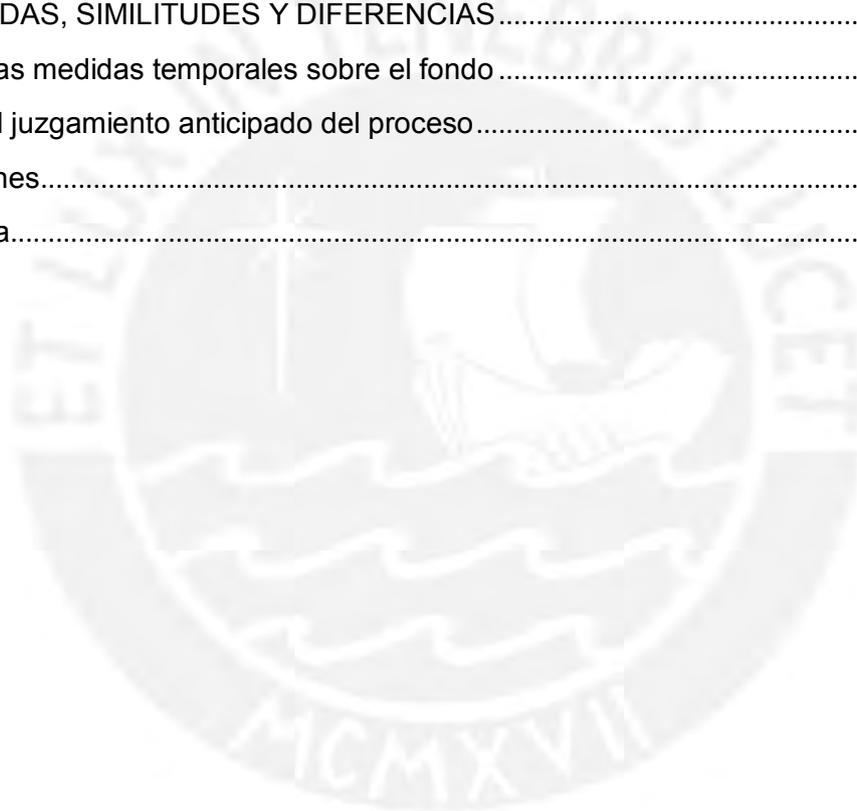
III.1.4.1.3. La importancia (menor) de la satisfacción de los derechos de propiedad constitucional de ambas partes. La intensidad leve de su afectación.....112

III.1.4.2. Aplicación de la ley epistémica de ponderación: Criterios que el juez debe seguir para evaluar la probabilidad o seguridad de afectación de los derechos en juego.....114

III.1.4.2.1. La probabilidad de que la sentencia final declare fundada la demanda como criterio que determina la seguridad de las premisas de la afectación del derecho del demandante a la efectividad de la tutela material. La defensa temeraria como criterio adicional.114

III.1.4.2.2. La seguridad de la afectación del derecho de defensa del demandado es siempre cierta123

III.1.4.2.3. La seguridad de las premisas de la afectación del derecho de propiedad se mide de la misma manera que la seguridad de las premisas de afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	123
III.1.4.3. Aplicación de la fórmula del peso: Casos en los que el otorgamiento de una medida anticipada es una solución constitucional al conflicto analizado. Presupuestos que el Juez debe evaluar para tomar la decisión de anticipación de tutela	124
III.1.4.4. Los casos de empate: Criterios para la solución del conflicto en los casos de empate	129
III.2. Pasos a seguir para tomar una decisión constitucional de otorgamiento o rechazo de una medida de anticipación de tutela	133
EPÍLOGO: ALGUNAS FIGURAS PROCESALES AFINES A LAS MEDIDAS ANTICIPADAS, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS.....	137
IV.1. Las medidas temporales sobre el fondo	137
IV.2. El juzgamiento anticipado del proceso.....	141
Conclusiones.....	143
Bibliografía.....	144



INTRODUCCIÓN

El clásico problema del tiempo en el proceso, resumido por Calamandrei como la disyuntiva entre hacer las cosas *rápido* y hacerlas *bien*¹, se mantiene presente en los estudios de derecho procesal como el que quizá sea “*el más difícil problema práctico de toda la legislación procesal*”².

En tanto mecanismo de solución de conflictos, el proceso requiere un tiempo para la resolución de la controversia. El paso del tiempo; sin embargo, podría significar un peligro para que aquella solución sea efectiva.

Frente a este problema se han propuesto muy diversas soluciones. Para un sector de la doctrina, las medidas cautelares, en conjunto con otros remedios clásicos, serían suficientes³.

Para otro sector, se requieren nuevas alternativas, medidas y procedimientos diferentes a los propuestos por la doctrina clásica⁴. Entre ambos extremos, la posición de la doctrina brasileña ha tomado partido, en general, por la defensa de la anticipación de tutela como un mecanismo independiente a la tutela cautelar y que permitiría *distribuir adecuadamente la carga del tiempo en el proceso*⁵.

¹ CALAMENDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. El Foro. Buenos Aires: 1996, pp. 43 y 44.

² *Ibíd.*

³ Vid. ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del proceso civil*. Jurista Editores. Lima: 2003, pp. 705 y 706. En estas páginas, la autora propone 4 remedios concurrentes para enfrentar el problema del tiempo en el proceso:

1. Un sistema de medidas cautelares en el que se prevean medidas cautelares típicas pero se consagre, asimismo, la posibilidad del Juez de dictar medidas atípicas.
2. Introducción del proceso monitorio.
3. Introducción de la ejecución provisional.
4. Perfeccionamiento de algunos procesos sumarios.

⁴ PEYRANO, Jorge. *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares*. En: *Ius et Veritas*, revista de derecho. Año 15, no 08 (noviembre de 1997), pp. 11 – 26.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso*. Disertación pronunciada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en San Juan (República Argentina) los días 13 a 16 de junio de 2001. Disponible en www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109792.pdf Consulta: 03 de diciembre de 2015.

También el legislador peruano ha intentado algunas soluciones: La creación de procedimientos especiales⁶, la ampliación de la relación de títulos ejecutivos extrajudiciales⁷ o incluso la imposición (a determinados sujetos y en ciertos casos) de la obligación de emitir títulos ejecutivos extrajudiciales⁸.

En este escenario, la presente investigación tiene por objeto determinar si las medidas de anticipación de tutela son, al menos en ciertos casos, la solución prescrita por el ordenamiento jurídico peruano frente al problema del tiempo en el proceso civil de conocimiento, específicamente, cuando la pretensión es susceptible de valoración económica.

Delimitación del objeto de la presente investigación

El objeto de la investigación descrito en el párrafo precedente requiere dos precisiones conceptuales: En primer lugar, debemos aclarar qué entendemos por medida anticipada; por otro lado, debemos indicar cuáles son las pretensiones susceptibles de valoración económica y por qué razón limitaremos nuestro estudio al análisis de tales pretensiones.

Sobre el primer punto, aunque es un asunto sobre el que volveremos más adelante, por el momento podemos decir que una medida anticipada es aquella resolución que emite el juez en un proceso de conocimiento antes del

MITIDIERO, Daniel. *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Marcial Pons. Madrid: 2013

⁶ Por ejemplo, el desalojo anticipado incorporado al artículo 594 del Código Procesal Civil por la Ley 30201.

⁷ Por ejemplo, los formularios para el “desalojo express”, regulados por el Decreto Legislativo 1177, decreto Legislativo que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda.

⁸ Nos referimos a la obligatoriedad del uso de la factura negociable, dispuesta por el decreto supremo No. 208-2015-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley 29623, Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial.

pronunciamiento final y cuyos efectos coinciden total o parcialmente con los efectos que tendría la sentencia final si declarase fundada la demanda⁹.

Sobre el segundo asunto, entendemos que una pretensión es susceptible de valoración económica cuando el pedido formulado se refiere al respeto de un derecho real o al respeto de cualquier otra situación jurídica susceptible de apreciación económica.

A su vez, una situación jurídica es susceptible de apreciación económica cuando tiene por objeto un bien, constituye un crédito o en fin cuando puede ser expresada en términos monetarios.

Es preciso enfatizar que lo importante es el *petitum* y no la *causa petendi*. Así, por ejemplo, la pretensión de pago de indemnización por vulneración del derecho a la intimidad constituye una pretensión susceptible de apreciación económica porque se trata de un crédito, aun cuando este se haya originado por la vulneración de un derecho de la personalidad.

Por el contrario, la pretensión de cese de circulación de una publicación que vulnera el derecho a la intimidad, no es susceptible de apreciación económica, pues no tiene por objeto un bien, no constituye un crédito y tampoco puede ser expresada en términos monetarios.

Aclarado este punto, aún debemos justificar la razón de que nos concentremos únicamente en tales pretensiones. Tal justificación radica en que el contenido de tales pretensiones quedará comprendido, como veremos más adelante, en el derecho constitucional de propiedad, el cual será incluido en la ponderación. Las pretensiones relacionadas a otros derechos (por ejemplo, los derechos de la personalidad, que también son derechos constitucionales) requerirían una ponderación específica que no será abordada en la presente investigación.

⁹ Cfr. MITIDIERO, Daniel. Óp. Cit., pp. 56 y 57. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*. Communitas. Lima: 2010, p. 33.

Habiendo delimitado el objeto de la presente investigación y habiendo justificado tal delimitación, a continuación expondremos la tesis de la investigación, así como la metodología que emplearemos para demostrarla.

Tesis

Decíamos que la presente investigación tiene por objeto determinar si las medidas de anticipación de tutela son, al menos en ciertos casos, la solución prescrita por el ordenamiento jurídico peruano frente al problema del tiempo en el proceso civil de conocimiento, específicamente, cuando la pretensión es susceptible de valoración económica.

Pues bien, la tesis de la presente investigación es una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, es decir, la proposición de que para solucionar el problema del tiempo en el proceso civil de conocimiento en el que se discuten pretensiones susceptibles de valoración económica, el ordenamiento peruano ordena, al menos en ciertos casos, la aplicación de medidas de anticipación de tutela.

Metodología

Así descritos el objeto y la tesis de la presente investigación, queda también hasta cierto punto determinada la metodología que requeriremos para lograr tal objetivo (y demostrar la tesis).

En efecto, solamente será posible que demostremos la necesidad jurídica de aplicar medidas de anticipación de tutela en el ordenamiento peruano en tanto atendamos al contenido normativo de las disposiciones del ordenamiento que resulten pertinentes.

Por el contrario, la tesis no podría demostrarse si analizáramos las normas del ordenamiento peruano, por ejemplo, desde el punto de vista de su relación con

la realidad (atendiendo a su observancia o inobservancia, o acaso a los efectos sociales que producen en la algún sector de la población) o si nos concentráramos en determinar su valor moral (esto es, su justicia o su injusticia) o en estudiar sus vicisitudes históricas o, por último, si nos dedicáramos a establecer en las relaciones existentes entre alguno o varios de los enfoques anteriores.

El objetivo de la presente investigación exige más bien una justificación interna de la necesidad de aplicar medidas de anticipación de tutela en el ordenamiento jurídico peruano, es decir, una justificación que se derive de las propias normas de este ordenamiento, analizadas e interpretadas en cuanto tales, es decir, en tanto proposiciones prescriptivas¹⁰.

Un enfoque como el descrito se corresponde con lo que Bobbio ha denominado *positivismo metodológico*, esto es, “*un modo de acercarse al estudio del derecho [...] que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación*”, que se caracteriza por asumir “*una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral*” frente al objeto de estudio (lo cual desde luego, no implica negar que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente la exclusión de estos últimos tipos de derecho de la investigación¹¹), de modo que, “*al trasponer el umbral de la investigación, el científico depona los juicios de valor*”¹² (*rectius*: los juicios personales o morales de valor) y se dedica solamente a indagar el derecho que es, independientemente del que deba ser.

Al respecto resulta imprescindible precisar que el *deber ser* del derecho a que se refiere Bobbio es diferente a cualquier *deber ser* jurídico. Lo que quedará excluido de una investigación que se lleve a cabo conforme al postulado positivista metodológico será el *deber ser* del derecho, es decir, la investigación

¹⁰ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Tercera edición, revisada y corregida. Temis. Bogotá: 2007, *passim*.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Quinta edición. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires: 1997, pp. 41 – 43.

¹² Óp. Cit. p. 59.

de si el derecho del ordenamiento estudiado es justo (como *debe ser*) o injusto (como *no debe ser*).

La investigación no excluirá, por tanto, aquellos juicios deónticos que sean interiores al ordenamiento jurídico. En particular no se excluirá el análisis y estudio del *deber ser* constitucional, el cual, por el contrario, tendrá una importancia central. Al respecto, resulta ilustrativa la posición de Ferrajoli:

El constitucionalismo positivista o garantista es una teoría que tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser (legislativo) del Derecho. Con respecto a la teoría paleo-positivista, se caracteriza por la distinción y la virtual divergencia entre validez y vigencia, dado que admite la existencia de normas vigentes -por resultar conformes a las normas formales sobre su formación- pero que, sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción. Por eso, el tema más relevante e interesante de la teoría es el derecho constitucionalmente ilegítimo: por un lado, como ya he dicho, las antinomias provocadas por la indebida producción de normas inválidas que se hallan en contraste con la constitución y, en particular, con los derechos de libertad constitucionalmente establecidos; por otro, las lagunas provocadas por la omisión de producción de las normas constitucionales y, en particular, (de las garantías) de los derechos sociales [subrayados agregados]¹³

Precisamos, en consecuencia, que por *positivismo metodológico* no entendemos únicamente la investigación, el análisis normativo o la interpretación de la *ley*; sino que más bien el estudio cuyo límite metodológico son las normas de un ordenamiento jurídico cualquiera (en nuestro caso, el ordenamiento peruano) en tanto proposiciones prescriptivas, incluyendo, de ser el caso, el estudio de las disposiciones pertinentes de la Constitución.

De ahí que, en tanto la Constitución sea la norma suprema del ordenamiento¹⁴ será verdadero que i) para afirmar la validez de cualquier conclusión a que arribemos deberemos haberla contrastado previamente con la solución que la

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34. Marcial Pons. Madrid: 2012, p. 24.

¹⁴ **Artículo 51.-**

La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente, La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Constitución ordene y ii) que nuestras conclusiones podrán ser válidas únicamente en la medida en que no contradigan las normas de la Constitución.

Siendo así, aparecerá como conveniente el comenzar la investigación por el estudio de las normas constitucionales pertinentes, evitando el análisis de ciertas hipótesis que finalmente podrían no superar el contraste con la Constitución y, por lo tanto, deberían ser descartadas.

Ahora bien, para abordar las referidas disposiciones constitucionales, resultará imprescindible haber determinado previamente el método o los métodos que sirven para interpretar la Constitución, ya que deberemos aplicar tal método o tales métodos para resolver el problema que es objeto de nuestro estudio (el problema de si las medidas anticipadas son una solución jurídicamente válida al problema del tiempo en el proceso civil de conocimiento en el que se discuten pretensiones susceptibles de valoración económica).

Tomando esto en consideración, dedicaremos el primer capítulo de nuestra investigación a determinar el método de interpretación de la Constitución que utilizaremos, justificando tal elección.

Finalizado este primer capítulo, habremos demostrado que el método que debe preferirse para la interpretación de la Constitución es la técnica de la ponderación.

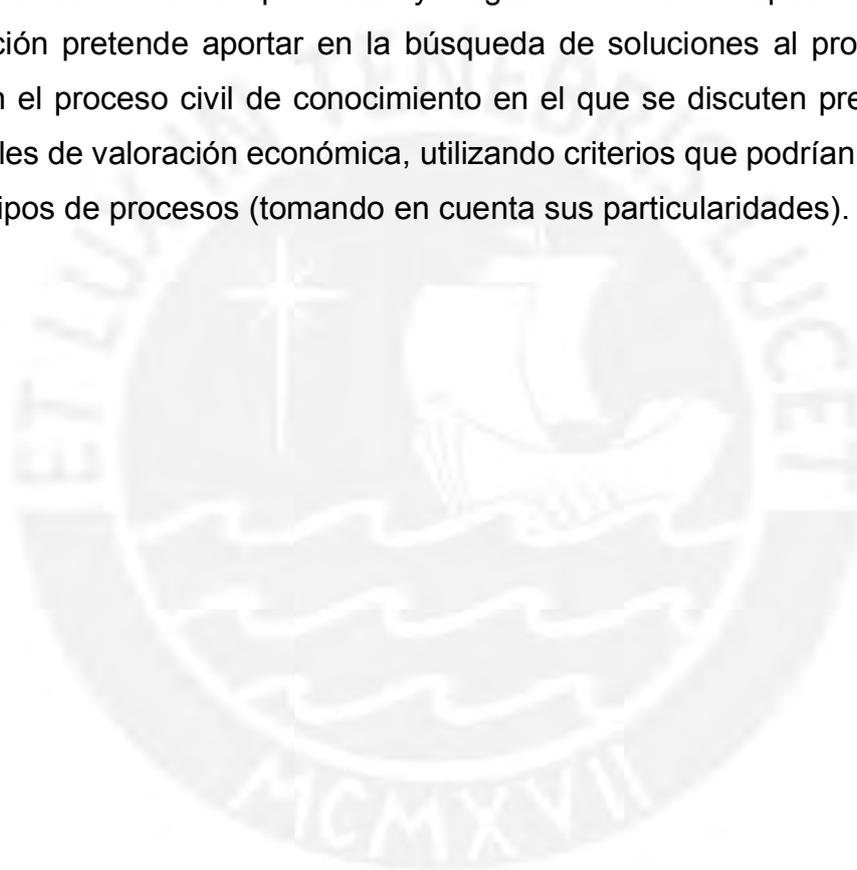
Posteriormente, en los capítulos segundo y tercero de la presente investigación determinaremos las normas constitucionales pertinentes y procederemos a su interpretación: En el segundo capítulo interpretaremos las normas constitucionales en abstracto y sin considerar las otras normas constitucionales que podrían entrar en conflicto¹⁵ con las normas interpretadas; y en el tercer capítulo interpretaremos las normas relevantes en relación al problema

¹⁵ En el capítulo primero demostraremos también por qué resulta justificado afirmar que existen conflictos entre derechos fundamentales.

específico de la investigación (la posibilidad de que el demandante de un proceso de conocimiento obtenga, antes de que se emita la sentencia final, la satisfacción de su pretensión susceptible de valoración económica).

Finalmente, en el cuarto capítulo de la presente tesis compararemos la solución a la que habremos arribado con algunas figuras jurídicas que existen ya en la ley peruana.

Sobre la base de estas premisas y según el método expuesto, nuestra investigación pretende aportar en la búsqueda de soluciones al problema del tiempo en el proceso civil de conocimiento en el que se discuten pretensiones susceptibles de valoración económica, utilizando criterios que podrían replicarse en otros tipos de procesos (tomando en cuenta sus particularidades).



CAPÍTULO I: LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO VÁLIDO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

La interpretación de los derechos constitucionales no es una cuestión sobre la cual exista consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia¹⁶. Tampoco, como veremos a continuación, existe consenso sobre la posibilidad o imposibilidad de conflictos entre este tipo de derechos.

En el presente capítulo, demostraremos que la ponderación es un criterio válido para la solución de conflictos entre derechos constitucionales en el ordenamiento peruano.

Con tal fin, dividiremos nuestra exposición en cuatro partes. En la primera parte demostraremos la posibilidad de la existencia de conflictos entre derechos fundamentales.

En la segunda parte analizaremos las posibilidades teóricas para la resolución de tales conflictos.

En la tercera parte analizaremos las normas constitucionales y convencionales sobre la interpretación de derechos fundamentales y demostraremos que tales normas contienen criterios útiles para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales en el ordenamiento peruano.

Finalmente, en la cuarta parte explicaremos a detalle en qué consiste la técnica de la ponderación y que, en tanto condensa y relaciona todos los criterios útiles

¹⁶ Vid. v.g. los diferentes métodos de interpretación analizados por el profesor Bernal Pulido en BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Tercera edición. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2007, pp. 251 – 486.

que brindan las normas constitucionales y convencionales del ordenamiento, es un criterio válido para la solución de conflictos entre derechos fundamentales.

Finalmente, en la quinta parte presentaremos brevemente alguna jurisprudencia que da mayor sustento a nuestra posición y cierta doctrina que, aunque aparentemente contraria, justificaría también la utilización de la ponderación.

I.1. Demostración de la posibilidad de que existan conflictos entre derechos fundamentales

Como hemos adelantado en la introducción del presente capítulo, no existe consenso en la doctrina sobre la posibilidad o imposibilidad de que existan conflictos entre derechos fundamentales, ya que algunos autores han sostenido teorías que podríamos denominar “no conflictivistas”¹⁷ o “internas”¹⁸, conforme a las cuales no es posible pensar que existan conflictos entre normas de derecho fundamental¹⁹.

Quienes sostienen estas teorías “preconizan que las restricciones o los límites de los derechos fundamentales no proceden del exterior del derecho”²⁰, sino más bien de los límites impuestos por sus propios contornos.

Para ilustrar estas tesis, a continuación citamos al profesor Ignacio de Otto:

En realidad el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en el que se trata de

¹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Principio de proporcionalidad...* p. 44.

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 442.

¹⁹ En este contexto, las palabras “conflicto” e “incompatibilidad” son equivalentes (cfr. Ídem, p. 86; p. 160). Las antinomias, por otra parte, se definen como la incompatibilidad entre dos consecuencias jurídicas previstas por dos normas pertenecientes al sistema. Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 1999, p. 71.

²⁰ Ídem, p. 446.

delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos [...]

Los problemas que pretende resolver no son en realidad de limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas.

[En consecuencia] para justificar la imposición de una pena por coacciones ocurridas en el curso de una reunión no hace falta en absoluto argumentar con los límites del correspondiente derecho, *por la muy obvia razón* de que el derecho a reunirse no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre los demás; tal coacción no forma parte del derecho de reunión y penalizarla no es, en consecuencia, limitar este derecho [...]

[Igualmente] ni el derecho de huelga ni el derecho de reunión comprenden el derecho a ocupar incondicionadamente los locales y, en consecuencia, la prohibición, por no ser una limitación de aquellos derechos, no requiere la “clara justificación” que sería precisa si lo fuese efectivamente [subrayado y énfasis agregados]

En el plano nacional, una postura semejante (en tanto niega la posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales) ha sido defendida por el profesor Castillo Córdova, quien señala:

[S]i los derechos humanos o derechos fundamentales significan bienes humanos, y el bien humano se define como aquello que satisface alguna necesidad humana, y la naturaleza humana de la cual se predicen esas necesidades y consecuentes bienes es una realidad esencialmente unitaria, entonces, no será posible hablar de bienes humanos contradictorios entre sí, ni –consecuentemente– de derechos humanos o de derechos fundamentales en conflicto.

[...]

Un bien o es realmente un bien o no es un bien; y solo será un bien si es que cumple dos condiciones. La primera, que satisfaga una necesidad humana; y la segunda, que al satisfacer esa necesidad humana no impida la satisfacción de otra necesidad humana y, por tanto, que no impida la consecución de otro bien humano. Consecuentemente, un bien humano si realmente es tal, no puede entrar en contradicción con otro bien humano que también es realmente tal, pues, o ambos bienes son realmente bienes humanos y no se impiden o se dificultan uno al otro en su consecución, o uno de los bienes no es realmente un bien humano y se opone a otro bien humano que realmente es tal.

En la medida que detrás de un derecho humano o de un derecho fundamental existe un bien humano, el razonamiento efectuado puede formularse también respecto de los mencionados derechos. Así, no habrá realmente un derecho humano o fundamental que proteger ni garantizar ahí donde lo que se pretende proteger es solo un bien en apariencia. Un derecho humano o fundamental si realmente es tal solo podrá perseguir el aseguramiento de un bien que favorezca el pleno desarrollo de la persona humana considerada como una unidad.

De modo que no puede ocurrir que un derecho humano intente asegurar como bien una realidad que es contradictoria con otra realidad que intenta ser asegurada igualmente como bien humano por otro derecho humano o fundamental. Dado que no puede tener la categoría de bien algo y su contrario, tampoco podrá considerarse como derecho humano o fundamental algo y su contrario. Consecuentemente un derecho humano o fundamental no puede ser opuesto (contradictorio) con otro derecho humano o fundamental. Es decir, en estricto no es posible hablar de conflicto entre derechos humanos o fundamentales.

Así, por ejemplo, con base en el principio de concordancia práctica no es posible hablar de verdadero conflicto entre derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho al honor; o entre un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional, como el derecho de propiedad y el bien común. En referencia a la pareja de derechos mencionados, no puede ser verdad que el ejercicio de la libertad de expresión dé cobertura a la emisión de un juicio de valor a través del cual se insulte o injurie a una persona. La emisión del juicio de valor no es un bien para el emisor ni para la sociedad misma debido a que ha producido el deshonor de otro miembro de la comunidad por lo que se ha convertido en un antibien para la convivencia social, es decir, en un antibien también para la dimensión social del emisor. Dicho con otras palabras, emitir un juicio de valor insultante o injurioso jamás puede quedar justificado por el ejercicio de la libertad de expresión, por lo que en estricto no es cierto que la libertad de expresión entró en conflicto con el derecho al honor, pues lo que ha habido es ejercicio extralimitado de la libertad de expresión, y lo extralimitado cae fuera de la cobertura jurídica del derecho humano o fundamental mismo [subrayado y énfasis agregados]

Como se puede apreciar, la postura de ambos autores en relación al tema que nos ocupa es que un derecho humano o fundamental “bien definido” no puede entrar en conflicto con otro humano o fundamental “bien definido”.

Una primera dificultad es, por lo tanto, determinar cómo llegar a definir “correctamente” un derecho fundamental o un derecho humano, ya que las situaciones a que se enfrente el intérprete podrían no ser tan “sencillas” como las propuestas por los autores citados.

Por ejemplo, la posibilidad de definir, categóricamente y *prima facie*, si la sátira política forma parte del contenido del derecho a la libertad o más bien afecta el contenido del derecho al honor, parece una tarea de complejidad no menor: ¿Debe entenderse que la sátira política está comprendida en el derecho a la libertad de expresión? Si respondiéramos afirmativamente, para mantener una posición no conflictivista tendríamos que admitir que el honor de la persona objeto de la sátira no se ve afectado en ningún sentido. El derecho al honor, diríamos, no comprende el derecho a no ser objeto de sátira política.

¿Debe entenderse, por el contrario, que la sátira política sí vulnera el derecho al honor? Si se respondiera afirmativamente, tendríamos que admitir que la libertad de expresión no comprende, en ningún caso, el derecho a la sátira política.

Ante un escenario como este, no resulta claro, en nuestra opinión, que sea posible dar una respuesta *ex ante* y que se aplique a todos los supuestos posibles (como pretenderían los autores que han sostenido posiciones no conflictivistas).

Incluso si tomáramos en consideración criterios lingüísticos, históricos y doctrinarios²¹ para delimitar los derechos a la libertad de expresión y al honor, es muy probable que una respuesta categórica presente serios problemas. No es esta; sin embargo, la única dificultad de las teorías internas, ni la más importante.

Un problema adicional (y de mayor importancia) lo representan los casos trágicos.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de dos o más personas cuyas vidas dependen de la realización de una operación de trasplante, siendo que

²¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* pp. 442 - 457

solamente se cuenta con un órgano disponible para todas ellas²². Igual situación puede imaginarse (y presentarse) respecto del derecho a la salud, si en determinada circunstancia solamente se cuenta con recursos para atender a una de varias personas heridas o enfermas.

En estos supuestos, los derechos a la vida o la salud de cada una de las personas involucradas exigirían su atención (lo cual, a su vez, dadas las condiciones, implicaría negar atención a las demás).

Así, y sin perjuicio de la prolija delimitación interpretativa que hubiera podido efectuarse, el derecho de cada una de ellas resultaría incompatible (entraría en conflicto) con los derechos de las demás.

Hasta aquí, las teorías no conflictivistas evidenciarían una limitación teórica para explicar o resolver este tipo de situaciones. Sin embargo, podríamos intentar salvar su planteamiento argumentando que en los casos trágicos los derechos constitucionales no se encuentran realmente en conflicto entre sí, como podría pensarse, sino que entran en conflicto con la realidad. No es la naturaleza de los derechos lo que está en conflicto, diríamos, sino el *deber ser* constitucional en su relación con la realidad.

Tal defensa, no obstante, resultaría insatisfactoria, pues únicamente expresa el hecho de que los conflictos entre derechos fundamentales no se encuentran (*rectius*: no suelen encontrarse²³) en abstracto, sino más bien en determinadas circunstancias concretas²⁴.

²² Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El problema de la prueba ilícita. Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal". En: *Thémis*, revista de derecho. Número 43. Lima: 2001, p. 151.

²³ En efecto, el profesor Prieto Sanchís ha precisado que los conflictos entre derechos pueden incluso corresponder al tipo parcial/total o al tipo total/total, es decir, que también pueden presentarse "en abstracto". Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Número 5, 2001, p. 214 y 215.

²⁴ Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. ARA Editores. Lima: 2001 pp. 141 – 142.

