

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**

**LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA VÍCTIMA DEL  
FRAUDE PROCESAL**

**CRÍTICAS A NUESTRA LLAMADA NULIDAD DE COSA JUZGADA  
FRAUDULENTA**

**Tesis para optar por el Título de Abogado que presenta el Bachiller:**

**JUAN ASTUHUAMÁN BALDEÓN**

**ASESOR: GIOVANNI FRANCEZCO, PRIORI POSADA**

**LIMA-2017**



## RESUMEN

Nuestro trabajo de investigación aborda el espinoso tema del fraude procesal consumado; es decir, aquel escenario en que la *víctima* del fraude procesal *lucha* por enervar los efectos de una sentencia (o acto equiparado a ella) fraudulenta pasada en autoridad de cosa juzgada. La justificación de nuestra investigación se halla en los problemas que suscita, actualmente, el remedio que le ha procurado nuestro Código Procesal Civil: el proceso de “nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. Por su parte, nuestros objetivos son: i) Demostrar la deficiente técnica procesal de nuestro legislador en la regulación del artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil; la misma que no permite a las *víctimas* del fraude procesal recibir una adecuada y efectiva tutela jurisdiccional para enervar los efectos de la «cosa juzgada fraudulenta»; ii) Demostrar que el fraude procesal es una conducta humana que ocasiona vicios de procedimiento y de juicio; y que, por ende, no se trata de un vicio más del proceso, sino de un causante más de los mismos; y iii) Demostrar la conveniencia de no establecer un plazo para enervar la «cosa juzgada fraudulenta», y que dicha medida no atenta contra la seguridad jurídica. La hipótesis que nos hemos planteado es la siguiente: «La regulación del artículo 178 CPC no responde a las exigencias de un Estado Constitucional, ni permite que se pueda brindar tutela jurisdiccional efectiva a la víctima del fraude procesal en nuestro país». La metodología que empleamos es la histórico-dogmática y, en la medida de nuestras posibilidades, comparativa. Finalmente, nuestra conclusión principal es que la técnica procesal empleada por nuestro legislador respecto a la regulación del artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil es deficiente.



*A mis padres, por su cariño infinito;*

*A mi familia, por su apoyo incondicional;*

*Y a Mónica Arteaga, por la (inesperada)  
compañía de este tiempo.*

*—Yo no soy veterinario —se fastidió el Juez—.  
¿Qué quieren?*

*—Queremos que usted constate el abuso,  
doctorcito.*

*—Eso cuesta.*

*— ¿Cuánto costaría la constatación, doctorcito?*

*—preguntó Rivera más animado.*

*—Diez mil..., quizá quince mil —respondió la voz  
imperceptiblemente menos congelada.*

*—Nunca juntaríamos tanto, doctorcito, quizá si  
nos hicieras una rebajita...*

*Los ojos del doctor Parrales fulguraron y su mano  
castigó violentamente el escritorio. El trueno dejó  
sin habla a las autoridades.*

*—¿Qué se han creído ustedes? Esto no es un  
mercado. Los quiero favorecer y todavía discuten.  
Ustedes vean.*

*Manuel SCORZA, Redoble por Rancas.*

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	VII
-------------------	-----

### CAPITULO I

#### ESTADO CONSTITUCIONAL Y PROCESO

1. Premisa: el Estado Constitucional.....	1
2. La dignidad humana y la seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional: ¿y la justicia? .....	6
2.1. La triple alteración sufrida del tránsito del Estado legislativo al Estado Constitucional .....	11
2.1.1. La teoría de las normas .....	12
2.1.2. La técnica legislativa.....	15
2.1.3. La interpretación jurídica.....	16
3. El proceso y el Estado Constitucional.....	16
3.1. La tutela de los derechos como finalidad del proceso en el Estado Constitucional .....	17
3.1.1. Vicios que afectan la finalidad del proceso: vicios de actividad y vicios de juicio (o juzgamiento).....	20
3.2. La ductilidad del proceso.....	22
3.3. El proceso como instrumento de los sujetos de derecho y del Estado .....	23
3.4. El fraude procesal como desnaturalización del proceso en el Estado Constitucional .....	24

III

---

### CAPITULO II

#### LOS VICIOS DEL PROCESO Y EL FRAUDE PROCESAL

1. Premisa: Los vicios existentes en el proceso .....	26
1.1. Vicios de procedimiento.....	27
1.2. Vicios de juicio o juzgamiento.....	28

2. Remedios contra los vicios procesales: la nulidad procesal y los medios impugnatorios .....	31
2.1. La nulidad procesal .....	34
2.2. Los medios impugnatorios .....	38
3. El fraude procesal.....	39
3.1. Naturaleza del fraude procesal: ¿vicio de procedimiento? .....	43
3.2. Carácter particular del fraude procesal: su existencia oculta .....	45
3.3. El fraude procesal y el principio de buena fe procesal .....	46
4. Clasificación del fraude procesal .....	51
4.1. De acuerdo a su ubicación en el proceso .....	51
4.1.1. Fraude en el proceso .....	52
4.1.2. Fraude por simulación.....	53
4.2. Según el autor del fraude procesal.....	54
4.2.1. Fraude unilateral .....	54
4.2.2. Fraude bilateral.....	55
4.2.3. Fraude trilateral.....	55
5. Mecanismos preventivos contra el fraude procesal .....	56
5.1. El contradictorio.....	56
5.2. La tacha de medios probatorios espurios.....	57
5.3. Las multas .....	59
5.4. El llamamiento por fraude o colusión.....	60
6. Mecanismos represivos contra el fraude procesal.....	62
6.1. La nulidad procesal, los medios impugnatorios y la «ineficacia probatoria» .....	62
6.2. El <i>extraordinarium auxilium</i> .....	64

### CAPITULO III

#### SENTENCIA, COSA JUZGADA Y MODELOS DE “REVISIÓN” DE LA COSA JUZGADA

1. Premisa: la sentencia como norma jurídica.....	65
2. Sentencia firme y cosa juzgada .....	67



2.1. La cosa juzgada como cualidad de los efectos de las sentencias firmes ....	68
2.2. Origen, naturaleza y función de la cosa juzgada.....	69
2.2.1. La cosa juzgada y el Código de Hammurabi.....	69
2.2.2. ¿La cosa juzgada sólo como una exigencia de política jurídica?.....	71
2.2.3. La cosa juzgada y la prohibición de reiteración de juicios .....	72
2.3. La inutilidad de los conceptos de cosa juzgada material y cosa juzgada formal .....	74
2.4. La cosa juzgada y el Estado Constitucional.....	77
2.4.1. La cosa juzgada y los derechos fundamentales.....	78
2.4.2. La relatividad de la cosa juzgada .....	79
2.4.3. La cosa juzgada vs. la tutela cautelar: una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional.....	80
3. La “revisión de la cosa juzgada” .....	82
3.1. Naturaleza de la revisión: ¿recurso o medio impugnatorio extraordinario? .....	84
3.2. La “revisión de la cosa juzgada” y nuestro Tribunal Constitucional.....	85
4. Modelos de “revisión de la cosa juzgada” .....	90
4.1. El modelo recursal.....	90
4.2. El modelo de la “acción” autónoma.....	91
5. Conclusión preliminar .....	92

## CAPITULO IV

### NUESTRA DENOMINADA NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTE Y LAS OTRAS VÍAS DE “ATAQUE” CONTRA LA COSA JUZGADA

1. Premisa: nuestro artículo 178 CPC .....	93
1.1. La configuración del fraude procesal como “único” supuesto de procedencia para «revisar» sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en nuestro ordenamiento.....	97
1.2. El fraude procesal como thema probandum en el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta».....	98
2. La inadecuada técnica legislativa de nuestro artículo 178 CPC .....	99

2.1. La incomprensión de nuestro legislador al problema del fraude procesal.....	100
2.1.1. La inadvertencia de que el fraude procesal genera vicios de procedimiento y de juicio ocultos.....	100
2.2. La oportunidad para la interposición de la demanda.....	102
2.3. La concesión de medidas cautelares .....	104
2.4. Los efectos de la resolución que declara fundada la demanda.....	112
2.5. El tratamiento de los terceros afectados por la «cosa juzgada fraudulenta» .....	112
3. La otra vía de “ataque” contra la “cosa juzgada fraudulenta”: el amparo contra resoluciones judiciales.....	115
4. <i>Sigue:</i> el proceso penal como mecanismo de “ataque” contra la «cosa juzgada fraudulenta» .....	119

## CAPITULO V

### HACIA LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA DEL FRAUDE PROCESAL

1. Premisa: la tutela jurisdiccional y la víctima del fraude procesal.....	124
2. La necesidad de establecer un procedimiento efectivo contra la cosa juzgada fraudulenta .....	133
2.1. La conveniencia de no establecer un plazo para interponer la demanda de nulidad de «cosa juzgada fraudulenta».....	134
2.2. No sofocar las medidas cautelares .....	140
2.3. La posibilidad de acumular pretensiones en el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» .....	141
2.4. Tratar al fraude procesal no sólo como la causa de vicios de procedimiento.....	142
3. Seguridad jurídica versus justicia: ¿seguridad para quién?.....	143
3.1. La protección de los terceros de buena fe .....	144
CONCLUSIONES .....	148
BIBLIOGRAFÍA .....	150



## INTRODUCCIÓN

Decía Vargas Llosa que «uno no elige los temas; es elegido por ellos»<sup>1</sup>. Ahora, mientras termino de escribir mi tesis, me doy cuenta de lo certeras que pueden ser las palabras de nuestro nobel.

Mucho antes de ingresar al mundo del Derecho, cuando todavía me encontraba en el Colegio, mis padres habían demandado a una señora que ocupaba por años el primer piso de nuestro inmueble. El proceso que habían iniciado era el de desalojo por «ocupante precario», y había marchado bastante bien en primera instancia, donde incluso habían obtenido una sentencia fundada. Sin embargo, en segundo grado, luego de que la parte contraria apelara, las cosas comenzaron a marchar de modo «extraño»: no se nos hacían llegar las notificaciones en el domicilio procesal señalado; se «extravió» el expediente judicial («extravío» que por cierto duró más de un año); y mis padres y su abogado jamás pudieron entrevistarse con el presidente de la Sala (obviamente dentro del horario establecido para ello), ya que cuando concurrían para hacerlo, éste ponía excusas de las más diversas para no recibirlos (y jamás los recibió).

La Sala Superior revocó la sentencia de primer grado y declaró infundada la demanda de mis padres. Como argumento de su decisión señalaba que la demandada no era precaria debido a que contaba con un

---

<sup>1</sup> En realidad hemos parafraseado a Vargas Llosa, pues él textualmente dice lo siguiente: «El novelista no elige sus temas; es elegido por ellos. Escribe sobre ciertos asuntos porque le ocurrieron ciertas cosas. En la elección del tema, la libertad de un escritor es relativa, acaso inexistente» (1997: 28). Aunque Vargas Llosa se refiere a los novelistas, creo que la apreciación es válida para cualquier escritor.

contrato de arrendamiento, el cual (a su juicio) la hacía poseer con «justo título» y de «buena fe». Sin embargo, el argumento era de lo más deleznable, ya que el «justo título» que exhibía la parte contraria no era un contrato de arrendamiento celebrado con mis padres, sino con el propietario anterior del inmueble (una Municipalidad), el mismo que se había celebrado cuando el inmueble ya se encontraba inscrito a nombre de mis padres ante los Registros Públicos (con lo que eso de la «buena fe» tampoco llegaba a tener el menor asidero).

En ese escenario, solo restaba un único camino: el recurso de casación. Lamentablemente, el abogado que patrocinaba a mis padres (consciente de sus limitaciones) les manifestó que buscaran otro letrado para interponer el recurso, ya que él nunca había litigado ante la Corte Suprema. En esa «búsqueda», para suerte de mis padres, se les cruzó un brillante abogado (que años después se convirtió en Presidente de una de las Cortes Superiores de nuestro país) que aceptó patrocinarlos e interponer el recurso.

Luego de más de un año y medio de espera, la Corte Suprema dio la razón a mis padres y ordenó que la demandada desocupara el inmueble.

Muchos años después, cuando mis padres ya habían recuperado su inmueble, uno de los jueces superiores (suplente en esa época), que conformaba la Sala de ese entonces, le «confesó» a un familiar nuestro que el presidente de la Corte Superior había «intercedido» para que se favorezca a la parte demandada; y que había «dispuesto» además que el proceso se

dilatara lo más posible. ¿Qué había motivado al presidente de la Corte a «interceder» de tal forma?

Pues bien, ocurría lo siguiente: una de las hijas de la demandada (que era abogada) tenía una estrecha amistad con el presidente de la Corte y le había pedido a éste que intercediera en el proceso de su madre para evitar el desalojo. Como el presidente de la Corte había puesto a *dedo* a los jueces superiores de la sala que resolvía el caso de mis padres no le fue nada difícil «interceder» para «ayudarla».

Para cuando me lo contaron ya me encontraba en Facultad, había revisado el expediente con minuciosidad y «entrevistado» a mis padres respecto a todo lo acontecido en ese proceso. Sin embargo, ni ellos ni yo considerábamos que hubiera existido *fraude*.

IX

---

En el caso de mis padres, para fortuna de ellos y de la familia, el fraude procesal no triunfó, pero nos dejó a todos un «sinsabor», especialmente a mí, que desde entonces (o sea desde que me enteré que había mediado fraude en el proceso de mis padres) me vengo preguntando por los «remedios» que brinda nuestro ordenamiento y si esos «remedios» son realmente efectivos.

Lamentablemente los mecanismos que buscan hacer frente al fraude procesal reciben poca atención por parte de la doctrina, sea que traten de prevenirlo, busquen revertirlo cuando el proceso todavía se halla en curso o — escenario más clamoroso— pretendan «eliminar» sus efectos una vez que el fraude ya se ha consumado; es decir, una vez que el proceso ha culminado

con una decisión que ha pasado en calidad de cosa juzgada. En este último caso, el mecanismo juega como *extraordinarium auxilium* del sistema, encaminado a «enervar la cosa juzgada»<sup>2</sup>.

Pero como decíamos, ninguno de estos mecanismos recibe la atención debida por parte de la doctrina, de modo que los estudios al respecto resultan escasos, especialmente cuando de abordar al *extraordinarium auxilium* de los ordenamientos jurídicos se trata. Como bien se señala, sobre la «cosa juzgada existe verdaderamente una cantidad sobreabundante de bibliografía, y en cambio sobre la revisión los trabajos son muy escasos»<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Se trata evidentemente de una «cosa juzgada injusta», donde uno de los motivos para enervarla podría ser el fraude procesal.

<sup>3</sup> La apreciación es de Jordi Nieva Fenoll, quien lo expresa de la siguiente manera: «Debería comenzarse este trabajo argumentando por qué la cosa juzgada se opone a la revisión. Sin embargo, ello no es tan fácil como puede parecer en un principio, o como han dado por supuesto la mayoría de autores siguiendo la corriente general, porque, como luego se justificará, la revisión no nació en los ordenamientos como un medio de rescisión de la cosa juzgada. Por otra parte, en lo que sí se opone la cosa juzgada a la revisión es en sus respectivos estudios. Sobre cosa juzgada existe verdaderamente una cantidad sobreabundante de bibliografía, y en cambio sobre la revisión los trabajos son muy escasos. Sin embargo, ambos temas tienen en común sus oscuridades. El exceso de estudio de la cosa juzgada ha sobrecargado su dogmática hasta el punto de hacerla absolutamente inextricable, si uno no acude a sus orígenes más remotos. Y sin embargo, sobre la revisión la dificultad consiste precisamente en la falta de una bibliografía contrastada sobre la materia, que ayude a desentrañar sus incógnitas. Además, se trata de un medio de impugnación excepcional, por lo que la experiencia práctica sobre la revisión es escasa y, en buena medida, marginal» (2009: 241-242)

Ahora bien, aunada a la poca atención de la doctrina, se suma la casi inexistente reflexión que suscita estos temas en las aulas universitarias, de los que uno alcanza a oír solo de «pasadita»<sup>4</sup>.

Nuestro trabajo de investigación no abordará a fondo todos los escenarios en que el fraude procesal se manifiesta, ni a los mecanismos preventivos o represivos que en cada uno de ellos se emplean. Se centrará básicamente en un único escenario<sup>5</sup>: aquel en que la *víctima* del fraude procesal *lucha* por enervar los efectos de una sentencia (o acto equiparado a ella) fraudulenta pasada en autoridad de cosa juzgada que lo afecta directamente, dejando el estudio de los terceros para otra oportunidad.

Ahora bien, el mecanismo diseñado para ello en nuestro ordenamiento es la denominada *nulidad de cosa juzgada fraudulenta*, regulada en el artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil, que —como es evidente— tiene como causal de «anulación de la cosa juzgada» al fraude procesal.