Por lo demás, esto equivale a afirmar que las antinomias entre distintas normas de derecho fundamental son antinomias del tipo parcial/parcial, como ha señalado el profesor Guastini²⁵, lo cual, a su vez, implica aceptar que existe la posibilidad de que se presenten antinomias entre normas de derecho fundamental (aunque tales antinomias no se deriven necesariamente del texto constitucional sino de las situaciones en las que es aplicado).

Pero precisamente la posibilidad de que se presenten antinomias entre normas de derecho fundamental es aquello que queríamos demostrar.

Al respecto, permítasenos solamente aclarar que el hecho de que la antinomia pueda (y deba) ser resuelta, no debe significar, por razones metodológicas, la negación de la antinomia.

El intérprete que parte de la premisa de la existencia de una antinomia, se verá obligado, por ese mismo motivo, a sustentar las razones por las cuales una de las dos normas en conflicto no resulta aplicable²⁶, mientras que el intérprete que parte de la premisa de que no existe una antinomia, no está obligado a sustentar las razones por las cuales ha obviado otra u otras normas que, al menos *prima facie*, podrían resultar aplicables²⁷ (precisamente este hecho podría ser la causa del *déficit de fundamentación* que se ha achacado a las teorías internas²⁸).

²⁵ Es decir, antinomias que se producen cuando el ámbito de aplicación de dos normas diferentes es parcialmente coincidente y parcialmente diferente, de modo que el conflicto se presenta únicamente como contingente. Cfr. GUASTINI, Riccardo. "Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales." En: Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Lima, año 2, número 08, 2007, pp. 632 y 633, 635 y 636. Cfr. GUASTINI, Riccardo. «Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario.» En: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Juan de Alicante Año 2004. Número 27. Espagrac., p. 280.

Para volver el caso citado, podríamos afirmar que, en general y en abstracto, el derecho a la vida de cualquier persona no se opone al derecho a la vida de cualquier otra persona; sin perjuicio de lo cual es posible que ambos derechos se opongan en alguna situación concreta. Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El problema de la prueba ilícita...", p. 157.

²⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 475.

²⁷ Ídem, pp. 472 y 475.

²⁸ Ídem, pp. 471 y 472.

Por supuesto, este énfasis metodológico en la existencia de conflictos será más relevante en casos de mayor dificultad; entre ellos, los casos relativos a la aplicación de normas de derecho fundamental, que, como veremos a continuación, presentan antinomias que han sido calificadas como “irresolubles”²⁹.

I.2. Demostración de la posibilidad jurídica de resolver los conflictos entre normas de derecho fundamental en el ordenamiento peruano

Sin duda la peculiaridad más evidente de las normas constitucionales es su supremacía jerárquica. Pero las normas constitucionales de derecho fundamental tienen dos peculiaridades adicionales: i) su gran generalidad y abstracción³⁰ y ii) que todas ellas están igualmente vigentes en el momento en que se presenta al intérprete un problema con relevancia constitucional³¹.

De tales constataciones se deriva el siguiente problema: Ante dos normas de derecho fundamental que resultarían, al menos *prima facie*, aplicables a una situación constitucionalmente relevante, el intérprete no tendrá posibilidad de aplicar los criterios tradicionales de solución de antinomias jurídicas (ni el criterio jerárquico, ni el criterio de especialidad, ni el criterio cronológico), pues resultaría imposible aplicar tales criterios a normas generales y abstractas de igual rango y simultáneamente vigentes³².

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoría General...* p. 189.

³⁰ Para un análisis detallado de estas características, vid. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* pp. 97 y ss., en las que el autor se refiere a la indeterminación (en diversos sentidos) de las disposiciones de derecho fundamental.

³¹ No resulta oportuno desarrollar aquí la posibilidad o imposibilidad de que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sean reducidas o suprimidas. Baste para nosotros la constatación del hecho de que muchas normas de derecho fundamental diferentes pueden estar vigentes a un mismo tiempo.

³² Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 160. Ítem: INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “La exigencia de adecuación en materia cautelar”. En PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Thémis. Lima: 2015, p. 101.

Así, en los casos en que se presentara una antinomia entre tales normas, no quedaría más remedio que optar por alguna de las opciones señaladas por el profesor Guastini, «“eliminar” una de las normas en conflicto (o, quizá, ambas)»³³.

Somos conscientes de la dificultad de aceptar esta opción teórica (de hecho, esto ha justificado las teorías internas, ya que eliminar una norma de derecho fundamental ha sido considerado en alguna ocasión como una trasgresión del principio de normatividad de la Constitución³⁴); sin embargo, en el apartado anterior hemos demostrado que -al menos en algunos casos- no existirá otra alternativa.

Ahora bien, sería muy difícil sostener que las dos normas de derecho fundamental deben ser eliminadas, ya que esta solución equivaldría a dañar, vulnerar o cuando menos restringir los dos derechos fundamentales en conflicto. Si fuera posible dañar solamente uno, pero satisfacer el otro, deberíamos seguir esta alternativa, ya que la eliminación de una de las normas de derecho fundamental solamente se justificaría por su oposición con otra (y eliminada alguna, desaparecerá tal oposición).

Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones conceptuales. La primera, que debemos partir de la conocida distinción entre disposiciones y normas³⁵.

La segunda, vinculada con la anterior, que cada disposición de derecho fundamental puede contener un haz de normas de derecho fundamental³⁶.

³³ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...* p. 72.

³⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho”. En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Gaceta Constitucional, guía 6. Gaceta Jurídica. Lima, p. 61

³⁵ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Proyecto para la voz...* p. 248.

³⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* p. 214.

La tercera, lingüística, es que la expresión “derecho fundamental” es polisémica, y se usa tanto para designar un conjunto de normas de derecho fundamental (por ejemplo, “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”) como para designar cada una de las normas de derecho fundamental que conforman ese conjunto (por ejemplo, “derecho fundamental de acceso a la jurisdicción”, “derecho fundamental a la obtención de un pronunciamiento del órgano jurisdiccional”).

Por último, el haz de normas de derecho fundamental (en sentido reducido) que conforman el derecho fundamental (en sentido amplio) son generales y abstractas, y solamente se convertirán en normas individuales³⁷ cuando tengan que ser aplicadas a cada caso concreto (momento en el que podrían entrar en conflicto con otra norma, también individualizada).

Continuemos con un ejemplo relacionado a los derechos objeto de nuestra investigación. Por un lado, el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, establece lo siguiente:

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

[...]

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

A pesar de lo confuso del lenguaje, podemos afirmar que la norma que se deriva de la disposición citada es la siguiente: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional”.

A este punto, no habremos avanzado demasiado. ¿Qué significa que una persona tenga derecho a la tutela jurisdiccional? Sobre este tema profundizaremos más adelante. Por el momento y, para efectos del ejemplo, baste el señalar que ese derecho comprenderá (entre otros): i. El derecho de acceder a la jurisdicción, ii. el derecho a obtener un

³⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 129.

pronunciamiento (favorable o desfavorable), iii. el derecho a que ese pronunciamiento sea cumplido. Como se ve, se trata de un haz de derechos que pueden diferenciarse a pesar de derivar de una misma disposición de derecho fundamental.

Asimismo, puede apreciarse que, así enunciados, los derechos que conforman el derecho a la tutela jurisdiccional siguen siendo generales y abstractos.

Sin embargo, podemos pensar en una situación concreta, por ejemplo, el hecho de que una persona A, en un caso específico, haya obtenido un pronunciamiento jurisdiccional favorable en contra de B. En este escenario, al menos *prima facie* y sin más detalle sobre las circunstancias, puede afirmarse que la norma individual (concreción de la norma general de derecho fundamental iii.) sería aquella según la cual “B debe cumplir con lo ordenado en el pronunciamiento”.

Y, sin embargo, el pronunciamiento podría ser de primera instancia, con lo cual B tendría derecho a su revisión en una segunda instancia, derecho derivado del numeral 6 del artículo 139 de la Constitución³⁸. Si B ejerciera este derecho, la individualización de la segunda norma constitucional (derivada de la disposición del numeral 6 del artículo 139 de la Constitución) sería (al menos *prima facie* y sin más detalle sobre las circunstancias³⁹): “B no debe [no está obligado] a cumplir con lo ordenado en el pronunciamiento mientras este no sea revisado”.

³⁸ **Artículo 139.-** *Son principios y derechos de la función jurisdiccional*

[...]

6. La pluralidad de instancia.

³⁹ Es cierto que el derecho a la pluralidad de instancia podría interpretarse en el sentido de que concede el derecho a la revisión del pronunciamiento de primera instancia, pero sin suspender su ejecución. Más adelante demostraremos que los derechos constitucionales deben ser interpretados en la forma más amplia posible y de manera favorable a su titular, por lo que tal interpretación debería ser descartada.

Como se puede apreciar, los mandatos derivados de dos normas de derecho fundamental resultan lógicamente contradictorios: O bien B está obligado a cumplir el pronunciamiento, o bien no lo está.

Este ejemplo nos permite ahora comprender que al elegir una de las dos normas en conflicto no necesariamente negaremos la validez de todo el derecho fundamental -considerado en sentido amplio- sino que inaplicaremos únicamente una parte del contenido de ese derecho fundamental, es decir, una de las normas que conforman el derecho fundamental. Más aún: La inaplicación de la norma tendrá lugar únicamente respecto a una única situación concreta, lo cual, por supuesto, no significaría la eliminación del derecho en otras situaciones).

Lo anterior es importante porque las normas de derecho fundamental (en sentido estricto) que conforman un derecho fundamental (en sentido amplio) están destinadas a cumplir una misma función (de hecho, precisamente por eso pueden ser agrupadas como conformantes de un solo derecho fundamental complejo).

Por ejemplo, podríamos decir que el conjunto de derechos (en sentido reducido) que conforman el derecho complejo a la tutela jurisdiccional efectiva tienen por finalidad que toda persona tenga la posibilidad de exigir a través de un proceso que la realidad se adecue a sus derechos.

Igualmente, podría decirse que el conjunto de derechos (en sentido reducido) que conforman el derecho complejo a la defensa, tienen por finalidad que a ninguna persona se le imponga ninguna carga ni ninguna obligación a menos que esa carga u obligación sean determinadas como conformes a derecho en el marco de un proceso.

A su vez, la idea de que los derechos fundamentales cumplen funciones o finalidades relevantes para las personas (aunque así expresada parezca una obviedad) tiene una importancia decisiva para resolver el asunto materia del presente acápite.

En efecto, si toda norma fundamental cumple una finalidad relacionada a la persona humana, una alternativa (y, creemos, la única) para resolver la antinomia sería preguntar:

1. ¿En qué medida la eliminación de cada una de las normas en conflicto impediría que el correspondiente derecho fundamental (en sentido amplio) cumpla su finalidad⁴⁰?
2. ¿En qué medida la eliminación de cada una de las normas de derecho fundamental impediría la realización de otros derechos fundamentales⁴¹?
3. ¿En qué medida la eliminación de cada una de las normas de derecho fundamental impediría que se realicen los principios de dignidad de la persona humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno⁴²?

Una objeción que podría plantearse a la respuesta que, como solución de la antinomia, se dé a las preguntas enumeradas, es que tal solución deriva de ninguna norma jurídica. Sin embargo, al menos en el caso peruano, la objeción sería incorrecta.

En efecto, el artículo 1 de nuestra Constitución establece al respecto:

Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado [subrayado y énfasis agregados].

⁴⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 766 y 767.

⁴¹ Ídem, p. 767 y 768

⁴² Ídem, p. 762.

Por otro lado, el artículo 3 de nuestra Constitución, señala cuál es el fundamento de los derechos constitucionales:

Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno [subrayados agregados]

Finalmente, a título meramente ejemplificativo, citamos, en el mismo sentido, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales [...] [subrayado y énfasis agregados]

Como se puede apreciar, en el ordenamiento peruano existen diversas disposiciones que expresamente señalan cuál es el fundamento de los derechos constitucionales (la dignidad humana, pero también los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno) y cuál es su finalidad última: La protección de la persona humana y de su dignidad.

En tal sentido, debemos entender que todos los derechos fundamentales, en conjunto, coadyuvan al cumplimiento de esas finalidades últimas; y que cada uno de esos derechos fundamentales cumple una función que el constituyente ha considerado necesaria para cumplir esas finalidades últimas.

Estando a lo anterior, podríamos afirmar que los criterios que el intérprete debería aplicar frente a una antinomia entre derechos constitucionales, podrían resumirse en los siguientes:

1. Determinar la medida en que la norma de derecho fundamental individualizada es relevante para cumplir con la finalidad del correspondiente derecho fundamental (en sentido amplio), en la concreta situación que se presenta al intérprete.
2. Determinar la medida en que cada una de las normas de derecho fundamental en conflicto es relevante, en la concreta situación que se presenta al intérprete, para que se realicen otros derechos o principios constitucionales (lo cual, desde luego, alude también a la medida en que tales derechos o principios dejarán de cumplir su propia finalidad).

Podría afirmarse acaso que todos estos criterios no son sino la superposición de criterios de *ratio legis* y sistemáticos⁴³, utilizados ya no para interpretar una disposición sino (de manera posterior) para solucionar una antinomia normativa; no obstante, independiente del nombre que se considere más apropiado (criterios *ratio legis* y sistemático, principio de proporcionalidad⁴⁴), lo cierto es que tales constituirían, desde nuestro punto de vista, la única forma en que el intérprete podría solucionar la antinomia entre dos derechos fundamentales.

Ahora bien, es posible que las medidas indicadas en los puntos 1, 2 y 3 no sean absolutamente seguras. Puede más bien, que la afectación de alguno de los derechos en juego sea solamente probable o acaso incluso improbable. De ahí que resulte necesario agregar un solo criterio adicional:

3. El grado de seguridad sobre los puntos 1 y 2, según sea el caso.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista...* pp. 46 y 47.

⁴⁴ Más adelante volveremos sobre las razones que justifican la referencia, en la presente investigación, a la “técnica de la ponderación”.

En efecto, si no existe certeza de la medida en que las normas individualizadas de derecho fundamental servirán para que los derechos fundamentales (en sentido amplio) cumplan su finalidad o dejen de cumplirla, entonces esto debería estar expresado en el razonamiento del intérprete. En efecto, no pueden tener igual relevancia la afectación *poco probable* de un derecho y la afectación *muy probable* o *segura* de otro derecho. El derecho probable o seguro deberá ser preferido frente al improbable o inseguro.

Pues bien, como veremos más adelante precisamente el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige la aplicación *ordenada* de todos los criterios señalados (pero no solamente eso). Por el momento, baste el haber demostrado que, al menos en el ordenamiento jurídico peruano, existen criterios jurídicos (derivados de la propia norma constitucional) para la resolución de las antinomias “irresolubles” que se presentan entre derechos fundamentales.

I.3. La posibilidad de resolución del conflicto según las normas del ordenamiento peruano

Hasta aquí hemos demostrado solamente que la existencia de conflictos entre derechos fundamentales es posible y, adicionalmente, que conforme al ordenamiento peruano tales conflictos pueden solucionarse. Sin embargo, por el momento no nos hemos referido a las normas del ordenamiento peruano sobre interpretación de derechos fundamentales.

Pues bien, en el presente acápite nos referiremos a tales normas y, en específico, en aquellas que resulten aplicables a los derechos constitucionales procesales. Como veremos, tales reglas son generales y podrían aplicarse a otros derechos constitucionales; sin embargo, nuestra finalidad es solamente determinar cuáles son las reglas aplicables a los derechos fundamentales de tutela jurisdiccional efectiva, propiedad y

defensa, de modo que no nos ocuparemos de las particulares reglas que podrían existir respecto de la interpretación de otros derechos constitucionales.

Por supuesto, la primera fuente en que debemos buscar las normas sobre interpretación de derechos fundamentales es la Constitución, que contiene la siguiente disposición:

Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como se puede apreciar, el mandato contenido en esta disposición es ambiguo, ya que admite -al menos *prima facie*- los siguientes sentidos: i) Que los derechos constitucionales no deben ser interpretados en forma tal que contradigan lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú ii) Que los derechos constitucionales deben interpretarse *en armonía y consonancia*⁴⁵ o *en concordancia* con los derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, de modo que las disposiciones de tales tratados sirvan para detallar o especificar el contenido de los derechos constitucionales⁴⁶ iii) Que los derechos constitucionales deben interpretarse *en armonía y consonancia* o *en concordancia* con todas las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, independientemente de que estas reconozcan derechos o establezcan otro tipo de prescripciones iv) Que los derechos constitucionales deben interpretarse *de la misma manera*⁴⁷ que los derechos reconocidos en tratados internacionales sobre

⁴⁵ VÁSQUEZ, Piero. "La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno". *Themis*, revista de derecho. Número 63. Lima: 2013, p. 104

⁴⁶ SARAIVA MORALES, Francisco. "Comentarios sobre la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución". En: *La Constitución Comentada*. Tomo II, p. 1165.

⁴⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Vigésimo primera edición, revisada, actualizada y ampliada. Buenos Aires. Voces "conforme", "conformidad". Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo Tercera Edición. Voz "conforme a".

derechos humanos ratificados por el Perú v) Que más de una de las opciones anteriores es correcta.

De no aceptarse la interpretación indicada en el punto iv) precedente (que podría aparecer, además, como la más problemática) podría sostenerse lo siguiente: i) Que, efectivamente, la Constitución ordena interpretar los derechos constitucionales de conformidad con la Convención ii) Que la Convención no brinda ningún criterio para la interpretación de los derechos constitucionales, sino que solamente brinda un criterio para la interpretación de los derechos convencionales iii) Que, por lo tanto, los derechos constitucionales se deben interpretar según i), ii) y iii), pero no según iv).

Sin embargo, creemos que esta posición debe ser superada. Primero, porque al no existir una (tercera) norma que nos permita distinguir entre los significados válidos y los significados inválidos que pueden atribuirse a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no contamos con la posibilidad de descartar ninguna de las interpretaciones literales del texto.

Segundo, porque la interpretación de que ambos derechos deben interpretarse *de la misma manera* es conforme a su naturaleza. En efecto, los derechos constitucionales y los derechos humanos tienen igual fundamento (la dignidad humana) e igual fin (la protección de la persona humana), como hemos señalado en el acápite precedente.

De lo anterior se deriva lo siguiente: i) Que la interpretación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución conforme a la cual los derechos constitucionales deben interpretarse *de la misma manera* que los derechos reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú no es contraria a la naturaleza de los derechos constitucionales; y ii) Que aun cuando se descartase tal

interpretación literal, las normas contenidas en la Convención relativas a la interpretación de los derechos humanos podrían aplicarse *por analogía*⁴⁸ a la interpretación de los derechos constitucionales.

En consecuencia, debe admitirse como posible una interpretación de los derechos constitucionales que sea conforme a las reglas de interpretación de derechos humanos contenidas en la Convención. Adicionalmente, siendo esta una interpretación posible de la Constitución, debe reputarse como válida y obligatoria a menos que exista otra norma constitucional que la contradiga.

Superada esta primera dificultad, podemos pasar ya al artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza [subrayado agregado].

De todas las normas de interpretación que contiene el artículo 29 de la Convención, la que más interesa a nuestros fines es el literal a), conforme

⁴⁸ Sin perjuicio de que la analogía es un método de interpretación tradicional, es también un método de interpretación que la Constitución admite como válido, salvo en el caso de las normas penales y las normas que restringen derechos (Art. 139. 9.)

al cual i) ninguna disposición de la propia Convención puede interpretarse en el sentido de que permita la supresión del goce y ejercicio de alguno de los derechos o libertades en ella reconocidos y ii) ninguna disposición de la propia Convención puede interpretarse en el sentido de que permita la limitación del goce y ejercicio de alguno de los derechos o libertades reconocidos, en mayor medida que la prevista en ella.

Como puede apreciarse, la norma nos indica que debemos atender a otras disposiciones de la Convención, las cuales señalarían los límites de los derechos y libertades reconocidos por la propia Convención. En efecto, el artículo 32 de la Convención establece lo siguiente:

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

[...]

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Las normas citadas indican lo siguiente:

- a) Los derechos están limitados por los derechos de los demás, la seguridad de todos y el bien común (límite establecido por la propia Convención).
- b) Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir una limitación de los derechos y libertades mayor a la prevista en ella. (Luego, se prohíben las limitaciones de derechos que sean mayores a las previstas en la Convención).

De lo anterior se puede deducir que:

- c) Ante ausencia de límites especiales indicados por la propia Convención (por ejemplo, los límites que se establezcan por ley a la libertad de

asociación) un derecho humano puede estar *únicamente* limitado por los derechos de los demás, la seguridad de todos y el bien común.

- d) Luego, corresponde determinar la forma en que los derechos humanos se limitan entre sí.

Ahora bien, si el único límite de un derecho humano es otro derecho humano, la interpretación individual del alcance de cada uno de los derechos debe ser lo más extensiva que sea posible.

En efecto, si la interpretación no fuera lo más extensiva que sea posible, ciertas normas que podrían derivarse de una misma disposición estarían siendo ignoradas por el intérprete, esto es, el intérprete podría estar limitando los derechos humanos sin que tales límites provengan de otro derecho humano (o la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática).

De ahí que, al interpretar el contenido de cada uno de los derechos y para respetar la norma convencional, el intérprete “*debe reconocer[les] un ámbito de validez que sea lo más extenso posible*”⁴⁹, es decir, debe extender en la mayor medida posible el contenido y alcance del correspondiente derecho (claro está, dentro de los límites semánticos de la disposición interpretada⁵⁰), de manera que “*el equilibrio de **la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional**, siempre que ello no implique una alteración del sistema [resaltado agregado]*”⁵¹.

Ahora bien, el profesor Guastini ha señalado que “*una antinomia puede (en muchos casos) se evitada, prevenida, por medio de la interpretación; en*

⁴⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 635

⁵⁰ Ídem, p. 632.

⁵¹ Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, § 30. Debe señalarse que esta interpretación se deriva, según la Corte, del objeto y fin del Tratado.

segundo lugar [...] una antinomia puede ser creada por la interpretación; en tercer lugar [...] una antinomia puede solo presentarse luego de una interpretación ya realizada”⁵².

Los pasajes citados dan cuenta del hecho de que, según la interpretación que se haga de una norma, este podría entrar en conflicto con otra o no hacerlo. Por supuesto, una interpretación restrictiva de la norma, dará lugar a una menor posibilidad de que la antinomia se presente⁵³. Por el contrario, una interpretación extensiva dará lugar a una mayor probabilidad de que se presenten antinomias. A pesar de lo anterior, debemos aceptar que tal es la interpretación ordenada por la Convención (la cual resulta aplicable, según hemos explicado ya, también a la interpretación de los derechos constitucionales).

Pero, ¿señala la Convención (o algún otro instrumento internacional) qué norma debemos preferir en caso de conflicto?

Si preguntáramos por una respuesta expresa, la respuesta tendría que ser negativa. Sin embargo, podemos obtener una respuesta si realizamos una interpretación concordante o sistemática de i) El objeto y fin del tratado y ii) De los artículos 29 y 32 de la Convención.

En primer lugar, como ya hemos adelante, el objeto y fin de la Convención es la protección de la persona humana, y el desarrollo de un ideal de ser humano libre:

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y [...]

⁵² GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...* p. 72

⁵³ Cfr. Ídem, 72 y 73.

Como se puede apreciar, los derechos humanos reconocidos por el tratado tienen la finalidad de que el ideal de ser humano libre sea alcanzado.

Por otro lado, la norma del artículo 32 nos obliga a realizar una interpretación de los derechos lo más extensiva que sea posible, y el artículo 29 permite limitaciones de los derechos solamente en la medida que tales limitaciones provengan de otros derechos (o de la seguridad de todos y el bien común).

Pues bien, si admitimos que la existencia de un conflicto entre derechos no puede significar la derogación de los fines de la convención, deberemos admitir que la solución del conflicto deberá ser aquella que proteja los ideales de la convención en la mayor medida posible o, lo que es lo mismo, que los afecte en la menor medida posible.

Pero, ¿cómo determinar la medida en que la inaplicación de un derecho afecta el fin de la convención?

Partiendo de las precisiones conceptuales explicadas en el acápite anterior, la única alternativa posible será, nuevamente:

1. Determinar la medida en que la norma de derecho humano (o fundamental) individualizada es relevante para cumplir con la finalidad del correspondiente derecho humano o fundamental (en sentido amplio), en la concreta situación que se presenta al intérprete.
2. Determinar la medida en que cada una de las normas de derecho humano (o fundamental) en conflicto es relevante, en la concreta situación que se presenta al intérprete, para que se realicen otros derechos o principios convencionales o constitucionales (lo cual, desde luego, alude también a la medida en que tales derechos o principios dejarán de cumplir su propia finalidad).

Pues bien, como veremos en el siguiente acápite, precisamente en esto consiste el paso más importante de la ponderación: La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

I.4. Descripción detallada de la técnica de la ponderación. La ponderación es una técnica cuya utilización en el ordenamiento peruano está justificada

Una investigación detallada de la forma en que debe aplicarse la técnica de la ponderación se encuentra en el ya citado libro del profesor Bernal Pulido *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Una aproximación más esquemática, por otro lado, se encuentra en el Epílogo de la teoría de los derechos fundamentales, del profesor Alexy. A continuación presentaremos la estructura de la técnica de la ponderación, de acuerdo con los autores citados. Cabe precisar que, para el desarrollo de la estructura de la ponderación ambos parten del análisis de una “medida” restrictiva de un derecho fundamental. De ahí que se exija que esa medida tenga una finalidad legítima, sea idónea, para alcanzar esa finalidad, etc. Aclarado este punto, pasemos al resumen de los presupuestos y pasos que, según ambos autores, debería tener una ponderación correcta:

1. Primer presupuesto: Adscripción *prima facie* de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental⁵⁴.

Explicación: Como se ha señalado ya en los acápites precedentes, es necesario distinguir entre norma y disposición derecho fundamental. Al interpretar la disposición de derecho fundamental, se adscriben a ella, *prima facie*, la mayor cantidad de significados posible⁵⁵, dentro de los límites semánticos de la disposición⁵⁶. Para la adscripción de tales

⁵⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* pp. 615 y ss.

⁵⁵ Ídem, p. 631 y 632.

⁵⁶ Ídem, p. 645.

significados se utilizan los métodos tradicionales de interpretación jurídica y las demás fuentes de los derechos fundamentales⁵⁷.

2. Segundo presupuesto: Determinación de la existencia de una medida que, *prima facie*, afecta el derecho fundamental⁵⁸.

Explicación: En vista de que, como queda dicho, el profesor Bernal Pulido analiza la técnica de la ponderación desde el punto de vista de la medida que afecta un derecho fundamental, es necesario que tal medida exista.

En nuestra investigación, la medida será la medida anticipada, que afectan, *prima facie*, el derecho de defensa del demandado (y, como veremos más adelante, su derecho constitucional de propiedad).

3. Primer paso: Examen de la legitimidad del fin que fundamenta la medida⁵⁹: Se evalúa si la finalidad de la medida es constitucionalmente legítima. De lo contrario, la medida no supera el test de ponderación. Desde luego, el examen de la legitimidad del fin que fundamenta la medida resulta un tanto innecesario cuando las normas en conflicto son dos derechos fundamentales⁶⁰. Lo mismo sucede con el segundo y tercer paso, que exponemos a continuación.
4. Segundo paso: Examen de idoneidad de la medida⁶¹: Se evalúa si la medida es adecuada para alcanzar el fin legítimo señalado en 1. De lo contrario, la medida no supera el test de ponderación.

⁵⁷ Ídem, p. 624.

⁵⁸ Ídem, p. 657.

⁵⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 688 y ss.

⁶⁰ Por ejemplo, en el *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* Alexy no considera este examen dentro de los pasos que se debe seguir para ponderar. Sin embargo, cuando, por el contrario, se evalúa la constitucionalidad de una norma, es necesario determinar previamente cuál es el principio constitucional que tal norma busca proteger (BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio...* p. 688 y ss.)

⁶¹ Ídem, pp. 717 y ss.

5. Tercer paso: Examen de necesidad de la medida: Se evalúa si la medida es la única posibilidad que existe para alcanzar el fin señalado en el segundo paso⁶². Si existen medidas menos gravosas, deberá preferirse estas últimas. De lo contrario, la medida no supera el test de ponderación.
6. Cuarto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto. El examen de proporcionalidad en sentido estricto se divide a su vez en cuatro sub-pasos. Veamos:
- 6.1. Aplicación de la ley material de ponderación: Se determina la importancia de la satisfacción⁶³ de cada uno de los derechos en conflicto. Para cumplir este objetivo, se determina:
- a) La importancia del derecho o principio constitucional dentro del sistema de la Constitución⁶⁴.
 - b) La importancia de la satisfacción de los derechos en conflicto dependerá de *“la fundamentalidad o el significado, en cuanto a la realización de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social, que tenga la posición [fundamental] prima facie”*⁶⁵.
 - c) Así también, *“cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea satisfecha por la [medida], mayor será la importancia de dicha [medida]”*⁶⁶.
 - d) Igualmente, *“[c]uanto más importante se una determinada posición prima facie para que el derecho fundamental*

⁶² Ídem, pp. 734 y ss.

⁶³ ALEXY, Robert. Epílogo... pp. 31 y ss.

⁶⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio...* p. 760.

⁶⁵ Ídem, p. 762.

⁶⁶ Cfr. Ídem, p. 765 y 766.

*pueda desempeñar su función [...] mayor será la fundamentalidad de dicha posición*⁶⁷.

e) Finalmente, *“cuantos mayores efectos tenga la posición iusfundamental afectada sobre otras posiciones iusfundamentales, mayor será su fundamentalidad y, por tanto, mayor el peso que deberá otorgársele en la ponderación al derecho fundamental al que se adscribe*⁶⁸.

Aquí debemos hacer notar la similitud de estos criterios con los criterios que se derivan de las normas constitucionales y convencionales, analizados en el acápite anterior.

6.2. Aplicación de la ley epistémica de ponderación: Se determina la mayor o menor seguridad⁶⁹ de que se alcance la satisfacción del fin legítimo (SPiC), así como la mayor o menor seguridad de que se afecte el derecho o principio contrario (SPjC).

6.3. Aplicación de la fórmula del peso: Se relacionan los valores obtenidos anteriormente por medio de la siguiente fórmula⁷⁰:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot SPiC}{WPjC \cdot SPjC}$$

Si el resultado es mayor a 1, la medida es constitucionalmente legítima. Si el valor es menor a 1, la medida es ilegítima⁷¹. Si

⁶⁷ Ídem, pp. 766 y 767

⁶⁸ Ídem, pp. 767 y 768.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Epílogo...* pp. 49 y ss.

⁷⁰ La fórmula presentada es resumida y solamente aplica cuando los derechos que se contraponen son solamente 2 y tienen el mismo peso abstracto (Ídem, p. 56 y p. 38). La fórmula completa incluye, además de las variables mencionadas, pesos abstractos (Ídem. p. 56)

⁷¹ ALEXY, Robert. *Epílogo...* p. 43.

el valor es 1, deben aplicarse las cargas de la argumentación⁷².

- 6.4. Cargas de la argumentación: Si el resultado de la fórmula fuera el empate de los principios en juego, se preferirá los derechos de libertad e igualdad. Si ninguno de estos derechos estuviera en juego, se favorecerá la medida legislativa⁷³.

Respecto del método hasta aquí descrito, son necesaria algunas precisiones.

La primera deriva del hecho que ni el Tribunal Constitucional y ni la Corte Interamericana han aplicado los pasos 6.2 a 6.4, sino solamente los pasos 1 a 6.1. De esta constatación se derivaría la consecuencia de que la utilización de la técnica de la ponderación en la presente investigación estaría justificada en tanto se apliquen únicamente los pasos 1 a 6.1.

No obstante lo anterior, en la presente investigación aplicaremos también los pasos 6.2 y 6.3., por lo que a continuación justificaremos su utilización.

En primer lugar, el hecho de que el criterio señalado en el punto 6.2 no haya sido utilizado por el Tribunal Constitucional ni la Corte Interamericana radica, a nuestro entender, en el hecho de que, en general, los derechos en conflicto se satisfacen o se afectan de una manera segura, por lo que resulta innecesario utilizar un criterio que establezca diferencias en cuanto al grado de seguridad de su satisfacción o de su afectación. No obstante lo anterior, Alexy ha señalado ciertos casos en los que el Tribunal Constitucional Alemán ha evaluado la seguridad de las premisas de satisfacción o afectación de derechos. Uno de los ejemplos mencionados por Alexy es bastante claro⁷⁴:

⁷² Óp. Cit. pp. 790 – 791.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Epílogo...* pp. 49 y 50.

Sobre este aspecto, la Sentencia sobre el cannabis es un buen ejemplo. La pregunta de si el Legislador puede prohibir los productos derivados del cannabis depende, en lo esencial, de si la intervención en la libertad iusfundamentalmente protegida que subyace a esta prohibición es idónea y necesaria para disminuir los peligros que están asociados con esa droga. Si la prohibición penal no fuera idónea o necesaria para este fin estaría prohibida definitivamente por los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional Federal sólo puede admitir esta intervención en los derechos fundamentales si establece la veracidad de las estimaciones empíricas, de las cuales depende la idoneidad y la necesidad. El Tribunal, sin embargo, procede de una manera diversa. No establece la veracidad de las premisas empíricas del legislador, sino su falta de certeza: «No se dispone de conocimientos científicamente fundados que hablen necesariamente a favor de la corrección de una o de otra alternativa» (84). Con todo, el Tribunal admite la intervención en el derecho fundamental.

Esta situación puede repetirse en muchos otros casos, en los que no es seguro que la medida es idónea y necesaria, pero tampoco puede demostrarse claramente que se inidónea o innecesaria.

Como veremos más adelante, también en el caso de conflicto entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho del demandado a la defensa es necesario evaluar la seguridad de las premisas que sustentan su satisfacción o afectación, por lo que la utilización del paso 4.2. se encuentra justificada.

Respecto al punto 4.3, el propio Alexy señala que su utilización es ilustrativa⁷⁵. Efectivamente, en nuestra opinión, la asignación de valores numéricos facilita las explicaciones y sirve para ilustrar la relación entre principios, especialmente cuando (como en la presente investigación) no se trata de establecer la relación entre los principios en un único caso concreto, sino de establecer su relación en los supuestos que podrían presentarse en diferentes casos concretos. En ningún modo esto quiere decir que necesariamente deban usarse valores numéricos para realizar un juicio de ponderación. Por el contrario, sería perfectamente posible ponderar sin necesidad de asignar valores numéricos a los derechos en

⁷⁵ Ídem, pp. 41 y 42.

juego. No obstante, repetimos, la aplicación de una fórmula y de valores numéricos es de particular ayuda cuando se trata de analizar los diferentes supuestos que podrían presentarse en una multiplicidad de casos concretos.

Finalmente, la utilización del punto 4.4 no ha sido estudiada en profundidad⁷⁶. Sin embargo, es necesario que los empates se resuelvan a favor de alguno de los principios en juego y en contra del otro. Más adelante profundizaremos sobre cuáles son, desde nuestro punto de vista, las circunstancias que deben tomarse en cuenta para la solución de un empate entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho del demandado a la defensa.

Hechas estas precisiones, puede apreciarse que, en general, la ponderación únicamente hace explícito y sirve para ordenar el razonamiento del intérprete que se enfrenta a un conflicto entre derechos fundamentales. Ese orden del razonamiento es muy similar al que veníamos exponiendo en los acápites anteriores de la presente investigación como la alternativa posible para la resolución de antinomias irresolubles entre normas de derecho fundamental:

1. Determinación de la existencia de un conflicto (para lo cual las normas de derecho fundamental deben haber sido previamente interpretadas⁷⁷).
2. Determinación de la importancia de cada una de las normas en conflicto (pasos 6.1 y 6.2).
3. Comparación de la importancia de las diferentes normas en conflicto y solución (pasos 6.3 y 6.4).

⁷⁶ Solamente Alexy (*Epílogo...* p.43) y Bernal Pulido (*El principio de proporcionalidad...* p. 790 y ss.) señalan este principio como fase final de la ponderación. Ahora bien, es cierto que en la mayor parte de los casos la ponderación tiene un resultado favorable o bien a uno de los principios o bien al otro.

⁷⁷ Vid. supra p. 34.

Como ya hemos dicho, el segundo presupuesto y los pasos 1 a 3 resultan menos importantes cuando se trata de un conflicto entre dos derechos (por el contrario, resultan mucho más importantes cuando se trata de la evaluación de la constitucionalidad de una norma infralegal).

A este punto, la propia descripción de la técnica de la ponderación da cuenta de que se trata de un método detallado y ordenado para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, método que toma en consideración las variables relevantes para la resolución de tales conflictos (i. ¿Cuál es el contenido de los derechos? ii. cuál es la medida que beneficia a uno y perjudica al otro iii. ¿es esa la única manera de optimizar el derecho que resulta beneficiado? iv. ¿superan las ventajas a las desventajas, desde el punto de vista de una interpretación sistemática de la Constitución? etc.)

Por lo tanto, este método resulta satisfactorio para la determinación de la importancia de las normas individuales de derecho fundamental en cada caso concreto, por lo que es posible afirmar que la Constitución peruana lo permite y, adicionalmente, que en tanto no exista un método más satisfactorio o una norma en contrario, sería el método ordenado por la Constitución peruana.

Dicho esto, consideramos que la utilización de la técnica de la ponderación en el ordenamiento peruano, en general, y en la presente investigación, en particular, resulta positivamente justificada.

1.5. La jurisprudencia y la doctrina como fuentes concurrentes a la Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En el presente acápite (y sin ánimo de ser exhaustivos) citaremos algunos pronunciamientos en los que se ha aplicado el principio de proporcionalidad como criterio para la resolución de conflictos entre derechos

fundamentales, así como algunos autores que se han pronunciado a favor de la aplicación de este principio.

En primer lugar, debemos citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Caso Kimel vs. Argentina*⁷⁸, en el cual la Corte señaló:

58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

[...]

83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.

[...]

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra [subrayados agregados].

La claridad de la sentencia de la Corte nos releva de mayor comentario. La Corte ha utilizado el juicio de proporcionalidad en varios otros casos⁷⁹.

⁷⁸ *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 02 de mayo de 2008.

⁷⁹ Vid. v.g. *Caso González Lluy vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Pero el principio de proporcionalidad no ha sido utilizado solamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También ha sido utilizado en algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional⁸⁰:

25. Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” [subrayados agregados].

Finalmente, es conocida la defensa que el profesor Alexy ha realizado del principio del principio de proporcionalidad⁸¹. De igual relevancia han sido los aportes del profesor Bernal Pulido en su extenso estudio intitulado *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*⁸². Sin embargo, también en el plano nacional el principio de proporcionalidad ha sido utilizado por diversos autores⁸³, en algunos casos específicamente para la resolución de conflictos entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa de las partes de un proceso.

⁸⁰ Entre otras, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes No. 00009-2014-PI/TC, No. 00535-2009-PA/TC, No. 579-2008-PA/TC, No. 06089-2006-PA/TC, No. 045-2004-PI/TC.

⁸¹ Vid. v.g. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2003, pp. 93 – 137.

⁸² BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...*

⁸³ Vid. v.g. INDACOCHA PREVOST, Úrsula. “La exigencia de adecuación...” *passim*. PRIORI POSADA, Giovanni. *La oposición a las medidas cautelares*. En *Advocatus*, No. 24, agosto 2011, *passim*. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El problema de la prueba ilícita...” *passim*.

Es cierto algunos otros autores se han pronunciado directamente en contra del juicio de ponderación⁸⁴ o han preferido otros criterios (como el criterio de unidad de la Constitución, el criterio de concordancia práctica⁸⁵, el criterio “armonizador”⁸⁶); sin embargo, es necesario tener en cuenta que si bien todos los criterios parecen tener una única finalidad (la unidad de la Constitución, la armonía y la concordancia de las normas constitucionales), no hemos encontrado la exposición de un *método* (secuencia de pasos) más detallado para alcanzar tal unidad, armonía y concordancia que la ponderación.

En tal sentido, tomando en consideración lo expuesto en el presente acápite y en los precedentes, podemos afirmar que:

1. Existe la posibilidad de que se presenten conflictos entre derechos fundamentales.
2. Es jurídicamente posible resolver tales conflictos.
3. La única alternativa posible para resolver los conflictos es determinando la importancia constitucional de las normas individuales de derecho fundamental, en cada caso concreto.
4. Un método que permite la solución de conflictos tomando en cuenta todos los presupuestos y todas las consideraciones constitucionalmente relevantes es la técnica de la ponderación.
5. Tanto la jurisprudencia nacional como supranacional la técnica de la ponderación para resolver conflictos entre derechos fundamentales.

⁸⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La interpretación iusfundamental...”. p. 68 Y; sin embargo, el mismo autor parece aceptar la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de hábeas corpus, haciendo énfasis solamente en que en tal caso, el principio de proporcionalidad tiene la función y es útil para *delimitar* el contenido de un derecho, pero no para *limitarlo* (momento en el que, a nuestro juicio, la discusión se tornaría bizantina): “Principio de proporcionalidad y hábeas corpus”. En: HURTADO POZO, José (director) y Percy GARCÍA CAVERO (coordinador). *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. Lima.

⁸⁵ ALVITES, Elena y Eduardo D’Argent. “Aproximaciones a la interpretación constitucional: dos lecciones para no olvidar.” En: *Ius et veritas*. Número 20. Lima: 2000, pp. 116 – 118.

⁸⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La interpretación iusfundamental...”. p. 61 y ss.

6. Si bien la doctrina está dividida respecto de la aplicación de este principio (y tampoco se puede afirmar que la aplicación jurisprudencial haya sido uniforme⁸⁷), cualquier solución deberá responder a la posibilidad de determinar la importancia de las normas individuales de derecho fundamental en cada caso concreto, como lo permite la ponderación.



⁸⁷ Por ejemplo, en la sentencia EXP. No. 5854-2005-PA/TC el Tribunal Constitucional aplicó los criterios de concordancia práctica, unidad de la Constitución, fuerza normativa de la Constitución, etc.

CAPÍTULO II: PRESUPUESTO DE LA PONDERACIÓN: LA INTERPRETACIÓN INDEPENDIENTE DE CADA UNO DE LOS DERECHOS ANTE LA SITUACIÓN DE CONFLICTO. DETALLE DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO

Habiendo justificado la utilización de la técnica de la ponderación, corresponde ahora aplicarla para resolver la materia de nuestra investigación: Si las medidas de anticipación de tutela son al menos en ciertos casos, la solución prescrita por el ordenamiento jurídico peruano frente al problema del tiempo en el proceso civil de conocimiento en el que se hubieran planteado pretensiones susceptibles de apreciación económica.

Conforme a lo expuesto en el capítulo anterior, el primer presupuesto de la ponderación es la interpretación independiente de cada uno de los derechos fundamentales relevantes en la situación de conflicto.

En nuestro caso, la situación de conflicto es un proceso civil de conocimiento en el que se discuten pretensiones susceptibles de apreciación económica.

Hecho esto, podremos determinar los casos en que tales derechos se encuentran en conflicto en este tipo de procesos. En particular, podremos determinar si existe algún problema en relación el tema que nos ocupa, es decir, al transcurso del tiempo, lo cual nos permitirá también precisar a qué conflictos en particular pretende responder la presente investigación.

Solo una vez que hayamos identificado los casos en que ambos derechos entran en conflicto podremos aplicar los pasos que la ponderación exige para solucionarlo, tarea que realizaremos en el tercer capítulo.

Estando a lo anterior, en el presente capítulo interpretaremos: i) el contenido de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al plazo razonable del demandante, ii) el derecho de defensa y al plazo razonable del demandado y, finalmente, iii) el derecho constitucional de propiedad de ambas partes ya que, como veremos oportunamente, la definición constitucional de la propiedad exige tomarla en consideración para el caso que nos ocupa).

II.1. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional se encuentra reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Peruana⁸⁸.

Literalmente, tutela es sinónimo de “amparo”, “defensa” o “protección”, por lo que *tutela jurisdiccional* sería, literalmente, aquella protección obtenida a través de un órgano jurisdiccional, o dispensada por este.

Que las personas tengamos derecho a la tutela jurisdiccional significaría que podemos exigir la protección de nuestros derechos a un órgano jurisdiccional. Esta interpretación tiene el mismo sentido que el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, cuyo texto es el siguiente:

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** [resaltado agregado].

Esta disposición es particularmente relevante, pues: i) Indica que la tutela jurisdiccional debe ser efectiva (lo cual no estaba expresamente indicado

⁸⁸ **Art. 139.-** *Son principios y derechos de la función jurisdiccional*

[...]

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

en la norma constitucional) y ii) Confirma que la finalidad de la tutela jurisdiccional es el ejercicio o defensa de los derechos de las personas.

La indicación de que la tutela debe ser efectiva, posibilitaría una nueva interpretación literal, conforme a la cual toda persona tendrá derecho a que sus derechos sean protegidos de manera efectiva a través de un debido proceso. Hacia el final del presente acápite volveremos sobre este punto.

También el Código Procesal Civil, el Código Procesal Constitucional también contiene una norma que desarrolla el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

[...]

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales [resaltados agregados].

Pues bien, de las normas citadas se desprende que:

- a. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene por finalidad posibilitar que el titular de una situación jurídica de ventaja puede ejercerla o defenderla a través de un *debido proceso*.
- b. Para el ejercicio o defensa de su situación jurídica de ventaja, el titular podrá: i) acceder a la jurisdicción; ii) alegar y probar sus alegaciones; iii) obtener una resolución fundada en derecho y iv) exigir que esta resolución sea actuada adecuada y oportunamente.

Ahora bien, como puede apreciarse de la lectura de las normas mencionadas, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no tiene una única finalidad ni se ejerce solamente por quien demanda la protección de su situación jurídica de ventaja ante los tribunales. Por ejemplo, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional se refiere a defensa, contradictorio o al derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley, derechos que no son ejercidos por quien interpone una demanda ante el órgano jurisdiccional, sino más bien por quien es demandado.

De ahí que pueda afirmarse que tanto el demandante como el demandado ejercen su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al intervenir en un proceso. El demandante lo ejerce al interponer la demanda, al ofrecer los medios probatorios, al impugnar la resolución que es contraria a sus intereses y, en fin, al proseguir el proceso hasta conseguir la efectividad de la resolución final fundada en derecho.

Por su lado, el demandado ejerce ese mismo derecho (su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva) al intervenir en el proceso (ya sea contestando la demanda o allanándose a ella), al ofrecer los medios probatorios que estime pertinentes, al impugnar la resolución que es contraria a sus intereses y, en fin, al proseguir el proceso hasta conseguir la efectividad de la resolución final fundada en derecho.

En tal sentido, en vista de que el mismo derecho es ejercido por dos personas diferentes (y como veremos con mayor detalle más adelante, es también ejercido de *maneras* diferentes) para efectos del presente trabajo y solo con la finalidad de facilitar la comprensión, nos referiremos a “tutela jurisdiccional efectiva” cuando aludamos al ejercicio del derecho por parte del demandante, y a las posibilidades de actuación que éste tiene al amparo de este derecho.

Por otro lado, preferiremos el término “derecho de defensa” cuando aludamos al ejercicio de este mismo derecho (tutela jurisdiccional efectiva) por parte del demandado, así como a las posibilidades de actuación que éste tiene por ser titular del derecho indicado.

Adicionalmente, debemos aclarar que, a pesar de tratarse de un mismo derecho, es posible que se presente el conflicto. Ya hemos visto la posibilidad de que el derecho a la vida de una persona entre en conflicto con el derecho a la vida de otra persona. En el caso de la tutela jurisdiccional, precisamente el hecho de ser ejercido de diferentes maneras (y en sentidos diferentes y las más de las veces contrapuestos) es que se presenta el conflicto.

Aclarados estos puntos, podemos proseguir con la determinación de los derechos y facultades que forman parte del derecho complejo denominado *tutela jurisdiccional efectiva* (del demandante).

De las normas citadas y de lo expuesto hasta aquí, tenemos que el ordenamiento peruano prescribiría lo siguiente:

- a. Para el ejercicio y defensa de sus situaciones jurídicas de ventaja, toda persona puede acceder libremente a un proceso.
- b. Toda persona que acceda a un proceso, tendrá la posibilidad de alegar y probar que es titular de una situación jurídica de ventaja y que ese derecho subjetivo requiere tutela (ha sido vulnerada, está siendo vulnerada o podría ser vulnerada).
- c. Estas alegaciones y pruebas serán valoradas por un juez o tribunal, que dictará una resolución fundada en derecho.
- d. La persona que inició el proceso tendrá derecho a que esa resolución sea actuada adecuada y oportunamente.

Cuando la resolución fundada en derecho sea actuada, la realidad habrá sido transformada para la satisfacción de la situación jurídica de ventaja alegada. Solo en este momento, el derecho a la tutela jurisdiccional habrá logrado su finalidad⁸⁹.

Ahora bien, conforme a lo concluido en el acápite precedente, en tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental, debe ser interpretado *en la forma más extensiva y amplia que sea posible, orientándola en el sentido más favorable al titular del derecho*. En consecuencia, entre todas las interpretaciones posibles del contenido de este derecho, deberá preferirse aquellas que lo amplíen frente aquellas que lo restrinjan.

Así, si la tutela jurisdiccional puede ser *rápida o pronta* o bien *lenta y tarda*, en ausencia de conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, debe entenderse que toda persona tiene derecho a una tutela jurisdiccional *rápida y más aún, que la tutela jurisdiccional debe ser lo más rápida que sea posible*.

Así también, si la tutela jurisdiccional puede ser *condicionada* o *incondicionada*⁹⁰, en ausencia de conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, deberá entenderse que toda persona tiene derecho a una tutela jurisdiccional *lo más incondicionada que sea posible*.

⁸⁹ Cfr. SICA, Marco. *Effetività della tutela giurisdizionale dei diritti e provvedimento di urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*. Milán: Giuffrè. 1991, p. 6. Citado por PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales*. En: *Ius et Veritas*, Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificio Universidad Católica del Perú. Año XIII, No. 26. Lima: 2003, p. 88.

⁹⁰ El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva estará más *condicionado* en la medida en que para su ejercicio su titular deba acreditar el cumplimiento de más requisitos o condiciones (incluyendo formalidades). A la inversa, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva estará menos *condicionado* en la medida en que para su ejercicio su titular requiera cumplir menos requisitos o condiciones. En ese sentido, la obligatoriedad de la conciliación representa un condicionamiento mayor del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el Perú.

Estas interpretaciones son más favorables al titular del derecho, por lo que deben preferirse a cualesquiera otras conforme a la cual la tutela sería solamente *lenta o condicionada*.

Y, en efecto, el propio Código Procesal Constitucional nos brinda un ejemplo de una forma de tutela jurisdiccional muy *rápida* y bastante *incondicionada*. Se trata del proceso de hábeas corpus, en el cual la demanda es procedente sin importar la persona que la interponga (no está condicionada a la *legitimidad* del demandante); “*tampoco requerirá firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad*”⁹¹ y puede ser presentada por cualquier medio. Asimismo, en caso de ser verbal, se exige solamente “*una relación sucinta de los hechos*”⁹² (ni siquiera se exige la presentación de medios probatorios). Finalmente, para el caso de las detenciones arbitrarias, se regula expresamente la obligación del Juez de verificar los hechos y resolver “*de inmediato*”⁹³.

En línea con la interpretación que venimos exponiendo, debemos precisar que si la tutela jurisdiccional debe ser *lo más rápida e incondicionada* que sea posible, tales características no deberán apreciarse solamente en la

⁹¹ **Artículo 26.-** Legitimación

La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo.

⁹² **Artículo 27.-** Demanda

La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

⁹³ **Artículo 30.-** Trámite en caso de detención arbitraria

*Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, **el Juez resolverá de inmediato**. Para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial [subrayado y resaltado agregados].*

rapidez con que el Juez conozca y evalúe las pretensiones de quien solicita su protección, ni únicamente en la rapidez e incondicionalidad que el Juez observe para emitir una resolución fundada en derecho. Las características citadas obligarán al Juez a recorrer el camino de los hechos al derecho y luego el camino del derecho a los hechos, de la manera más *rápida e incondicionada* posible. De ahí que podamos afirmar que el derecho *la tutela jurisdiccional efectiva obliga al Juez a satisfacer, en los hechos, la situación jurídica (del demandante) y a hacerlo de la manera más rápida e incondicionada que sea posible.*

Adicionalmente a lo anterior, el numeral 6 del artículo 139 de la Constitución peruana establece el derecho a “la pluralidad de instancia”⁹⁴, que también debe ser interpretado en forma amplia y, por lo tanto, incluirá la posibilidad del demandante de incorporar nuevas alegaciones y pruebas⁹⁵ para que sean evaluadas a profundidad por el juez de segunda instancia, quien deberá evaluar la pretensión del demandante en la forma *más incondicionada* que sea posible y decidir también con la mayor prontitud posible.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende:

- a. El derecho de acceder a la jurisdicción, de la manera más *rápida e incondicionada* que sea posible.

⁹⁴ **Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

La pluralidad de instancia.

[...]

⁹⁵ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso.” En *ADVOCATUS*, nueva época. No. 09. Lima: 2003, p. 403: “*Debe permitirse siempre a las partes la alegación de otros hechos y el ofrecimiento de nuevas pruebas*”. La autora incluso pone en tela de juicio si la apelación prevista en el Código Procesal Civil, que limita las posibilidades de revisión a una “revisio prioris instantiae” sea “*conforme al dato constitucional*” (pp. 398 – 400).

- b. El derecho del actor de alegar y el derecho de probar su pretensión, de la manera más *amplia*⁹⁶, *rápida* e *incondicionada* que sea posible, y sin que precluyan las posibilidades de alegación y prueba⁹⁷.
- c. El derecho a obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional fundado en derecho, de la manera más *rápida* e *incondicionada* que sea posible.
- d. El derecho a cuestionar la decisión y a que, en caso ejerza este derecho, *su pretensión sea evaluada nuevamente y en la misma profundidad que en la primera instancia* (nueva actuación de los medios probatorios) y que esta nueva evaluación de su pretensión sea realizada de la manera *más rápida e incondicionada* que sea posible.
- e. El derecho a que lo decidido en sentencia definitiva por el órgano jurisdiccional sea cumplido, de la manera más *rápida e incondicionada* que sea posible.

Es necesario, sin embargo, realizar una observación adicional. Normalmente, se entiende que el haz de derechos y facultades que conforman el derecho complejo denominado *tutela jurisdiccional efectiva* son una serie de pasos sucesivos que llevan a la persona por el camino que va de los hechos al derecho y luego del derecho a los hechos.

⁹⁶ En efecto, la prueba puede ser *amplia* o *restringida* en más de un sentido.

En primer lugar, el ofrecimiento de la prueba puede ser restringido de tal manera que en determinado proceso no se admitan ciertos medios probatorios típicos. Así, por ejemplo, según el artículo 591 del Código Procesal Civil, si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, solo serán admisibles el documento, la declaración de parte y el peritaje (será improcedente la prueba testimonial). Igualmente, según el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales no son procedentes los medios probatorios que requieran actuación.

Por otro lado, las posibilidades de prueba pueden ser restringidas si se interpreta que los medios probatorios mencionados en la legislación constituyen un *numerus clausus* o, en otras palabras, no resultan procedentes los medios probatorios atípicos. Sobre este asunto, véase BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. ARA Editores. Lima: 2001, pp. 138 – 142. El autor fundamenta su posición de que la prueba debe ser *amplia* (es decir, deben admitirse también los medios probatorios atípicos) sobre la premisa de que el derecho a probar es un derecho fundamental y que, por lo tanto, no debe ser restringido sin una causa razonable que justifique la restricción.

⁹⁷ Para una crítica de las preclusiones en el Código Procesal Civil peruano, véase ARIANO DEHO, Eugenia. *Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*. ARA Editores. Lima: 2013.

Así, el derecho de acceso a la jurisdicción sería ejercido en primer lugar; el derecho de alegación y de prueba, en segundo lugar; el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, en tercer lugar; y, finalmente, el derecho a que la sentencia sea cumplida, en cuarto lugar⁹⁸.

Esta interpretación, a primera vista lógica, podría acaso derivarse del orden en que el Código Procesal Civil ha enumerado los derechos que conforman la tutela jurisdiccional, pues la actuación de las resoluciones judiciales aparece en último lugar.

No se deriva; sin embargo, de una interpretación literal, pues el Código Procesal Constitucional no se refiere a la “ejecución de sentencia definitiva” o “ejecución de sentencia con autoridad de cosa juzgada”, sino más bien a “*actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales*”, frase que deja amplio espacio a la interpretación.

Por otro lado, debe admitirse que la protección efectiva de los derechos (interpretación literal del enunciado “*tutela jurisdiccional efectiva*”, como señalábamos al inicio del presente acápite) puede lograrse, al menos de manera parcial o provisoria, sin que exista una resolución definitiva que ponga fin a la controversia jurídica. El propio Código Procesal Constitucional prevé en su artículo 22 que se actúe inmediatamente la sentencia impugnada, lo cual implica que el demandante puede hacer efectivo su derecho antes de que el órgano jurisdiccional emita el pronunciamiento final.

Así pues, la efectiva protección (o tutela) del derecho del demandante no necesariamente estará temporalmente condicionada a la declaración de tal

⁹⁸ Vid. v.g. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Debido proceso y tutela jurisdiccional*. En W. Gutiérrez (Coord.), *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo* (Vol. III, pp. 57-71). Lima: Gaceta Jurídica, p. 61. PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional...* p. 289 a 291. Vid. ítem. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 763-2005-PATC, fundamento jurídico sexto.

derecho por parte del órgano jurisdiccional, sino que puede ser obtenida inmediatamente después de haber alegado y probado su derecho en un proceso, aunque de manera parcial y sumaria.

Una objeción a la afirmación precedente sería que, desde el punto de vista lógico, resulta imposible proteger un derecho en un momento previo al de la sentencia final, en el que no se ha determinado con *certeza* que quien alega ser titular de tal derecho, lo sea realmente.

Nuevamente se presenta aquí la posibilidad de distinguir entre dos posibilidades: Que la protección o tutela efectiva sea concedida por el órgano jurisdiccional única y exclusivamente a los derechos *ciertos*; o bien, que sea concedida también a los derechos *probables*.