XI

---

Pero, ¿qué es el fraude procesal? O mejor, retrocediendo un poco más la pregunta: ¿qué es el fraude? Es importante hacer notar que la palabra fraude no se halla reservada para el Derecho y menos para el Derecho Procesal. Así podemos notar que las manifestaciones del fraude son tan

---

<sup>4</sup> Lo mismo ocurre también con los tópicos de la nulidad procesal y la teoría impugnatoria, que pese a ser los más empleados en la práctica forense, son los que menos atención reciben en las aulas universitarias.

<sup>5</sup> Lo que no va a ser impedimento para analizar los otros escenarios en que también se manifiesta el fraude (y los «remedios» que contra éste se pueden emplear en cada uno de esos escenarios).



múltiples como el número de actividades a las que se dedica el ser humano. Y esto debido a que el fraude es —ante todo y sobre todo— una conducta humana.

En el caso del proceso —como ocurre también con el Derecho—, hablar de fraude implica introducir un elemento ético (o moral) al mismo, ya que supone prevenir y reprimir conductas que tornarían en injusta la decisión del juzgador. Sin embargo, pensar que la «solución» al problema del fraude procesal sólo depende de instrumentos procesales sería pecar de ingenuos. El problema es más complejo de lo que parece e involucra a la sociedad en su conjunto.

En el caso de nuestro país las cosas se agravan debido a que nos encontramos sumidos en una aguda crisis de valores (de la que ningún estrato social se salva), donde hallamos desde policías “coimeros” hasta ex mandatorios presidenciales investigados por corrupción<sup>6</sup>. La honradez y la buena fe parecerían no encontrarse precisamente en «el ADN de nuestra sociedad», los que trasladados al ámbito del proceso se ven reflejados en el abuso del proceso y el fraude procesal.

Teniendo presente lo anterior, nuestro trabajo de tesis se propone los siguientes objetivos:

- a) Demostrar la deficiente técnica procesal de nuestro legislador en la regulación del artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil;

---

<sup>6</sup> Por poner de ejemplo a quienes son funcionarios públicos. Sin embargo, cosa similar ocurre con los ciudadanos «comunes y corrientes», quienes tratan de sacar ventaja de todo y de todos a toda costa. No es la regla encontrar gente honesta en nuestro país.



la misma que no permite a las *víctimas* del fraude procesal recibir una adecuada y efectiva tutela jurisdiccional para enervar los efectos de la «cosa juzgada fraudulenta».

- b) Demostrar que el fraude procesal es una conducta humana que ocasiona vicios de procedimiento y de juicio; y que, por ende, no se trata de un vicio más del proceso, sino de un causante más de los mismos.
- c) Demostrar la conveniencia de no establecer un plazo para enervar la «cosa juzgada fraudulenta», y que dicha medida no atenta contra la seguridad jurídica.

La metodología que emplearemos será histórico-dogmática y, en la medida de nuestras posibilidades, comparativa.

XIII

---

Nuestra investigación ha sido dividida en cinco capítulos; todos ellos enmarcados bajo el paradigma de nuestro tiempo: el Estado Constitucional.

Sin embargo, será nuestro primer capítulo el que particularmente se ocupe del Estado Constitucional: de sus fundamentos; de la alteración que ha traído consigo en el Derecho y en el Derecho Procesal; de la función que desempeña el proceso en el Estado Constitucional; y de cómo el fraude procesal desnaturaliza esa finalidad.

El segundo capítulo está dedicado a los vicios del proceso y al fraude procesal; situando a éste no como un vicio más del proceso, sino como una conducta humana generadora de los mismos; es decir, como causante de

vicios de procedimiento y de juicio; indagando, a su vez, en la naturaleza del fraude procesal, en las clasificaciones que pueden hacerse de éste y en los mecanismos preventivos y represivos que se pueden emplear contra él.

En el tercer capítulo abordamos a la sentencia, la cosa juzgada y los modelos de “revisión” contra ésta. En lo que respecta a la sentencia, la concebimos como una norma jurídica, distinguiendo a sus efectos de los de la cosa juzgada, a la cual consideramos como una cualidad de la sentencia y no como a uno de sus efectos. En lo concerniente a la *res iudicata*, examinamos críticamente su origen, naturaleza y función; criticando además a la «división» que comúnmente se hace sobre ella (de cosa juzgada material y cosa juzgada formal) y al modo absoluto de concebirla. Por último, en lo concerniente a la «revisión de la cosa juzgada», veremos su naturaleza y los modelos que existen sobre ella.

XIV

---

En el cuarto capítulo analizamos a nuestro *extraordinarium auxilium*: la denominada «nulidad de cosa juzgada fraudulenta», la cual se halla regulada en el artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil. Y nos avocamos también de las otras vías de “ataque” contra la «cosa juzgada fraudulenta»: el amparo contra resoluciones judiciales y el proceso penal.

En el quinto —y último— capítulo analizamos el derecho a la tutela judicial de las *víctimas* del fraude procesal, la necesidad de establecer un procedimiento efectivo contra la «cosa juzgada fraudulenta» y la conveniencia de no establecer ningún plazo para enervarla.

Finalmente, se exponen nuestras conclusiones.

Lima, julio del 2017.

Juan Astuhuamán Baldeón



# CAPITULO I

## ESTADO CONSTITUCIONAL Y PROCESO

**SUMARIO:** 1. Premisa: el Estado Constitucional— 2. La dignidad humana y la seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional: ¿y la justicia? — 2.1. La triple alteración sufrida del tránsito del Estado legislativo al Estado Constitucional—2.1.1. La teoría de las normas — 2.1.2. La técnica legislativa — 2.1.3. La interpretación jurídica —3. El proceso y el Estado Constitucional —3.1. La tutela de los derechos como finalidad del proceso en el Estado Constitucional —3.1.1. Vicios que afectan la finalidad del proceso: vicios de actividad y vicios de juicio (o juzgamiento) —3.2. La ductilidad del proceso —3.3. El proceso como instrumento de los sujetos de derecho y del Estado —3.4. El fraude procesal como desnaturalización del proceso en el Estado Constitucional

### 1. *Premisa: el Estado Constitucional*

De un tiempo a esta parte, la Constitución ha terminado *abrumando* al Derecho. No hay parte del Derecho que escape de ella, ni parte del Derecho que no se haya visto inevitablemente influenciada por su *fuerza*. De carta política, meramente declarativa<sup>7</sup>, la Constitución ha pasado hoy en día a ubicarse en la fuente normativa preponderante de nuestro sistema jurídico<sup>8</sup>. Los valores constitucionales y los derechos fundamentales que ella contiene han pasado, así, a ser el nuevo centro de atención de todo el Derecho. Si antes fue la ley la que tenía el papel protagónico<sup>9</sup>, esta ha sido desplazada por

---

<sup>7</sup> La excepción es, sin duda, la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que desde su entrada en vigencia ya era vinculante (jurídicamente) para todos los norteamericanos.

<sup>8</sup> Sobre la Constitución como fuente del derecho, véase el libro *Las Fuentes del Derecho* de Guastini (2016: 272-274)

<sup>9</sup> Sobre la posición de la ley en el Estado legislativo, Zagrebelsky refiere que: « Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla

ellos; pues la «ley, como Derecho, ha perdido su supremacía<sup>10</sup> una vez que el Derecho requirió que la ley esté en consonancia con los derechos fundamentales. Tales derechos no son proclamaciones que dependan de la ley, sino que constituyen parámetros para la validez del producto legislativo» (Cfr, Marinoni, 2015: 91). Sin embargo ello no significa que la ley no siga teniendo un papel importante. Lo tiene. Pero, no es más el paradigma<sup>11</sup> de nuestro tiempo.

Como todo en el Derecho, la llegada del nuevo paradigma posee una explicación social, económica y cultural<sup>12</sup>. No ha sido, pues, casualidad que

---

jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal detenido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política ‘monista’ o ‘monoclase’, como era la sociedad liberal del siglo pasado [se refiere al siglo XIX], incorporaba en sí las reglas de su propio orden» (2008: 31).

2

<sup>10</sup> Sobre la supremacía de la ley, dice Cappelletti: «La Revolución [se refiere a la Revolución francesa] proclamó como uno de sus primeros principios la absoluta supremacía de la ley instituida por el *corps législatif* como representantes del pueblo, mientras degradaba lo judicial hasta lo que se consideraba como labor puramente mecánica de aplicación de esa ley a casos concretos» (1986: 24)

<sup>11</sup> Sobre el término «paradigma», Priori explica, siguiendo a Thomas Kuhn, que: «el desarrollo de la ciencia (y podría decirse de las disciplinas en general) se produce a través de un conjunto de episodios históricos extraordinarios. Estos episodios se presentan como innovaciones que respecto de las ideas básicas del periodo anterior se presentan como nuevas formas de ver el mundo y, por tanto, de comprender los fenómenos de una determinada disciplina. A esos episodios extraordinarios los denomina Kuhn “revoluciones científicas”» («A»: 911).

<sup>12</sup> El cual es explicado por la historia. Como bien dice Fairen Guillén: «Es el estudio de la Historia el que permite una completa penetración en la intimidad del dinamismo de un fenómeno jurídico determinado» (1953: 25). En este caso, sin embargo,



las cosas hayan llegado hasta este punto. Hace un tiempo —antes de que ingresemos al Estado legislativo— el uso del poder era despótico, concentrado todo en el monarca; con la existencia de privilegios para la clase aristocrática y sin posibilidad de que el pueblo pueda participar sobre la *res publica*. Ello cambió de modo radical con la llegada de la revolución francesa<sup>13</sup>, pues la ley pasó a ser «el instrumento de control por excelencia del poder y, por ende, protectora de la libertad de los ciudadanos» (Priori, «A»: 912).

Pero la ley demostró ser insuficiente también para proteger los valores proclamados en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*<sup>14</sup>; y demostró además ser débil para controlar al poder y

---

conviene precisar que no se trata de un fenómeno jurídico determinado, sino de todo el Derecho. Ahora bien, en lo que respecta a la evolución del Derecho y al papel del Derecho Procesal en esa evolución, señala Augusto Morello que «el Derecho (en conexión con la Economía, la Ética, la Sociología y también las Ciencias), entre tantas solicitudes de recambios, distintas velocidades y las presiones suficientes de la opinión pública, los medios y la gente, lo que regentea el Derecho Procesal cobra una peculiar significación que lo instala en la *necesidad de reformar* lo que ya no se ve como aprovechable en relación con las expectativas de este mundo, producto de varias y concurrentes culturas, aunque dispuestos a coincidir en la práctica de usos homogéneos, comunes o similares» (2005: 731-732).

<sup>13</sup> Al respecto, Hugo Cavero nos dice: «La historia nos enseña que hartos del absolutismo, debilitada la aristocracia y difundidas las ideas ilustradas, los franceses protagonizaron en 1789 una revolución que instauró un nuevo régimen político y jurídico, dejando profundas huellas en ambos ámbitos. En lo jurídico probablemente una de las más notorias fue lo que puede denominarse el “culto a la ley”, a partir del cual, para evitar la arbitrariedad que tanto perjuicio había causado otrora, el juez, al resolver una causa, debía limitarse a aplicar la ley en forma textual, sin posibilidad de interpretación más allá de la literal» (Cavero, 2011: 40).

<sup>14</sup> Declaración que se produjo en el año 1789; que en palabras de los revolucionarios franceses podría resumirse en *Liberté, égalité, fraternité*.



«mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales»<sup>15</sup> (Zagrebelsky, 2008: 40).

La primera parte del siglo XX fue la más *elocuente* al respecto, pues el Estado de Derecho, alejándose de su origen liberal, se vinculó a la dogmática del Estado totalitario. Como bien dice Zagrebelsky, se «llegó a propiciar que esta vinculación se considerase, en adelante, como el trofeo de la victoria histórico-espiritual del totalitarismo sobre el individualismo burgués y sobre la deformación del concepto de derecho que éste habría comportado» (2008: 23).

Si la primacía de la ley había señalado «la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y el *Ancien Régimen*» (Zagrebelsky, 2008: 24), la «rigidez de las Constituciones europeas y el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, luego de la segunda pos guerra» (cfr., Ferrajoli, 2001: 31), supusieron la *derrota* de la ley frente a la Constitución y los derechos

---

<sup>15</sup> Las sociedades de hoy se caracterizan por su pluralidad, donde diversos grupos sociales, con distintos intereses e ideologías, se pugnan por el control del poder, pero sin que lleguen a controlarlo enteramente. Al respecto, Zagrebelsky nos lo explica de esta manera: «Las sociedades pluralistas actuales –es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado–, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional» (2008:13).

fundamentales. Se inauguró entonces un nuevo paradigma: el del Estado Constitucional.

Pero, ¿qué debemos entender por Estado Constitucional? ¿Acaso sólo la supremacía normativa de la Constitución? Para el profesor Priori se puede hablar de «Estado Constitucional en dos sentidos distintos: de Estado constitucional en sentido formal y de Estado constitucional en sentido material. El Estado constitucional en sentido formal es aquel que tiene como norma suprema a la Constitución, de la cual derivan los poderes y sus límites. En cambio, Estado constitucional en sentido material supone que esa Constitución debe recoger una serie de principios y valores materiales propios del constitucionalismo [...], sin los cuales es inadmisibles considerar a un Estado como constitucional, por más que tenga una Constitución» («A»: 913).

5

---

Ahora bien, para Zagrebelsky, que emplea «la imagen de la ductilidad» para explicar el nuevo paradigma jurídico de nuestro tiempo, los valores y principios que recoge la Constitución deben asumirse «con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir» (2008:14); de modo que, «si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores —nos dice—, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad» (2008:16). Se trataría, por tanto, de la no «prevalencia de un sólo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente» (Zagrebelsky, 2008:16).

El Derecho actual, entonces, irradiado por el nuevo paradigma de nuestro tiempo, vendría a ser el resultado de éste<sup>16</sup>. Y aunque se diga que en la actualidad el Estado Constitucional se encuentra atravesando por una crisis<sup>17</sup>, es innegable que todo estudio jurídico actual —desde cualquier rama— no puede pasar por alto a la Constitución y los derechos fundamentales; hacerlo, significaría realizar un estudio anacrónico e incompleto; de ahí que, nuestra tesis no pueda partir sino desde la premisa del Estado Constitucional.

## ***2. La dignidad humana y la seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional: ¿y la justicia?***

Analizando la Constitución brasileña, Daniel Mitidiero advierte que la «República Federativa de Brasil se constituye en un Estado Democrático de Derecho fundado en la dignidad de la persona humana (art. 1, inciso III, CF)» (2014:3). Y que como «Estado de Derecho, se funda en la seguridad

---

<sup>16</sup> Evidentemente hay cosas que se conservan; solo que lo decíamos debido a las alteraciones que ha sufrido el Derecho por el Estado Constitucional. De esto, por cierto, nos ocuparemos a más detalle en los siguientes apartados.

<sup>17</sup> Nos referimos a Luigi Ferrajoli, para quien el Estado Constitucional se encontraría en crisis. Lo explica del siguiente modo: «Ambos modelos de estado de derecho (se refiere al Estado legislativo y al Estado Constitucional) aquí ilustrados están aquí hoy en crisis. Identificaré dos aspectos y dos órdenes de factores de la crisis, que afectan uno al estado legislativo de derecho y otro al estado constitucional de derecho: en una palabra, al estado de derecho tanto en sentido débil como fuerte. En ambos aspectos, la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno; por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes» (2001:35).

jurídica (art. 1, *caput*, CF)» (2014:3). Para él, dignidad humana y seguridad jurídica son los fundamentos del Estado Constitucional.

Pues bien, nuestra Constitución, con similar regulación que la brasileña, reconoce también, en su artículo 1, que «el ser humano es el fin supremo del Estado y la sociedad»<sup>18</sup>; sin embargo, no hace referencia alguna a la seguridad jurídica.

¿Nos preguntamos si ello impediría que la seguridad jurídica sea un principio constitucional en nuestro ordenamiento? ¿O más aún, que debido a ello no sea uno de los fundamentos de *nuestro* Estado Constitucional? Ciertamente no.

Explica Pedro Grández que los principios pueden ser expresos o implícitos. Así, señala que esta es «una distinción que se reconduce hacia los textos y sus posibilidades normativas vía interpretación. Algunos de sus enunciados son fuente de normas que no siempre aparecen “visibles” a primera vista o, en otros casos, se trata de significados normativos que se desprenden de un conjunto de enunciados vía argumentación» (2016: 14-15)

La seguridad jurídica en nuestra Constitución es un principio implícito<sup>19</sup>; concretizada en otros principios, como el de cosa juzgada o el de

---

<sup>18</sup> El Artículo 1 de nuestra Constitución Política lo expresa con algunas palabras más: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»

<sup>19</sup> Así lo ha dejado en claro también nuestro Tribunal Constitucional, cuando ha referido que: «la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de

irretroactividad de la ley. En tal sentido, la seguridad jurídica no se desprende de éstas; todo lo contrario, éstas se derivan de aquella.