Si aplicamos nuevamente una interpretación amplia, extensiva y favorable al titular del derecho, la solución nos llevará a considerar (al menos *prima facie*) que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva también faculta a su titular a exigir la efectividad de derechos *probables*.

Desde luego esto no limitaría los demás derechos de tutela jurisdiccional. La protección de un derecho *probable* no eximiría al Juez de su obligación de emitir un pronunciamiento que resuelva definitivamente la controversia lo más rápido que sea posible (y al menos dentro de un plazo razonable); sin embargo, la finalidad de este pronunciamiento sería la obtención de *seguridad jurídica* y no de *efectividad*.

II.1.1. Contenido del derecho del demandante a un plazo razonable

El derecho al plazo razonable se encuentra reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme al cual:

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.

La aplicación directa del citado artículo dentro de nuestro ordenamiento jurídico se deriva del artículo 55 de la Constitución⁹⁹, así como de la ya citada Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo cuerpo normativo¹⁰⁰ y del también mencionado artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁰¹.

En reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho constituye una manifestación implícita de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva¹⁰² y que resulta aplicable a todo tipo de proceso jurisdiccional¹⁰³.

Respecto al contenido del derecho al plazo razonable, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

[E]l derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan en tiempo razonable. Este Tribunal ha señalado que **el “plazo razonable” al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia**

⁹⁹ **Artículo 55°.-** *Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.*

¹⁰⁰ **Cuarta Disposición Final y Transitoria.-** *Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*

¹⁰¹ **Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales** *El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.*

¹⁰² Vid. v.g., la sentencia recaída en el expediente N.° 04168-2012-PHC/TC, fundamento jurídico 3.3.1.; la sentencia recaída en el expediente N. 549-2004-HC/TC, fundamento jurídico 3; la sentencia recaída en el expediente N.° 4080-2004-AC/TC, fundamento jurídico 19; entre otras.

¹⁰³ Vid. v.g., la sentencia recaída en el expediente N.° 3778-2004-AA/TC, fundamento jurídico 20 y la sentencia recaída en el expediente N.° 4080-2004-AC/TC, fundamento jurídico 19.

definitiva. La Corte considera que una demora prolongada [...] constituye en principio, por sí misma, una violación a las garantías judiciales.¹⁰⁴

Así pues, el derecho al plazo razonable constituiría una garantía de que el proceso no se prolongará excesivamente y, en consecuencia, resultaría correcto interpretar que su finalidad es evitar (prohibir) una demora irrazonable del proceso.

En general, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta cuatro criterios para la evaluación de la demora de los casos sometidos a su jurisdicción: a) La complejidad del caso, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, aunque éste último criterio no ha sido analizado siempre¹⁰⁵. Sin embargo, la Corte también ha tenido en cuenta, en algunos casos, la legislación interna relativa a los plazos procesales para la resolución de los recursos¹⁰⁶.

De lo expuesto hasta el momento, podemos concluir lo siguiente:

- a. El derecho al plazo razonable es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, aplicable a todo tipo de proceso en el Perú.
- b. El derecho al plazo razonable constituye una prohibición de la demora irrazonable de los procesos.

¹⁰⁴ *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 152. En similar sentido: *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 145.

¹⁰⁵ El detalle de las consideraciones que la Corte ha tomado en cuenta para la valoración de cada uno de estos cuatro criterios puede encontrarse en IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. "Comentario al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." En: STEINER, Christian y Patricia URIBE (Editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentarios*. Konrad Adenauer Stiftung, 2014: p. 227 - 229.

¹⁰⁶ *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 130. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 160.

- c. Para evaluar una vulneración del derecho al plazo razonable la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado los siguientes criterios:
- Complejidad del caso,
 - Actividad procesal del interesado
 - Conducta de las autoridades judiciales
 - Afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (aunque éste último criterio no ha sido analizado siempre).
- d. La Corte también ha tomado en consideración el plazo previsto en la legislación interna para la solución de la controversia.
- e. En principio, una demora prolongada del proceso constituye, en sí misma, una violación del derecho al plazo razonable.

II.1.2. Relación entre el derecho del demandante a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un plazo razonable

Si tomamos en consideración que el Tribunal Constitucional ha interpretado que el derecho a un plazo razonable forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva¹⁰⁷, podría deducirse que el contenido de este derecho es el siguiente:

- a. El derecho de acceder a la jurisdicción, *en un plazo razonable* y de la manera más *incondicionada* que sea posible.
- b. El derecho del actor de alegar y probar su pretensión, de la manera más *amplia* posible, *en un plazo razonable*, de la manera más *incondicionada* que sea posible, y sin que precluyan las posibilidades de alegación y prueba.
- c. El derecho a obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional fundado en derecho, *en un plazo razonable* y de la manera más *incondicionada* que sea posible.

¹⁰⁷ Vid. *supra*, notas 102 y 103.

- d. El derecho a cuestionar la decisión y a que, en caso ejerza este derecho, *su pretensión sea evaluada nuevamente y en la misma profundidad que en la primera instancia* (nueva actuación de los medios probatorios¹⁰⁸) *y en un plazo razonable*.
- e. El derecho a que lo decidido por el órgano jurisdiccional sea cumplido, *en un plazo razonable* y de la manera más *incondicionada* que sea posible.

Sin embargo, esta interpretación implicaría considerar el derecho al plazo razonable como un límite a las posibilidades de optimización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual sería contrario a la regla de interpretación extensiva, amplia y favorable de los derechos fundamentales. En tal sentido, debe preferirse una interpretación diferente.

Pues bien, en tanto el derecho al plazo razonable prohíbe la prolongación irrazonable del proceso, la relación entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al plazo razonable, puede ser explicada de la siguiente manera:

- a. La tutela jurisdiccional debe ser lo más *rápida e incondicionada* que sea posible según las circunstancias fácticas y jurídicas: Esta norma constituiría un mandato de optimización¹⁰⁹.

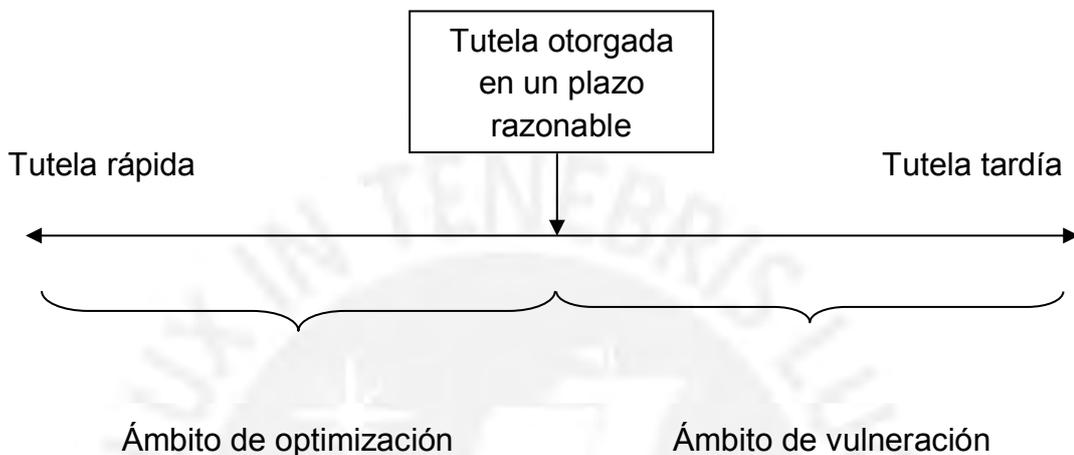
¹⁰⁸ Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso.” En *ADVOCATUS* No. 09. Lima: 2003, pp. 398 – 400. La autora incluso pone en tela de juicio si la apelación prevista en el Código Procesal Civil, que limita las posibilidades de revisión a una “revisio prioris instantiae” es “*conforme al dato constitucional*”.

¹⁰⁹ Alexy utiliza la expresión “mandato de optimización” para identificar aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (ALEXY, Robert. *Epílogo...* p. 26.) A la crítica de Aarnio, según la cual un mandato de optimización solo puede ser cumplido o incumplido, es decir, o bien se cumple con optimizar o bien se incumple con optimizar (A. Aarnio. *Taking Rules Seriously*. ARSP Beiheft, 42. 1990: p. 87. Citado por ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía jurídica. Número 28. Bogotá: 2003, p. 108.) Alexy ha aclarado su posición en el siguiente sentido:

Resulta necesario diferenciar los mandatos que se optimizan de los mandatos de optimización. Los mandatos que se optimizan son los objetos de la ponderación, que pueden ser denominados como un “deber ser ideal” o simplemente pueden entenderse como

- b. En ningún caso la tutela jurisdiccional podrá tardar más de lo razonable: Este no es ya un mandato de optimización o un principio, sino una prohibición de vulneración.

Esta explicación podría ser graficada así:



Esta conclusión es acorde a la regla de interpretación extensiva, amplia y favorable de los derechos fundamentales, por lo que debe aceptarse como la interpretación correcta de la relación entre los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al plazo razonable del demandante en un proceso.

II.2. Contenido del derecho de defensa

"ideales". El deber ser ideal es aquello que debe optimizarse y que por medio de la optimización debe convertirse en un deber ser real. En cuanto objeto de la optimización, este deber ser se encuentra en el nivel de los objetos. Por el contrario, los mandatos de optimizar se sitúan en un metanivel. En este metanivel, ellos establecen lo que debe hacerse con lo que se encuentra en el nivel de los objetos. Estos mandatos ordenan que sus objetos, es decir, los mandatos que se optimizan, se realicen en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización, ellos no deben optimizarse sino cumplirse, acción que consiste en llevar a cabo la optimización. Los principios, en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar [...] Sin embargo, tiene todo el sentido referirse a los principios como mandatos de optimización. Esta manera de hablar expresa, de la manera más simple, de qué se trata cuando se alude a los principios (ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía jurídica. Número 28. Bogotá: 2003, pp. 108 y 109).

El derecho de defensa está reconocido en el numeral 14 del artículo 139 de nuestra Constitución y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Señala nuestra Constitución:

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

[...]

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Pero no solamente el numeral 14 del artículo 139 de nuestra Constitución está relacionado al derecho de defensa. Aquí interesa especialmente el contenido en el numeral 3:

Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al afecto, cualquiera sea su denominación [subrayado agregado].

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece 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 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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior [...]

Como se puede apreciar, tanto la Constitución Peruana como la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen un derecho de defensa que se ejerce preponderantemente frente a la acusación penal. La Constitución se refiere a la “*detención*” de quien ejercerá el derecho de defensa y la Convención se refiere a la persona “*inculpada de delito*” y, reiteradamente, a los derechos del “*inculpado*”.

No obstante lo anterior, la Constitución indica también que “*privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*” y la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída, dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley “*para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. En tal sentido, resulta evidente que el derecho de defensa es aplicable también en procesos diferentes al penal.

En relación al contenido del derecho de defensa, la doctrina nacional ha señalado lo siguiente¹¹⁰:

¹¹⁰ PRIORI POSADA, Giovanni. *La oposición...* p. 417.

Pero, ¿en qué consiste el derecho de defensa? 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 su esfera jurídica, (ii) a intervenir en esos procesos para (iii) alegar y (iv) probar sus afirmaciones; también supone el derecho (v) a poder contra argumentar frente a cualquier pedido de la contraparte; 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, a cuestionar la decisión.

Como se puede advertir, el derecho de defensa implica i) la *necesaria* notificación al demandado de la existencia del proceso y ii) el respeto de la *voluntaria* intervención del demandado en el proceso. Así lo expone con mayor énfasis el profesor Hernando Devís Echandía¹¹¹:

El derecho de contradicción está vinculado inseparablemente con el principio político del respeto a la libertad individual que orienta y fundamenta todo el sistema de la democracia política y con el no menos importante de la igualdad de las personas ante la Ley; porque sin él se sometería a los demandados a los efectos de una sentencia, que puede afectar su libertad jurídica, sin darles la oportunidad de defenderse y con marcada desventaja frente al demandante. Ese derecho a ser oído y a defenderse si así se desea, es un bien de inapreciable valor.

Pero tener el derecho de contradicción no significa que necesariamente el demandado intervenga en el juicio para controvertir las pretensiones del demandante y menos aún que formule excepciones contra ellas, para paralizarlas o destruirlas. *Es el derecho a ser oído en el juicio si se tiene la voluntad de hacerse oír, o sea el derecho de gozar de la oportunidad procesal para ello y de obtener mediante el proceso la sentencia que resuelva favorable o desfavorablemente sobre sus defensas, si llega a proponerlas.*

Sin embargo, el derecho de defensa no solamente comprende el derecho de participación en el proceso (notificación de la existencia y posibilidad de intervención), sino también el derecho de influir en la decisión jurisdiccional:

Hay un elemento sustancial de esta garantía. Hay un aspecto, que considero esencial, denominado, de acuerdo con la doctrina alemana, “poder de influencia”. No basta permitir simplemente que la parte participe en el proceso, que sea oída. Apenas esto no es suficiente para que el principio del

¹¹¹ DEVÍS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Aguilar. Madrid: 1966, pp. 210 y 211.

contradictorio sea efectivo. Es claro que resulta necesario que sea oída, pero en condiciones de influenciar la decisión del magistrado.

Si no se confiere a la parte la posibilidad de influenciar en la decisión del magistrado –y esto es poder de influencia, poder interferir en la decisión del magistrado, interferir con argumentos, interferir con ideas, con hechos nuevos, con argumentos jurídicos nuevos; si la parte no puede hacer eso, se vulnera la garantía del contradictorio. Es fundamental percibir esto: El contradictorio no se implementa, pura y simplemente con el ser oído, con la participación, se requiere participación, con posibilidades conferidas a las partes de influenciar en el contenido de la decisión.

En esta perspectiva, no hay cómo dejar de percibir que también consiste en el derecho de influir sobre el convencimiento del juez. Y esto mediante alegaciones, requerimiento de pruebas, participación en su producción, consideración sobre sus resultados, etc.¹¹²

En tanto se trata de un derecho constitucional, a falta de conflicto con otro derecho o bien constitucional, el derecho de defensa debe ser comprendido de la manera más amplia posible. Así pues, en ausencia de conflicto, el derecho de defensa comprendería:

¹¹² DIDIER, Fredie Jr. *Curso de direito processual civil, Vol. 1, Teoria Geral do processo e processo de conhecimento*. Juspodivm. Bahia: 2009, p. 57. Traducción libre de:

A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação, a garantia de ser ouvido, de participar no processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo que e é que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo como o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar.

Mas não é só isso.

Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ella seja ouvida. Apenas isso não é o para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ella seja ouvida, é claro, mas em condições da poder influenciar na decisão do magistrado.

Se não for conferida a possibilidade de a parte de influenciar a decisão de Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir om idéais, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos, se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implemente, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conderida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Nessa perspectiva, não há como deixar de perceber que o direito de defesa também consiste no direito de influir sobre o convencimiento do juiz. E isso mediante alegações, requerimento de provas, participação na sua produção, consideração sobre os seus resultados etc.

- a. El derecho de ser informado de modo oportuno y suficiente de la existencia de un proceso en el que se discute acerca de sus intereses o que pudiera afectar sus situaciones jurídicas;
- b. El derecho a intervenir en esos procesos para:
 - i) formular alegaciones, *en la medida más amplia posible, contando con tiempo suficiente para la preparación de tales alegaciones y sin que precluya la posibilidad de plantearlas;*
 - ii) probar sus afirmaciones, *en la medida más amplia posible y, en consecuencia, sin que puedan prohibirse los medios probatorios que requieren actuación (como el testimonio o el peritaje) y sin que precluya la posibilidad de ofrecimiento, actuación o valoración.*
- c. El derecho de argumentar frente a cualquier pedido de la contraparte *alegando y probando en la medida más amplia posible, conforme a los puntos i) y ii) precedentes;*
- d. El derecho a que la resolución que resuelva la controversia se pronuncie sobre las alegaciones y pruebas aportadas (*poder de influencia*) y el derecho a obtener una resolución fundada en derecho;
- e. El derecho a cuestionar la decisión y a que, en caso se ejerza este derecho, las defensas contra la pretensión del demandante sean evaluadas nuevamente, *en la misma profundidad que en la primera instancia* (nueva actuación de los medios probatorios). Asimismo, el cuestionamiento de la decisión de primera instancia deberá tener *efectos suspensivos*.
- f. Asimismo, el derecho de ejercer todos los derechos mencionados de manera previa a la decisión final; de manera previa a que se le obligue a satisfacer la situación jurídica de ventaja alegada por el demandante

- y; finalmente, de manera previa a que se le imponga cualquier otra carga o se afecte sus situaciones jurídicas de cualquier otra manera¹¹³.
- g. Adicionalmente, el derecho a no ser sometido a un procedimiento distinto al previamente establecido.

II.2.1. El derecho del demandado a un plazo razonable

No solamente el demandante tiene derecho a que se resuelva la controversia en un plazo razonable; también el demandado tiene este mismo derecho. De hecho, el mayor desarrollo jurisprudencial del derecho al plazo razonable proviene del derecho del acusado de un proceso penal a que la controversia no se prolongue más allá del tiempo razonable para resolverla¹¹⁴.

En tal sentido, si se excede el tiempo razonable para la resolución de la controversia, no solamente se habrá vulnerado el derecho al plazo razonable del demandante, sino también el del demandado.

Esto es particularmente importante en los casos en los que el demandado ha sido afectado por una medida provisoria (en nuestro sistema, una medida cautelar), ya que, al prolongarse irrazonablemente el proceso, la eficacia de la medida provisoria que restringe sus derechos también se habrá prolongado más de lo razonable¹¹⁵.

II.2.2. Relación entre el derecho de defensa y el derecho a un plazo razonable del demandado

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme y Sergio CRUZ ARENHART. *Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria Geral do Processo*. Editora Revista dos Tribunais. Tercera edición, revisada y actualizada. São Paulo: 2008, p. 357.

¹¹⁴ Entre muchos otros ejemplos, puede mencionarse las sentencias recaídas en el expediente No. 5228-2006-PHC/TC, en el expediente No. 3509-2009-PHC/TC, en el expediente No. 03987-2010-PHC/TC y, en particular, la sentencia recaída en el expediente No. 295-2012-PHC/TC, que estableció precedentes vinculantes para la evaluación del plazo razonable en el proceso penal.

¹¹⁵ Cfr. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013, párr. 167 - 183.

Aparentemente, resultaría contradictorio i) que las posibilidades de alegación y prueba del demandado sean amplias y que no opere preclusión respecto de ellas, así como que el demandado tenga posibilidad de cuestionar la decisión y que este cuestionamiento sea evaluado en la misma profundidad que la demanda y tenga efectos suspensivos; y ii) que, no obstante lo anterior, el demandante tenga derecho a un plazo razonable.

Esta constatación nos permite aclarar que, en los casos en los que los derechos de un mismo sujeto parezcan contraponerse o de hecho se contrapongan, tal contraposición (que también existiría, en un grado menor, entre el derecho del plazo razonable del demandante y su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva) solamente indicaría la posibilidad del titular del derecho de *elegir*.

En efecto, alegaciones y pruebas más amplias (por ejemplo, pruebas que requieren actuación) extenderán el plazo en que será razonable que se resuelva la controversia (respecto a aquel que sería razonable si la prueba fuera solamente documental, por ejemplo). En este caso; sin embargo, será el propio demandado quien habrá elegido tal prolongación, a fin de probar de alegar y probar de manera más amplia y de acuerdo a sus intereses. Por lo tanto, no se habrá vulnerado su derecho.

Al contrario, si el propio demandado ofrece menor cantidad o profundidad de alegaciones y pruebas, el plazo razonable será menor, pero tampoco se habrá vulnerado su derecho de defensa, pues él eligió una menor cantidad o profundidad de alegaciones y pruebas. Sí se vulnera (cuando menos uno de los dos derechos mencionados) cuando no se permite al demandado *elegir*.

En consecuencia, el titular de los derechos tiene la posibilidad, la facultad de elegir una prueba menos amplia (lo cual podría dar lugar a un plazo menor para la resolución definitiva de la controversia) o, por el contrario,

podría elegir una prueba más amplia (lo cual podría dar lugar a un plazo mayor para la resolución definitiva de la controversia).

Desde luego esta opción no necesariamente será expresa¹¹⁶, pero resulta evidente que en los casos en los que una de las partes alegue concisamente y los medios probatorios que ofrezca no requieran actuación, el plazo razonable para la resolución de la controversia se acortará.

En efecto, como hemos visto anteriormente, uno de los criterios para la evaluación del plazo razonable es la conducta de las partes¹¹⁷. Asimismo, como veremos posteriormente, la complejidad del caso (que se determinará también por la complejidad de la prueba) podría determinar la vía procedimental¹¹⁸ y, por lo tanto, los plazos aplicables a cierto proceso concreto.

II.3. Contenido del derecho constitucional de propiedad

Tal como quedó indicamos en la introducción de la presente investigación, esta tiene por objeto determinar la posibilidad de aplicar medidas de anticipación de tutela en el proceso civil de conocimiento en el que se discuten pretensiones susceptibles de apreciación económica.

Hasta el momento hemos indicado que por “pretensión susceptible de valoración económica” nos referimos a aquellas pretensiones en las que el

¹¹⁶ Sin embargo, en la práctica arbitral es común la extensión de los plazos para demandar, contestar o presentar pruebas o alegatos si así lo acuerdan las partes.

¹¹⁷ Vid. supra. acápite I.2.1.

¹¹⁸ **Art. 475.- Procedencia**

Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que:

*No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, **cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión**, el Juez considere atendible su tramitación [...] [subrayado y resaltado agregados].”*

pedido formulado se refiere al reconocimiento o respeto de un derecho real o al respeto de una situación jurídica susceptible de apreciación económica.

Asimismo, indicamos que el contenido de tales pretensiones, quedaba comprendido, como veríamos más adelante, en el derecho constitucional de propiedad, el cual sería incluido en la ponderación.

Pues bien, en el presente acápite explicaremos cómo es que el contenido de tales pretensiones queda comprendido en el derecho constitucional de propiedad. Para tal fin, a continuación nos referiremos al caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* y a dos sentencias del Tribunal Constitucional peruano, de las cuales puede apreciarse que cualquier situación jurídica susceptible de valoración económica puede ser calificada, desde el punto de vista constitucional, como una expresión del derecho de propiedad.

En efecto, aunque la propiedad civil tenga un significado jurídico específico, en el caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, la Corte señaló lo siguiente respecto de los “bienes” a que se refiere el artículo 21 de la Convención¹¹⁹:

122. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor [subrayado agregado]¹²⁰.

¹¹⁹ **Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada**

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley [subrayados y énfasis agregados].

¹²⁰ Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (*Reparaciones y Costas*).

En sentido similar, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado lo siguiente respecto de la propiedad *constitucional* (por oposición de la propiedad *civil*):

[M]ientras que en este último [el derecho civil] el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, **para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.**

Al respecto, Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997) comenta que “incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción”.

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial [énfasis agregado]¹²¹

En ese sentido, resulta claro que el derecho constitucional de propiedad comprende no solamente derecho civil de propiedad ni tampoco los derechos reales, sino toda situación jurídica “susceptible de valoración económica”, tal como han señalado ambos colegiados.

Respecto de tales situaciones jurídicas, la protección establecida por la Constitución es la siguiente:

Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 0008-2003-AI/TC. El propio Tribunal citó los fundamentos de la sentencia recaída en el expediente No. 0008-2003-AI/TC en la más reciente sentencia recaída en el expediente No. 03404-2013-AA (acápites 4).

perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica lo siguiente:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley [subrayados y énfasis agregados].

Como se puede apreciar, ambas disposiciones otorgan protección a la propiedad privada y protegen a la persona de que se le prive de su patrimonio, salvo las excepciones previstas en cada norma (*rectius*: en la Constitución, cuyas causales de expropiación son más exigentes que aquellas de la Convención).

Por supuesto, el que cualquier persona sea privada absolutamente de sus bienes sería una vulneración grave de su derecho constitucional de propiedad. Es por este motivo que ambas normas se refieren a los especialísimos casos en los que tal privación procede, y los requisitos que deberían cumplirse en tales casos para que el derecho de propiedad no se vea anulado o gravemente vulnerado.

Sin embargo, la privación absoluta de la propiedad no es la única vulneración que puede imaginarse. Para la presente investigación será relevante, en particular, la privación *temporal* de una persona de sus bienes (ya que, desde luego, el derecho de propiedad también tiene que ser interpretado en la mayor extensión posible y, por tanto, exigiría su satisfacción continua y segura).

Dicho esto, podemos pasar ya a detallar los distintos escenarios en que los derechos de las partes (que hasta ahora hemos interpretado aisladamente) entran en conflicto.

II.4. El conflicto típico entre el derecho del demandante a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho del demandado a la defensa: Diferentes escenarios de conflicto. Los conflictos relacionados a la efectividad de la tutela material

De lo dicho hasta aquí puede desprenderse con facilidad que el derecho del demandante a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa del demandado se contrapondrán constantemente a lo largo del proceso, de manera similar a como se contraponen, en general, los derechos a la intimidad y a la información, el derecho al honor y la libertad de expresión, el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa. Mientras el demandante tiene derecho a una tutela que sea lo más rápida posible, el demandado tiene derecho a alegar y probar ampliamente, por lo que una parte de los escenarios de conflicto estará determinada, sin duda, por la necesaria duración del proceso. A estos escenarios de conflicto nos referiremos a continuación.

El proceso civil tiene la finalidad concreta de lograr la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos¹²². Así lo dispone el artículo III del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Civil:

¹²² DI MAJO, Adolfo. *El sistema de tutelas en el derecho civil*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nº 31, Lima: 2005: p. 141: "[e]l diálogo con los procesalistas ha sido, por años, más que fecundo y fructífero en el terreno de la tutela de los derechos. La gran parte de ellos, bajo la estela de la enseñanza de Chiovenda, ha tendido a ratificar que, **el proceso, en su instrumentalidad, debe garantizar el máximo grado de efectividad del derecho reconocido al sujeto** [subrayado y resaltado agregados]". DEVÍS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones ...* pp. 135 y 136: "Como funciones esenciales del proceso civil y como conclusión de los números anteriores, podemos señalar las siguientes: 1. Servir de medio para la declaración de los derechos [...]. 2. Por medio del proceso se obtiene la defensa de los derechos [...]. 3. El proceso civil sirve también para lograr **la realización de los derechos** [resaltado agregado]". Cfr. ítem. ARIANO DEHO, Eugenia. "La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos". En: *Revista de*

Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal

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

Sin embargo, en algunos casos “*la propia duración del proceso puede conducir a la ineficacia de su resultado*”¹²³. Esta situación se presenta en los casos que la doctrina procesal ha identificado como peligro de infructuosidad, por un lado, y peligro en el retardo de la resolución jurisdiccional, por el otro:

El peligro de infructuosidad es el temor de que durante el transcurso del proceso desaparezcan los medios aptos para hacer que la sentencia sea eficaz. El riesgo de daño está dado en este caso por la posible desaparición de los medios necesarios para que la sentencia a dictarse sea definitiva.

El peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional es el temor de que la sola duración del proceso genere una sentencia que no sea efectiva. En este caso el temor no está dado por la posible desaparición de los bienes con los cuales se pretende asegurar la efectividad de la sentencia, sino que el riesgo está dado por la sola demora del proceso, la que por sí produce el riesgo de que se produzca cualquier evento que ponga en riesgo la sentencia.¹²⁴

Calamandrei aclara la diferencia entre ambos tipos de peligro con el siguiente ejemplo:

Si el titular de un crédito, que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, tema que durante la espera su deudor se deshaga de todas sus sustancias mobiliarias, en forma que haga prácticamente vana la ejecución forzada que pueda intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro [de infructuosidad] en el secuestro conservativo. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos, ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza de

Investigación. Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año 2, número 3, Lima: 2000: pp. 89 y 90.

¹²³ Óp. Cit., p. 93. Vid. ítem. PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: Fundamentos, contenido y límites.” En: *Ius et Veritas, revista de derecho*. Año XV, Número 30, Lima: 2005, pp. 172 – 174.

¹²⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. ARA Editores. Lima: 2006, pp. 50 y 51.

sostenimiento), tema el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho [peligro de retardo], no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente estén dirigidas a tener en reserva para el día de la ejecución forzada los bienes del deudor.¹²⁵

En ambos casos se presenta un conflicto entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante y el derecho de defensa del demandado.

En primer lugar, cuando existe peligro de infructuosidad, el no otorgamiento de una medida cautelar significaría una vulneración del derecho del demandante a que lo decidido por el órgano jurisdiccional sea cumplido y, por lo tanto, una anulación, en la práctica, de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Pero, asimismo, el otorgamiento de la medida cautelar significa una vulneración del derecho del demandante a ejercer plenamente su derecho al contradictorio de manera previa a que se imponga cualquier carga en su contra.

Por otro lado, cuando existe peligro de retardo, el no otorgamiento de una medida cautelar significaría una tutela inefectiva o inoportuna, que en ningún caso puede ser calificada siquiera como tutela¹²⁶. Pero, al igual que en el caso anterior, el otorgamiento de la medida cautelar significa, nuevamente, una vulneración del derecho del demandante a ejercer plenamente su derecho al contradictorio de manera previa a que se imponga cualquier carga en su contra.