Ahora bien, ¿por qué los principios de dignidad humana y seguridad jurídica serían el fundamento del Estado Constitucional? ¿Qué sucede con la justicia? ¿Acaso no podría ser también su fundamento?

Respondiendo a lo primero, diremos que cuando el artículo 1 de nuestra Constitución señala que *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*, está estableciendo que «la persona humana y su dignidad son el centro, la referencia necesaria, el fundamento, la razón de ser de la sociedad y del Estado» (Priori, 2005: 175). En tal sentido, la persona humana se ubica como el fundamento del Estado y como el «presupuesto de todos los derechos fundamentales»<sup>20</sup> que nos rodean. Como bien explica Mitidiero:

« [...] la colocación de la dignidad de la persona humana como principio fundamental del Estado Constitucional impone como “tarea”

---

distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("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 efecto, cualquiera que sea su denominación")», EXP. N.º 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril del 2003.

<sup>20</sup> EXP. N.º 1417-2005-AA/TC



para la doctrina la *realización de una teorización del derecho a partir de la persona humana* y no a partir del Estado. Dicho de otro modo, el reconocimiento de la persona humana como fundamento del ordenamiento jurídico revela que el Estado “es una organización política que sirve al hombre” y que, por tanto, “no es el hombre que sirve a los aparatos político-organizativos”» (2014: 6).

En consecuencia, «la dignidad humana es uno de los fundamentos sobre los que descansa el Estado constitucional» (Priori, 2005: 176).

En lo que respecta a la seguridad jurídica, nuestro Tribunal Constitucional lo considera como una parte «consustancial del Estado Constitucional de Derecho»<sup>21</sup>, ligada a la «predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, [y que] es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad»<sup>22</sup>.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional cuando hace referencia a *supuestos previamente determinados por el Derecho*; pues el Derecho en el Estado Constitucional posee un «carácter no cognitivista y lógico argumentativo» (Mitidiero, 2014:7). Es decir, debido a que el Derecho es expresado en «lenguaje»<sup>23</sup> –que es

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> Lenguaje y Derecho han estado unidos desde siempre. Sobre esa unión nos señala Paolo Grossi lo siguiente: «Derecho y lenguaje revelan una fundación común, la cual consiste, el uno y el otro, en una función ordenadora del caos social: la primera, permitiendo la armonización de mi libertad con la del otro, de los otros, y, entonces,



indiscutiblemente porosa y polisémica– requiere la comprensión de la seguridad más como *viabilización de conocimiento* que propiamente como *determinación* previa de sentido. La seguridad jurídica exige, por tanto, la controlabilidad intersubjetiva de los procesos semántico-argumentativos que conducen al conocimiento y a la certeza del Derecho y la adopción de criterios racionales y coherentes para su reconstrucción» (Mitidiero, 2014: 8).

Ahora bien, la seguridad jurídica es fundamento del Estado Constitucional, por cuanto si de lo que se trata es de proteger a la persona humana, los valores constitucionales que le sirven y sus derechos, entonces necesariamente el Estado de nuestro tiempo debe fundamentarse en la seguridad jurídica. Sin «cognosibilidad, confiabilidad y efectividad del Derecho» (Mitidiero, 2014:7), sencillamente no nos encontraríamos ante un Estado Constitucional. Como bien dice Humberto Ávila, el «Estado de Derecho o es seguro o no es Estado de Derecho» (2011: 207).

Respecto a las dos últimas preguntas que nos formulamos, consideramos que la justicia no viene a ser fundamento del Estado Constitucional, sino más bien su finalidad<sup>24</sup>. Tanto el Derecho<sup>25</sup> como el

---

consolidando una pacífica convivencia entre los ciudadanos; el segundo, operando una eficiente comunicación entre los miembros de una comunidad, corroborando, por tanto, la cohesión entre ellos y contribuyendo no poco a marcar su identidad» (2014: 7-8)

<sup>24</sup> Y, por ello, es la finalidad también del proceso. Pero no una finalidad perseguida en abstracto, sino en vinculación con el derecho material (o procesal). Así, Alvaro de Oliveira lo explica de la siguiente manera: «el *valor justicia*, que refleja la finalidad esencial del proceso, se encuentra íntimamente vinculado con la actuación concreta del derecho material, entendido éste, en sentido amplio, como todas las situaciones subjetivas de ventaja reconocidas por el ordenamiento jurídico a los sujetos de

Estado Constitucional persiguen la justicia y, por ende, la construcción teórica de ambos debe encontrarse encaminada a ella.

### **2.1. *La triple alteración sufrida del tránsito del Estado legislativo al Estado Constitucional***

El tránsito del Estado Legislativo al Estado Constitucional no ha sido nada pacífico; ha sido un tránsito difícil, tortuoso y en cierta medida traumático, pues supuso el abandono de todas las concepciones del paradigma anterior<sup>26</sup>. Si bien este tránsito no se produjo al mismo tiempo en

---

derecho» (2007: 142). En buena cuenta, pues, la protección de los derechos, supone hacerlo en justicia y no de cualquier modo.

<sup>25</sup> No obstante, es importante no confundir al objeto del Derecho con su finalidad. El primero, como señala Roberto Gonzáles, «es *vida humana* entendida como interacción humana» (2013: 44); agregando luego que «el objeto del derecho es simplemente la *interacción humana eficaz*» (2013: 45)

<sup>26</sup> Alguna de esas concepciones se resisten todavía por sobrevivir. Es el caso del procedimiento predeterminado por ley; al respecto el profesor Priori reflexiona de la siguiente manera: «el reconocimiento de la garantía al procedimiento preestablecido en la ley, nos plantea el siguiente problema: *qué ocurre si el procedimiento preestablecido en la ley afecta alguna de las otras garantías previstas en la Constitución*. De hecho, las diversas Constituciones peruanas (aunque especialmente las del siglo XX) reconocen una serie de garantías procesales constitucionales de los ciudadanos, a través de una larga lista de derechos que claramente desbordaban el contenido del *derecho preestablecido en la ley*, o dicho de otro modo, garantías que le daban contenido a una garantía que vista hoy cumplía en verdad un rol meramente instrumental: el respeto a la garantía del procedimiento preestablecido en la ley solo tiene sentido en la medida que dicho procedimiento garantice, a su vez, los derechos al libre acceso de los ciudadanos al proceso, al juez natural, a la defensa, a la prueba, a la motivación y a la efectividad. Sin el respeto de esas garantías procesales esenciales, el respeto al *procedimiento preestablecido en la ley* carecería de todo contenido y razón de ser» (2013: 587). Sobre esto muestra preocupación también Alvaro De Oliveira, quien reflexiona del siguiente modo: «Puede acontecer, sin embargo, y ese es el meollo del problema, que el poder organizativo, ordenador y disciplinador del formalismo, en vez de concurrir para la realización del Derecho, aniquile el propio Derecho o determine un retardo irrazonable de la solución del

toda nuestra tradición jurídica, pues fue primero Europa Continental en experimentarla y luego nosotros; lo cierto es que tarde o temprano ella llegó a producirse. Entre los cambios que trajo consigo el viraje del Estado legislativo al Estado Constitucional, podemos ubicar —siguiendo a Mitidiero (2014: 1-3)<sup>27</sup>— a los siguientes: el de la teoría de las normas, la técnica legislativa y el de la interpretación jurídica.

### *2.1.1. La teoría de las normas*

Si en el Estado legislativo las normas eran solo reglas; en el Estado Constitucional, las normas vienen a ser también principios y postulados.

Pero, qué significa esto: ¿acaso no existían antes principios y postulados? Ciertamente sí, solo que ellos no eran considerados normas; su rol era más bien subsidiario, se los buscaba cuando las reglas no resultaban suficientes; vale decir, cuando el legislador no había legislado o lo había hecho deficientemente<sup>28</sup>.

---

litigio. En este caso el formalismo se transforma en su contrario: en vez de colaborar a la realización de la justicia material, pasa a ser su verdugo, en vez de propiciar una solución rápida y eficaz del proceso, contribuye para la extinción de este sin juzgamiento del mérito, obstando a que el instrumento alcance a su finalidad esencial. Para apartar las consecuencias nefastas del formalismo excesivo, pernicioso o negativo, se muestra necesario que el jurista, el operador práctico del Derecho, se premuna de herramientas que impidan tal desvío de perspectiva» (2010: 300)

<sup>27</sup> Por su parte, Humberto Ávila nos refiere que cuatro serían los “fundamentos” (en realidad se está refiriendo a los cambios) del “neoconstitucionalismo”: «el normativo (“de la regla al principio”); el metodológico (“de la subsunción a la ponderación”); el axiológico (“de la justicia general a la justicia particular”); y el organizacional (“del Poder Legislativo al Poder Judicial”))» (2013: 204).

<sup>28</sup> Como muestra de ello, tenemos todavía a nuestro anacrónico artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que dispone: «Los jueces no pueden dejar de

Pedro Grández explica que con el advenimiento del Estado Constitucional se produce «un progresivo ascenso de los principios, que de haber sido considerados como pautas auxiliares para la interpretación de las verdaderas normas del sistema —con discutible status respecto de su normatividad—, pasan a convertirse en lo que son hoy en día: las normas más importantes del sistema jurídico, esto es, indiscutibles normas fundamentales» (2016: 22).

Ahora bien, en doctrina no existe acuerdo todavía en torno a cuál es la diferencia entre una regla y un principio, como lo ha puesto en evidencia una atenta doctrina nacional<sup>29</sup>. Sin embargo, la doctrina mayoritaria comulga con la idea de Alexy de distinguir a las reglas como un mandato definitivo y a los principios como un mandato de optimización<sup>30</sup>.

13

---

administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

<sup>29</sup> Al respecto, nuevamente, Pedro Grández, quien refiere que: «Se han identificado hasta tres posturas o actitudes sobre la distinción entre reglas y principios. Una primera postura sostiene que entre reglas y principios existe una distinción disyuntiva o lógica, en la medida en que pueden establecerse diferencias claras o determinantes, ya sea lingüísticas, estructurales o funcionales, entre ambos tipos de normas. Una segunda postura sostiene que dicha separación es solo una distinción débil. Se trataría de una distinción de grado y, en algunos casos, ni siquiera sería factible establecer diferencias, en la medida que a partir de un mismo enunciado se pueden extraer respuestas concluyentes o *prima facie*, dependiendo de los contextos y de la naturaleza de los casos. Finalmente, una tercera postura niega cualquier distinción, al punto que una teoría sobre las distinciones jugaría un papel nocivo en la idea misma del derecho, que debe ser comprendida más bien como un sistema de normas vinculantes, esto es, de mandatos definitivos» (2016: 26).

<sup>30</sup> Posición que es seguida entre nosotros también por Cesar Landa, quien refiere lo siguiente: «Los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado de intensidad y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de su estructura jurídica, sino también

El método usado para las reglas, asimismo, es el de la subsunción; mientras que para los principios el —famosísimo— test de proporcionalidad. Mediante la subsunción se ubica la *fatispeccie* (soporte fáctico) de una regla para luego extraer su consecuencia jurídica. Mediante el test de proporcionalidad, «estructurado en tres sub test (adecuación, necesidad y ponderación)» (Grández, 2016: 28), se buscaría «establecer relaciones de prelación o jerarquía entre principios en conflicto de forma “correcta” para cada caso»<sup>31</sup> (Grández, 2016: 28).

Finalmente, al lado de los principios y reglas tenemos a los postulados, que son «normas que buscan regular la aplicación de otras normas» (Mitidiero, 2014: 2); como es el caso de la ponderación, la concordancia práctica, la prohibición de exceso, la igualdad, la razonabilidad y la proporcionalidad<sup>32</sup>.

---

presupuestales. Mientras que, las *reglas* son normas con mandatos prescriptivos que sólo pueden ser cumplidas o no; porque contienen *determinaciones* concretas en el ámbito de lo jurídico y son fácticamente posibles» (2010: 15)

<sup>31</sup> Esa búsqueda de prelación se hace posible con el principio de proporcionalidad y el de sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, refiere Alexy que la «ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro» (2015: 460)

<sup>32</sup> Así lo refiere Daniel Mitidiero (2014: 2), en pie de página, siguiendo a Humberto Ávila.



### 2.1.2. La técnica legislativa

Sobre el cambio de la técnica legislativa, Daniel Mitidiero refiere que «se pasa de una legislación redactada de forma casuística a una legislación en donde se mezcla la técnica casuística con la técnica *abierta*» (2014:2). Explica que en la técnica casuística «el legislador redacta sus proposiciones previendo exactamente los casos que quiere regular, particularizando al máximo los términos, las conductas y las consecuencias legales» (2014:2); mientras que la técnica abierta emplea «términos indeterminados, con o sin previsión de consecuencias jurídicas en la propia proposición» (2014:2).

Ahora bien, en la técnica abierta ingresan «los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales: los primeros como especies normativas que, en el soporte fáctico, existe previsión de un término indeterminado así como consecuencias jurídicas legalmente previstas; las segundas, como especies normativas en donde hay previsión de un término indeterminado en el soporte fáctico y no hay previsión de consecuencias jurídicas en el propio enunciado legal»<sup>33</sup> (Mitidiero, 2014: 2).

---

<sup>33</sup> A ello debe añadirse la decodificación por la que atravesamos actualmente. Sobre ello, Nicola Picardi señala lo siguiente: «Nuestra época, como ya he señalado, ha sido definida como la edad de la decodificación. Se ha observado, en efecto, que, sobre todo luego de los flujos corporativos y neocorporativos, el código civil ha sido asaltado por leyes especiales que han desgarrado la regulación general con toda una serie de institutos y relaciones, terminando así por configurar verdaderos y propios *estatutos de grupo*» (2009: 12)

### 2.1.3. *La interpretación jurídica*

En el Estado legislativo, la norma era dada previamente por el legislador; la labor del juez se limitaba a aplicarla. De ahí que sea conocida la expresión —tantas veces repetida durante el Estado legislativo— de que *el juez era boca de ley*.

Con la llegada del Estado Constitucional las cosas cambian drásticamente. La norma ya no viene dada previamente por el legislador; la norma, esta vez, viene a ser el resultado de la labor interpretativa del juez. El legislador dará textos normativos, pero no más normas. Las normas serán el resultado de la labor interpretativa del juez. Se hará entonces una clara diferenciación entre texto normativo y norma. Como bien señala Riccardo Guastini, «la disposición es (parte de) un texto aún *por interpretar*; la norma es (parte de) un texto *interpretado* (2011: 136).

16

---

## 3. *El proceso y el Estado Constitucional*

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo —concisamente por cierto— a los cambios que ha traído consigo el tránsito del Estado Legislativo al Estado Constitucional sobre el Derecho; en adelante, nos centraremos en las alteraciones que dicho tránsito ha traído consigo sobre el Derecho Procesal<sup>34</sup> y, particularmente, sobre el proceso<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Que a decir de Alvaro De Oliveira tendría más intensidad en el Derecho Procesal que en otras ramas del Derecho: «La dimensión conquistada por el Derecho Constitucional con relación a todas las ramas del Derecho y en la propia hermenéutica jurídica (v. gr. “la interpretación conforme a la Constitución”) se muestra particularmente intensa en lo que se refiere al proceso» (2011: 297)

### 3.1. *La tutela de los derechos como finalidad del proceso en el Estado Constitucional*

El Estado Constitucional al tener como fundamento y fin a la persona humana (como hemos visto anteriormente), debe velar por la plena protección de ella, sin limitarse al mero reconocimiento de derechos o de situaciones jurídicas de ventaja (de derecho material o procesal), sino y sobre todo de proveer los mecanismos necesarios para que esos derechos o situaciones jurídicas de ventaja se puedan plasmar en la realidad<sup>36</sup> cuando no

---

<sup>35</sup> Para ello seguiremos la teoría procedimental del proceso, que grafica Elio Fazzalari de la siguiente manera: « [...] No me gustaría repetirme. Creo que la distinción está en esto: el procedimiento es una secuencia de actos preparatorios que apuntan a un acto final, al cual se mira porque persigue una determinada eficacia; el “proceso” es una especie, porque es el procedimiento en el cual está consentida la participación de los destinatarios de los efectos del acto final — i c.d. interesados y coninteresados — para “decir y contradecir” al pie de una simétrica paridad. La distinción consiste, por tanto, en el “contradictorio” normativamente contemplado» (2003: 2). Un estudio más detallado de esta teoría la podemos hallar en *Instituciones de derecho procesal* (2006) de Fazzalari. Por su parte, comentando esta teoría, Rangel Dinamarca señala lo siguiente: «Gana cuerpo en tiempos presentes una rehabilitación del procedimiento, como instituto procesal de primera importancia. Renegaron de aquél los procesalistas del siglo XIX y de la primera mitad de éste [se refiere al siglo XX], encantados con el descubrimiento de que el proceso no se reduce a la mera secuencia de actos coordinados en una cadena cerrada entre la demanda y la sentencia: de ahí las prestigiosas doctrinas que florecieron, entre las cuales está la del proceso como *relación jurídica*, proscribiendo toda una visión unilateral del proceso como procedimiento. Aquéllas jamás consiguieron demostrar que el proceso es algo distinto del procedimiento, situado fuera de éste, y así, en menos de un siglo acabó por resurgir en la mente de los procesalistas el valor del procedimiento en el concepto mismo de proceso» (2009: 214).