¹²⁵ CALAMANDREI, Piero. Óp. Cit. pp. 72 y 73.

¹²⁶ Cfr. Sentencia recaída en el expediente No. 4119-2005-PA/TC, fundamento jurídico 64. Más recientemente, la sentencia recaída en el expediente No. 0246-2012-PA/TC, fundamento jurídico 2.

El conflicto se acentúa en el ordenamiento peruano, en el que la medida cautelar se concede *inaudita altera pars*¹²⁷ y, por lo tanto, el derecho de defensa del demandado es afectado en mayor medida.

Ahora bien, los escenarios de peligro en la infructuosidad y peligro en el retardo de la providencia jurisdiccional son escenarios fisiológicos¹²⁸.

Por el contrario, cuando el proceso tarda más de lo razonable, nos encontramos ante un escenario patológico, en el que el conflicto vuelve a presentarse. Por un lado, el derecho al plazo razonable del demandante exigiría ser cumplido en la mayor medida posible (no ser del todo anulado); por otro lado, el derecho de defensa del demandado exigiría que se prosiga con el trámite del proceso hasta su final, sin que pueda imponérsele ninguna carga u obligación antes de que se emita la sentencia que resuelva definitivamente la controversia.

El conflicto patológico; sin embargo, no ha sido tomado en cuenta por el ordenamiento peruano, por lo que el demandante no tendría más alternativa que esperar a que se resuelva la controversia mientras impulsa el proceso en la medida de sus posibilidades. Es por esta razón que en la práctica se presentan ocasiones en las que el demandante simplemente ve anulado su derecho fundamental a un plazo razonable. Más adelante analizaremos este supuesto de conflicto con más detalle.

Adicionalmente, podrían presentarse conflictos en el trámite de ejecución de sentencia, pues mientras el derecho del demandante exigiría su

¹²⁷ **Artículo 637.- Trámite de la medida**

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud [...].

¹²⁸ Sobre la distinción entre la duración fisiológica y la duración patológica del proceso, vid. ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas...* p. 593 La autora, cuya apreciación compartimos, identifica la duración patológica del proceso con aquella que se prolonga más allá del plazo razonable. Así, mientras la duración del proceso no exceda del plazo razonable, su duración será fisiológica (es decir, una duración acorde con su función).

cumplimiento *rápido e incondicionado*, el derecho del demandado exigiría amplias posibilidades de prueba previa (aunque, desde luego, no comprendería el derecho de que se reevalúe el fondo de la controversia).

Como se aprecia de lo expuesto hasta el momento, el derecho del demandante a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa del demandado se contraponen en razón del tiempo y de manera típica en los siguientes casos:

- a. En caso de peligro de infructuosidad (fisiológico).
- b. En caso de peligro de retardo de la providencia jurisdiccional (fisiológico).
- c. En caso haya transcurrido el plazo razonable para la resolución de la controversia sin que esta se resuelva (patológico).
- d. En la ejecución de sentencia (fisiológico).

Nosotros nos concentraremos en los supuestos b. y c., sin embargo, es necesario realizar algunas precisiones sobre el conflicto entre los derechos que serán materia de análisis.

Como se puede apreciar de lo expuesto hasta el momento, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa son derechos complejos, en la medida en que comprenden bajo su ámbito un haz de facultades reconocidas al sujeto titular de tales derechos.

Ahora bien, en los supuestos de conflicto que hemos resumido, y en particular en los supuestos b. y c., el conflicto no se configura como una contraposición de todas las facultades de las que es titular cada uno de los sujetos, sino más bien como la contraposición de algunas de dichas facultades (conforme a lo expuesto en el primer capítulo de la presente tesis).

Así, por ejemplo, resulta evidente que el derecho del demandante de acceder a la jurisdicción no genera conflicto alguno con el derecho de defensa del demandado.

Por su parte, los derechos de alegación y prueba del demandante sí pueden contraponerse a los derechos de defensa del demandado (v.g. el derecho del demandante de alegar y probar sin que precluyan sus posibilidades para hacerlo podría ocasionar una vulneración del derecho al plazo razonable del demandado). Sin embargo, estos conflictos no son materia de la presente investigación.

Igualmente, existirá una típica contraposición entre el derecho del demandante a obtener una resolución final fundada en derecho y el derecho del demandado a impugnar, pues como consecuencia de la impugnación el proceso necesariamente deberá continuar y la resolución emitida no adquirirá la calidad de definitiva. Estos conflictos tampoco son materia de la presente tesis.

Adicionalmente, existe una contraposición en el derecho del demandante a que lo resuelto en sentencia definitiva sea cumplido y, por otro lado, el derecho del demandado a que no se le imponga ninguna carga ni obligación antes de que el órgano jurisdiccional emita una decisión final. Este conflicto se presentará cuando se prevé que el tiempo que deberá transcurrir hasta la expedición de la sentencia definitiva probablemente ocasione la imposibilidad de cumplir lo ordenado por esta. Este conflicto es resuelto gracias a las medidas cautelares, pero es también parcialmente materia de la presente tesis¹²⁹.

¹²⁹ Más adelante profundizaremos en la distinción entre el peligro de infructuosidad y el peligro en el retardo de la resolución jurisdiccional. Por el momento baste indicar que, en los casos en que sea probable que se produzcan daños irreparables si se espera al momento de expedición de la resolución final, las medidas anticipadas se presentan como una solución al conflicto de derechos mencionado.

Finalmente, existe un conflicto entre, por un lado, el derecho del demandante a la protección pronta y efectiva de su derecho material (aunque éste sea solamente probable) y, por el otro, el derecho del demandado de ejercer plenamente su defensa de manera previa a que se le imponga cualquier carga u obligación o se afecte sus situaciones jurídicas de cualquier otra manera.

Así pues, los dos escenarios de conflicto materia de la presente tesis son casos de contraposición entre el derecho del demandante a la protección efectiva de su derecho o efectividad de la tutela material y el derecho de defensa del demandado.

II.5. El conflicto (menor) entre los derechos de propiedad constitucional de las partes

Para mejor entendimiento de la importancia del derecho de propiedad en la materia que nos ocupa, puede pensarse en el derecho constitucional de propiedad como un derecho a la indemnidad del patrimonio.

En efecto, este derecho no se refiere ni protege una específica titularidad, (ya sea de crédito o de derecho real), sino a la protección global del patrimonio de las personas (el que cada uno tenga) se mantenga indemne. En eso consiste el derecho constitucional de propiedad.

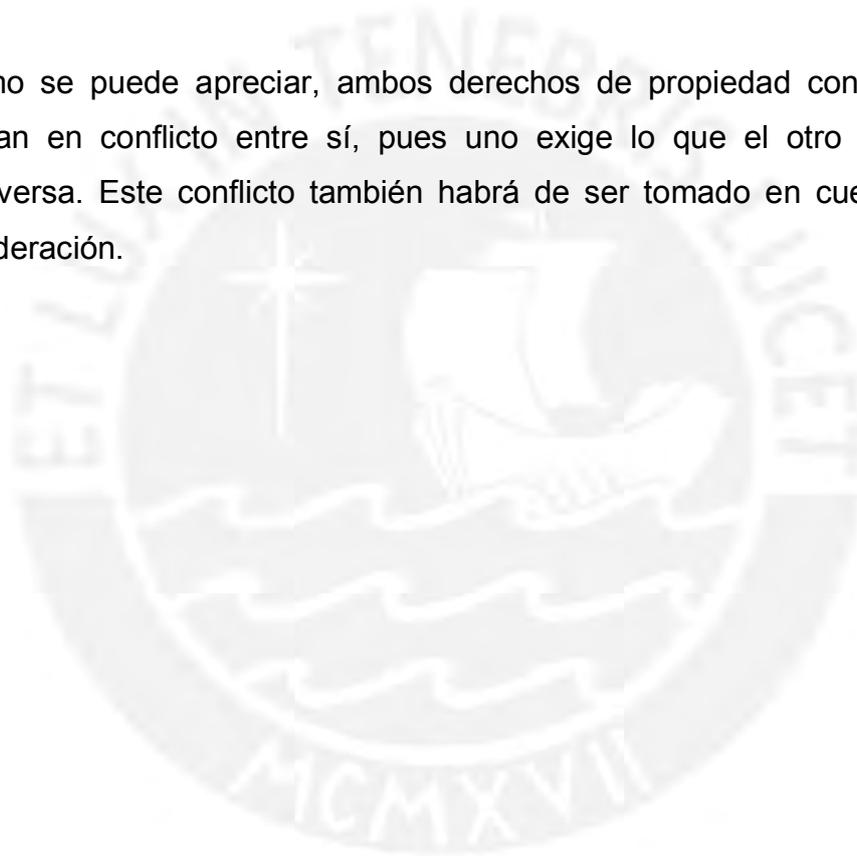
Hechas estas aclaraciones, puede quedar más claro el que nos refiramos a posibles vulneraciones del derecho constitucional de propiedad. Tales vulneraciones podrían describirse de la siguiente manera: *Si el demandante tiene la razón*, a lo largo de todo el proceso se habrá vulnerado (acaso levemente) su derecho a que su patrimonio se mantenga indemne.

Por lo tanto, el derecho del demandante (considerado aisladamente) exigiría ser satisfecho en la medida más rápida posible.

En diferente situación pero en igual sentido, si se llega a otorgar una medida anticipada al demandante, *a pesar de que este no tiene la razón*, mientras no se levante la medida se estará afectando el derecho a la indemnidad del patrimonio del demandado (acaso levemente también).

Por lo tanto, el derecho del demandado (considerado aisladamente) exigiría negar la satisfacción del derecho alegado por el demandante hasta la emisión de la sentencia final.

Como se puede apreciar, ambos derechos de propiedad constitucional entran en conflicto entre sí, pues uno exige lo que el otro prohíbe y viceversa. Este conflicto también habrá de ser tomado en cuenta en la ponderación.



CAPÍTULO III: PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL DEMANDANTE A LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA MATERIAL Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL, Y DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE PROPIEDAD DE AMBAS PARTES. LAS MEDIDAS ANTICIPADAS COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO

III.1. Ponderación del derecho a la del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho a la defensa del demandado en el proceso civil, así como de los derechos de propiedad constitucional de las partes. Las medidas anticipadas como una restricción del derecho de defensa que justifica la ponderación

En los capítulos anteriores hemos justificado la aplicación de la técnica de la ponderación en el ordenamiento peruano y hemos cumplido con los dos presupuestos para la aplicación de esta técnica: La interpretación independiente de cada uno de los derechos relevantes y la descripción de la situación de conflicto.

A continuación procederemos a aplicar los siguientes pasos de la ponderación a los derechos procesales constitucionales de las partes, tomando en consideración también sus derechos constitucionales de propiedad.

Para aplicar la ponderación, utilizaremos como solución (primero hipotética; luego demostrada) el otorgamiento de una medida anticipada al demandante.

Con tal fin, recordemos que una medida anticipada es aquella resolución que emite el juez en un proceso de conocimiento antes del pronunciamiento

final y cuyos efectos coinciden total o parcialmente con los efectos que tendría la sentencia final si declarase fundada la demanda¹³⁰.

En las pretensiones de condena, la medida anticipada será aquella resolución emitida por el juez en un proceso de conocimiento antes del pronunciamiento final y por la cual ordena al demandado que satisfaga de manera inmediata, total o parcialmente, la situación jurídica de ventaja alegada por el demandante, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada o de otras medidas que resulten adecuadas¹³¹.

Estando a ello, la cuestión que intentaremos resolver es la siguiente: Si durante la tramitación del proceso debe prevalecer el derecho de defensa del demandado, que (al igual que su constitucional de propiedad¹³²) exigiría, en una interpretación *prima facie*, que no se afecte ni altere

¹³⁰ MITIDIERO, Daniel. Óp. Cit., pp. 56 y 57. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*. Communitas. Lima: 2010, p. 33.

Sobre este punto es necesario hacer una aclaración terminológica: Preferimos el término “medida anticipada” al término “medida cautelar temporal sobre el fondo”, que utilizó el legislador peruano (Art. 674 del Código Procesal Civil), porque refiere con mayor precisión cuál es la función de la resolución que expide el juez en estos casos. La función de una resolución provisoria cuyos efectos coinciden total o parcialmente con los de la sentencia final no es simplemente “asegurar”, “preservar” o “cautelar” el derecho del demandante, sino más bien *satisfacerlo*. MITIDIERO, Daniel. Óp. Cit. p. 41. MARINONI, Luiz Guilherme. Óp. Cit. pp. 33 y ss. Estas medidas no son las señaladas por el artículo 619 del Código Procesal Civil, que posibilita que el juez tome cualquier medida que sea necesaria para que no se produzca un perjuicio irreparable.

¹³¹ Cfr. MITIDIERO, Daniel. Óp. Cit. p. 133 – 141. En particular, suscribimos las siguientes consideraciones del autor:

1. La consideración de que la anticipación de tutela tiene por orientación viabilizar el disfrute inmediato de un resultado práctico para la parte que se beneficia con ella en el proceso. Es por esa razón que uno de los problemas centrales referidos a la decisión que anticipa la tutela jurisdiccional reside en la previsión de técnicas procesales adecuadas capaces de permitir su efectiva realización judicial (p. 133).
2. La consideración de que la ejecución forzada no es siempre la más eficiente para lograr la satisfacción del derecho del demandante (p. 136).
3. La consideración de que cualquier medio ejecutivo que sea utilizado por el juez debe ser proporcional (p. 137).

¹³² Como hemos expuesto en el primer capítulo de la presente investigación, los derechos constitucionales no solamente pueden ser considerados en la ponderación cuando su vulneración o satisfacción es segura, sino también cuando es probable e incluso cuando es poco probable. Esto determinará, como veremos más adelante, la mayor o menor importancia que tenga el derecho al realizar la ponderación, pero en ningún modo lo excluye del procedimiento.

ninguna situación jurídica de la que sea titular hasta que no haya finalizado el proceso; o si, por el contrario, debe prevalecer el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material, que (al igual que su derecho constitucional de propiedad), que exigiría, al menos *prima facie*, una tutela lo más rápida que sea posible y, por lo tanto, la satisfacción provisional de su situación jurídica de ventaja basada en cognición sumaria mientras se sigue el procedimiento necesario para alcanzar la cognición plena.

La respuesta a esta cuestión necesariamente dependerá de un análisis de las circunstancias del caso concreto a la luz de la técnica de la ponderación, que, como queda dicho, constituye una técnica de solución a los conflictos entre este tipo de derechos válida en el ordenamiento peruano.

No obstante lo anterior, conviene desde ya anotar que existen al menos dos situaciones en las que no existe conflicto: La primera situación se presenta cuando el demandado no se opone a la pretensión del demandante (allanamiento o reconocimiento); la segunda, cuando el demandado se opone solo parcialmente (por ejemplo, cuando admite su responsabilidad pero discute únicamente el *quantum*)¹³³.

Dicho esto, podemos proceder con los pasos ordenados por la ponderación para la solución del conflicto.

III.1.1. Fin legítimo: El derecho a la efectividad de la tutela material del demandante y su derecho constitucional de propiedad como justificación del otorgamiento de una medida anticipada

Como hemos señalado en el acápite anterior, entendemos que una medida anticipada o una medida de anticipación de tutela es aquella resolución que emite el juez en un proceso de conocimiento antes del pronunciamiento

¹³³ ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas...* 709 – 713.

final y cuyos efectos coinciden total o parcialmente con los efectos que tendría la sentencia final si declarase fundada la demanda.

Conforme a esta definición, en el proceso civil peruano, serán medidas de anticipación de tutela las medidas denominadas “*medidas cautelares temporales sobre el fondo*” (artículo 674), independientemente de que se dicten antes o después de la sentencia de instancia (e igualmente, la ejecución anticipada de sentencia prevista en el artículo 566 del Código Procesal Civil o la prevista en el artículo 22 del código procesal constitucional serían ambas medidas de anticipación de tutela).

En tanto una medida anticipada tiene como finalidad la optimización del derecho a la efectividad de la tutela material del demandante, así como su derecho a la propiedad constitucional, debe aceptarse que tiene un fin legítimo: *Que la tutela de las situaciones jurídicas (y en particular, aquellas susceptibles de apreciación económica) sea lo más rápida posible, de modo que las vulneraciones de su patrimonio se reduzcan en la mayor medida posible.*

Demostrado que las medidas anticipadas tienen un fin legítimo, podemos pasar al siguiente nivel de análisis, esto es, a la determinación de si el otorgamiento de una medida anticipada es la forma idónea de alcanzar el fin legítimo de optimización del derecho a la efectividad de la tutela material.

III.1.2. Examen de idoneidad o adecuación: Las medidas anticipadas como mecanismo adecuado para la optimización del derecho a la efectividad de la tutela material y el derecho de propiedad constitucional del demandante

A través del examen de idoneidad o adecuación, se verifica que la medida objeto de análisis sea idónea (útil) para alcanzar el fin legítimo que la justifica:

A través del examen de adecuación se lleva a cabo una selección de los medios idóneos para satisfacer P1, lo que constituye el primer paso necesario para establecer lo que ordena tal principio con relación a las posibilidades fácticas. **El juicio de adecuación se orienta, por tanto, a determinar si, en el supuesto que se examina, M1 constituye un medio idóneo para satisfacer P1 [resaltado agregado]**¹³⁴.

Parece evidente que el mandato emitido por el Juez para que el demandado satisfaga inmediatamente el derecho alegado por el demandante será un medio idóneo para que tal derecho sea efectivamente satisfecho.

Al respecto, si bien es cierto que el mandato del Juez podría no ser suficiente para la satisfacción de la situación jurídica de ventaja (el demandado podría no cumplir voluntariamente la orden del Juez) en estos casos el Juez podría, previo apercibimiento, tomar las disciplinarias que considere oportunas¹³⁵, informar al Ministerio Público¹³⁶ o tomar cualquier

¹³⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 27. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante. Alicante: 2004, p. 214.

¹³⁵ **Artículo 53.- Facultades coercitivas del Juez**

En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52 [conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial] el Juez puede:

1. *Imponer una multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda cumpla con sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión [...]*

¹³⁶ **Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad**

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años [...]

medida destinada a evitar un daño irreparable¹³⁷. Por su parte, el demandante, podría estar legitimado para iniciar el proceso ejecutivo¹³⁸.

Así pues, el hecho de que el mandato no sea suficiente para satisfacer la situación jurídica de ventaja, no implica que no sea idóneo¹³⁹. Igualmente, el hecho de que el mandato no sea suficiente en todos los casos, no quita que sea un medio idóneo para satisfacer el derecho a la efectividad de la tutela material (y el derecho a la propiedad constitucional) en la generalidad de los casos. De hecho, como veremos a continuación, salvo los casos en los que no existe interés para obrar, la efectividad de las situaciones jurídicas puede lograrse *únicamente* a través de una orden expedida por el órgano jurisdiccional.

III.1.3. Examen de necesidad: Las medidas anticipadas como única alternativa para la optimización del derecho a la efectividad de la tutela material y el derecho de propiedad del demandante ante determinados supuestos

137 Artículo 619.- Medida anticipada

*Además de las medidas cautelares reguladas, **el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable** o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.*

A este efecto, si una medida se hubiera ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo o por otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la parte contraria [...] [subrayado y resaltado agregados].

¹³⁸ En efecto, las resoluciones judiciales firmes son títulos ejecutivos, independientemente de que sean autos o sentencias:

Artículo 688.- Proceso único de ejecución

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

1. *Las resoluciones judiciales firmes.*

[...]

¹³⁹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 723 y ss.

La necesidad de una medida de anticipación de tutela será, en general, similar a la necesidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo.

Como se sabe, para que el Juez se pronuncie sobre el fondo en un proceso, deben haberse cumplido todos los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, entre ellos, que el demandante tenga *interés para obrar*.

Según el profesor Francesco Luiso¹⁴⁰:

[E]l interés para obrar puede faltar con referencia al medio procesal, o al resultado del proceso, es decir, a los efectos solicitados. Bajo el primer aspecto (ausencia de interés en el medio procesal), el efecto solicitado al juez es útil, pero la parte puede obtenerlo por una vía diversa a aquella jurisdiccional: de sólo a través de instrumentos de derecho sustancial, es decir, ejerciendo poderes de naturaleza sustancial [por ejemplo, el poder de resolución]. [...]

Pero igualmente relevante es el segundo aspecto, en el cual los efectos solicitados pueden ser obtenidos solo en la vía jurisdiccional y, en consecuencia, existe el interés en el medio; pero dichos efectos no sirven porque dejan a la parte que los pide en la misma situación que antes [por ejemplo una demanda declarativa de derecho de propiedad no controvertido].

De esta manera, para determinar la procedencia de la demanda el Juez evalúa si su pronunciamiento es necesario (primer aspecto) y útil (segundo aspecto).

Así, el interés en el medio determina la necesidad de tutela jurisdiccional: Si la satisfacción de la situación jurídica de ventaja alegada por el demandante no puede ser lograda por una vía distinta a la jurisdiccional, entonces no cabe duda de que la tutela jurisdiccional solicitada es necesaria.

¹⁴⁰ LUISO, Francesco. "Diritto processuale civile". Giuffré, Milán: 1997, pp. 202 y 203. En: AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis y otros. Derecho procesal Civil I, Selección de Textos. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2011, pp. 81 y 82.

Ahora bien, se parte de la premisa de que la tutela final se concederá eventualmente (de declararse fundada la demanda en instancia definitiva), el derecho del demandante será satisfecho. ¿Cuál es la necesidad de que se anticipen los efectos de la sentencia final? Este es la pregunta fundamental que debe responderse para determinar si una medida anticipada supera el examen de necesidad.

Para la teoría cautelar, la única explicación posible para adelantar los efectos de la sentencia final es el peligro en la tardanza¹⁴¹, esto es, la posibilidad de que la sentencia sea inútil para el actor por dictarse después de su fallecimiento¹⁴² o (podríamos pensar) después del grave e irreversible deterioro de su salud por falta de tratamiento, o cuando se presente algún otro supuesto similar a los señalados¹⁴³. De ahí que Calamandrei afirmara que el peligro en la demora es “*el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares*”¹⁴⁴.

Sin duda el peligro en la tardanza es una explicación de la necesidad de las medidas anticipadas: Se prefiere M1 (medida anticipada) a M2 (sentencia final), porque M2 anularía el derecho a la efectividad de la tutela material, mientras que M1 lo satisface.

¹⁴¹ CALAMANDREI, Piero. Óp. Cit. p. 72 y 73.

¹⁴² *Ibídem*.

¹⁴³ El Código Procesal Peruano señala algunos supuestos de peligro en la tardanza como habilitantes de una decisión de anticipación de tutela (arts. 675 y ss.) Para el proceso civil patrimonial solamente se prevé el abandono del bien como un supuesto de peligro en la tardanza en el proceso de desalojo:

“Artículo 679.- Desalojo

En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue a la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.

¹⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introducción...* p. 40. Desde luego, el hecho de que el actor acredite interés en el pronunciamiento cautelar, no lo exime de demostrar que tiene la razón respecto del fondo, al menos desde un análisis sumario (verosimilitud en el derecho).

Sin embargo, como ya hemos señalado anteriormente las disposiciones de derecho fundamental deben ser interpretadas en la medida más extensiva, amplia y favorable a su titular que sea posible¹⁴⁵ y (desde luego) las normas derivadas de tales disposiciones deben ser cumplidas en la medida ordenada por tal interpretación. En tal sentido, los derechos fundamentales no solamente pueden ser satisfechos o anulados, sino que su satisfacción puede ser *mayor* o *menor*. El grado de satisfacción será mayor mientras más se cumpla con lo ordenado por la norma fundamental, interpretada en la medida más extensiva, amplia y favorable a su titular que sea posible. Por el contrario, el grado de satisfacción será menor mientras menos se cumpla con la norma fundamental, interpretada en la medida más extensiva, amplia y favorable a su titular que sea posible. Si no se cumple con ninguno de los mandatos de la norma fundamental, entonces el derecho fundamental puede considerarse anulado, pero está claro que está no es la única posibilidad.

En concordancia con lo anterior, en tanto el derecho a la efectividad de la tutela material es un derecho fundamental, debe ser satisfecho en la mayor medida posible. Lo mismo sucederá con el derecho a la propiedad constitucional.

De hecho, si no se necesitara que estos derechos fueran satisfechos en la mayor medida posible, en muchas circunstancias ni siquiera existiría conflicto y, por tanto, tampoco tendría que recurrirse a la ponderación. Las probabilidades de conflicto se incrementan porque no basta que el que la tutela sea efectiva, sino que debe serlo de la manera más *rápida* e *incondicionada* posible; no basta que se proteja el patrimonio de las personas, es necesario que ellas tengan derecho a usarlo y disfrutar de él en la mayor medida posible, y que se vean privadas de él en la menor medida posible.

¹⁴⁵ Vid. supra. acápite I.3.

Es por esta razón que las medidas anticipadas superan el examen de necesidad: Porque son la única manera de que la situación jurídica de ventaja sea satisfecha de la manera *más rápida posible*, esto es, durante el mayor tiempo posible. Así, M1 (medida anticipada) debe preferirse a M2 (sentencia final) porque M1 es la única forma de lograr P1 (máxima efectividad de los derechos).

Igualmente, M1 (medida anticipada) debe preferirse también a M3 (medida cautelar) porque M3 únicamente asegura que el derecho será efectivo una vez que ocurra M2 (sentencia final). Para M3 no es relevante la máxima efectividad de los derechos, lo único relevante es que el derecho a la efectividad de la tutela material no sea completamente anulado. Por eso, desde el punto de vista de la efectividad de la tutela material, M1 (medida anticipada) es también preferible a M3 (medida cautelar).

En conclusión, las medidas anticipadas son necesarias (son la única alternativa posible) para maximizar el derecho a la efectividad de la tutela material y el derecho a la indemnidad patrimonial del demandante¹⁴⁶.

No obstante, existe una justificación adicional de la necesidad de las medidas anticipadas. En efecto, si bien hasta aquí hemos evaluado la necesidad de las medidas anticipadas en los casos fisiológicos, en la realidad se presentan también casos patológicos (de incumplimiento del plazo razonable para la resolución definitiva de la controversia).

En estos casos, la necesidad de una medida anticipada puede estar justificada por la obligación del Estado de no anular el derecho al plazo razonable del demandante o, en todo caso, de vulnerarlo en la menor medida posible. Más adelante explicaremos este punto con mayor detenimiento.

¹⁴⁶ Reiteramos que el derecho a la indemnidad patrimonial del demandante no será satisfecho en forma segura, sino solamente probable o incluso poco probable. Pero tal consideración no debe servir para excluir el derecho de propiedad de la ponderación.

III.1.4. Análisis de proporcionalidad en sentido estricto: Identificación de los presupuestos para el otorgamiento de una medida anticipada

III.1.4.1. Aplicación de la ley material de ponderación

Como hemos anticipado¹⁴⁷, en una primera parte del examen de proporcionalidad en sentido estricto, debe aplicarse la denominada “ley de colisión” o también “ley de ponderación”, conforme a la cual “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”¹⁴⁸.

III.1.4.1.1. El momento en que se otorga la medida anticipada como criterio para evaluar la intensidad de la afectación del derecho de defensa. La previa notificación de la solicitud de la medida anticipada como criterio concurrente

En el primer paso, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios¹⁴⁹.

Cuando se otorga una medida anticipada, los derechos afectados son los del demandado (su derecho de defensa y su derecho constitucional de propiedad). En el presente acápite analizaremos solamente el grado de afectación del derecho de defensa, el cual depende de la oportunidad y forma en la que se concede la medida de anticipación de tutela.

En primer lugar, según la oportunidad en que se concede la medida anticipada, la afectación del derecho de defensa podría ser *intensa, media o leve*.

¹⁴⁷ Vid. supra, acápite I.4

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* p. 31.

¹⁴⁹ Ídem, p. 32.

Sería *intensa* si la medida anticipada se concediera antes del contradictorio. En el proceso civil, esto sucedería si la medida fuera concedida con anterioridad a la contestación de la demanda (esto es, si se concediese en el lapso que va desde la presentación de la demanda hasta antes de la contestación). También sería *intensa* si la medida anticipada se concediera después de realizado el contradictorio pero antes de la actuación de una prueba ofrecida por el demandado y que resulte esencial para la solución de la controversia (piénsese por ejemplo en el peritaje grafotécnico ofrecido por el demandado para la determinación de la falsedad de su firma en un documento privado ofrecido por el demandante como prueba central de su pretensión).

La razón de que calificuemos estas afectaciones como intensas es que representan prácticamente una anulación del derecho de defensa y, de conformidad con lo expuesto en el primer capítulo de la presente investigación, una afectación de esa naturaleza debe tener una mayor importancia¹⁵⁰.

La afectación del derecho de defensa sería *media* si la medida anticipada se concediera luego de la contestación de demanda pero cuando el contradictorio aún no se hubiera realizado plenamente. En el proceso civil, esto sucedería, en general, en los casos con las siguientes características:

- a) El demandado ha contestado la demanda y ofrecido medios probatorios que requieren actuación;
- b) Tales medios probatorios no son esenciales o determinantes para la solución de la controversia o el Juez pueda prever que su actuación no tendrá influencia decisiva en la sentencia (piénsese por ejemplo en la defensa basada en testigos que el deudor de una obligación de dar suma de dinero podría intentar).

¹⁵⁰ Vid. supra. acápites 1.2; 1.3.7; 1.4, en particular 1.4.6.1.d)

- c) Los medios probatorios ofrecidos y no determinantes no han sido actuados aún.

La afectación del derecho de defensa sería *leve*, en general, en los casos en los que la medida anticipada se concediera luego de realizada la audiencia de pruebas y hasta antes de la sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada. Aquí puede distinguirse entre los supuestos en que ya se haya realizado audiencia de alegatos y aquellos en los que esta no se ha realizado aún. Una vez realizada la audiencia, se dictará la sentencia de instancia, y a partir de entonces la afectación del derecho de defensa es más leve aún que la que se produce habiéndose actuado las pruebas, pero antes de los informes orales.

Como se puede apreciar, la calificación de una medida anticipada como una afectación *intensa*, *media* o *leve* en el derecho de defensa del demandado está relacionada a la importancia y cantidad de las facultades de defensa (que forman parte del haz de facultades llamado “derecho de defensa”) que quedarían postergadas o anuladas si la medida fuera concedida en un momento dado¹⁵¹.

Adicionalmente, la forma en que se concede la medida anticipada puede influir en que la afectación del derecho de defensa sea más o menos intensa. Si el Juez resuelve la solicitud de anticipación de tutela sin haber permitido al demandado defenderse respecto de esta concreta solicitud, la afectación al derecho de defensa será mayor (más intensa) a aquella que se produciría si el Juez decidiera sobre el otorgamiento de la tutela anticipada luego de haber permitido al demandante exponer sus argumentos de defensa frente a esta solicitud incidental.

En resumen, en líneas generales una medida de anticipación de tutela afectaría el derecho de defensa de la siguiente manera:

¹⁵¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* p. 780 (regla 56).

Si la medida anticipada se otorga...	Antes de la contestación de demanda	Después de la contestación y antes de la audiencia de pruebas	Después de la audiencia de pruebas y antes de la sentencia definitiva
Sin haber corrido traslado al demandado de la solicitud de anticipación	Afectación <u>muy intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>media</u> del derecho de defensa
Habiendo notificado al demandado con la solicitud	Afectación <u>intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>media</u> del derecho de defensa	Afectación <u>leve</u> del derecho de defensa

Ahora bien, este esquema no considera aún el hecho de que el otorgamiento de la medida anticipada podría significar (salvo que la medida se sustente en el artículo 674 del Código Procesal Civil) que se someta al demandado a un procedimiento incidental no establecido previamente (en contravención al artículo 139.3 de la Constitución).

En nuestra opinión, este derecho cumple la misma finalidad constitucional que el conjunto de derechos de defensa. En específico, la exigencia de que el procedimiento haya sido previamente previsto cumpliría la función de que el demandado conozca previamente las “reglas del juego” (del proceso) para posibilitar el planteamiento adecuado de su defensa.

Ahora bien, en tanto ninguna defensa lícita podría justificarse en la dilatación del proceso, en tanto el demandado haya presentado los medios probatorios que considere pertinentes y estos hayan sido actuados y en tanto se conceda al demandado un plazo razonable para su defensa respecto de la pretensión anticipatoria, consideramos que una medida anticipada no alteraría en una medida demasiado relevante las reglas de

juego y, por lo tanto, la contravención del artículo 139.3 de la Constitución no altera las intensidades de afectación propuestas.

Por el contrario, si el procedimiento para el otorgamiento de la medida anticipada se siguiera antes de la actuación de todos los medios probatorios o sin cumplir alguna de las condiciones señaladas en el párrafo precedente (por ejemplo, si se concediese al demandado un plazo muy breve para preparar su defensa respecto de la pretensión anticipatoria) entonces la intensidad de la afectación del derecho de defensa debería incrementarse.

Ahora bien, el esquema hasta aquí expuesto funcionará para las situaciones jurídicas susceptibles de valoración económica, en los que la ejecución de una medida anticipada no genera, en la mayoría de los casos, un daño irreparable al demandado. En otros supuestos (aunque, en general, tales supuestos estarán fuera del ámbito de la presente investigación), la medida podría ocasionar un daño irreparable al demandado¹⁵², por lo que la afectación del derecho de defensa sería siempre intensa y, en algunos casos, muy intensa.

En efecto, si la sentencia final no declarase fundada la pretensión del demandante, la ejecución de la medida correspondería al ejercicio regular del derecho del demandante. En tal sentido, si y solo si la sentencia final llegase a declarar infundada la pretensión del demandante, entonces la ejecución de la medida anticipada habrá ocasionado un daño al demandado. Ahora bien, en los casos en que el daño ocasionado no pueda ser adecuadamente reparado a través de la tutela resarcitoria, el derecho de defensa habrá cumplido solo parcial y mínimamente su función, pues, a pesar de haber sido ejercido por el demandado, su derecho material habrá quedado vulnerado irremediabilmente.

¹⁵² Sobre el término *irreparabilidad*, vid. infra, acápite III.1.4.1.2.

Según el criterio señalado anteriormente, la intensidad de la afectación del derecho de defensa estará relacionada a la importancia y cantidad de las facultades de defensa que forman parte del haz de facultades llamado “derecho de defensa” que quedarían postergadas o anuladas si la medida anticipada fuera concedida en un momento dado.

Igualmente, podemos afirmar que cuando exista la posibilidad de que el derecho material del demandado sea vulnerado irremediablemente, la importancia del derecho “de ejercer todos los derechos de defensa de manera previa a la decisión final y de manera previa a ser obligado a satisfacer la situación jurídica de ventaja alegada por el demandante” habrá quedado anulado a pesar de su enorme importancia en el caso concreto.

Así pues, en tanto quedaría anulada una parte importante del derecho de defensa del demandado, la afectación tendría que ser intensificada, de la siguiente manera:

Si la medida anticipada <u>ocasionaría daño irreparable</u> y se otorga...	Antes de la contestación de demanda	Después de la contestación y antes de la audiencia de pruebas	Después de la audiencia de pruebas y antes de la sentencia definitiva
Sin haber corrido traslado al demandado de la solicitud de anticipación	Afectación <u>muy intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>muy intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>intensa</u> del derecho de defensa
Habiendo notificado al demandado con la solicitud	Afectación <u>muy intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>intensa</u> del derecho de defensa

Finalmente, consideramos pertinente aclarar que el Juez deberá correr traslado al demandado en todos los casos, salvo en aquellos en los que

hacerlo generaría, probablemente, que se concrete una afectación del derecho a la efectividad de la tutela material.

La regla general mencionada no es más que una de las exigencias de la ponderación¹⁵³ y, en específico, del juicio de necesidad. En efecto, si la misma medida puede ser tomada, con igual resultado, tanto antes como después de correr traslado al demandado; el juicio de necesidad exigirá que se prefiera la alternativa menos restrictiva del derecho de defensa. En consecuencia, por regla general el Juez deberá notificar al demandado y permitir que alegue y pruebe en contra del otorgamiento de la medida anticipada.

La excepción, por otro lado, también se justifica en una adecuada ponderación¹⁵⁴. Si la medida solamente puede ser tomada sin correr traslado al demandado, entonces supera el juicio de necesidad. Este supuesto podría presentarse en los casos en los que la urgencia sea tal que el solo hecho de correr traslado al demandado podría poner en riesgo la vida o la salud del demandante, que requiere, por ejemplo, pagar una intervención médica urgente. Superado el juicio de necesidad; sin embargo, deberá proseguirse con la evaluación del juicio de proporcionalidad estricta.

III.1.4.1.2. El peligro de daño irreparable como criterio que determina la afectación intensa del derecho a la efectividad de la tutela material por el rechazo de una medida anticipada. El simple peligro en la tardanza como criterio que determina la afectación intermedia. El incumplimiento del plazo razonable como criterio adicional

En un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario¹⁵⁵.

¹⁵³ PRIORI POSADA, Giovanni. *La oposición...* p. 426

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Epílogo...* p. 32

Debemos, en consecuencia, determinar cuál es la importancia de la satisfacción del derecho a la efectividad de la tutela material y, en específico, cuál es la importancia de que la satisfacción se consiga antes de la sentencia definitiva.

Importancia intensa de la satisfacción del derecho a la efectividad de la tutela material: El problema podría ser planteado de la siguiente manera: ¿En qué casos se produciría una grave afectación del derecho a la efectividad de la tutela material si no se otorgara al demandante la medida de anticipación solicitada? En efecto, la posibilidad de una grave afectación del derecho a la efectividad de la tutela material determinaría una importancia mayor de satisfacer este derecho en tales casos concretos¹⁵⁶.

Podría pensarse que una afectación intensa se configuraría ante la existencia de peligro de infructuosidad (por ejemplo, peligro de que el demandado se deshaga de su patrimonio); sin embargo, ante este supuesto no necesariamente se requeriría otorgar una medida anticipada. Para superar el peligro de infructuosidad, bastaría con el otorgamiento de una medida cautelar al actor, por lo que no se superaría el examen de necesidad.

Los casos de afectación intensa del derecho a la efectividad de la tutela material por no otorgamiento de una medida anticipada en el proceso civil serían, normalmente, los ya citados casos de peligro en la tardanza, cuando este peligro sea, además, irreparable (cuando exista peligro de tardanza por encontrarse el demandante en grave necesidad, por ejemplo, por tener una alta posibilidad de muerte por enfermedad o por edad). Sin embargo, el peligro en la tardanza no siempre será un peligro de daño irreparable¹⁵⁷. En los casos en los que el peligro en la tardanza no sea también un peligro de daño irreparable, la afectación del derecho a la efectividad de la tutela

¹⁵⁶ Ídem, p. 39: “*Esto puede generalizarse y expresarse mediante la siguiente fórmula: la importancia concreta de Pj se mide según el grado de intensidad en la intervención en Pj que la no intervención en Pi produzca*”.

¹⁵⁷ Piénsese por ejemplo en la suspensión de los efectos del acto administrativo que impone una multa (artículos 39 y 40 del T.U.O. de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo).

material por no otorgamiento de la medida anticipada, deberá considerarse intermedia.

En este punto, es necesario profundizar sobre el significado del término “irreparable”. El profesor Proto Pisani ha identificado el peligro de daño irreparable con todo aquel peligro no susceptible de ser reparado *adecuadamente* ex post a través de la tutela resarcitoria¹⁵⁸.

Ariano, por su parte, comparte la tipología de peligros de daño irreparable propuesta por Arieta¹⁵⁹:

- A) *Irreparabilidad entendida como irreversibilidad de los efectos del perjuicio al derecho*: «Es irreversible aquella lesión del derecho que se verifica en el momento de su ejercicio y que, con su verificación, produce efectos destructivos o del entero derecho o bien de los poderes o facultades estrictamente conexos con la titularidad del mismo. Producen lesiones o peligros de lesiones irreversibles todos los eventos perjudiciales que están dirigidos a golpear derechos de contenido y función no patrimonial» Caso de lesión de los derechos de la persona (imagen, intimidad, identidad personal, etc., pero también de ciertos *status*).
- B) *Irreparabilidad entendida como imposibilidad o grave dificultad a la plena Restituto in integrum del derecho lesionado*. «En presencia de lesiones si bien no irreversibles o a efectos irreversibles, los instrumentos resarcitorios, comprendida la reintegración en forma específica cuando esta sea posible, no están en grado de realizar integralmente el contenido del derecho en juicio, más allá del "límite de normal tolerabilidad"». Hipótesis que se presenta, p.e. en el supuesto de «desviación de la clientela» como supuesto de competencia desleal: el daño es resarcible económicamente, pero la clientela perdida lo más probable es que ya no regrese... de allí que se necesite la medida cautelar tendiente a inhibir el comportamiento desleal de desviación de la clientela por parte del empresario de la competencia o bien en los supuestos de la violación de derechos de autor o de derechos sobre la propiedad industrial.

¹⁵⁸ PROTO PISANI, Andrea. “La tutela sumaria en general”. En: *Proceso y Constitución*. ARA Editores. Lima: 2011, p. 431 y 432. En sentido similar, PEYRANO, Jorge. *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 27: “Comenzamos con su análisis señalando que al sintagma «perjuicio irreparable» lo utilizamos con un enfoque estrictamente realista. No ignoramos que cualquier daño puede ser (en teoría) monetariamente resarcido. Pero también sabemos que no todas las veces el dinero repara **adecuadamente**, y también que no todas las veces el dinero del resarcimiento llega prestamente a los bolsillos del perjudicado [subrayado y resaltado agregados]”.

¹⁵⁹ ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas...* pp. 687 y 688.

C) *Irreparabilidad entendida como no realización de la función que el derecho es llamado a desarrollar por el ordenamiento o en relación al caso concreto, con contextual lesión irreparable de bienes y/o intereses del titular funcionalmente conexos en modo necesario con el ejercicio del derecho mismo.* Según ARIETA para que se verifique esta hipótesis de perjuicio irreparable deben concurrir dos requisitos:

1. La lesión (o la amenaza de lesión) del derecho del titular debe golpear, en vía inmediata y no refleja, bienes y/o intereses del titular estrechamente conexos con la realización del derecho mismo, de tal forma que la no realización del derecho impida, a través de un nexo de estrecha causalidad la realización de estos bienes y/o intereses
2. por efecto de la lesión aquellos bienes y/o intereses deben sufrir ellos mismos un perjuicio irreparable.

Nosotros compartimos la propuesta de Arieta, siempre y cuando se entienda que los supuestos señalados no son exhaustivos y, por lo tanto, se pueden encontrar otros casos de peligro de daño irreparable.

Un supuesto adicional de peligro de daño irreparable se presentaría, por ejemplo, cuando sea *probable* que el demandado no pueda reparar los daños que viene ocasionando al demandante la duración del proceso (hasta el momento de la sentencia final). La configuración de este supuesto requeriría el cumplimiento de 2 requisitos:

- a. Que sea probable que el demandante sufra un daño en espera de la decisión final;
- b. Que sea probable que el demandado no pueda reparar tales daños.

Este supuesto ofrece, desde nuestro punto de vista, un particular interés, ya que se trata de un supuesto de irreparabilidad práctica, que normalmente no ha sido estudiado.

La situación se produciría, por ejemplo, en el desalojo por vencimiento de contrato de arrendamiento:

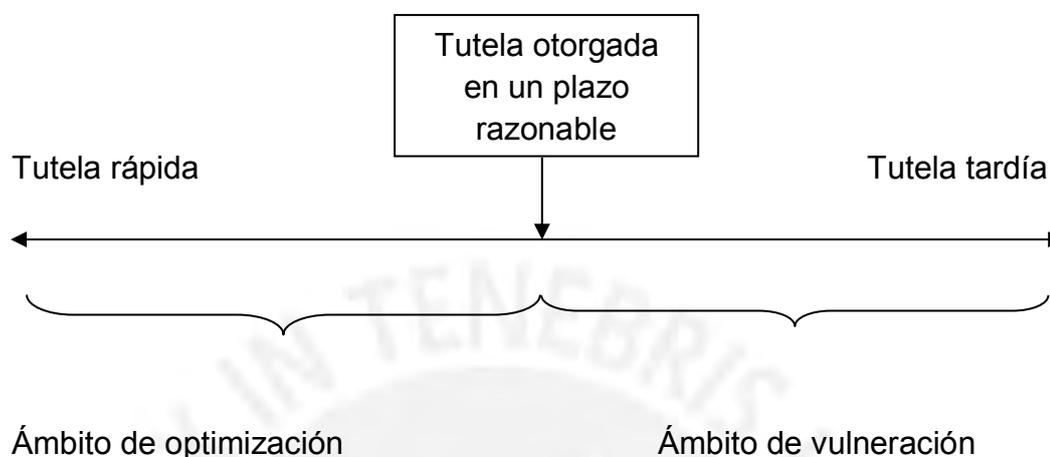
1. Se demanda el desalojo y se acumula la pretensión de pago de rentas y penalidades que se devenguen hasta la fecha efectiva en la que el demandado abandone el inmueble: El supuesto a., daño, es evidente, el daño está incluso cuantificado por la cláusula penal.
2. El demandado no tiene bienes que puedan ser embargados o secuestrados, de modo que el derecho de crédito posiblemente no sea satisfecho si la demanda llega a ser declarada fundada, se cumple el supuesto b.

Los daños que el demandado producirá al demandante son en la práctica irreparables y se producen por la espera de la sentencia final (cada día que pasa se incrementa el *quantum* del daño que, en la práctica, será irreparable). En este escenario, salvo que el demandado ofrezca como cautela una suma que razonablemente sirva para reparar el daño que ocasionará la espera (lo que eliminaría el cumplimiento del supuesto ii), el derecho a la efectividad de la tutela material se vería afectado.

En las situaciones descritas (peligro en la tardanza y peligro de daño prácticamente irreparable) la afectación del derecho a la efectividad de la tutela material puede llegar a ser intensa, pues en ambos supuestos resulta probable que, de no otorgarse la medida anticipada, el derecho a la tutela jurisdiccional quede anulado, al menos parcialmente.

Importancia media e importancia leve del derecho a la efectividad de la tutela material: Tal como en los párrafos precedentes, debemos determinar en qué casos se produciría una afectación intermedia o leve del derecho a la efectividad de la tutela material si no se otorgara al demandante la medida de anticipación solicitada.

En cierta medida, esta pregunta ha sido ya respondida en el apartado II.1.2, en el que concluimos que la relación entre los derechos al plazo razonable y a la efectividad de la tutela material podría explicarse de la siguiente manera:



No obstante, es necesario profundizar en algunos aspectos.

El primer aspecto que es necesario profundizar está relacionado al contenido del derecho al plazo razonable. Este derecho exige el cumplimiento de determinado plazo para la emisión de la decisión *final*. En consecuencia, durante el proceso existe la posibilidad de que el trámite se prolongue más de lo necesario, pero aún no se alcance el plazo para la emisión de la decisión final.

Esto puede aclararse mediante un ejemplo: Si en un proceso el trámite de primera instancia durase más de un año y medio (siendo que lo razonable era que la primera instancia dure solamente un año), aun cuando todavía no se ha vulnerado el derecho al plazo razonable, la vulneración es probable (pues resulta probable que la sentencia *final* también supere lo razonable).

El segundo aspecto está relacionado a la forma en la que se determina el plazo razonable. Como hemos señalado¹⁶⁰, el plazo razonable no es un plazo fijo, sino que debe determinarse según los criterios de i) complejidad ii) conducta de las partes iii) conducta de la autoridad y iv) la afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, aunque éste último criterio no ha sido analizado en todos los casos.

Estos criterios son utilizados por la Corte para evaluar la duración de los procesos internos de los países miembros de la Convención, en su calidad de tercero imparcial que resolverá la controversia de derechos humanos suscitada entre el ciudadano y el Estado. Sin embargo, el Juez del proceso no es un tercero imparcial para decidir el cumplimiento o incumplimiento del plazo razonable o para evaluar cuál es el plazo razonable de determinado proceso sometido a su propia jurisdicción.

Es posible; no obstante, utilizar otra forma de evaluar el plazo razonable: A menos que se pruebe lo contrario, el plazo razonable será el que señale la ley¹⁶¹. En efecto, si los plazos señalados en la ley son constitucionales, pueden presumirse razonables. El plazo legal está justificado por la existencia de la norma procesal; un plazo mayor tendría que estar justificado por el juez. Más aún, en el caso peruano, la tramitación de un proceso como sumarísimo, abreviado o de conocimiento, depende, en cierta medida, de la complejidad de la pretensión¹⁶² y de la urgencia de la tutela jurisdiccional¹⁶³,

¹⁶⁰ Vid. supra, acápite I.2.1

¹⁶¹ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 130. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de agosto de 2008, párr. 160.

¹⁶² "**Art. 475.- Procedencia**

Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que:

1. *No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, **cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión**, el Juez considere atendible su tramitación [...] [subrayado y resaltado agregados]"*

¹⁶³ "**Art. 546.- Procedencia**

esto es, de la afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.

En tal sentido, solamente para casos excepcionalmente complejos, ya sea en los hechos (gran cantidad de medios probatorios pertinentes, gran dificultad en la evaluación de la prueba v.g. prueba indiciaria) o en el derecho (jurisprudencia cambiante, normas del mismo rango y de igual especialidad, simultáneas y contradictorias) o bien en el trámite del proceso (gran cantidad de litisconsortes); solamente en tales casos estaría permitido al Juez apartarse del plazo previsto por la norma procesal y prolongarlo, sin que tal prolongación implique la vulneración del derecho fundamental al plazo razonable. En todos los demás casos (es decir, por regla general) el Juez está obligado a cumplir el plazo señalado por las normas procesales para así respetar el derecho al plazo razonable de las partes¹⁶⁴.

Ahora bien, en todos los casos en los que el plazo previsto en la ley para que el proceso alcance el estado en el que se encuentra (PI) es excedido por el

Se tramitan en un proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

[...]

6. *Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, **porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional el Juez considere atendible su empleo** [subrayado y resaltado agregados].”*

El legislador peruano habría tomado en consideración la urgencia *abstracta* de determinadas situaciones jurídicas para la determinación de que la vía apropiada es la sumarísima. De lo contrario, esta norma de clausura respecto de qué procesos pueden ser tramitados en la vía sumarísima no tendría justificación.

¹⁶⁴ Si bien es cierto las normas procesales no determinan la duración máxima del proceso civil (lo cual, desde luego, resultaría inconveniente) sí es cierto que determinan la duración de la realización de algunos actos. Así, por ejemplo, el artículo 478 establece los plazos máximos aplicables en el proceso de conocimiento y el artículo 493 establece los plazos máximos aplicables al proceso abreviado. Así también, el artículo 435 fija los plazos máximos del emplazamiento, los artículos 478.10 y 491.9 señalan los plazos máximos para la realización de la audiencia de pruebas en el proceso de conocimiento en el proceso abreviado respectivamente; y los artículos 449 y 491.8 señalan los plazos general y especial respectivamente para que el Juez expida el auto de saneamiento.

Sin duda las normas procesales no prevén todos los plazos que pueden resultar aplicables en un proceso; sin embargo, los plazos no previstos en la norma deben ser razonables también y esto implicará que guarden relación con los plazos que las normas procesales sí establecen.

plazo realmente transcurrido (Pr), el cociente que resulta de dividir Pr entre PI es mayor a 1. Mientras mayor sea tal cociente (al que podemos denominar Icp, índice de cumplimiento de plazo) mayor será la probabilidad de vulneración del derecho al plazo razonable y mayor la intensidad de esa vulneración.

En consecuencia, resulta razonable afirmar que un cociente menor a 1.5 implicaría una vulneración *leve* del derecho a la efectividad de la tutela material (el proceso está tardando más de lo razonable, pero no demasiado). Un cociente mayor a 1.5 pero menor a 2.5 (el proceso está tardando aproximadamente el doble de lo previsto en la norma procesal) implicará una vulneración *intermedia* del derecho al plazo razonable. Un cociente igual o mayor a 2.5 (el tiempo transcurrido es muy superior al doble de lo razonable) implicará una vulneración de intensidad *grave*.

Desde luego, este método solamente puede ser aplicado en los casos en los que la demora no sea imputable al propio demandante. Si la demora es, al menos parcialmente, imputable al demandante, el análisis debería reformularse, restando del numerador (Pr) el mayor plazo que haya ocasionado la conducta dilatoria del demandante. Así, la intensidad de afectación del derecho a la efectividad de la tutela material estará dada por la medida en la que el proceso se aleja del plazo razonable, siempre y cuando este hecho sea imputable al demandado o al Juez.

Por otro lado, en los casos excepcionalmente complejos, el valor PI estará dado por el Juez, quien estará obligado a justificar la inaplicación de la norma procesal de plazo, indicando las dificultades de hecho, de derecho o de trámite presentadas en el proceso y sustentando cómo estas dificultades implican la imposibilidad de cumplir con el plazo legal y la necesidad de ampliar el plazo en determinada medida.

Finalmente, cabe distinguir dos supuestos: Cuando se ha sobrepasado el plazo para la emisión de la decisión final, la utilización del Icp como criterio de distinción de las intensidades *leves*, *intermedias* o *graves* es correcta. También debe aceptarse su uso cuando al momento de la decisión de otorgamiento o rechazo de la medida solamente resta un corto periodo de tiempo para la superación del plazo razonable.

Sin embargo, cuando aún resta un largo periodo de tiempo para la superación del plazo razonable, la intensidad de afectación del derecho a la efectividad de la tutela material será *leve*. La razón es la siguiente: Mientras no se supere el plazo razonable para la resolución definitiva de la controversia, la medida anticipatoria se encuentra en el “ámbito de optimización”. Esto quiere decir que si se concede la medida, el derecho a la efectividad de la tutela material será optimizado; pero si no se concede, este no será vulnerado *gravemente*, ni siquiera será vulnerado con intensidad *media* (claro está, salvo que exista peligro de daño irreparable, supuesto que no está siendo analizado en este apartado).

Para explicar con mayor detalle las razones por las cuales se debe calificar una afectación como *leve*, *intermedia* o *grave*, debemos repasar algunas conclusiones alcanzadas y relacionarlas con lo expuesto en el presente acápite:

- a) El demandante tiene derecho a que se resuelva la controversia en un plazo razonable.
- b) Si el demandante es titular de la situación jurídica de ventaja, el demandante tiene el derecho a que la controversia se resuelva a su favor en un plazo razonable, y que se ordene al demandado la satisfacción de la situación jurídica de ventaja de la que es titular.

c) Si la controversia no se resuelve en un plazo razonable y el demandante es el titular de la situación jurídica de ventaja¹⁶⁵, se afecta al demandante en al menos dos sentidos:

- Se afecta el derecho del demandante a obtener una resolución *final y definitiva* (con autoridad de cosa juzgada) en un plazo razonable.
- Se afecta el derecho del demandante a obtener la satisfacción de su situación jurídica de ventaja en un plazo razonable.

d) La vulneración de los derechos al plazo razonable y a la efectividad de la tutela material del demandante se mitiga si, en un plazo razonable, el juez obliga al demandado satisfacer la situación jurídica alegada por el demandante, aunque no sea de manera *final y definitiva*¹⁶⁶. En este caso, el demandante no habrá obtenido una resolución *final y definitiva* que ordene al demandado la satisfacción de su situación jurídica de ventaja, pero cuando menos habrá obtenido una resolución *provisoria* con el mismo contenido, medida idónea para la satisfacción de la situación jurídica de ventaja cuya titularidad alega¹⁶⁷.

Por otro lado, el otorgamiento de una resolución provisoria como la señalada (una medida anticipada) es la única alternativa que se tiene para mitigar la afectación del derecho a la efectividad de la tutela material (y el derecho al plazo razonable) del demandante.

e) No es necesario esperar a que el proceso tome más del doble de lo previsto para saber que efectivamente demorará una cantidad mayor a

¹⁶⁵ Desde luego, antes de la resolución final de la controversia, no es posible determinar si el demandante es titular del derecho o no lo es. Esta dificultad se supera mediante la aplicación de la ley epistémica de ponderación, que será analizada en el acápite siguiente.

¹⁶⁶ Esta medida restringirá el derecho de defensa del demandado. Sin embargo, esto no supone que la medida sea ilegítima inmediateamente. Este hecho solamente evidencia el conflicto entre ambos derechos y, en consecuencia, la necesidad de resolver el conflicto a través de la optimización de ambos derechos.

¹⁶⁷ Vid. supra, acápite II.2.2.

la razonable. Esto se puede lograr de manera fácil mediante el cálculo del lcp.

Si se prevé que el proceso demorará más de lo razonable, se vulnerará el derecho al plazo razonable. Esta vulneración puede evitarse mediante el otorgamiento de una medida anticipada.

El grado en el que se evita una vulneración (ya sea esta leve, grave o intermedia) explica la importancia de la satisfacción del derecho a la efectividad de la tutela material a través de una medida anticipada. Esto es correcto si la decisión es cercana al plazo razonable.

- f) Cuando aún no se ha cumplido ni se está cerca del plazo razonable para la emisión de la resolución *final* y *definitiva*, el rechazo de una medida anticipada constituiría una violación del mandato de optimización del derecho a la efectividad de la tutela material. En efecto:
- El demandante tiene derecho a obtener una resolución *final* y *definitiva* (con autoridad de cosa juzgada) en un plazo razonable, pero además tiene derecho a obtenerla en la medida más *rápida* e *incondicionada* posible.
 - El demandante tiene derecho a obtener la satisfacción de la situación jurídica alegada en un plazo razonable, pero también de la manera más *rápida* e *incondicionada* posible.
- g) Si fuera imposible que el demandante obtenga una resolución *final* y *definitiva*, así como la satisfacción de la situación jurídica de ventaja de la que es titular antes del plazo razonable, cuando menos podría obtener una resolución *provisoria* y la satisfacción de la situación jurídica de ventaja de la que es titular dentro de un plazo razonable.

Eso significaría la máxima optimización posible de su derecho a la efectividad de la tutela material.

Sin embargo, la no optimización de su derecho en la forma señalada, no podría considerarse, en general, una afectación *grave*, ni siquiera *intermedia* (porque no se ha evitado ninguna vulneración, conforme a lo señalado en e).