<sup>36</sup> De ahí que en el *Common Law* se hable de *remedies precede rights* (remedios preceden derechos).

se produzca su realización espontánea<sup>37</sup>; lo que implica que el Estado deba prever no un «único procedimiento para todas las especies de casos conflictivos» (Marinoni: 2015, 99), sino cuántas sean necesarias para su efectiva protección.

El proceso cumple entonces un rol necesario e ineludible dentro del Estado Constitucional, ya que sirve, en último término, como mecanismo de tutela de los derechos<sup>38</sup>. Por tanto, es esa —y no otra— su finalidad<sup>39</sup> 40 dentro de un Estado Constitucional<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Por eso dice el profesor Priori que la tutela jurisdiccional es «aquella forma de protección que brinda el Estado en todos aquellos casos en los que los principios generales no se han realizado espontáneamente o en los que los intereses que subyacen a las situaciones jurídicas de ventaja no han encontrado satisfacción por el comportamiento espontáneo de los sujetos; actuando, por ello, en auxilio de la tutela jurídica. En cualquiera de esas dos situaciones se hace preciso iniciar un proceso con la finalidad de alcanzar en el ámbito de la realidad, aquello que por el comportamiento voluntario de los sujetos no se pudo lograr» (2006: 32).

<sup>38</sup> Al respecto, señala Marinoni: «El proceso civil es una técnica que sirve para la tutela de los derechos. Como técnica que es, debe estar en constante evolución procurando siempre adaptarse a las modificaciones que transforman la sustancia con que debe estar en contacto. Así, una vez que la sociedad y los derechos a ella inherentes se alteran en todo momento, el cultor de la técnica procesal, o mejor, el legislador y su intérprete, no pueden ignorar la ardua tarea que tienen en manos, vale decir, el deber de elaborar un proceso que realmente proteja a los ciudadanos y sus derechos» (2002: 10).

<sup>39</sup> Pues bien, si esa es su finalidad, y no la de servir al Estado, nuestro Código Procesal Civil no parece enmarcarse en esa tarea, al menos no desde el punto de vista de su principal autor, Juan Monroy Gálvez (1996: 71-72). Frente a esa posición «kleiniana», la profesora Eugenia Ariano nos dice: «Si tal fue la inspiración del legislador procesal peruano, dado que el proceso no sirve a las partes, sino al Estado, la finalidad ‘abstracta’, predomina sobre la ‘concreta’, pues esta última es secundaria frente a la principal. Los particulares que creen que acuden al proceso para obtener tutela de sus situaciones jurídicas de ventaja, se engañan, en realidad están cumpliendo una misión social: permitir que el Estado reafirme ‘la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia’. Pero, felizmente nuestro artículo III no dice ‘hacer efectivo el derecho objetivo’ sino ‘hacer



---

efectivos los derechos sustanciales’, y quíerese o no, esa es la razón de ser del proceso, en razón de la prohibición de autotutela. Estos razonamientos ‘publicísticos’ cuadraban muy bien en el Imperio Austro-Húngaro, que como bien señala FRANCO CIPRIANI, ‘no ha ciertamente pasado a la historia como un modelo de liberalismo y garantismo’, y en las dictaduras totalitarias de derecha y de izquierda que hemos padecido en este siglo en donde los ‘individuos’ (o sea todos nosotros) no eran sino instrumentos al servicio de supremos y superiores intereses del Estado, pero de ninguna manera cuadran con el espíritu personalista de las grandes declaraciones y convenciones de derechos humanos, de las grandes Constituciones de la segunda postguerra (como la italiana del 48 y la alemana del 49), y de nuestra Constitución de 1993 que establece en su artículo primero que: ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’» (2003A: 5-6). Aunque no lo diga expresamente, la posición de la profesora Eugenia Ariano se sitúa claramente en el paradigma del Estado Constitucional.

<sup>40</sup> En contra de una «finalidad» del proceso, Satta: « [...] ¿Pero el proceso? ¿Tiene el proceso una finalidad? No se diga, por caridad, que la finalidad es la actuación de la ley, o la defensa del derecho subjetivo, o la punición del reo, y ni mucho menos la justicia o la búsqueda de la verdad: si esto fuese verdad sería absolutamente incomprensible la sentencia injusta, y la misma cosa juzgada, que cubre, mucho más que la tierra, los errores de los jueces. Todas estas pueden ser y son las finalidades del legislador que organiza el proceso, de la parte o del Ministerio Público que en concreto lo promueve, no la finalidad del proceso. Si una finalidad se quiere asignar al proceso esta no puede ser otra que el proceso; y *processus iudicii* de hecho era la antigua fórmula, luego la contractual, y por excelencia después el *processo*. Pero el juicio no es una finalidad externa al proceso, porque el proceso no es otro que juicio y formación de juicio: esto por tanto sí tiene una finalidad, lo tiene en sí misma, que es como decir que no tiene ninguna. Realmente proceso y juicio son actos sin finalidad, los únicos actos de la vida que no tienen una finalidad. ¿Paradójico? No es una paradoja; es un misterio, el misterio del proceso, el misterio de la vida» (2004: 44- 45). Sobre la influencia de la obra de Satta en América Latina puede verse *Salvatore Satta visto dall’America Latina* (Ariano, 2003B: 767- 776).

<sup>41</sup> A la luz del paradigma anterior, decía Chiovenda que la finalidad del proceso era la actuación de la *voluntad concreta de la ley*: «El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria» (1948: 37). Asimismo, en sus *Principios*, explicaría que: «Este es el fin del proceso [se refiere a la actuación concreta de la ley], no la *defensa* de derechos subjetivos como muchos afirman. En primer lugar, no siempre se encontrarían en el proceso el derecho subjetivo a defender, por ejemplo, cuando la sentencia rechaza la demanda; pero, además si el derecho subjetivo no es sino la expectación de un bien garantizado por el Estado, el titular del derecho que se dirige al Estado no pide una cosa



### 3.1.1. *Vicios que afectan la finalidad del proceso: vicios de actividad y vicios de juicio (o juzgamiento)*

Existe consciencia, pues, de que, como toda creación humana, el proceso no es perfecto; bien porque su construcción<sup>42</sup> no permite dar la tutela que la situación jurídica de ventaja reclama o bien porque incluso dándola, el encargado de ella (el juez) yerre en dicha labor.

---

que afirma tener ya la *garantía* de su expectación, sino la *actuación* de esta garantía, que es la ley» (1989: 96)

<sup>42</sup> El profesor Priori refiere que la «principal imperfección del proceso es una que está en su esencia y de la cual el proceso jamás se podrá librar: el tiempo. El proceso toma tiempo, y muchas veces el tiempo que es necesario para que el proceso pueda actuar sobre la situación jurídica material se convierte en la peor amenaza – y muchas veces en la más grave lesión- que la situación jurídica material puede sufrir. De esta manera, el proceso se encuentra frente a un gran dilema, pues: “(...) mientras el incumplimiento por parte de un sujeto de la norma primaria es inmediato, la eficacia substitutiva de la jurisdicción es mediata, en tanto requiere el transcurso de cierto lapso dentro del cual es imprescindible realizar alguna clase especializada de actividad”» (2006: 24-25). «La doctrina procesal – continua– le ha hecho frente desde antiguo a esta situación–siendo ésta una de las principales preocupaciones de la doctrina procesal contemporánea– a través de distintos mecanismos e institutos [...]» (2006: 27). Pues bien, no todas las situaciones jurídicas de ventaja podrán esperar a la sentencia o a que la misma (en caso ser de condena) se ejecute. El proceso debe adecuarse siempre a las necesidades de las múltiples situaciones jurídicas de ventaja; como dijera Chiovenda, «la necesidad de servirse del proceso no debe resultar en daño de quien se ve constreñido a accionar». Pero el proceso, cual instrumento de la jurisdicción no tiene como único destinatario al legislador, sino también (en última instancia) al juez; lo cual significa que cuando el proceso no esté construido para tutelar adecuadamente un derecho, el juez deba pasar a suplir dicha deficiencia y darle la tutela adecuada. De ahí que compartamos la posición del profesor Priori cuando señala que en «los casos en los que el diseño del legislador no es adecuado para la efectiva protección de un derecho, es claro que se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en concreto, precisamente, su efectividad. En estos casos es una exigencia que proviene de la Constitución el hecho que el Juez deba adaptar el proceso a las necesidades de tutela del derecho» (2013: 591)

En este último caso, la doctrina suele hacer referencia a dos clases de vicios o errores: el error *in procedendo*<sup>43</sup> y el error *in iudicando*<sup>44</sup>. El primero es un error de actividad, de procedimiento (o como algunos prefieren llamarle: de construcción), que a su vez se divide en vicios formales y *extra formales*; y el segundo, un error en el juicio o juzgamiento que de los hechos o el derecho se haga (mejor dicho que de ellos haga el Juez). Uno y otro afectan la validez o la justicia de la sentencia (los errores *in procedendo* su validez y los errores *in iudicando* su justicia), pero también al derecho o la situación jurídica de ventaja que con el proceso se pretende proteger. En razón de ello, el proceso ha puesto en manos de las partes (y en algunos casos también de los terceros) la posibilidad de que dichos errores puedan ser revertidos, sea mediante la nulidad procesal o los medios impugnatorios.

Pero pese a las previsiones que la *ciencia procesal* ha creado para combatir los errores al interior del proceso, poco parece haber hecho para combatir al fraude procesal, que no solo afecta la finalidad del proceso, sino que lo desnaturaliza completamente. No obstante, del fraude procesal nos encargaremos oportunamente, por ahora sólo deseamos ir adelantando que él no es para nada un error al interior del proceso.

---

<sup>43</sup> Que para Ángela Ledesma «puede ser provocada por un vicio, por un error o una omisión, todo ello si su elemento constitutivo negativo constituye agravio, indefensión, restricción a la defensa o desmérito a las actuaciones» (1998: 473)

<sup>44</sup> De ambos errores nos ocuparemos con más atención en nuestro siguiente capítulo.

### 3.2. *La ductilidad del proceso*

El profesor Giovanni Priori —partiendo de las enseñanzas de Gustavo Zagrebelsky y su *Derecho Dúctil*—, refiere que el proceso en un Estado Constitucional es un proceso dúctil; donde «cada uno de los derechos procesales fundamentales que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva pretende obtener el máximo grado de protección posible, sin que ello suponga la anulación de la protección de otro derecho procesal fundamental» (Cfr. Priori: 2015, 995).

Ahora bien, esa maximización de los derechos procesales fundamentales<sup>45</sup> no puede ir ajena a la situación jurídica de ventaja que se pretende tutelar, ya que debe partir de que los derechos preceden a los procesos y, por ende, aquellos deben delinear el contenido de las tutelas procesales. Pero, como esa delineación debe maximizar los derechos procesales fundamentales que integran el derecho a la tutela judicial, el diseño del proceso, para la resolución de cualquier controversia o incertidumbre jurídica, debe tomar en cuenta tanto a los derechos procesales del demandante como del demandado. Vale decir, maximizar los derechos procesales fundamentales de ambas partes.

---

<sup>45</sup> Dice el profesor Priori que «la mayor satisfacción de un derecho fundamental afecta la posibilidad de satisfacción del otro, por ello, el reto está en hacer que *todos* los valores constitucionales alcancen el máximo grado de satisfacción posible. A eso se le denomina el principio de maximización de los derechos fundamentales, y, en el ámbito del proceso, es lo que yo vendría a denominar, como el *principio de maximización de los derechos procesales fundamentales*» (2015: 994-995).

En tal sentido, si de eso se trata, el Estado-legislador va a tener entonces —en primer lugar—, la difícil tarea de diseñar un proceso que satisfaga a todos esos derechos lo más posible<sup>46</sup>. Pero como el legislador puede no ser infalible (generalmente no lo es), será el juez el que tenga esa responsabilidad en última instancia.

De procesos predeterminados por ley del Estado Legislativo, hemos pasado —debido a la llegada del Estado Constitucional— a la concepción de procesos dúctiles, donde el *timón* del procedimiento lo toma el juez en caso el legislador haya *conducido* mal la tutela procesal de los derechos.

### 3.3. *El proceso como instrumento de los sujetos de derecho y del Estado*

Dice Montero Aroca que la «consideración del proceso como instrumento es, pues, doble, y se integra tanto con referencia a la jurisdicción como a los ciudadanos; en el primer caso, se está ante la actuación de Estado por medio de los tribunales, Estado que es titular de un deber, el de prestar la tutela judicial; en el segundo, se está ante el ciudadano que insta la tutela judicial, ciudadano que es titular de un derecho de rango fundamental»<sup>47</sup> (2016: 26).

---

<sup>46</sup> Como dice Mirjan Damaska, el «legislador debe imaginar cómo los potenciales litigantes podrían justa y razonablemente acordar comportarse en el evento de un futuro pleito» (2000: 172)

<sup>47</sup> Al respecto, pero refiriéndose también al equilibrio de poderes de los sujetos procesales, dice Salvatore Satta que: «Sin proceso no hay jurisdicción, por lo que acción, jurisdicción y proceso son las tres fases de una única realidad. Con esto hemos confirmado a lo que hemos aludido en un principio [dice Satta], es decir que la referencia al Estado y a su poder en la jurisdicción debe ser entendido con mucha prudencia, porque este poder (que ciertamente existe) no es, como podría hacer creer la calificación, absoluto, sino

Pues bien, no podemos sino estar de acuerdo con la apreciación de Montero Aroca, ya que el proceso no es instrumento nada más de los sujetos de derecho, sino también de quien lo diseña: el Estado. Y esa doble consideración persigue, pues, fines constitucionales. En el caso de los sujetos de derecho, la protección de sus derechos; en el caso del Estado, la de cumplir con su función jurisdiccional.

### 3.4. *El fraude procesal como desnaturalización del proceso en el Estado Constitucional*

Como hemos venido expresando, el proceso ha sido concebido en el Estado Constitucional con el fin de servir de instrumento para la protección de los derechos —sean éstos sustanciales o procesales— en caso se vean amenazados o vulnerados. Sin embargo, dicha finalidad se desnaturaliza cuando es empleada para el fin contrario: no para buscar proteger un derecho, sino para *arrebatarlo*.

En ese caso, entonces, el proceso no cumple la finalidad que dentro del Estado Constitucional le ha sido asignada (la tutela de los derechos<sup>48</sup>);

---

coordinado al no menos existente poder de las partes, en perfecto equilibrio, y la mejor demostración se obtiene del mismo código de procedimiento civil, que tratando del poder del juez, no ha hecho sino establecer sus límites en relación al poder de las partes (art. II2 ss.)» (1970: 225). De otra parte, para comprender el concepto de jurisdicción en la época romana y en el derecho intermedio pueden verse los trabajos de Giuseppe Luzzatto (1970: 190-199) y Claudio Schwarzenberg (1970: 200-217), respectivamente.

<sup>48</sup> Tutela que se da con ocasión de un conflicto (o, en algunos casos, también por una incertidumbre jurídica). Al respecto, Carnelutti señala lo siguiente: «Surge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. Si Ticio tiene necesidad de alimentarse y de vestirse, y posee sólo el dinero para conseguir una de las dos cosas,



por el contrario, dicha finalidad se ve pervertida, por cuanto se pretende obtener un beneficio ilícito con instrumentos del proceso o con el proceso mismo. En ese escenario, pues, nos encontramos ante el fraude procesal.

Como dijimos anteriormente, una cosa es que el proceso sea imperfecto debido a los eventuales errores *in procedendo* o *in iudicando* que pudieran surgir en su tramitación y otra muy distinta que dichos “errores” se deban al fraude procesal. En esos casos no nos encontramos ante una imperfección del proceso; nos encontramos frente a una desnaturalización del mismo<sup>49</sup>.

---

existe conflicto entre los dos intereses correspondientes. Si Ticio y Cayo tienen necesidad de alimentarse y no hay alimento más que para uno solo, nos encontramos ante un conflicto de intereses entre dos personas» (1944: 16)

<sup>49</sup> Del mismo parecer es también Monroy Palacios, quien señala lo siguiente: «Entendemos por fraude procesal a aquel acto doloso destinado a desnaturalizar el normal desarrollo de un proceso, provocando situaciones injustas que afectan los intereses de una o de ambas partes y eventualmente de terceros» (1998: 125).

## CAPITULO II

### LOS VICIOS DEL PROCESO Y EL FRAUDE PROCESAL

**SUMARIO:** 1. Premisa: Los vicios existentes en el proceso —1.1. Vicios de procedimiento —1.2. Vicios de juicio o juzgamiento —2. Remedios contra los vicios procesales: la nulidad procesal y los medios impugnatorios —2.1. La nulidad procesal —2.2. Los medios impugnatorios —3. El fraude procesal —3.1. Naturaleza del fraude procesal: ¿vicio de procedimiento? —3.2. Carácter particular del fraude procesal: su existencia oculta —3.3. El fraude procesal y el principio de buena fe procesal —4. Clasificación del fraude procesal —4.1. De acuerdo a su ubicación en el proceso —4.1.1. Fraude en el proceso —4.1.2. Fraude por simulación —4.2. Según el autor del fraude procesal —4.2.1. Fraude unilateral —4.2.2. Fraude bilateral —4.2.3. Fraude trilateral —5. Mecanismos preventivos contra el fraude procesal —5.1. El contradictorio —5.2. La tacha de medios probatorios espurios —5.3. Las multas —5.4. El llamamiento por fraude o colusión —6. Mecanismos represivos contra el fraude procesal —6.1. La nulidad procesal, los medios impugnatorios y la “ineficacia probatoria” —6.2. El *extraordinarium auxilium*

#### 1. *Premisa: Los vicios existentes en el proceso*

26

El proceso —como toda creación humana— es imperfecto. Y quizá, a veces, dicha imperfección no se deba tanto al proceso en sí, sino a quienes participan en él: los sujetos procesales<sup>50</sup>. Ellos participan en el proceso por medio de actos procesales, los cuales pueden verse afectados de vicio o error. Dichos vicios pueden clasificarse en dos: en vicios que afectan al procedimiento del proceso y en vicios que afectan la labor de enjuiciamiento del juez<sup>51</sup>. De ambos, nos referiremos a continuación.

---

<sup>50</sup> El proceso, dado su carácter instrumental, puede fracasar a veces en su fin: la tutela de los derechos. Bastaría dicha constatación para advertir de su imperfección; sin embargo, apreciamos también su imperfección cuando constatamos actos procesales defectuosos: principalmente el de las partes y el juez; aunque también podría tratarse de un tercero, como es el caso del notificador judicial.

<sup>51</sup> Para José Silva Vallejo esta clase de vicios no deben ser estudiados por el Derecho Procesal, sino por el *Derecho Judicial*: «Pues bien; la sutil diferencia entre el

### 1.1. *Vicios de procedimiento*

Los vicios de procedimiento son conocidos también como vicios de actividad, de construcción o simplemente como errores *in procedendo*. Se los denomina de ese modo porque son vicios que están referidos a la forma de los actos procesales. Como se sabe, las formas vienen establecidas por la ley procesal, de modo que si los actos procesales no se adecúan a ella, entonces nos encontraremos frente a actos procesales viciados. Pero, es importante precisar que los vicios de actividad abarcan también a los vicios *no formales* o *extraformales*<sup>52</sup>, que no se refieren a la forma en sentido estricto sino en sentido lato.

---

Derecho Procesal y el Derecho Judicial se ha hecho difícil por el extraordinario desarrollo dogmático del primero en detrimento del segundo cuyo profundo contenido se ha enmascarado o no ha salido suficientemente a la luz por la avasalladora sistemática del procesalismo científico. En efecto, ensombrecido, ahogado y prácticamente devorado por el Derecho Procesal, cuyo desarrollo espectacular en los últimos 110 años, desde que apareció en 1866 la famosa y genial obra de OSKAR VON BULLOW: “La Teoría de las excepciones y los presupuestos procesales” con la que se inaugura la era del procesalismo científico. El Derecho Judicial era víctima de una antropofagia normativa: el proceso había devorado al juicio, la norma había devorado al hombre que juzga y que es juzgado, el fetichismo legal había devorado a la hermenéutica y el culto de la forma se había devorado a los valores del espíritu» (2014: 996).

<sup>52</sup> Sobre la clasificación de vicios formales y extraformales, Cavani explica que: «los *vicios formales* hacen alusión a un acto defectuoso por el incumplimiento de la forma (en sentido estricto) prevista legalmente para su realización, esto es, como se ha indicado más arriba, el modo, lugar y tiempo que debe ser respetado o, más genéricamente, la manera cómo se manifiesta en la realidad. Los vicios formales, por tanto, surgen a partir de la una violación de los *requisitos formales*. [...] En el otro lado se encuentran los vicios no formales o sustanciales que, al igual que los formales, están contenidos en el concepto *forma* (en sentido amplio), pero se aproximan al *contenido* o *sustancia* del acto procesal. No obstante, es importante decir que no se trata propiamente del *contenido* del acto procesal» (2014: 225-226).

Así, pues, mientras que los vicios formales se refieren al incumplimiento de la forma prevista en la ley para la realización de los actos procesales, los vicios *extraformales* se relacionan con el «*válido ejercicio de los poderes del juez y las partes en el proceso*, como es el caso por ejemplo, de la capacidad procesal, la competencia, la imparcialidad; es decir, de los requisitos de validez abarcados en ese universo de conceptos llamado (errónea pero ilustrativamente) *presupuestos procesales*» (Cavani, 2014: 226).

Uno y otro vicio se encuentran referidos a la validez de los actos procesales y, por ello, no se vinculan al contenido de los mismos. No es la injusticia del acto lo que se pretende remediar, sino los errores que podrían suscitarse en la forma de realización de los actos procesales.

### **1.2. Vicios de juicio o juzgamiento**

El proceso no es solamente procedimiento; el proceso es también — y sobre todo— juicio. Los jueces juzgan sobre hechos y sobre el derecho, y en esa labor, como seres humanos que son, pueden equivocarse.

Ahora bien, el Diccionario de la Real Academia Española define al juicio como la “acción y efecto de juzgar”<sup>53</sup>, por lo que juicio denota juzgamiento. En tal sentido, los errores que puedan suscitarse en el juzgar se pueden denominar vicios de juicio o vicios de juzgamiento. Sin embargo, se les conoce más con el nombre de errores *in iudicando*.

---

<sup>53</sup> Aquella es la tercera acepción que da el Diccionario de la Real Academia Española.

Sobre esta clase de errores, Liebman nos explica que son «aquellos que pueden tenerse en la decisión que ha juzgado sobre el fondo de la demanda, para acogerla o rechazarla, y se distinguen a su vez en errores de hecho y de derecho, según que el juez haya declarado la certeza del hecho en modo disforme de la verdad, o haya errado al valorarlo jurídicamente y al aplicar al mismo el derecho. En estos casos, la sentencia es *injusta*, esto es, divergente de aquella que habría debido ser, al dar razón a la una o a la otra parte» (1980: 446).

No creemos que los errores de juzgamiento se limiten a la sentencia, sea que ésta resuelva el mérito o no de la controversia<sup>54</sup>, pues en ocasiones el juez juzga también en los autos; por lo que, la labor de juzgamiento del juez no se limita a la sentencia, sino que se extiende a cualquier ocasión en que tenga que motivar su decisión. La motivación y el juicio se encuentran estrechamente vinculados, ya que éste viene expresado en aquél. De modo que si una decisión no se encontrase motivada sería imposible advertir los errores de hecho o de derecho en que haya podido incurrir el *A quo*.

Ahora bien, el tema de la motivación nos lleva a hablar de un error más: el llamado error *in cogitando* o error de logicidad. Esta clase de error, como señala la profesora Eugenia Ariano, ha recobrado «entre nosotros un inusitado valor, no solo y no tanto porque nos hayamos vuelto todos más exigentes en el respeto de las garantías procesales sino por un más simple

---

<sup>54</sup> Así, Liebman explica que hay «casos en los cuales el fondo está constituido por cuestiones procesales (por ejemplo, las oposiciones a los actos ejecutivos). El eventual error del juez en la decisión sobre el fondo es entonces un error *in iudicando*, aun cuando por objeto una cuestión procesal» (1980: 446).



“motivo”: por los cambios en nuestro sistema impugnatorio y en particular por la introducción en nuestro ordenamiento del recurso de casación» (2016: 33).

Así, pues, «antes de la entrada en vigencia del CPC nadie se preocupaba mayormente de la motivación de las resoluciones, de si estas eran insuficientes, aparentes o defectuosas, por cuanto teníamos un sistema recursivo distinto al introducido en 1993, en donde, por un lado, la apelación promovía una auténtica segunda instancia, en que bastaba que el apelante dijera “apelo” (y si quería expresaba “agravios”, o caso contrario nada pasaba), y en donde se tenía la posibilidad (expresamente querida) de una tercera, esta vez de mera revisión, ante la Corte Suprema, vía el (mal) denominado recurso de nulidad, la cual podía *ex novo* revisar todo (o sea el hecho y el derecho). *Ergo*, el recurso de nulidad siendo en sustancia una segunda apelación, conducía, como la apelación misma, a la emisión de una resolución sustitutiva de la impugnada, por lo cual nada importaba si aquella estaba afectada de un error *in iudicando* “de hecho” o “de derecho”, pues la sentencia de la Corte Suprema tomaba su lugar» (Ariano: 2016, 33-34).

Ahora bien, en torno a si el error de logicidad es un error *in procedendo* o *in iudicando* existe debate<sup>55</sup>. Así, para nuestra Corte Suprema ella vendría a ser un error *in procedendo*, que ingresaría dentro de esa abierta

---

<sup>55</sup> Al menos en Italia, como lo refiere la profesora Eugenia Ariano en nota de pie de página (2016: 36). Sin embargo, en Francia parece no haber tal debate ya que se le considera como un vicio de fondo (Ariano, 2016: 35)

causal llamada “contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso”.

Por nuestra parte consideramos que el error de logicidad es un error *in iudicando*, cuya «alegación como “vicio formal” (incluyéndolo, entre nosotros, en el inc. 3 del art. 386 CPC) no es sino una forma de salvar las limitaciones que a los errores de razonamiento que normalmente se ponen en honor a los “fines nomofilácticos” de la casación» (Ariano: 2016, 39).

## **2. Remedios contra los vicios procesales: la nulidad procesal y los medios impugnatorios**

El proceso *camina* a través de actos procesales, sean éstos de las partes, el juez o los terceros. Estos actos procesales, sin embargo, podrían verse afectados de vicio o error, sea integra o parcialmente. Ante esta situación, nuestro CPC nos señala en su artículo 355 que:

«Mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error»<sup>56</sup>.

Ahora bien, ¿cuáles vendrían a ser esos medios impugnatorios para nuestro CPC? El artículo 356 nos lo “aclara”:

«Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los

---

<sup>56</sup> Así lo refiere el artículo 355 CPC, en una generalísima definición de medios impugnatorios; que de acuerdo a ella bien podría servir para cuestionar cualquier acto procesal viciado: de la parte, del juez o de los terceros.

demás remedios sólo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código y dentro de tercer día de conocido el agravio, salvo disposición legal distinta.

Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado»

Para nuestro Código Procesal Civil, entonces, los medios impugnatorios vendrían a clasificarse en remedios y recursos<sup>57</sup>; diferenciando la utilización de unos y otros en que se encuentren contenidos o no en resoluciones. Así, si el vicio se hallase en una resolución, la forma de remediarlo sería por medio de un recurso; mientras que si ella se hallase en un acto procesal no contenido en una resolución, a través de un remedio.

32

Frente a esta clasificación se ha lanzado una dura crítica por parte de la profesora Eugenia Ariano Deho, quien ha referido que «no es propiamente técnico darle el nombre de “remedio”, a unos medios de impugnación cuya *única* nota característica sería la de no dirigirse contra resoluciones judiciales, dejando así al interprete, luego, en el impase de ubicarlos» (2015:29), agregando además que:

«Bien decía Carrió, tratando de las disputas de los juristas sobre las clasificaciones, que éstas “no son verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles”. Pues bien, la distinción entre remedio y recurso pertenece, no

---

<sup>57</sup> Sobre esta clasificación de nuestro Código, la profesora Eugenia Ariano ha advertido que ésta no es más que una adaptación de la clasificación dada por Alfredo Di Iorio en su libro *Introducción al estudio de los recursos en el proceso civil* (2015:26).

me cabe la menor duda, a la segunda categoría: es inútil, porque no permite “presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas”, con el agravante de que no se trata de una clasificación doctrinal sino legal, que lo único que provoca es incertidumbre»

Ahora bien, es importante precisar que en sentido estricto, «los medios de impugnación no están constituidos por cualquier medio para cuestionar cualquier acto procesal: lo están para cuestionar específicos actos del juez: las resoluciones judiciales»<sup>58</sup> (Ariano, 2015: 31). Si damos una ojeada a nuestro CPC, en la parte referida a los medios impugnatorios, nos daremos cuenta que «tras indicarnos que “la oposición y los demás remedios sólo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código” (ergo, los “remedios” serían taxativos) y establecernos, ni más ni menos, un plazo para su planteamiento (“dentro del tercer día de conocido el agravio, salvo disposición legal distinta”), los remedios salen de escena, pues, por un lado, los cinco artículos siguientes de las (llamadas) “Disposiciones Generales”, se refieren única y exclusivamente a los recursos, esto es, a los

---

<sup>58</sup> De parecer “algo” similar es también Christian Delgado, quien refiere que: «Es pacífico referirnos a la teoría impugnatoria como aquella destinada al estudio de todos los instrumentos dirigidos a cuestionar los actos del órgano jurisdiccional que podamos percibir como injustos o revestidos con vicios que acarreen impostergablemente su nulidad o la necesaria revocación» (2009:21). Decíamos que el referido autor era de parecer “algo” similar, debido a que circunscribía la teoría impugnatoria al cuestionamiento de los actos procesales del juez, pero sin limitarlos a las resoluciones judiciales, lo que implica a cualquier otra actuación que éste pudiera realizar... De otra parte, para el mencionado autor los medios impugnatorios serían instrumentos dirigidos tanto a cuestionar los vicios de actividad como los vicios de juicio; considerando consecuentemente a la nulidad procesal como un medio impugnatorio. Cosa de la que no nos encontramos de acuerdo, como más adelante explicaremos.

medios de impugnación de las resoluciones y, por el otro, los cuatro capítulos siguientes se refieren a cada uno de los recursos contemplados por la ley» (Ariano, 2015:28-29); lo que no hace más que confirmarnos que los medios impugnatorios están pensados para cuestionar las resoluciones judiciales y no cualquier acto procesal.

Pues bien, pese a que nuestro CPC refiere en los artículos 355 y 356 que los medios impugnatorios sirven para remediar actos procesales viciados (cualquier acto procesal) —clasificándolos en remedios y recursos—, regula curiosamente mucho antes, en el Título VI de la Sección Tercera de nuestro Código, a un instituto procesal distinto, pero que también trata de los actos procesales viciados: la nulidad procesal. ¿A qué se podría deber esta aparente doble regulación? ¿Por qué tratar en dos títulos distintos (el Título VI y el Título XII de la Sección Tercera) al modo por el cual se pueden remediar los actos procesales viciados? ¿No eran acaso los medios impugnatorios los únicos encargados de remediar los actos procesales viciados? ¿Y si ello fuera así, significa acaso que la nulidad procesal es un medio impugnatorio?

### **2.1. La nulidad procesal**

En Roma no era necesario declarar la nulidad de los actos procesales. Cuando se advertía la presencia de un vicio de actividad, simplemente el acto viciado no existía. La nulidad significaba, —en ese entonces— inexistencia<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Así lo explica Liebman, quien refiere que: «los errores *in procedendo* (en la época romana) provocaban la invalidez y por eso la ineficacia de la sentencia, como si ésta no hubiese sido pronunciada nunca, y ningún remedio era necesario para hacer declarar la



y no había necesidad de declarar que el acto afecto de un vicio de procedimiento era nulo<sup>60</sup>; aunque ciertamente esta «ilimitada posibilidad de hacer valer la nulidad (*rectius*: inexistencia) de la sentencia constituía un grave motivo de inseguridad de los derechos» (Liebman, 1980: 447) en aquella época.

No obstante, con el paso del tiempo, en la baja Edad Media, la «legislación estatutaria italiana quiso poner un remedio a tal inconveniente e instituyó un medio especial, limitado en el tiempo, para invalidar la sentencia nula, al menos por las nulidades menos graves (*rectius*: vicios menos graves), hechas por eso precisamente *sanables*: la *querela nullitatis*» (Liebman, 1980: 447).