En general, la no optimización solamente podría considerarse una afectación *leve*, pues se trata de un incumplimiento del mandato de optimización cuya consecuencia será la espera del plazo razonable, que es precisamente un periodo de tiempo no demasiado extenso sino *razonable*.

Es decir, la espera del demandante de un plazo razonable para la satisfacción de la situación jurídica cuya titularidad alega, no implica una vulneración ni intermedia ni grave del derecho a la efectividad de la tutela material.

Cabe precisar que el otorgamiento de una medida anticipada es la única alternativa posible para la optimización del derecho a la efectividad de la tutela material, en vista de que la aceleración de los plazos y actuaciones aparecerá como imposible en la mayoría de los casos.

III.1.4.1.3. La importancia (menor) de la satisfacción de los derechos de propiedad constitucional de ambas partes. La intensidad leve de su afectación.

En tanto los derechos de indemnidad patrimonial de ambas partes se refieren a un mismo bien (en el sentido amplio de la palabra, como hemos visto) la importancia de satisfacción de ambos derechos será la misma, más

aún, si se considera el hecho -derivado de lo anterior- de que la ventaja para uno de los derechos de indemnidad patrimonial significará la desventaja, por el mismo tiempo y en la misma medida, del otro derecho de indemnidad patrimonial.

En este ámbito, pues, los derechos de propiedad constitucional de las partes se anulan mutuamente, por lo que no generan ninguna diferencia en la ponderación.

Sin embargo, como veremos más adelante, cuando se consideran los valores asignados a la seguridad de las premisas de afectación de los derechos de propiedad, la asignación del valor que se les haya dado en este paso resultará importante. De ahí que debemos definir si la inefectividad temporal del derecho de propiedad constitucional debe asignársele un valor *intenso*, *medio* o *leve*.

En primer lugar, consideramos que resulta claro que no se le podría asignar un valor *intenso* a una limitación meramente temporal del derecho de propiedad constitucional. Tal valor estaría reservado para los casos en que se prive irreversiblemente (de manera perpetua) de todo o parte de su patrimonio a algún ciudadano (por ejemplo, a través de una expropiación que no cumple con los requisitos constitucionales).

En nuestra opinión, la limitación temporal de la propiedad que genera la duración temporal del proceso está muy lejos de esos casos extremos de vulneración del derecho de propiedad. Entre ambos extremos, podrían darse casos que no resultaran ni tan graves ni tan leves (privación de la propiedad por un plazo largo, reducción de una porción del valor de una propiedad a través de regulaciones estatales, etc.)

Por lo tanto, consideramos que las afectaciones del derecho de propiedad constitucional en un proceso civil, tanto para el demandante como para el

demandado, son *leves* y que, en consecuencia, puede asignárseles el valor 1.

Ahora bien, cuando se presenten casos de irreparabilidad práctica, la afectación del derecho del demandante (y únicamente del derecho del demandante) debería considerarse media (valor 2), en vista de que el no otorgamiento de la medida significará la pérdida absoluta e injustificada de una porción de su patrimonio en favor de un tercero.

III.1.4.2. Aplicación de la ley epistémica de ponderación: Criterios que el juez debe seguir para evaluar la probabilidad o seguridad de afectación de los derechos en juego

Según Alexy, “*en cuanto principios, los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sea mayor cuanto más intensa sea la intervención*”¹⁶⁸. De tal manera que “*cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención*”¹⁶⁹. Esta exigencia es denominada por Alexy “*ley epistémica de ponderación*”¹⁷⁰.

III.1.4.2.1. La probabilidad de que la sentencia final declare fundada la demanda como criterio que determina la seguridad de las premisas de la afectación del derecho del demandante a la efectividad de la tutela material. La defensa temeraria como criterio adicional.

En el caso de una medida anticipada, la razón que sirve de premisa que sustenta la intervención es la optimización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (y en particular, el derecho a la efectividad de la tutela material). Sin embargo, es claro que el derecho a la tutela jurisdiccional

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. *Epílogo...*, p. 54

¹⁶⁹ Ídem, p. 55

¹⁷⁰ Ibídem.

efectiva no es el derecho a que se declare fundada la demanda, sino el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho¹⁷¹ (ya sea que declare fundada la demanda o que la declare infundada). Asimismo, es evidente que únicamente si el actor obtiene una sentencia favorable, tendrá derecho a exigir que el demandado cumpla con satisfacer la situación jurídica de ventaja reconocida en la sentencia.

La medida anticipada, por su lado, es aquella resolución que emite el juez en un proceso de conocimiento antes del pronunciamiento final y cuyos efectos coinciden total o parcialmente con los efectos que tendría la sentencia final si declarase fundada la demanda. Sin embargo, como puede apreciarse, una resolución con tal contenido solo podría ser exigida por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva *si el actor es titular de la situación jurídica de ventaja*. Si el actor no es titular de la situación jurídica de ventaja, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva le permitirá obtener una decisión fundada en derecho, pero desfavorable a su pretensión.

En otras palabras, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permitirá al actor realizar su situación jurídica de ventaja, *si es titular de tal situación*. Es evidente que no se puede satisfacer u ordenar la satisfacción de una situación jurídica de ventaja que el actor no tiene.

Ahora bien, en una etapa anterior a la sentencia, el Juez no tiene certeza acerca de si el actor tiene o no tiene el derecho alegado. Precisamente la sentencia es el momento de la certeza jurídica sobre las controversias que han dado lugar al proceso. Antes de la sentencia, solamente existe incertidumbre, en mayor o menor medida¹⁷².

¹⁷¹ Vid. supra. acápite I.2

¹⁷² De hecho, es precisamente porque la certeza jurídica se logra solamente con la sentencia que las formas sumarias de tutela procesal habrían sido repudiadas en el estado liberal. Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. IV. Lima, 2001, pp. 160 y 161. En el mismo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutelas urgentes...* pp. 14 y ss.

Sin embargo, debemos reiterar que para ponderar no es necesario que se tenga certeza sobre las premisas empíricas que sustentan la pretensión. Es justamente la mayor o menor probabilidad de las premisas empíricas que sustentan la pretensión la que dará lugar a un resultado diferente de la ponderación y, en consecuencia, lo que dará lugar a que la medida bajo análisis supere el test o no lo supere.

En el caso de la anticipación de tutela, la mayor o menor certeza “sobre las premisas empíricas que sustentan la pretensión” estará dada por la mayor o menor probabilidad de que la sentencia definitiva declare fundada la demanda.

En la doctrina procesal civil, la probabilidad de que la sentencia definitiva declare fundada la demanda es conocida normalmente como *fumus boni iuris*, humo de buen derecho, verosimilitud del derecho, verosimilitud de la fundabilidad de la pretensión.

Para efectos del presente análisis, nosotros preferiremos mantener los términos de la ley epistemológica de ponderación, que nos llevan a la frase “probabilidad de que la sentencia final sea favorable al demandante” o, más sencillamente, “probabilidad”¹⁷³.

¹⁷³ Según el Diccionario de la Real Academia, “verosímil” se dice de lo que “*tiene apariencia de ser verdadero*” o de lo que resulta “*creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad*”. Por el contrario, un evento probable es un evento respecto del cual existen “*buenas razones para creer que sucederá o se verificará*”. Este significado no es compartido por el término verosimilitud.

Ahora bien, la premisa que sustenta la intervención en el derecho de defensa del demandado es que la sentencia final (evento futuro) declarará fundada la pretensión. Conforme a lo anteriormente expuesto, de este evento (futuro) no puede decirse con corrección que sea verosímil o inverosímil, sino solamente que es probable o improbable. De ahí que resulte correcto mantener la frase “probabilidad de que la sentencia final sea favorable”.

Esto no quiere decir que el término “verosimilitud”, utilizado por la doctrina procesal, sea incorrecto. Por el contrario, como queda dicho, si la verosimilitud se predica de las alegaciones de las partes sobre los hechos o sobre el derecho, la utilización es correcta. Asimismo, puede predicarse de la pretensión, siempre que se entienda que esta tiene que formularse como un enunciado (del tipo «A (el demandante) es titular del derecho “a”»). Sin embargo, en ningún caso puede predicarse del hecho de que el demandante será favorecido por la sentencia.

Ahora bien, la probabilidad de que la sentencia final sea favorable al demandante no puede evaluarse sino analizando las pruebas y alegaciones, los hechos y el derecho, *en el caso concreto*, es decir, evaluando el *grado de probabilidad*.

En otras palabras, el Juez deberá extraer, de los medios probatorios y del derecho aplicable, una conclusión (provisoria) respecto a si la pretensión planteada en la demanda es fundada o infundada y, por lo tanto, si debería ser declarada fundada o infundada cuando se emita la decisión de certeza (la sentencia final). De tal modo que *la probabilidad de que la sentencia final sea favorable al demandante debe medirse en el grado de probabilidad que el Juez aprecia sobre la base de una cognición incompleta*.

Así, una pretensión tendrá mayor probabilidad de ser declarada fundada si el Juez aprecia una mayor contundencia en los medios probatorios ofrecidos para acreditar los hechos y si estos se corresponden en mayor medida con el derecho alegado¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Este análisis es diferente al de la probabilidad estadística, conforme al cual una pretensión A tendría más probabilidad de ser declarada fundada mientras mayor sea la razón entre la totalidad de pretensiones del tipo A declaradas fundadas y la totalidad de pretensiones tipo A. Este tipo de análisis no tiene relevancia respecto del caso concreto. Más aún, de concederse o denegarse una medida anticipada sobre la base de un razonamiento estadístico, se incumpliría con la garantía de la motivación, establecida en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución:

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

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan [resaltado agregado]

Como puede apreciarse, la Constitución exige que toda resolución sea motivada sobre las base **de los hechos que la sustentan** (los hechos concretos de cada caso) y con mención expresa de la ley aplicable.

Desde luego, esto no quiere decir que la estadística no deba ser utilizada en ningún caso. Es perfectamente posible que se evalúe el valor de un medio probatorio según la estadística. Por ejemplo, el examen de ácido desoxirribonucleico realizado correctamente tiene una probabilidad estadística de acierto cercana al 100% y, en consecuencia, en general, debería ser valorado como un medio probatorio contundente.

La probabilidad tiene, pues, un fundamento lógico¹⁷⁵. Ante las idénticas alegaciones de hecho y de derecho, y ante idénticos medios probatorios, diferentes jueces deberían llegar a la misma conclusión. Esta premisa lógica permite que el grado de fundabilidad que el juez de instancia asigne a la pretensión sea considerado igual a la probabilidad de que la pretensión sea declarada fundada cuando se emita la sentencia final.

Como queda dicho, una pretensión tendrá mayor probabilidad de ser declarada fundada si el juez aprecia una mayor contundencia en los medios probatorios ofrecidos para acreditar los hechos y si estos se corresponden en mayor medida con el derecho alegado.

Dicho esto, resta por determinar cuál sea el estándar que debe ser superado para que exista *probabilidad de que la sentencia final declare fundada la pretensión*.

En efecto, si el grado de fundabilidad de la pretensión es 0%¹⁷⁶, no cabría hablar de probabilidad de fundabilidad de la pretensión (sino más bien de

Sin embargo, debe quedar claro que la utilización de la estadística en la valoración de los medios probatorios no implica necesariamente que la estadística pueda utilizarse válidamente para la evaluación de la fundabilidad de toda una pretensión. De hecho, esto último solamente sucederá cuando la pretensión se sustente en un único hecho, ese hecho se sustente, a su vez, en un único medio probatorio y el derecho aplicable al caso no sea discutido o no pueda ser discutido en una medida significativa (por ejemplo, en el caso de la pretensión de pago sustentada en título valor). TARUFFO, Michele. *Verdad y motivación en la prueba de los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Cuadernos de divulgación de la justicia electoral, número 20. México DF: 2013, pp. 27 y 53.

¹⁷⁵ TARUFFO, Michele. "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial". En: *La prueba, artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana. 2009: p. 108, 109 y 111.

¹⁷⁶ Respecto a la utilización de porcentajes para analizar los grados de verosimilitud o verdad de los hechos, Taruffo realiza una importante aclaración:

Al respecto, es útil hacer una precisión: Cuando se elaboran ejemplos sobre las diferentes situaciones posibles, es factible utilizar cifras porcentuales, aunque en muchos casos también se utilizan números decimales. **Esto se debe a razones de claridad expositiva** porque -quizá en honor de un síndrome que nos dice que solo existe los que podemos contar- nos parece más fácil comparar números que colores o sonidos. Pero **esto no implica una adhesión a las diversas teorías de la probabilidad cuantitativa o estadística, que suelen utilizarse para dar una versión formalizable o calculable de la valoración probatoria**. Es más, es posible demostrar que estas versiones del razonamiento probatorio

improbabilidad de fundabilidad de la pretensión). Para que exista probabilidad de fundabilidad de la pretensión, el grado de fundabilidad debería ser, cuando menos, superior al 50%, es decir, superar el estándar de *probabilidad prevalente*.

Este estándar ha sido explicado por Taruffo de la siguiente manera¹⁷⁷:

El criterio de la probabilidad prevalente incluye en realidad dos reglas: la del “más probable que no” y la de la “prevalencia relativa de la probabilidad”.

La regla del “más probable que no” implica que para cada enunciado factual se considere la posibilidad de que éste sea verdadero o falso, lo que significa que del mismo hecho haya siempre dos hipótesis complementarias: una positiva y una negativa. El juez tiene que escoger aquella que, con base en las pruebas, tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra: sería, en efecto, irracional preferir la hipótesis que resulte ser menos probable que la contraria. La positiva se da cuando las pruebas proveen una confirmación de la verdad del enunciado sobre el hecho. Se tendrá, al contrario, una probabilidad prevalente de la hipótesis negativa cuando sobre la existencia del hecho no haya pruebas, o haya elementos de prueba débiles e inciertos o contradictorios, y con mayor razón cuando haya pruebas que demuestren la verdad de la hipótesis que niega la existencia del hecho.

La regla de la prevalencia relativa entra en el juego cuando a propósito del mismo hecho hay hipótesis diferentes, es decir, cuando es narrado por diversos enunciados de manera distinta. Teniendo en cuenta sólo aquellas hipótesis que, con base en las pruebas, han aparecido como más probables que no, es decir, aquellas que recibieron una confirmación probatoria positiva, la regla implica que el juez elija como verdadero el enunciado de hecho que recibió de las pruebas el grado de confirmación relativamente mayor.

son infundadas, porque no corresponden a las condiciones reales en las que el juez valora las pruebas o que solo sirven en los raros casos en los que la ciencia aporta frecuencias estadísticas que permiten inferencias significativas sobre los hechos de un caso particular. En cambio, **refiriéndonos a la probabilidad como *grado de confirmación lógica* que un enunciado recibe de las pruebas disponibles, es posible adoptar una concepción "baconiana" de la probabilidad, que resulta de las inferencias que el juez formula, a partir de las informaciones que las pruebas aportan, para establecer conclusiones sobre la veracidad de los enunciados en torno a los hechos. En sustancia, entonces, es lícito utilizar indicaciones numéricas, pero siempre y cuando quede claro que son formas de expresar diferentes grados de confirmación probatoria, pero no implican alguna cuantificación numérica de estos grados y, sobre todo, que no pueden ser objeto de cálculo bajo las reglas de la probabilidad cuantitativa [resaltado agregado] (Ídem p. 112.)**

¹⁷⁷ Ídem. pp. 45 y 46. En sentido similar, vid. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela anticipatoria, prueba convicción y justificativa*. En: *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires. No. 2. 2008, pp. 51 – 84. Disponible en: http://www.academia.edu/218542/Tutela_Anticipatoria_Prueba_Convccion_y_Justificativa> Consulta: 28 de agosto de 2016.

Ahora bien, podría objetarse que este es el mismo estándar que debe utilizar para tomar la decisión de mérito¹⁷⁸. Sin embargo, para tomar la decisión judicial final en el proceso civil el juez debería considerar como verdaderamente cierto que la probabilidad del enunciado que adopta es prevalente sobre la probabilidad de su falsedad, o lo que es lo mismo, que el estándar de probabilidad preponderante (mayor al 50%) será superado *con seguridad*¹⁷⁹. Esto, desde luego, no implica un juicio de certeza científica, pero sí constituye (siguiendo a Taruffo) la certeza procesal de la que debe gozar una sentencia.

Si esto es así para el caso de una sentencia, para el caso de medidas sumarias (Taruffo se refiere como ejemplo a las cautelares), el estándar probatorio será menor¹⁸⁰. En estos casos, el juez deberá considerar que el estándar de probabilidad preponderante, es superado (simplemente).

Que el estándar sea superado (más del 51% de probabilidad de las alegaciones del demandante) y que el estándar sea superado *con seguridad* (aproximadamente 70% de probabilidad de las alegaciones del demandante) son diferentes grados de convencimiento del juez.

En casos de cognición sumaria¹⁸¹, la simple superación del estándar (por ejemplo, cuando existen pruebas pendientes de actuarse que podrían

¹⁷⁸ Loc. Cit.

¹⁷⁹ Ídem. p. 111.

¹⁸⁰ Ídem. p. 109.

¹⁸¹ Según WATANABE, Kazuo, la cognición puede expresarse en dos planos: En primer lugar, en el plano horizontal (extensión), que se refiere a la extensión y amplitud de las cuestiones que pueden ser objeto de cognición judicial. Desde este punto de vista, la cognición puede ser plena o parcial. En segundo lugar, en el plano vertical (profundidad) que se refiere al modo en que las cuestiones serán conocidas por el magistrado. Desde este aspecto, la cognición podrá ser exhaustiva o sumaria, conforme sea completo (profundo) o no el examen de las cuestiones. (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo. RT. 1987, p. 41. Citado por: DIDIER, Fredy. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. JusPodivm. Undécima edición. Bahia: 2009: pp. 304 y 305.)

En consecuencia, la tutela anticipada es tutela sumaria cuando se otorga antes de la decisión de primera instancia. Después de la decisión de primera instancia, no cabe calificar la tutela

alterar la decisión) puede llamarse *probabilidad* y el grado de convencimiento de que el estándar ha sido superado *con seguridad* (aparentemente no hay pruebas que vayan a actuarse que puedan cambiar la convicción del Juez) puede llamarse *alta probabilidad*¹⁸².

Por supuesto, al ser la decisión final un evento futuro, el Juez nunca podrá tener una convicción de 100% respecto a que la demanda será declarada fundada al final del proceso. Sin embargo, si la decisión de anticipación de tutela se concediera una vez dictada la sentencia de primera instancia (que declara fundada la demanda), puede asignarse el valor 1 a la seguridad de las premisas de la intervención, sobre la base del fundamento lógico de que *ante las idénticas alegaciones de hecho y de derecho, y ante idénticos medios probatorios, diferentes jueces deberían llegar a la misma conclusión*, así como sobre la base de que este valor tiene una precisión mayor que el valor $\frac{1}{2}$ que tendría que asignársele si se rechazara la posibilidad de asignarle el valor 1.

Sin embargo, no podría asignarse valor 1 a la seguridad de las premisas de la afectación del derecho a la efectividad de la tutela material del demandante aun cuando la sentencia de primera instancia hubiese sido declarada fundada cuando:

- i) la medida de anticipación de tutela hubiera sido denegada previamente por el juez de segunda instancia; y
- ii) entre el momento en que se tomó la decisión de rechazo de la medida anticipada en segunda instancia y el momento de emisión de la sentencia de primera instancia no se hayan producido actuaciones que pudieran alterar el contenido de la decisión de segunda instancia (restándole sustento o eliminado el sustento que tuvo).

anticipada como sumaria, a menos que la decisión de anticipación o de rechazo de la medida haya sido emitida por los jueces de segunda instancia.

¹⁸² Si el estándar ha sido superado con seguridad, para la cognición no es sumaria, sino plena, entonces se ha alcanzado el grado de convencimiento necesario para dictar sentencia favorable al demandado.

En efecto, en tanto el juez debe emitir un juicio de *probabilidad lógica* acerca de si la decisión *definitiva* declarará fundada o infundada la demanda, no podría simplemente obviar los criterios señalados por el juez o los jueces de segunda instancia. Por el contrario, deberá tomar en cuenta estos criterios, aun cuando fuesen contrarios a los suyos propios, pues la resolución *definitiva* será emitida por ese órgano (de criterios diferentes).

Igualmente sucederá en el caso contrario, es decir, cuando la resolución de segunda instancia hubiera otorgado la medida anticipada y el juez de primera instancia declare infundada la demanda al emitir sentencia¹⁸³.

Finalmente, existe al menos un supuesto adicional en que debe asignarse el valor 1 a la probabilidad de la afectación del derecho a la efectividad de la tutela material por el no otorgamiento de una medida anticipada. Este supuesto es el de la defensa temeraria, que se configuraría en el supuesto previsto en el numeral 1 del artículo 112 del Código Procesal Civil:

Artículo 112.- Temeridad o mala fe

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, **contestación** o medio impugnatorio [resaltado agregado].

[...]

En efecto, si la estrategia de defensa del demandado carece completa y manifiestamente de fundamento jurídico, las probabilidades de que la sentencia final declare fundada la pretensión del demandante son muy elevadas y pueden ser computables en un valor cercano a 100% (es decir, 1).

¹⁸³ Este sería, por lo demás, uno de los sentidos en que podría interpretarse el artículo 630 del Código Procesal Civil.

III.1.4.2.2. La seguridad de la afectación del derecho de defensa del demandado es siempre cierta

La afectación del derecho de defensa del demandado es segura, por lo que deberá asignársele el valor 1. En efecto, en todos los casos en que se otorga una medida anticipada, se restringe el derecho de defensa del demandado, en tanto se afecta sus situaciones jurídicas sin que esta afectación venga dada por una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Esta es una afectación segura, pues no cabe duda de que se restringirá su derecho de defensa en alguna medida.

III.1.4.2.3. La seguridad de las premisas de la afectación del derecho de propiedad se mide de la misma manera que la seguridad de las premisas de afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

En el presente acápite baste indicar que, efectivamente, la seguridad de satisfacción o vulneración de las situaciones jurídicas controvertidas en el proceso (y, por lo tanto, de los derechos constitucionales de propiedad de las partes) se medirán según la probabilidad de que la sentencia sea declarada fundada o infundada. La afirmación anterior será plenamente válida tanto respecto del derecho de propiedad constitucional del demandante, como respecto del derecho de propiedad constitucional del demandado. Esto no quiere decir que el hecho de que se asigne probabilidad de fundabilidad de la pretensión del demandante implica necesariamente que se deba asignar poca probabilidad a la posibilidad de afectación del derecho de defensa del demandado. Tal hecho dependerá de las propias alegaciones y pruebas que haya presentado el demandado y, por tanto, es perfectamente posible que ambos derechos sean igualmente probables (0.5). En tal caso (y salvo el caso de irreparabilidad práctica), a ambos derechos se les asignaría el mismo valor y no tendrían ya por qué seguir siendo considerados en los siguientes pasos de la ponderación (ya que iguales “pesos” según la ley material de ponderación

e igual seguridad de las premisas de afectación de los derechos, darían lugar simplemente a que se anulen entre sí).

Sin embargo, si las pruebas presentadas por el demandado no resultan convincentes para el Juez y este, valorando las alegaciones y pruebas, llega a la conclusión -basada en cognición sumaria o incluso en cognición plena no definitiva- de que es poco probable que el demandante tenga el derecho alegado, puede asignar el valor 0.25 a las premisas de la afectación del derecho de defensa del demandado.

Por supuesto, esto podría tener una importancia decisiva al momento de aplicar la “fórmula del peso”.

III.1.4.3. Aplicación de la fórmula del peso: Casos en los que el otorgamiento de una medida anticipada es una solución constitucional al conflicto analizado. Presupuestos que el Juez debe evaluar para tomar la decisión de anticipación de tutela

La fórmula del peso es el paso final de la ponderación. En ella se relacionan la intensidad de las afectaciones de los dos principios en juego, sus pesos abstractos y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación de cada uno de ellos.

La fórmula del peso es como sigue:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto [IPiC], su peso abstracto [GPiA], y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación [SPiC], por una parte y el producto de la afectación del principio PJ [WPjC], su peso abstracto

[GPjA] y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación [SPjA], por otra.¹⁸⁴

Ahora bien, en vista de que en este caso hay dos derechos en juego por cada una de las partes, podemos utilizar el siguiente esquema extendido¹⁸⁵:

$$\text{GTje,DefC} = \frac{\text{ITjeC} \cdot \text{GTjeA} \cdot \text{STjeC} + \text{IProp1C} \cdot \text{GProp1A} \cdot \text{SProp1C}}{\text{WDefC} \cdot \text{GDefA} \cdot \text{SDefC} + \text{IProp2C} \cdot \text{GProp2A} \cdot \text{SProp2C}}$$

Salvo en el caso del derecho a la vida y algunos otros derechos¹⁸⁶, en la mayor parte de los casos, los pesos abstractos de los derechos en juego se reducen mutuamente. En el caso de los dos derechos fundamentales procesales bajo análisis, resulta muy difícil sostener que uno tenga un peso abstracto mayor que el otro. Lo mismo se puede decir respecto de los derechos de propiedad constitucional de las partes. En consecuencia, la fórmula del peso aplicable a la ponderación que venimos realizando, quedaría como sigue:

¹⁸⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. [Universidad Nacional Autónoma de México \(UNAM\)](#) Serie Doctrina jurídica No. 244. México: 2005, p. 24.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Epílogo...* Nota al pie de página No. 68. Alexy señala que el uso de una fórmula como esta “*depende de si la importancia de las razones que hablan a favor de la restricción crece aditivamente, a medida que dichas razones se incrementan. Aquí debe dejarse abierta esa pregunta*”. Al respecto, nosotros consideramos que:

- 1) No se justificaría dejar de lado ningún derecho que reclamase la aplicación o inaplicación de la medida (en el caso que nos ocupa, de la medida de anticipación de tutela). De acuerdo a lo expuesto en el capítulo 1, si hubiera más de un derecho o principio constitucional involucrado resultaría necesario considerarlos todos.
- 2) La utilización de la fórmula solo depende de que exprese adecuadamente el balance interpretativo de las normas. El considerar que varias razones “suman” a favor de una posición parece la mejor forma de expresar la idea de que los derechos concurren en un mismo sentido para la solución de la antinomia jurídica.

¹⁸⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. Espagráfic: 1989, pp. 10 y 11.

$$GT_{je,DefC} = \frac{IT_{jeC} ST_{jeC} + IProp1C SProp1C}{WDefC SDefC + IProp2C \cdot SProp2C}$$

Desde luego, para poder aplicar la fórmula se debe atribuir valores numéricos a las variables de la ecuación. Sin embargo, antes de explicar los valores numéricos aplicables, convendría simplificarla de la siguiente manera:

$$WDefC SDefC + IProp2C \cdot SProp2C > IT_{jeC} ST_{jeC} + IProp1C SProp1C$$

No obstante, la seguridad de las premisas de la afectación del derecho de defensa será igual a 1, ya que como consecuencia del otorgamiento de una medida de anticipación de tutela el derecho a la defensa es afectado con seguridad. En consecuencia, la fórmula para la evaluación de la concesión de una medida anticipada debe quedar simplificada de esta manera:

$$IT_{jeC} ST_{jeC} + IProp1C SProp1C > WDefC + IProp2C \cdot SProp2C$$

Donde:

IT_{jeC} : Es la intensidad de la afectación del derecho a la efectividad de la tutela material por el no otorgamiento de la medida anticipada.

ST_{jeC} : Es la seguridad de las premisas de afectación del derecho a la efectividad de la tutela material.

$IProp1C$: Es la intensidad de la afectación del derecho constitucional de propiedad del demandante.

$SProp1C$: Es la seguridad de las premisas de la afectación del derecho constitucional de propiedad del demandante.

WDefC: Es la intensidad de la afectación del derecho de defensa por el otorgamiento de la medida anticipada.

IProp2C: Es la intensidad de la afectación del derecho constitucional de propiedad del demandado.

SProp2C: Es la seguridad de las premisas de la afectación del derecho constitucional de propiedad del demandado.

Así, en todos los casos en que se cumpla esta inecuación, la medida anticipada debería ser otorgada¹⁸⁷.

Establecida así la inecuación, resta por señalar la forma de determinar los valores numéricos aplicables.

En primer lugar, las afectaciones intensas, intermedias o leves del derecho a la efectividad de la tutela material (ITjeC) tendrán un valor numérico de 4, 2 o 1 respectivamente:

- a) Valor 4: Cuando el daño que sufrirá el demandado en espera de la sentencia final sea irreparable o cuando la duración del proceso esté cerca de superar o haya superado el plazo razonable y el índice de cumplimiento de plazo¹⁸⁸ sea mayor o igual a 2.5 ($Icp \geq 2.5$)
- b) Valor 2: Cuando exista peligro en la tardanza o la duración del proceso esté cerca de superar o haya superado el plazo razonable y el índice

¹⁸⁷ Resulta necesario precisar que esta inecuación es útil únicamente para determinar los casos en los que la medida debe ser otorgada. La inecuación inversa ($IPiC \cdot SPiC < WPjC$) es útil para determinar los casos en los que la medida debe ser rechazada. Ninguna de las dos es útil para decidir los casos de empate, es decir, los casos en que $IPiC \cdot SPiC = WPjC$. Estos casos serán analizados más adelante.