En la Edad Media entonces comenzó a convivir junto a la *apellatio* (que había surgido durante el imperio romano y continuó en la Edad Media) la *querela nullitatis*. La primera encargada de los vicios de juicio o juzgamiento y la segunda de los vicios de actividad. Pero esto a la larga también fue «causa de complicaciones y de multiplicaciones de juicios. Por eso, la práctica y la doctrina bien pronto admitieron la facultad de acumular los dos remedios (según la fórmula *dico sententiam nullam et si qua est appello*, donde la apelación se proponía en vía subordinada a la querella), mientras que en el derecho francés de las Ordenanzas se llegó a su fusión con la desaparición de la *querela nullitatis* y la posibilidad y la necesidad de

---

inexistencia de una sentencia jurídicamente válida. *Sententia nulla* quería decir “ninguna sentencia” (*nec ulla sententia*)» (1980: 446-447).

<sup>60</sup> En la edad romana cualquier vicio de actividad acarreaba la “nulidad” de la sentencia; es decir, ocasionaba que ella fuera tomada como inexistente.

hacer valer las nulidades por medio de la apelación (según el adagio *voies de nullité n'ont pas lieu* en France)» (Liebman, 1980: 447).

En la actualidad, la nulidad ha sido «absorbida» por la impugnación, por lo que los vicios de actividad que se hallen en las resoluciones deben ser denunciados mediante algún medio impugnatorio. En el caso de nuestro CPC, por medio del recurso de apelación<sup>61</sup> y casación<sup>62</sup>, lo que no significa

---

<sup>61</sup> Artículo 364 de nuestro CPC: «El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente».

<sup>62</sup> Así, el artículo 396 CPC preceptúa lo siguiente:

«Si la Sala Suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada.

Si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la Corte procederá conforme a lo indicado en el párrafo anterior, según corresponda a la naturaleza material o procesal de este.

Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la Corte casa la resolución impugnada y, además, según corresponda:

1. Ordena a la Sala Superior que expida una nueva resolución; o
2. anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que se reinicie el proceso; o
3. anula la resolución apelada y ordena al juez de primer grado que expida otra; o
4. anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda.

En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo»

de ninguna manera que la nulidad no sea un instituto procesal autónomo. Lo que ha ocurrido es que debido a la evolución histórica de la nulidad procesal, que terminó «absorbida» por los medios impugnatorios, se la suele confundir (sobre todo en nuestra doctrina nacional<sup>63</sup>) como un medio impugnatorio, cuando en realidad estamos frente a un instituto completamente distinto, encargado de tratar a vicios distintos de los que trata un medio impugnatorio (que fue diseñado desde antaño para atacar la injusticia de la resolución y no su invalidez; solo que luego por medio de la impugnación se hizo posible denunciar también a los vicios de procedimiento).

No es esta la ocasión para encargarnos de analizar el objeto de cada uno de estos institutos, nos basta señalar que el cometido de cada uno de ellos es distinto, por lo que no debería de confundírseles.

---

<sup>63</sup> Así, entre los que se encuentran en esta posición, tenemos al autor de nuestro CPC, Juan Monroy Gálvez, quien refiere lo siguiente: «[...] dentro de nuestro criterio clasificatorio la nulidad puede presentarse sea como remedio o como recurso, lo que dependerá del formato en el que está contenido el acto procesal que se impugna» (1992: 29). Esa posición la continua manteniendo, pues en el 2015, comentando un auto del Tribunal Constitucional, ha vuelto a señalar que: «Cuando la SUNAT propone la aclaración y luego amplía su pedido a uno de nulidad, viola un Principio de los recursos, el de unicidad o singularidad, según el cual no se puede usar más de un recurso sobre la misma decisión». Es decir, para el profesor Monroy, la nulidad es un medio impugnatorio. En la misma posición se halla Ana María Arrarte, quien refiere que «es un medio impugnatorio y, como tal, está destinado a cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo un proceso» (1995: 127). Finalmente, parafraseando a Arrarte y Monroy, Martín Hurtado, quien señala que: «para definir la nulidad procesal deberíamos primero ubicarla como medio impugnatorio que tiene como propósito atacar un acto procesal o un proceso», agregando que es un «mecanismo útil para atacar, cuestionar, discutir la validez de un acto procesal o de un proceso» (2009: 804)

## 2.2. *Los medios impugnatorios*

En un sentido amplio —como ya dijimos—, los medios impugnatorios se pueden concebir como mecanismos para cuestionar los actos procesales. Sin embargo, en sentido estricto, ellos solo están ideados para cuestionar unos actos procesales en específico: las resoluciones judiciales.

Debido a la *asimilación* de la nulidad procesal en los medios impugnatorios<sup>64</sup>, éstos pueden clasificarse, según sus efectos, en sustitutorias y rescindentes<sup>65</sup>. En el primer caso, esos efectos serán consecuencia de una denuncia de injusticia; en el segundo, de invalidez. Cuando se verifique la injusticia de la resolución, el vicio hallado en ella será de juicio; mientras que cuando se verifique su invalidez, el vicio será de procedimiento. En este último caso, las reglas aplicables por el juez serán los del régimen de la nulidad procesal, sólo que a través de un medio impugnatorio; lo que nos revela que la función real de los medios impugnatorios es la de encargarse de los vicios de juicio (o juzgamiento).

---

<sup>64</sup> La muestra de ello lo tenemos en la apelación que regula nuestro CPC, que en su artículo 382 dispone lo siguiente: «El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada»

<sup>65</sup> Al respecto, Francesco Luiso, comentando las normas del CPC italiano, dice: «no hay duda que los medios de impugnación, y por ende la apelación, siendo funcionales para dos objetivos diversos (ante todo contrastar la injusticia, pero también la invalidez de la sentencia), tienen raíces y, por consiguiente, alcances profundamente diversos» (2010: 140). Esos alcances “profundamente diversos” se deben a que por medio de los medios de impugnación se hacen valer dos vicios totalmente distintos: los vicios de juicio y los vicios de actividad. Ambos conducen a “soluciones” distintas y, por ende, a efectos distintos.

De ahí que, como dice Francesco Luiso (solo que ciñéndose a la sentencia), «la doctrina ha fundadamente privilegiado los perfiles correlativos [de la apelación] a su función primigenia, que es la de hacer frente a una (afirmada) injusticia de la sentencia de primer grado. Menor atención ha recibido la otra función de la misma, que es la de hacer frente a una (afirmada) invalidez de la sentencia dada en primer grado» (2010: 137).

### 3. *El fraude procesal*

La palabra «fraude» no es propiamente jurídica; refleja en cierta manera la naturaleza del ser humano, su inclinación por lo ilícito, por lo deshonesto; y de ahí que la podamos hallar en diversos ámbitos de la vida<sup>66</sup>.

Para comprender mejor su significado, recurriremos —en principio— al Diccionario de la Real Academia Española, que la define como «acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete»<sup>67</sup>.

Ahora bien, la palabra fraude guarda estrecha relación con otros términos que reflejan también una conducta contraria a la verdad, como el

---

<sup>66</sup> Así por ejemplo se habla de fraude financiero, fraude informático, fraude deportivo, fraude cinematográfico, fraude alimentario, fraude literario, fraude culinario, fraude en marcas y patentes, fraude contable, fraude electoral, fraude fiscal, fraude inmobiliario, fraude registral, fraude notarial, fraude médico, fraude histórico, fraude empresarial, etc.

<sup>67</sup> Aquella es la primera acepción de fraude dado por el Diccionario Real de la Academia Española.



engaño, el dolo y la simulación. ¿Qué hace distinto al fraude de éstos otros términos?

Si revisamos la definición que de engaño da el Diccionario de la Real Academia Española, advertiremos que esta consiste en “hacer creer a alguien que algo falso es verdadero”<sup>68</sup>. Algo similar de lo que ocurre con el fraude, solo que el engaño no implica —en su definición— provocar un perjuicio contra quien se ha cometido.

Por su parte, el dolo es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como «engaño, fraude, simulación» en su primera acepción; y como «voluntad maliciosa de engañar a alguien [para el caso de los actos jurídicos], de causar un daño o de incumplir una obligación contraída» en su tercera acepción.

40

---

Pues bien, la primera acepción poco nos ayuda, ya que ella toma como sinónimos del dolo al engaño, al fraude y a la simulación. La segunda acepción (que no citamos) hace referencia al Derecho Penal y la tercera al Derecho Civil, que señala que el dolo puede ser la realización de un engaño, la provocación de un daño o el incumplimiento de una obligación. Vale decir, cualquiera de esas tres conductas, lo que significa que el dolo no se circunscribe únicamente a un engaño, sino también a la provocación de un daño o al incumplimiento de una obligación [para el caso del Derecho Civil]; precisándose que para el primer caso (o sea para cuando el dolo sea un engaño), no va a producirse necesariamente un perjuicio.

---

<sup>68</sup> Es la primera acepción que de la palabra “engañar” da el Diccionario de la Real Academia Española.

Por último, la simulación es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como «acción y efecto de simular»; y «simular» como «representar algo, fingiendo o imitando lo que no es».

En suma, de la información brindada por el Diccionario de la Real Academia Española podemos concluir preliminarmente que el fraude a diferencia del engaño, el dolo y la simulación provoca un daño; cosa que no ocurre (al menos no necesariamente) con los otros términos comparados. Además, debemos agregar a nuestra conclusión preliminar que el fraude llevado al terreno del proceso supone que el daño generado se produzca con instrumentos del proceso o con el proceso mismo.

Habiendo pasado revista al significado del fraude desde el Diccionario de la Real Academia Española, pasaremos a ver ahora lo que para la doctrina es el fraude y, más concretamente, el fraude procesal.

41

Comenzaremos con el profesor Lucio Bove, para quien el fraude «designa, en general, un comportamiento malicioso y contrario a la norma, expresa o no expresa, o a la costumbre, mediante el cual se trata de conseguir un resultado ilícito, con un daño real y presente a la otra persona» (1957: 630).

Para Devis Echandía —por su parte— el fraude procesal puede concebirse «como un vicio del acto procesal, que afecta su eficacia, al privarle de su estabilidad» (1997B: 67). De igual manera, para Angel Garrote el fraude procesal es «toda maquinación o artificio destinado a perjudicar a una de las partes, a terceros o a violar la ley» (1997: 159).

Asimismo, para Eduardo Couture es la «calificación jurídica de la conducta consistente en una maquinación o subterfugio insidioso tendiente a la obtención de un provecho ilícito» (1960: 307). Y para Giovanni Giacobbe es «un comportamiento relevante, a través del cual el sujeto agente tiende a conseguir una finalidad en conflicto con normas imperativas porque éstas le prohíben o la admiten con modalidades diversas de las que se persigue el referido agente»<sup>69</sup> (1969: 73). Por su parte, Ángela Ledesma, señala que toda «desviación del proceso a [sic, la] no utilización de éste como medio eficaz para obtener la actuación de la ley, al corromperlo mediante maquinaciones, maniobras, y ardides, destinados a obtener un resultado que la ley no permite, o que prohíbe, o que no podría obtenerse utilizando normal y correctamente esa complicada maquinaria, integra el concepto de fraude procesal» (1998: 470).

Ahora bien, en lo que respecta a nuestra doctrina nacional, Juan Monroy Palacios entiende al fraude procesal como «aqueel acto doloso destinado a desnaturalizar el normal desarrollo de un proceso, provocando situaciones injustas que afectan los intereses de una o de ambas partes y eventualmente de terceros» (1998: 125). Por su parte, para la profesora Ana María Arrarte el fraude procesal es «una conducta procesal dolosa destinada a obtener una decisión jurisdiccional en apariencia legal pero que en realidad encierra un provecho ilícito» (1996A: 174)

---

<sup>69</sup> En estos dos últimos casos (o sea el de Couture y Giacobbe), la definición dada no hace referencia precisamente al fraude procesal, sino al fraude a la ley; sin embargo, nos sirven de igual manera para comprender al fenómeno del fraude.

Asimismo, para el profesor Giovanni Priori el fraude procesal «es otra de las conductas lesivas al principio de buena fe procesal o de moralidad y se sustenta en el uso del engaño para obtener un provecho ilícito en perjuicio de un tercero» (2008: 333)

Pues bien, a excepción de Devis Echandía, la doctrina citada ve al fraude como una conducta y no como un vicio. Y, en mi consideración, esa apreciación es la más adecuada, pues el fraude procesal no es precisamente un vicio del proceso, sino una conducta que vicia al mismo con vicios de actividad o de juicio.

Ahora bien, por nuestra parte entendemos al fraude procesal como una conducta intencionada, cuyo autor se vale de instrumentos del proceso o del proceso mismo para la obtención de un beneficio ilícito<sup>70</sup> por medio del engaño, y que acarrea un daño contra quien se la comete<sup>71</sup>.

### **3.1. Naturaleza del fraude procesal: ¿vicio de procedimiento?**

El fraude procesal —como anteriormente señalamos—, es una conducta humana. Y ésta constatación, desde mi punto de vista, debe llevarnos a no considerarla como un vicio del proceso (o sea como un vicio

---

<sup>70</sup> El que ciertamente tiene también un fin ilícito, como explica Roxana Jiménez Vargas Machuca: «el fraude procesal persigue un fin ilícito, el cual consiste en la obtención de una sentencia en apariencia legal, pero contraria a derecho e injusta, que generalmente tiene consecuencias específicas, de aprovechamiento o beneficio ilegal e inmoral, en perjuicio de la otra parte o de terceros. En síntesis, el fallo materia de cuestionamiento deber [*sic* debe] ser producto de dicha conducta fraudulenta, sin la cual la decisión hubiere sido diferente» (2010: 755)

<sup>71</sup> Debemos precisar que en ocasiones el engaño puede ir dirigido al juez; sin embargo, no se le genera un daño a éste, sino a la *víctima* del fraude procesal.

más de los ya existentes), sino como su causa; vale decir, como una conducta humana que genera vicios de procedimiento o de juicio.

Ahora bien, el vicio o error es una apreciación equivocada respecto de algo, bien porque dicha equivocación provenga de quien cometió el error o bien porque ha sido un tercero el que se la ha inducido. En este último caso, la causa del error radica en una conducta fraudulenta o engañosa<sup>72</sup>.

Teniendo claro esto, podemos decir entonces que el fraude procesal no es un vicio de procedimiento —como parecería sugerírnoslo nuestro CPC—, sino una conducta humana subrepticia que desnaturaliza al proceso ocasionando vicios procesales, los cuales no sólo podrían ser de procedimiento, sino también de juicio<sup>73</sup>.

En este último caso, cierta doctrina denomina a este vicio como un «vicio sustancial»:

«No se trata de que las formas procesales hayan sido perturbadas. El procedimiento luce pleno de regularidad, y el órgano jurisdiccional ha cumplido ostensiblemente su cometido, pero tales situaciones se plantean generalmente cuando median vicios sustanciales intrínsecos,

---

<sup>72</sup> Es importante precisar que también puede suceder lo mismo en caso del engaño, solo que a diferencia de éste el fraude causa un perjuicio.

<sup>73</sup> Podría ocurrir, por ejemplo, cuando el magistrado juzga en base a lo que un perito le ha señalado, sin saber que éste ha sido inducido a error o corrompido por una de las partes para obtener un peritaje favorable. Así, en Italia, cuando se reprime al fraude procesal por la vía penal se considera como destinatarios del engaño al perito o al juez: «Destinatarios de la conducta que induce a error pueden ser, sea el magistrado civil, penal o administrativo, sea el “perito”; pero también en este último caso, en definitiva, el engaño es directo a quien deberá juzgar» (Conti, 1969: 161)



distintos de las irregularidades extrínsecas. Mientras éstas apuntan a la violación de las formas estatuidas, aquellos se repliegan en los casos en que sin escozor del ritual “el vicio está en la entraña”» (Valcarce, 2000: 815)

En mi consideración, este denominado «vicio sustancial» no es otro que el vicio de juicio.

### ***3.2. Carácter particular del fraude procesal: su existencia oculta***

A diferencia de los vicios de procedimiento y de juicio que son causados por el error y, por ende, pueden “detectarse” de una revisión del expediente judicial, los vicios de procedimiento y de juzgamiento ocasionados por el fraude procesal tienen la peculiaridad de permanecer ocultos en el proceso. Tienen, como dijimos anteriormente, una existencia oculta.

Esta particularidad del fraude procesal la hace muy peligrosa; con devastadoras consecuencias para nuestro sistema de justicia y para quienes resultan siendo afectados por él: las *víctimas* del fraude procesal. Por eso, cualquier plazo que se establezca para cuestionar a los vicios generados por el fraude procesal deben tomar en cuenta este aspecto, ya que de lo contrario el mecanismo establecido no permitirá salvaguardar la *situación jurídica de ventaja de la víctima del fraude procesal*.

### 3.3. *El fraude procesal y el principio de buena fe procesal*

La buena fe procesal es quizá uno de los temas más espinosos de abordar en el Derecho Procesal<sup>74</sup> —y en el Derecho en general—, pues aunque pareciera que todo comportamiento debería guiarse por él, salta la duda de si ello es un deber de las partes y de todo aquel que interviene en el proceso.

La doctrina mayoritaria<sup>75</sup> nos habla de la existencia de un deber de buena fe de las partes (sus abogados e incluso de los terceros) en el proceso; mientras que solo unos pocos<sup>76</sup> se encuentran en desacuerdo con dicha postura y señalan —más bien— que lo que existe en realidad es un deber de no actuar de mala fe<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Pero también de constante preocupación, pues como dice Mitidiero: «A lo largo de la historia del derechos procesal civil, la preocupación por la ética fue una constante, manifestándose de manera más aguda precisamente en dos frentes: en el problema de la articulación de la buena fe en las relaciones entre los que participan del juicio y en el problema de la obtención de la verdad en el proceso. También la buena fe y la verdad, por tanto, se ofrecen como terrenos óptimos para la delimitación de los modelos procesales que ahora nos ocupan [se refiere al modelo isonómico y al modelo asimétrico]» (2009: 123).

<sup>75</sup> Picó I Junoy, Beatriz Quintero, Eugenio Prieto, Giovanni Priori, etc.

<sup>76</sup> Donde están Montero Aroca y Lozano Higuero en España.

<sup>77</sup> Para Piero Calamandrei, sin embargo, ello no debería ser tratado por la mala fe (ni tampoco por la buena fe), sino por otra «figura» jurídica: « [...] Pero sobre este delicadísimo dispositivo que es el principio dispositivo, según el cual cada parte debe atender a su propia victoria y puede abstenerse de llevar elementos que puedan contribuir a la victoria del adversario (*nemo tenetur edere contra se*), es muy difícil establecer hasta dónde llegan los derechos de una notoria defensa y dónde comienza el reprobable engaño. Sobre esta particular dificultad, que desaparecería en un proceso de tipo estrictamente inquisitorio, la tarea de la doctrina se dificulta en transferir al campo del proceso las nociones concernientes a los efectos y la figura de la mala fe, que en el campo del derecho

Pues bien, para los primeros el «principio de buena fe procesal o de moralidad supone introducir un contenido ético y moral al ordenamiento jurídico y, en concreto, a la actuación de los diversos sujetos al interior del proceso» (Priori, 2008: 327). De modo que este principio supondría «un conjunto de reglas de conducta, presidido por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso (partes, apoderados, jueces, testigos, peritos, personas que auxilian al juez o que suministran la prueba)» (Priori, 2008: 327).

Para los segundos, en cambio, —y en esto citamos a Montero Aroca— las partes y sus abogados desempeñan una conducta distinta en el proceso, pero sin que ello signifique tampoco que «valga todo» para ganar:

«Estamos partiendo de que las reglas del juego, de cualquier juego, incluido el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero también de que a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda o determinación de cuál es el mejor, ayudando al árbitro a descubrir, entre todos juntos, a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El "juego" se basa en que, con un árbitro imparcial, cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las "armas" a su alcance, naturalmente las "armas" legales, lo que

---

sustancial resulta ahora pacífico; y siempre a causa de esta dificultad, la doctrina todavía no ha tenido éxito en aislar ciertas situaciones que quizá no tienen mucho que ver con la mala fe procesal y que más bien deberían acercarse a aquella figura que, en el campo del derecho sustancial, del *negocio indirecto o de comodo*» (1965: 544-545)

equivale a respetar el reglamento del juego. Podríamos decir también que el proceso implica metafóricamente una suerte de lucha<sup>78</sup>, o una batalla, en la que se participa sólo cuando se considera imprescindible para la defensa de los derechos que se creen propios, nunca por gusto ni por recreo, y en la que, por tanto, no se trata de colaborar para que gane el mejor, sino de ganar. Obviamente se trata de una "lucha" en la que no todo vale, en tanto que la misma se regula por el derecho, y por ello nadie sostiene que en esa "lucha" todo sea lícito o válido; afirmar que alguien sostiene semejante cosa es un claro ejercicio de maniqueísmo. No todo vale, pero no puede imponerse a las partes, y a los abogados de las mismas, que contribuyan a que venza la contraria» (Montero: 2006, 345)

Ahora bien, en lo que ambas partes están de acuerdo es respecto a que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado<sup>79</sup>; es decir, que no se sabe cuál es su contenido o lo que implica; de modo que algunos refieren que éste podría ser entendido como una conducta «socialmente correcta» (Priori, 2008: 328); vale decir, que la conducta realizada no vaya a tener una desaprobación de la sociedad.

---

<sup>78</sup> Que el proceso sea una "lucha" es compartido también por Franco Cipriani, para quien « [...] el proceso civil no es un decoubertiano pasatiempo en el cual lo importante es participar, sino un "organismo de lucha", en el cual se desarrolla "una verdadera batalla", que se hace para ganar (o para perder lo menos posible) y que cabe esperar ganar únicamente si se demuestra al juez tener la razón» (2006: 290).

<sup>79</sup> Así, Montero Aroca: «Si algo puede concluirse de estas normas es que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, por lo que el artículo 247 de la LEC no nos dice prácticamente nada que nos ayude a integrarlo» (2006: 349). De igual modo Picó I Junoy, para quien la buena fe es también un concepto jurídico indeterminado (2003: 69).

En lo que a nuestro trabajo concierne, no podemos obviar el hecho de que nuestro CPC, en su artículo IV de su Título Preliminar hace referencia expresa a la buena fe como un «deber»:

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

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

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria»

No creemos —ya tomando postura sobre este espinoso tema— que exista un «deber» de buena fe en el proceso, sino más bien un deber de no actuar de mala fe. Asumir que existe un «deber» de buena fe procesal es «obligar» a que el demandado —por ejemplo— intervenga en el proceso, cuando éste haya decidido «estratégicamente» no intervenir en él.

Ciertamente, de existir el «deber» de buena fe, el demandado no tendría ya la elección de participar o no en el proceso, sino el «deber» de hacerlo. Así, tendría el «deber» de contestar la demanda, de probar sus alegaciones, de contestar una declaración de parte, etc., pues lo contrario supondría no «colaborar» con el proceso y con la búsqueda de la «verdad»<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Sobre el deber de verdad, dice Carratta que: «Si la función del “deber de verdad” es aquella de combatir el abuso del poder de alegación de la parte y no de favorecer la comprobación de la “verdad material”, es indudable que deba ser asimilado a



Sin embargo, la realidad nos dice otra cosa, ya que sí es posible evitar decir la «verdad». ¿Si no cómo se explica al instituto de la rebeldía en el Derecho Procesal Civil? ¿O el «derecho a evitar decir la verdad»<sup>81</sup> en el proceso penal? ¿O es que acaso no rige también para nosotros el “*tiene derecho a permanecer en silencio, cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra*”<sup>82</sup>?

---

un simple “deber de verdad subjetiva” (*subjektive Wahrheitspflicht*) o mejor —por utilizar la formula comúnmente reclamada —a un “deber de veracidad” (*Wahrhaftigkeitspflicht*). De modo que, se puede considerar absuelto tal deber, por tanto, no es necesario que la parte alegue como fundamento de su propia demanda o excepción solo hechos de los cuales tenga certeza de su verdad, sino de hechos que considere meramente probables o posibles» (2014: 71-72)

<sup>81</sup> A lo que Couture llamaba reticencia: «El otro ejemplo nos da la reticencia. Todos sabemos que no hay mentira más grande que la mitad de la verdad. Una parte puede conducirse en el proceso diciendo objetivamente la verdad y subjetivamente la mentira. El litigante que promueve o contesta la demanda de responsabilidad civil y de daños y perjuicios describiendo exclusivamente los hechos que favorecen su situación y ocultando hechos que le perjudican y que habrán de volcar la decisión en su contra, no falta la verdad; solamente es reticente respecto de la mitad de la verdad. En las relaciones jurídicas gobernadas por la buena fe, como el seguro, la reticencia constituye motivo de invalidación del contrato» (1979: 252).

<sup>82</sup> El imputado o acusado tiene derecho a ello también en nuestro sistema, solo que no es “costumbre” nuestra decírselo, como sí acostumbran hacerlo los policías gringos. A lo más podremos encontrar un “Acta de Lectura de Derechos”, que generalmente no es leído por ningún efectivo policial, sino por el propio imputado. Por otro lado, sobre este guardar silencio o, más precisamente, sobre la no exigencia de auto confesión en el proceso penal, nos dice Devis Echandía: «Cierto es que en el proceso penal no se exige juramento para el interrogatorio del sindicado y no se le exige que confiese si es culpable. Pero esto no significa que allí no rija el principio de la buena fe procesal, porque se trata de una especial reglamentación del derecho de defensa, que incluye la carga, para el Estado, de probarle la responsabilidad penal al sindicado. En las demás actuaciones del proceso penal se aplica íntegramente este principio, tal como ocurre en el civil o de otra jurisdicción» (1985: 299)

Tenemos al artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Civil por casi veinticuatro años y la verdad que mucho no han cambiado las cosas. Nunca he visto a las partes —o a cualquier interviniente en el proceso— ayudar al juez a «conocer la verdad», o a colaborar entre ambas a que el juez la encuentre. Lo que se aprecia a menudo, más bien, es que cada parte tiene su propia «verdad» y que el juez debe «buscarla» por sí mismo<sup>83</sup>.

En lo que atañe al fraude procesal —sintonizando con la posición que asumimos en este apartado—, diremos que el fraude procesal es una conducta que va en contra del deber de no actuar de mala fe en el proceso o con el proceso mismo.

#### **4. Clasificación del fraude procesal**

##### **4.1. De acuerdo a su ubicación en el proceso**

Una clasificación que podemos hacer del fraude procesal es respecto a su ubicación en el proceso. Vale decir, a si lo hallamos en un proceso real o en uno *inventado*. En el primer caso la víctima forma parte del proceso (cuando menos formalmente) y en el otro viene ser un “tercero”. De ambas clases de fraude nos encargaremos a continuación.

---

<sup>83</sup> Lo que no significa, de modo alguno, que la verdad no importe en el proceso. Importa. Al respecto, Michele Taruffo explica lo siguiente: «Dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o —*rectius*— está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos» (2008: 23)

#### 4.1.1. Fraude en el proceso

En este caso el fraude se presenta en el iter de un proceso<sup>84</sup> (un proceso real, no simulado), y ocasiona vicios de procedimiento o de juicio (incluso ambos), los cuales van a permanecer ocultos debido al fraude procesal.

Es importante señalar que el vicio ocasionado por el fraude procesal podría surgir en cualquier *instancia* del proceso, no necesariamente en el primer «nivel». Así, no debería sorprendernos hallarlo también en nuestras *altas cortes*: como la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional<sup>85</sup>. En aquellos casos, sin embargo, no debería ser competente un juez de primera instancia, sino un juez que cuando menos sea del mismo rango. En la actualidad, la competencia recaería en un juez de primera instancia, lo que no resulta lo más conveniente cuando es la resolución de un juez «jerárquicamente superior» la que va a ser cuestionada.

---

<sup>84</sup> De cualquier proceso: civil, laboral, contencioso administrativo, constitucional, etc. Ninguno de ellos se «salva». A ellos hay que sumarles también los procesos privados, como el arbitraje. Es importante precisar que sólo aquellos procesos que tengan la aptitud de generar cosa juzgada los que podrán ser cuestionados mediante nuestro artículo 178 CPC, los otros no.

<sup>85</sup> El que no está ajeno, por el solo hecho de ser un Tribunal Constitucional, a actos de corrupción y de fraude procesal. Así, refiriéndose al anterior TC, Samuel Abad Yupanqui nos comenta lo siguiente: « [...] Y es que su legitimidad estuvo seriamente afectada por la falta de nombramiento de los magistrados cuyo plazo había vencido y por las cuestionables decisiones que estuvieron dictando sus anteriores integrantes. Una de las peores que hemos tenido. Incluso, con motivo de la investigación penal a un Alcalde de Chiclayo actualmente detenido, se hicieron públicos supuestos actos de corrupción que aparentemente involucrarían a dos ex-magistrados. Tema que debe ser investigado (2015: 558)

Ahora bien, podrían ocurrir dos cosas dentro del iter de un proceso. Primero, que en el desarrollo del proceso la víctima del fraude procesal advierta de la conducta fraudulenta; y segundo, que lo haga una vez culminado éste. Para el caso del primer supuesto, se dice que el afectado debe hacer uso de los mecanismos internos ordinarios del proceso; y para el segundo, del *extraordinarium auxilium*<sup>86</sup>.

#### 4.1.2. *Fraude por simulación*

Llamada también fraude por el proceso<sup>87</sup>. En este escenario no es que hallemos uno o más actos procesales viciados por fraude; lo que se tiene —más bien— es al proceso en sí viciado completamente. Como bien señala Marcello della Valle para este tipo de fraude, la «estructura del proceso fraudulento se articula antes que nada en una demanda judicial, que en la mayoría de casos presenta la constante característica de fingir la existencia de

---

<sup>86</sup> Así lo refiere Ana María Arrarte: «Si el fraude se detecta en el transcurso del proceso, será de aplicación el artículo citado (se refiere al artículo 441 de nuestro CPC), lo que implica, además de la imposición de la sanción establecida, la declaración de nulidad de todos los actos procesales realizados a “espaldas” de la otra parte. El problema se presenta cuando se demuestra que no hubo conocimiento efectivo del proceso mientras éste duró, pues ello recién ocurrió con posterioridad a que la sentencia haya pasado a adquirir autoridad de cosa juzgada. En nuestra opinión, en este caso, la opción sería iniciar un proceso de nulidad por fraude procesal» (1996A: 176)

<sup>87</sup> Un proceso simulado, bien podría no generar por sí mismo un perjuicio a terceros, pues podría darse el caso, por ejemplo, de que dos letrados tengan una discrepancia jurídica sobre cierto punto y acudan al órgano jurisdiccional con la única finalidad de “resolver” tal discrepancia, para lo cual se “inventan” una controversia. En ese supuesto, nos hallaremos ante un proceso simulado, pero no fraudulento. En tal sentido, cuando nos refiramos a procesos “inventados”, pero que provoquen un perjuicio a un tercero, los denominaremos procesos afectados de fraude por simulación.

un derecho subjetivo, o de una concreta voluntad de la ley, en realidad inexistente» (1969: 95)

Así, en éste supuesto de fraude las partes no acuden al proceso para que el órgano jurisdiccional resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, pues tal conflicto o incertidumbre jurídica sencillamente no existe. Lo que se pretende más bien es obtener un beneficio ilícito con el proceso mismo, el que evidentemente terminará perjudicando a un tercero. No nos encontramos entonces ante un proceso real, sino ante uno *inventado*, simulado.

En tal sentido, como bien dice la profesora Arrarte —comentando esta clase de fraude—, «la nulidad de la sentencia definitiva, implicará necesariamente afectar la validez y eficacia de todo el proceso» (1996A: 176).

#### **4.2. Según el autor del fraude procesal**

Pero además de clasificar al fraude procesal según su ubicación en el proceso, podemos clasificarlo también según el autor del mismo. Así, podría ocurrir que el fraude sea cometido por una de las partes, por ambas o por ambas y la ayuda de un tercero.

##### **4.2.1. Fraude unilateral**

En este caso el fraude procesal es realizado por una de las partes, aunque no podría descartarse también el hecho de que sea efectuado por un tercero que interviene en el proceso.



#### **4.2.2. Fraude bilateral**

En este supuesto, el fraude procesal es realizado por la parte demandante y demandada, aunque no se puede descartar la posibilidad de que sea realizada también entre una de las partes y un tercero<sup>88</sup> que participa en el proceso.

Cuando nos hallemos ante el primer supuesto, el fraude procesal no sólo será bilateral, sino también simulado. Mientras que en el segundo no estaremos frente a un proceso simulado, sino solamente frente a un fraude bilateral.

#### **4.2.3. Fraude trilateral**

Pero además del fraude unilateral y bilateral, podría ocurrir también que se dé el fraude trilateral. En este caso, ya no son únicamente las “partes” las que se encuentran en contubernio, sino también cualquier tercero que intervenga en el proceso. Lo que supone la “ayuda” de algún perito, un secretario judicial o hasta del mismo juez (o de quien tenga que juzgar en un proceso<sup>89</sup>).

---

<sup>88</sup> Tercero que entendemos del siguiente modo: «como el de aquel sujeto que no forma parte de la relación jurídica procesal, la cual queda establecida por medio de la demanda, es decir, no posee la calidad de parte, por no ser demandante ni demandado, no siendo por ello titular de los derechos y obligaciones propias del proceso. Resultando irrelevante para esta consideración que le alcancen los efectos de una causa que le es ajena» (Matheus, 1998: 99)

<sup>89</sup> Que puede ser el caso del árbitro, por ejemplo.