¹⁸⁸ Vid supra, acápite II.2.4.1.2.

de cumplimiento de plazo sea mayor o igual a 1.5 pero menor a 2.5 ($2.5 > I_{cp} \geq 1.5$).

- c) Valor 1: Cuando la duración del proceso esté cerca de superar o haya superado el plazo razonable y el índice de cumplimiento de plazo sea mayor a 1 pero menor 1.5 ($1.5 > I_{cp} > 1$)

En segundo lugar, la seguridad de las premisas de su afectación (STjeC) puede tener los siguientes valores:

- a) Valor 1: Cuando se ha emitido la sentencia de instancia; y *ii*) el daño que sufrirá el demandado en espera de la sentencia final es irreparable o la duración del proceso haya superado o esté cerca de superar el plazo razonable.
- b) Valor $\frac{1}{2}$: Cuando existe *probabilidad* o *alta probabilidad* de que se declare fundada la demanda y *ii*) el daño que sufrirá el demandado en espera de la sentencia final es teórica o prácticamente irreparable o exista peligro de tardanza o la duración del proceso haya superado o esté cerca de superar el plazo razonable.
- c) Valor $\frac{1}{4}$: Cuando existe *baja probabilidad* de que se declare fundada la demanda y *ii*) el daño que sufrirá el demandado en espera de la sentencia final es teórica o prácticamente irreparable o exista peligro de tardanza o la duración del proceso haya superado el plazo razonable.

Como se puede apreciar, el factor STjeC está compuesto por dos diferentes probabilidades: i) La probabilidad lógica de que la sentencia definitiva declare fundada la pretensión y ii) la probabilidad de que se ocasione un daño irreparable al demandante o de que el plazo razonable sea excedido. La multiplicación de ambas probabilidades debe dar un valor aproximado de

1, $\frac{1}{2}$ o $\frac{1}{4}$, pero finalmente serán estos últimos valores los que se utilicen al momento de aplicación de la fórmula.

Respecto a los derechos de propiedad constitucional (SProp1C y SProp2C), hemos visto que en general la importancia de su satisfacción o intensidad de afectación será igual a 1, y que esto solo sería diferente cuando exista un supuesto de irreparabilidad práctica, caso en el cual la importancia de la satisfacción del derecho constitucional de propiedad del demandante (SProp1C) sería equivalente a 2.

Respecto de la probabilidad (ya sea de satisfacción, ya sea de intensidad de afectación) esta se referiría únicamente a la probabilidad lógica de que la sentencia declare fundada la pretensión, si se tratase del demandante; o la probabilidad lógica de que la sentencia declare infundada la pretensión, si se tratase del demandado.

Por otro lado, la intensidad de la afectación del derecho de defensa (WDefC) tendrá valor 1, 2 o 4 según la afectación sea leve, media o intensa¹⁸⁹.

Finalmente, es importante señalar que los valores $\frac{1}{4}$ de STjeC y SProp1 darán lugar, casi siempre, al rechazo de la medida, lo cual se condice con la idea general de que una medida anticipada tendría que ser rechazada si no existe al menos *verosimilitud* o, como hemos preferido nosotros, *probabilidad*. Esto sin perjuicio de los casos de empate, que serán analizados en el acápite siguiente.

III.1.4.4. Los casos de empate: Criterios para la solución del conflicto en los casos de empate

¹⁸⁹ Las intensidades de afectación del derecho de defensa han sido analizadas en el acápite II.2.4.1.1.

Como sabemos, la fórmula del peso puede dar lugar, en ciertos casos, a un valor idéntico de los derechos en juego.

En estos casos, la conclusión de Alexy es la siguiente:

Si las razones a favor de la intervención son tan fuertes como las razones que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada [...] Esta conclusión también tiene validez de manera correlativa para lo contrario a la intervención, es decir para la omisión en la intervención. Si las razones para que la protección sea omitida, son tan fuertes como las razones para otorgar la protección, la omisión de la protección no es desproporcionada.

[...]

Esto quiere decir que en realidad existe un margen para la ponderación, entendido como un margen de acción estructural del Legislador y de la Jurisdicción.¹⁹⁰

No obstante, el hecho de que el Legislador y el Juez tengan un “*margen de acción*” no exime a este último de su deber de motivar y, por lo tanto, de explicar las razones que lo llevan a otorgar la medida o a denegarla.

En tanto los valores utilizados en la fórmula son aproximados (podría argumentarse, por ejemplo, que la probabilidad de fundabilidad de la pretensión cuando se emite la sentencia de instancia no es 1, sino un valor cercano a 1, y lo mismo podría decirse en otros casos respecto de los demás valores) podría pensarse que es adecuado que el Juez determine los valores con toda precisión, en una escala no triádica, sino cardinal (por ejemplo, del 0 a 1). Sin embargo, esta opción ha sido descartada por Alexy por la dificultad excesiva que implicaría la determinación de estos valores en todos los casos¹⁹¹, y la mayor plausibilidad de utilizar, en todo caso, un modelo triádico refinado¹⁹². Sin embargo, aún en el modelo triádico refinado, en el que es muy complejo distinguir entre las categorías de afectación (muy grave, medianamente grave, menos graves, afectaciones intermedias que

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. Epílogo... pp. 45 – 46.

¹⁹¹ Ídem, pp. 40 – 41.

¹⁹² Ídem, pp. 46 – 48.

se sitúan en el límite superior, en el ámbito medio y en el límite inferior y, finalmente, intervenciones leves que se sitúan en el ámbito superior, en el ámbito medio e intervenciones muy leves) existiría la posibilidad del empate¹⁹³.

La dificultad señalada es muy importante si se considera que el Juez debería exponer detalladamente los motivos que lo llevan a elegir determinado valor en lugar de otro. En una escala cardinal, esto aparece ciertamente como imposible: ¿Por qué elegir el valor X, si el valor Y, muy cercano, hubiera tenido una diferencia en la ponderación y no hay razones para establecer una diferencia real entre ambos valores?¹⁹⁴ Esto llevaría a que la ponderación, más que un ejercicio de motivación, se convirtiera en un juego matemático, lo cual debe rechazarse. Desde luego, como decimos, puede considerarse la posibilidad de utilizar un modelo refinado de escala triádica, pero en este caso, la posibilidad de un empate se mantiene, e incluso se incrementa¹⁹⁵.

El Juez debe encontrar, en consecuencia, otros motivos para inclinar la balanza hacia un lado o hacia el otro.

En general, resultará razonable que el Juez decida, en casos de empate, en contra de la posibilidad de que se genere un daño irreparable a alguna de las partes¹⁹⁶.

Por otro lado, los casos en que la irreparabilidad no sea un criterio útil deben dividirse en dos:

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...* Nota al pie número 310.

¹⁹⁵ *Óp. Cit.*, p. 47.

¹⁹⁶ Cfr. *Ídem*, pp. 438 – 439.

- a) En primer lugar, aquellos casos en los que no se presente peligro de daño irreparable ni en la situación jurídica del demandante ni tampoco en la situación jurídica del demandado.

En estos casos, en ausencia de alguna circunstancia concreta que permita decidir sobre el otorgamiento o rechazo de la medida, el Juez debería denegar la pretensión anticipatoria en aplicación del principio de economía procesal, conforme al cual “[e]l juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran” (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

En efecto, a medida que el proceso avance el demandante podrá volver a solicitar la medida y, si le asiste el derecho, tendrá mayores oportunidades de obtenerla, pues i) el derecho de defensa se verá afectado en menor medida; ii) la probabilidad de fundabilidad de la pretensión será previsiblemente mayor; y iii) el lcp podría incrementarse.

Por el contrario, si se decidiera a favor del demandante en casos de empate, la medida tendría que ser ejecutada inmediatamente, con el riesgo de que las circunstancias posteriores revelen que no debió concederse. En este último caso, se tendría que ordenar la restitución del estado de cosas anterior, con lo cual los actos procesales del incidente se habrían multiplicado innecesariamente.

- b) Tratamiento diferente requieren los casos en los que la irreparabilidad no es un criterio de desempate, no ya porque la irreparabilidad está ausente, sino más bien porque tanto el demandante como el demandado podrían sufrir un daño irreparable (el uno si se rechaza la medida, el otro si la medida se concede).

En estos casos el elemento decisivo deberá ser el de la magnitud del daño irreparable, es decir, *si ambas partes corren el riesgo de sufrir un daño irreparable, deberá preferirse el daño que sea menor.*

Ahora bien, si el daño que podrían sufrir las partes fuera igual, no quedará más remedio que aplicar el criterio de conducta de economía procesal señalado en a).

III.2. Pasos a seguir para tomar una decisión constitucional de otorgamiento o rechazo de una medida de anticipación de tutela

Tomando en consideración todo lo expuesto en el presente capítulo II, podemos resumir los pasos que el Juez debe seguir para la evaluación de fundabilidad de una solicitud de anticipación de tutela:

1. Recibida la solicitud, el Juez deberá verificar si esta contiene el pedido del demandante de que no se corra traslado de su solicitud al demandado.

En caso el demandante hubiera realizado este pedido, el Juez deberá evaluar si el hecho de correr traslado al demandado podría frustrar la eficacia de la medida anticipada solicitada.

2. Realizado el trámite conforme a lo dispuesto por el juez conforme al punto 1, el juez deberá, por un lado:

- 2.1. Determinar la probabilidad de que la sentencia final declare fundada la demanda (STjeC y SProp1). Si se trata de una baja probabilidad, esta tendrá el valor $\frac{1}{4}$; si se trata de una probabilidad simple o de alta probabilidad, tendrá el valor $\frac{1}{2}$. Si el juez ya hubiera emitido sentencia de instancia declarando fundada la demanda, la probabilidad será muy alta (1).

2.2. Determinar la probabilidad de que la sentencia final declare infundada la demanda (SProp2). Si se trata de una baja probabilidad, esta tendrá el valor $\frac{1}{4}$; si se trata de una probabilidad simple o de alta probabilidad, tendrá el valor $\frac{1}{2}$. Si el juez ya hubiera emitido sentencia de instancia declarando infundada la demanda, la probabilidad será muy alta (1).

2.3. Determinar el grado de vulneración (alto, medio o bajo) de los derechos a la efectividad de la tutela material y al plazo razonable que se produciría si la medida fuese rechazada (ITjeC). A tal efecto, el Juez deberá:

- Determinar si existe peligro de daño irreparable. En este caso, puede asignarse el valor 4 al grado de vulneración.
- Determinar si el plazo razonable para la resolución final de la controversia se ha cumplido o está cerca de cumplirse. Si es así, dependiendo de la medida en la que el plazo real probablemente se distancie del razonable (I_{cp}) el grado de afectación podría ser *leve* ($1.5 > I_{cp} > 1$), en cuyo caso se le asignará el valor 1; *medio* ($2.5 > I_{cp} \geq 1.5$), en cuyo caso se le asignará el valor 2; o *alto* ($I_{cp} \geq 2.5$), en cuyo caso se le asignará el valor 4.

Si no se produce ninguna de las circunstancias descritas, el grado de vulneración del derecho a la efectividad de la tutela material y al plazo razonable será bajo (valor 1).

Por otro lado, y simultáneamente, el juez deberá:

2.4. Determinar el grado de vulneración que el otorgamiento de la medida produciría en el derecho de defensa del demandado

(WPjC), para lo cual hemos propuesto la utilización del siguiente cuadro:

Si la medida anticipada se otorga...	Antes de la contestación de demanda	Después de la contestación y antes de la audiencia de pruebas	Después de la audiencia de pruebas y antes de la sentencia definitiva
Sin haber corrido traslado al demandado de la solicitud de anticipación	Afectación <u>muy intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>media</u> del derecho de defensa
Habiendo corrido traslado al demandado de la solicitud de anticipación	Afectación <u>intensa</u> del derecho de defensa	Afectación <u>media</u> del derecho de defensa	Afectación <u>leve</u> del derecho de defensa

A las afectaciones leves les corresponderá el valor 1; a las intermedias el valor 2 y a las graves el valor 4.

Si la ejecución de la medida ocasionaría probablemente un daño irreparable al demandado, el grado de vulneración del derecho de defensa será siempre alto (tendrá valor 4).

2.5. Determinar si existe un supuesto de irreparabilidad práctica. De ser así, el valor asignado a IProp1 será 2 y el valor asignado a IProp2 será 1. De lo contrario, ambos valores serán igual a 1.

3. El Juez deberá comparar el grado de vulneración del derecho a la efectividad de la tutela material y el grado de vulneración del derecho de defensa, así como el grado de vulneración de los derechos constitucionales de propiedad de las partes, aplicando la siguiente fórmula:

$ITjeC \cdot STjeC + IProp1C \cdot SProp1C > WDefC + IProp2C \cdot SProp2C$

Si la inequación se cumple, el Juez debe conceder la medida. Si, por el contrario, el lado derecho de la inequación es mayor que el lado izquierdo, el Juez debe rechazarla. Finalmente, si ambos lados son iguales, debe seguirse con el paso 4, siguiente.

4. Verificar si el daño que se produciría al demandante por el rechazo de la medida anticipada es irreparable. Simultáneamente, verificar si el daño que se produciría al demandado por el otorgamiento de la medida es irreparable. Verificado lo anterior, el juez deberá proceder de la siguiente manera:

- 4.1. Si solamente una de las partes sufriría un daño irreparable (ya sea por el rechazo o por el otorgamiento de la medida anticipada) el juez deberá favorecer a esta parte con su decisión, y evitar que sufra el daño irreparable.

- 4.2. Si ambas partes sufrirían un daño irreparable (ya sea por el rechazo o por el otorgamiento de la medida anticipada) el juez deberá comparar la magnitud de los daños y preferir el daño menor.

Si la magnitud de los daños fuera igual, el juez deberá rechazar la medida, en aplicación del principio de economía procesal.

- 4.3. Si ninguna de las partes sufriría un daño irreparable, el juez deberá rechazar la medida, en aplicación del principio de economía procesal.

EPÍLOGO: ALGUNAS FIGURAS PROCESALES AFINES A LAS MEDIDAS ANTICIPADAS, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

A este punto consideramos hemos demostrado la posibilidad jurídica de aplicar medidas anticipadas en el Perú, en específico, en los procesos civiles de conocimiento en los que se discuten pretensiones susceptibles de valoración económica, atendiendo a las circunstancias del caso.

Sin embargo, si bien las medidas anticipadas no están expresamente reguladas en el código procesal civil peruano, existen algunas figuras procesales similares, las medidas temporales sobre el fondo y, asimismo, el juzgamiento anticipado del proceso.

A continuación nos ocuparemos muy brevemente de dos de estas figuras procesales a fin de destacar las similitudes y diferencias con las medidas anticipadas, que han sido objeto de nuestra investigación.

IV.1. Las medidas temporales sobre el fondo

La primera figura procesal que resulta similar a las medidas anticipadas tal como las hemos descrito al inicio de la presente investigación, son las medidas temporales sobre el fondo, reguladas en el artículo 674 del Código Procesal Civil, que a la letra dice:

Artículo 674.- Medida temporal sobre el fondo

Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión [sic] y, no afecten el interés público.

Como se puede apreciar, la figura de las medidas temporales sobre el fondo es similar a las medidas anticipadas en tanto implican la “*ejecución*”

anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia” (total o parcialmente)¹⁹⁷.

Asimismo, son similares en el hecho de que el Juez las concederá a pedido de parte (artículo 608 del Código Procesal Civil) e incluso podrían ser similares, según el caso, en la exigencia de “contracautela” (artículo 613 del Código Procesal Civil).

¿Cuáles son las diferencias? En primer lugar, que la medida temporal sobre el fondo se concede, por regla general, *inaudita altera pars* (ex art. 637 del Código Procesal Civil); mientras que la medida anticipada, según hemos expuesto en la presente investigación, debe ser concedida, por regla general, con conocimiento de la contraparte.

La segunda diferencia estriba en que la medida temporal sobre el fondo exige la verificación de la “*necesidad impostergable del que la pide*”; mientras que la medida anticipada, como hemos expuesto en la presente investigación, exige el análisis de diversas situaciones no restringidas a la impostergable necesidad de que habla el artículo 674 del Código Procesal Civil. En tal sentido, la posibilidad constitucional de obtener medidas anticipadas es más amplia que la posibilidad legal de obtener medidas temporales sobre el fondo.

Una tercera diferencia deriva de la imposibilidad de que el Juez otorgue medidas temporales sobre el fondo cuando sus efectos no “*pueda[n] ser de posible reversión [sic]*”. Como hemos visto hacia el final del capítulo precedente, el que los efectos de una medida sean irreversibles significa una mayor intensidad de la afectación del derecho de defensa y de propiedad del demandado, pero no significa necesariamente que la medida deba ser rechazada. En efecto, sería perfectamente posible, como se ha señalado, que el rechazo genere a su vez daños irreparables en el

¹⁹⁷ Sobre el particular vid. ARIANO DEHO, Eugenia. Problemas del proceso civil... p. 685.

demandante, lo cual justificaría más bien -en concurrencia con otras circunstancias- el otorgamiento de la medida.

Finalmente, las medidas temporales sobre el fondo no pueden ser otorgadas cuando afecten el interés público. Sin duda, de existir un interés público en un proceso civil, este podría tomarse en consideración al realizar la ponderación, pero tal consideración no necesariamente significará, en todos los casos, el rechazo de la medida solicitada.

Ahora bien, como se puede apreciar, las diferencias no son sustanciales, ya que tanto las medidas temporales sobre el fondo como las medidas anticipadas permiten al demandante la obtención de tutela material antes de que se emita la sentencia final.

Sin embargo, también resulta claro que las medidas anticipadas tienen un ámbito de aplicación mucho más amplio.

A este punto, es posible realizar dos diferentes interpretaciones del artículo 674 del Código Procesal Civil. La primera, que en tanto norma excepcional (según su texto expreso) impediría la obtención de tutela material antes de la emisión de la sentencia final en cualquier supuesto que no haya sido previsto en el referido artículo.

La segunda, que la excepcionalidad a la que se refiere el artículo 674 del Código Procesal Civil está más bien referida a que las circunstancias en que se otorga la medida temporal sobre el fondo. Tales circunstancias son excepcionales y el legislador habría señalado esta característica, sin que eso impida que el demandante obtenga tutela material antes de la emisión de la sentencia final en otros supuestos no previstos en la norma.

Es cierto que la segunda interpretación propuesta es menos plausible desde el punto de vista literal, lingüístico, semántico. Y, sin embargo,

también es cierto que es la más plausible desde el punto de vista constitucional. En efecto, de no aceptarse esta interpretación, los supuestos en que de acuerdo a la Constitución debería otorgarse tutela material antes de la sentencia final quedarían limitados por lo establecido en el Código Procesal Civil. Y, de acuerdo a lo sostenido en los capítulos precedentes, tal conclusión no podría ser aceptada.

Por lo tanto, una interpretación *conforme a la Constitución* del artículo 674 del Código Procesal nos llevará a interpretar que tal norma no prohíbe la obtención de tutela anticipada en supuestos diferentes a aquellos en ella regulados.

Así interpretada, la norma derivada del mencionado artículo 674 sería la siguiente: Puede obtenerse tutela material antes de la sentencia final cuando i) Existe necesidad impostergable del que la pide ii) Se verifica firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada iii) Los efectos del otorgamiento de tutela material son reversibles y iv) no afectan el interés público. Esto no limita el que pueda obtenerse tutela material antes de la sentencia final en otras circunstancias, cuando no se cumplan los requisitos mencionados, si así se desprendiera de la Constitución.

Somos conscientes de la dificultad que entraña una interpretación como esta, pero consideramos que es la única interpretación posible del artículo 674 del Código Procesal Civil respetuosa de la Constitución.

Así interpretado el artículo 674 del Código Procesal Civil, se torna evidente que las medidas temporales sobre el fondo serían una especie del género medidas anticipadas. Ambas figuras tienen la misma naturaleza (permiten la obtención anticipada de tutela material) pero las medidas anticipadas tienen un ámbito más amplio de aplicación.

Y habiendo explicado así la relación entre ambas figuras, pasemos ahora analizar las similitudes y diferencias entre las medidas anticipadas y el juzgamiento anticipado del proceso.

IV.2. El juzgamiento anticipado del proceso

El juzgamiento anticipado del proceso está previsto en el artículo 473, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 473.- Juzgamiento anticipado del proceso

El Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite que el informe oral:

1. Cuando advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o,
2. Queda consentida o ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad.

Pero no es esta la única disposición que se refiere al juzgamiento anticipado del proceso. También el artículo 468 se refiere a esta figura, de manera mucho más ilustrativa:

Artículo 468.- Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

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

Esta norma nos ayuda a comprender que el juzgamiento anticipado del proceso es una institución que permite al Juez prescindir de la audiencia de pruebas ante determinadas circunstancias: i) Cuando la controversia sea solo de derecho ii) Cuando a pesar de que la controversia sea también de hecho, no hay necesidad de que se actúe medio probatorio alguno, ya sea porque los medios probatorios ofrecidos por las partes son de actuación inmediata, ya sea por operación de la presunción relativa de verdad a que se refiere el artículo 461 del Código Procesal Civil.

De la descripción de la figura del juzgamiento anticipado del proceso que hasta aquí hemos realizado, podemos apreciar que se trata de una figura distinta a las medidas anticipadas: Mientras las medidas anticipadas tienen por fundamento la protección del derecho a la efectividad de la tutela material del demandante y su derecho constitucional de propiedad, el juzgamiento anticipado del proceso tiene por fundamento la economía procesal¹⁹⁸; mientras las medidas anticipadas otorgan tutela material antes de la emisión de la sentencia final, el juzgamiento anticipado evita una audiencia probatoria que, dadas las circunstancias del caso, resultaría inútil.

Pese a sus diferencias, podría existir un ámbito en el que ambas figuras podrían responder a una misma finalidad. En efecto, el hecho de que no se pierda tiempo en una audiencia que, de realizarse, resultaría inútil, permite que el proceso avance de más rápidamente hacia una decisión final. Y si el proceso avanza más rápidamente hacia la decisión final y si esta se logra en un plazo razonable, posiblemente las medidas anticipadas no resultarán necesarias.

¹⁹⁸ **Artículo V.- Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales**

[...]

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

CONCLUSIONES

1. Los conflictos entre derechos fundamentales son posibles (pp. 18 y 19).
2. La ponderación es la técnica adecuada y jurídicamente válida para la solución de los conflictos entre derechos fundamentales (pp. 20 y ss; 28 y ss.).
3. Existe un conflicto típico entre el derecho a la efectividad de la tutela material del demandante y el derecho de defensa del demandado, así como entre sus derechos constitucionales de propiedad (pp. 75 y ss; pp. 81 y ss.)
4. Las medidas anticipadas permiten la solución adecuada del conflicto entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho de defensa del demandado, así como entre sus derechos constitucionales de propiedad (capítulo III).
5. Para la evaluación sobre el otorgamiento o rechazo de una medida anticipada desde el punto de vista constitucional, el juez debería proceder conforme al procedimiento indicado en las páginas 132 a 135 de la presente tesis.
6. Si bien en el ordenamiento peruano infraconstitucional existen figuras jurídicas similares a las medidas anticipadas, ninguna de estas figuras agota el ámbito de aplicación que les correspondería conforme a la Constitución (pp. 136 a 141).

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AARNIO, Aulis. *Taking Rules Seriously*. ARSP Beiheft. 1990.

ALEXY, Robert.

2003 *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía jurídica. Número 28. Bogotá.

2001 *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

1997 *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2013 *Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*. ARA Editores. Lima.

2003 *Problemas del proceso civil*. Jurista Editores. Lima.

“Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso.” En ADVOCATUS, nueva época. No. 09. Lima.

2003 “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso.” En ADVOCATUS No. 09. Lima.

2000 “La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos”. En: *Revista de Investigación*. Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año 2, número 3, Lima.

BERNAL PULIDO, Carlos.

2007 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de -los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Tercera edición. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

2005 *El derecho de los derechos, escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

2005 *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Serie Doctrina jurídica No. 244. México

1989 *Estructura y límites de la ponderación*. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. Espagrafic.

BOBBIO, Norberto

2007 *Teoría General del Derecho*. Tercera edición, revisada y corregida. Temis. Bogotá.

1997 *El problema del positivismo jurídico*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Quinta edición. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.

2001 *Derechos fundamentales y proceso justo*. ARA Editores. Lima.

El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. ARA Editores. Lima.

“El problema de la prueba ilícita. Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En *Thémis*, revista de derecho. Número 43. Lima.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. El Foro. Buenos Aires: 1996

CASTILLO CÓRDOVA, Luis.

2009 “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho”. En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Gaceta Constitucional, guía 6. Gaceta Jurídica. Lima.

“Principio de proporcionalidad y hábeas corpus”. En: HURTADO POZO, José (director) y Percy GARCÍA CAVERO (coordinador). *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. Lima.

DEVÍS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Aguilar. Madrid: 1966.

DI MAJO, Adolfo. *El sistema de tutelas en el derecho civil*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nº 31, Lima: 2005

DIDIER, Fredy. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. JusPodivm. Undécima edición. Bahia: 2009.

GUASTINI, Riccardo.

2007 “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales.” En: Palestra del Tribunal Constitucional, revista mensual de jurisprudencia. Lima, año 2, número 08.

2004 «Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico” de un diccionario.» En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. San Juan de Alicante. Número 27. Espagrafic.

1999 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. “Comentario al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” En: STEINER, Christian y Patricia URIBE (Editores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentarios*. Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “La exigencia de adecuación en materia cautelar”. En PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). *Sobre la tutela cautelar*. Thémis. Lima: 2015

LANDA ARROYO, César.

2013 “La constitucionalización del derecho peruano”. En: Derecho PUCP. *La Constitucionalización del Derecho Peruano: A Veinte Años de la Constitución Política del Perú (1993)*. Número 71. Lima.

2010 Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Lima. Palestra.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 27. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante. Alicante: 2004.

LUISO, Francesco. “Diritto processuale civile”. Giuffré, Milán: 1997. En: AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis y otros. *Derecho procesal Civil I, Selección de Textos*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2011, pp. 81 y 82.

MARINONI, Luiz Guilherme.

2010 *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*. Communitas. Lima: 2010

- 2008 *Tutela anticipatoria, prueba convicción y justificativa*. En: *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires. No. 2. Disponible en: <http://www.academia.edu/218542/Tutela_Anticipatoria_Prueba_Convccion_y_Justificativa> Consulta: 28 de agosto de 2016.
- 2001 *La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso*. Disertación pronunciada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en San Juan (República Argentina) los días 13 a 16 de junio de 2001. Disponible en www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109792.pdf Consulta: 03 de diciembre de 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme y Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria Geral do Processo*. Tercera edición, revisada y actualizada. Revista dos tribunais. 2008: Sao Paulo.
- MITIDIERO, Daniel. *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Marcial Pons. Madrid: 2013
- MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. No. IV. Lima, 2001.
- PRIORI POSADA, Giovanni.
- 2006 *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores. Lima
- 2006 *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. *Ius et Veritas*: Año XIII, número 26. Lima.
- 2005 “La tutela cautelar como derecho fundamental. Fundamentos contenido y límites”. En: *Ius et Veritas, revista de derecho*. Año XV, Número 30, Lima.
- PEYRANO, Jorge.
- 1997 *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares*. En: *Ius et Veritas, revista de derecho*. Año 15, no 08. Lima.
- 1981 *Medida cautelar innovativa*. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- PROTO PISANI, Andrea. “La tutela sumaria en general”. En: *Proceso y Constitución*. ARA Editores. Lima: 2011.
- PINTO, Mónica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la interpretación de los derechos humanos”. En: Martín Abregú y Christian Courtis (Compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En: Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. PALOMINO MANCHEGO, José y José Carlos REMOTTI (Coordinadores). Segunda edición. Grijley. Lima: 2016.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana". En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. CARBONELL, Miguel (Editor). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "El juicio de ponderación constitucional". En: CARBONELL, Miguel (editor). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: 2008.

SICA, Marco. *Effetività della tutela giurisdizionale del diritti e provvedimenti di urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*. Milán: Giuffrè. 1991.

TARUFFO, Michele.

2013 *Verdad, prueba y motivación en le decisión sobre los hechos*. Serie: Cuadernos de divulgación de la Justicia electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México.

2009 "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial". En: *La prueba, artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales". En: CARBONELL, Miguel (editor). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: 2008.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo. RT. 1987

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de agosto de 2008.

Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Caso García y Familiares vs. Guatemala. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258. En similar sentido: *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002.

Caso Gonzáles Lluy vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015.

Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 130. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 02 de mayo de 2008.

Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013.

Caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares, 26 de junio de 1987.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia recaída en el expediente No. 00009-2014-PI/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 0246-2012-PA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 04168-2012-PHC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 295-2012-PHC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 03987-2010-PHC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 00535-2009-PA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 3509-2009-PHC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 2005-2009-PA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 579-2008-PA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 4912-2008-PHD/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 06089-2006-PA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 5228-2006-PHC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 2509-2005-PHC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 763-2005-PA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 00075-2004-AA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 050-2004-AI/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 045-2004-PI/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 549-2004-HC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 4080-2004-AC/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 3778-2004-AA/TC

Sentencia recaída en el expediente No. 4119-2005-PA/TC