## 5. *Mecanismos preventivos contra el fraude procesal*

### 5.1. *El contradictorio*

Decía Carnelutti que «la mejor defensa contra el fraude es el contradictorio<sup>90</sup>. [Pues] este se asemeja en este aspecto a la lanza de Aquiles: hiere y cura. Nada mejor para dar aire y sol al proceso: y con el aire y el sol, la salud. Contra la astucia de una parte, el juez significa infinitamente menos que el adversario. Y bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contraponen un marinero» (1997: 18)

Ciertamente que el contradictorio es la mejor *arma* contra el fraude procesal, pero deja de ser efectiva cuando es anulada completamente por éste<sup>91</sup>. Nos explicamos, el contradictorio no se halla presente en todos los

---

<sup>90</sup> Entre nosotros, Luis Alfaro prefiere llamar al contradictorio principio de audiencia: «a nuestro entender, la locución más apropiada que preferimos y sugerimos utilizar es el de *principio de audiencia*; no solo porque su uso, como lo hemos demostrado, es cada vez mayor en el derecho interno (en el plano doctrinal y jurisprudencial) e internacional, sino porque representa su noción más contemporánea. Se trata, entonces, no sólo de una opción terminológica sino de utilizar las expresiones por su esencia o contenido más cercano a la realidad actual; en efecto, esta predilección se justifica también porque otorga una mayor relevancia a la sustancia de las actividades realizadas que al método o forma en que se realiza» (2014:73)

<sup>91</sup> Mediante el contradictorio, como señala Vittorio Colesanti, «se quiere asegurar la participación al procedimiento de formación del acto jurisdiccional a los que serán sus destinatarios; bien visto, en el contradictorio se concreta la dialéctica del proceso, porque el proveimiento “no puede ser emanado si de la demanda no se ha informado, al igual que al juez, al otro destinatario, y esta persona o personas, en contra de las cuales la demanda viene propuesta”» (:582)

escenarios en que ubiquemos al fraude procesal. Así —por ejemplo— cuando nos encontremos frente al fraude por simulación, el contradictorio en nada podrá ayudar contra el fraude. Como bien señala Carnelutti «el fraude bilateral es siempre un fenómeno patológico. Aquí el poder saludable del contradictorio se reduce a una apariencia» (1997: 19)

## 5.2. *La tacha de medios probatorios espurios*

Según el artículo 300 de nuestro CPC, se *puede interponer tacha contra testigos y documentos* (y también contra los medios probatorios atípicos). Así, el artículo 242 CPC señala que *si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria*; lo que supone evidentemente que los documentos pueden ser tachados por falsos. Asimismo, el artículo 243 CPC dispone lo siguiente:

57

«Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada»

Pues bien, de ambos artículos podemos concluir que la tacha de documentos procede por dos razones: bien por su falsedad o por su nulidad. En éste último caso —es importante precisar— que se trata de la nulidad del documento, no del acto jurídico que el mismo contiene. Para el caso de nuestro trabajo nos interesa la tacha de documentos por falsedad, pues al darse éste instrumento procesal a las partes se evita que ingresen documentos falsos al proceso y, por ende, se previenen conductas fraudulentas.

Pero además de los artículos antes citados, el artículo 244 CPC agrega lo siguiente:

«La copia de un documento público declarado o comprobadamente falso o inexistente, no tiene eficacia probatoria. La misma regla se aplica a las copias certificadas de expedientes falsos o inexistentes»

Queda claro entonces que se puede evitar que ingresen al proceso documentos falsos (que de seguro van a terminar ocasionando vicios de juicio en la labor del juzgador). Sin embargo, como la tacha la realiza la contraparte, ésta solo va a ser posible cuando las partes puedan ejercer su derecho al contradictorio, mas cuando el actor del fraude procesal lo anule, de poco (o nada) servirá.

En lo que respecta a la tacha de testigos, las causales son diversas; sin embargo, al igual que en la tacha de documentos por falsedad, éstas causales pretenden evitar que llegue al juzgador información que no guarde correspondencia con la realidad o que pretenda desvirtuarla. Así, por ejemplo, el numeral 4 del artículo 229 CPC prohíbe que declare como testigo *el que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso.*

Por último, resulta paradójico que a diferencia del artículo 178 CPC (que estudiaremos más adelante), el artículo 302 CPC señale que la tacha se interponga cuando se ha tomado conocimiento de la causal de falsedad (que en buena cuenta vendría a ser como decir *desde que se ha tomado conocimiento de la conducta fraudulenta*):

«Excepcionalmente, cuando se tiene conocimiento de la causal de tacha u oposición con posterioridad al plazo para interponerla, se informará al Juez, por escrito, acompañando el documento que lo sustente. El Juez, sin otro trámite que el conocimiento a la otra parte, apreciará el hecho al momento de sentenciar»

### 5.3. *Las multas*

Hemos ubicado a las multas como mecanismo preventivo —y no represivo— porque si bien ellas sancionan a quien realiza la conducta no permitida, son sobre todo disuasivas, pues las partes (y los terceros) al conocer las «reglas de juego» saben que si su conducta es fraudulenta van a ser sancionados.

Al respecto, la profesora Eugenia Ariano reflexiona de la siguiente manera:

« [...] el Código quiso educarnos (para ser «buenos») a todos nosotros a través de la (amenaza de) imposición de multas. Prueba probada del autoritarismo del código. Ello es una ilusión: el uso torcido del proceso no se evita con la amenaza de multas» (2003A: 387)

De similar posición es también Peyrano (aunque por distintas razones), quien consultado al respecto señaló lo siguiente:

«N.L.: ¿De acuerdo a su experiencia como juez, cómo podría legislarse para evitarse el fraude procesal?»



J.W.P: Poner buenos jueces. Se intentó a veces colocar un gran aparato sancionatorio, pero fracasó porque no hay un buen juez que aplique la sanción. La verdad es muy difícil prevenir el fraude, no se olvide una cosa, de que un mínimo de viveza o habilidad técnica hace falta, el proceso como el derecho es un mínimo de ética no un máximo de ética, no se le exige al abogado ser un puritano, tampoco un bandido, la mitad, si no nos vamos para el otro lado, si somos tan puros evitamos que el abogado lícitamente ejerza también su destreza técnica que la tiene y que está bien, hay una famosa frase que dice que “cuando un litigante es un galeote o bandido es mejor contraponerle otro bandido y no un sacerdote” porque si no la justicia no va a prevalecer, entonces un mínimo de ética y no un máximo, me parece que es lo más adecuado» (1999: 130)

Ahora bien, por nuestra parte, no podemos decir sino que las multas no son la solución al problema del fraude procesal; si bien son disuasivas, no terminan siendo un medio eficaz para evitarla, máxime si las más de las veces el fraude procesal es recién descubierto una vez que el proceso ha concluido.

#### ***5.4. El llamamiento por fraude o colusión***

Además de los mecanismos preventivos antes expuestos, nuestro Código Procesal Civil regula la figura del «llamamiento por fraude o colusión». Así, el artículo 106 CPC establece lo siguiente:

«Cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el Juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el Juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días»

Pues bien, el supuesto de fraude en este caso es el del fraude procesal por simulación (o del fraude procesal bilateral por simulación, según la clasificación que hemos efectuado); vale decir, un supuesto en el que las partes no tienen ninguna controversia o incertidumbre jurídica que resolver entre ellas, sino que su finalidad es obtener un beneficio ilícito por medio del proceso, causando un perjuicio a un tercero.

Ahora bien, esta es una norma dirigida hacia el juez, que lo habilita a «citar» a las personas que pudieran resultar perjudicadas con el proceso que él «presume» es simulado; y que lo faculta además a poder suspender el proceso por un plazo no mayor de treinta días. De este modo, pues, se pretende evitar que los terceros al proceso simulado resulten perjudicados con la conducta fraudulenta de las partes.

Evidentemente esta norma busca evitar que el fraude logre su cometido: que el autor (o autores en este caso) obtenga una sentencia resguardada bajo el “manto” de la cosa juzgada; con lo que su finalidad es netamente preventiva.

## 6. *Mecanismos represivos contra el fraude procesal*

### 6.1. *La nulidad procesal, los medios impugnatorios y la «ineficacia probatoria»*

Dado que la conducta fraudulenta (la procesal evidentemente) ocasiona vicios procesales, vale decir, vicios de procedimiento o de juicio, éstos tendrán que remediarse por medio de la nulidad procesal o de los medios impugnatorios.

Ahora bien, tratándose de la nulidad procesal, ésta debería realizarse a través de un incidente, de modo que el justiciable pueda ofrecer todos los medios probatorios que le permitan probar el fraude procesal. De igual manera debería pasar con los medios impugnatorios (especialmente la apelación), ya que la sola interposición del recurso —para el caso del fraude procesal— no va a permitir por sí mismo que se corrobore el fraude. Así, por ejemplo, en el caso de la apelación de sentencia, salvo nueva prueba o documentos que al momento de la interposición de la demanda no se conocían y no se podían obtener, no se puede ofrecer medio probatorio alguno<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Así, nuestro artículo 374 CPC establece lo siguiente:

«Las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y
2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.

Por ende, las partes deben tener abierta la posibilidad de no sólo alegar el fraude procesal (una vez descubierto en el iter del proceso), sino — y sobre todo— de probarlo por los mecanismos ordinarios del proceso.

En lo que respecta a la denominada «ineficacia probatoria», nuestro artículo 199 CPC señala que «carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno». En otras palabras, si por ejemplo se intimida a un sujeto para que declare en un proceso hechos que no le constan, evidentemente se producirá una conducta fraudulenta. Lo mismo pasaría cuando se soborne a un testigo de la contraparte para que brinde una declaración falsa. Sobre el artículo 199 CPC, desde la óptica del Análisis Económico del Proceso, Omar Sumaria refiere lo siguiente:

63

---

«Si alguna de las partes, directamente o a través del juez, proporciona información errada, tergiversada o falsa, pues aumenta un “costo de transacción” muy alto en la otra parte, la que tendría en principio el derecho a conocerla, para así ejercitar su derecho de oposición o contradicción. Este costo al no ser conocido se traslada a la toma de decisión, dado por la misma parte o a través de un tercero, generando luego una ganancia exorbitante (solución favorable) con el traslado del

---

Es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos y los requiriese, se fijará fecha para la audiencia respectiva, la que será dirigida por el Juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado»

costo de la información oculta a la otra parte, lo cual quiebra el equilibrio del mercado.

De esta forma, el Estado (a través del juez o de la legislación) debe asumir un costo muy alto, dado que debería incrementar esfuerzos (costo social) en tanto habría incentivos para la aportación de estas pruebas “ilícitas” de no restarle eficacia, por lo que se debería destinar recursos para crear los mecanismos necesarios para proteger a las partes de estas circunstancias, en lugar de destinarlos para llegar a la solución más favorable, teniendo en consideración que estas circunstancias son “ex ante” es decir antes que se produzca el medio de prueba» (Camargo: 2010, 111-112)

## **6.2. *El extraordinarium auxilium***

Se trata de una medida “extrema”, pues en este caso el fraude procesal ya se ha consumado y los actores del mismo se encuentran más que “blindados” por la cosa juzgada.

El camino entonces va a consistir en desaparecer al proceso fraudulento y con él a la cosa juzgada que la “protege”. No nos detendremos más en este mecanismo represivo del fraude procesal, ya que en los capítulos siguientes lo desarrollaremos con mayor amplitud.



## CAPITULO III

### SENTENCIA, COSA JUZGADA Y MODELOS DE “REVISIÓN” DE LA COSA JUZGADA

**SUMARIO:** 1. Premisa: la sentencia como norma jurídica —2. Sentencia firme y cosa juzgada —2.1. La cosa juzgada como cualidad de los efectos de las sentencias firmes—2.2. Origen, naturaleza y función de la cosa juzgada —2.2.1. La cosa juzgada y el Código de Hammurabi —2.2.2. ¿La cosa juzgada solo como una exigencia de política jurídica? —2.2.3. La cosa juzgada y la prohibición de reiteración de juicios —2.3. La inutilidad de los conceptos de cosa juzgada material y cosa juzgada formal —2.4. La cosa juzgada y el Estado Constitucional —2.4.1. La cosa juzgada y los derechos fundamentales —2.4.2. La relatividad de la cosa juzgada —2.4.3. La cosa juzgada vs la cosa tutela cautelar: una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional —3. La “revisión de la cosa juzgada” —3.1. Naturaleza de la revisión: ¿recurso o medio impugnatorio extraordinario? —3.2. La “revisión de la cosa juzgada” y nuestro Tribunal Constitucional —4. Modelos de “revisión de la cosa juzgada” —4.1. El modelo recursal —4.2. El modelo de la “acción” autónoma —5. Conclusión preliminar

#### 1. *Premisa: la sentencia como norma jurídica*

65

Entre los actos del Estado, según la división tradicional que del poder se ha hecho, tenemos a los actos legislativos, los actos administrativos y los actos jurisdiccionales. Dentro de éstos últimos, la sentencia viene a ser, pues, el acto jurisdiccional por excelencia.

Ahora bien, asumiendo que «el Derecho es una estructura tridimensional integrada por hechos, normas y valores» (Silva, 2014: 990); donde, en el caso de las normas, hallamos a «normas fundamentales (ejemplo: la Constitución), normas primarias (como el Código Civil, Penal o Comercial, etc.), y normas secundarias que solo rigen para un caso concreto» (Silva, 2014: 991), podemos advertir que la sentencia (como acto del Estado) se ubica dentro de éstas últimas, ya que, al igual que un contrato, la sentencia

establece una o más reglas jurídicas para quienes han sido parte de un proceso<sup>93</sup>. Pero la sentencia, como norma jurídica, tiene dos notas particulares que la distinguen de las demás normas: la primera, que es empleada para resolver controversias o incertidumbres jurídicas; y, la segunda, que, una vez firme, se hace inmutable debido a la cosa juzgada.

Por último, es importante precisar que las normas que se establezcan en la parte resolutive de una sentencia pueden tener tres clases de efectos<sup>94</sup>:

---

<sup>93</sup> Es importante referir, no obstante, que cierta doctrina nacional ha comenzado a hablar de “sentencias normativas”, y no precisamente para hacer mención a la sentencia como norma jurídica “individual”. Así, al respecto, el profesor Elmer Arce explica: «A diferencia de la jurisprudencia, las sentencias normativas deben ser cumplidas por todos los jueces de instancias inferiores. No debe apartarse de la pauta que dicte la sentencia normativa. Solo las puede derogar o modificar el mismo órgano jurisdiccional que las emitió. Los ejemplos son diversos. En primer lugar, tenemos el llamado precedente judicial del artículo 400 del Código Procesal Civil. En el marco del recurso de casación, el pleno de los magistrados supremos civiles se reúne a efectos de resolver un caso relevante o controvertido. El pleno casatorio adopta una decisión respecto de la interpretación o aplicación de una norma. Debe ser publicada en *El Peruano*. Y solo podrá ser modificada o derogada por otro pronunciamiento del mismo pleno de los magistrados supremos civiles. En segundo lugar, tenemos el llamado precedente constitucional del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional. Este artículo reconoce que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia. Para ello, el mismo Tribunal deberá precisar la parte de la sentencia que contiene el efecto normativo. En este contexto, solo este Tribunal puede apartarse del precedente, mientras que los jueces del Poder Judicial deben cumplir lo señalado en las sentencias de aquel órgano» (2013:149-150). Pues bien, en estos casos la sentencia, además de resolver un caso concreto y de establecer una regla para él, extiende sus efectos más allá de las propias partes, con la pretensión de que sus efectos sean *erga omnes*, tan igual como los de una ley. Sin embargo, no me parece adecuado señalar que una sentencia es “normativa” solo cuando sus efectos son *erga omnes*.

<sup>94</sup> Sobre los tres efectos que puede tener una sentencia, pueden verse los siguientes libros: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* de Couture (pp.315-321) y el *Manual de Derecho Procesal Civil* de Liebman (pp. 132- 142).

ser meramente declarativas, constitutivas o de condena. Serán meramente declarativas «aquellas que tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho (Couture: 1958: 315); serán constitutivas, «aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico» (Couture: 1958, 319); y serán de condena «aquellas que imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse)» (Couture: 1958: 318).

Como veremos más adelante, nuestro artículo 178 CPC hace una discriminación en los plazos para la interposición de la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta según la sentencia sea meramente declarativa, constitutiva o de condena.

## **2. Sentencia firme y cosa juzgada**

Quien haya apreciado el desarrollo de un proceso se dará cuenta que de todas las sentencias que se pudieran dictar al interior del mismo, solo una de ellas se encuentra en aptitud de pasar en calidad de cosa juzgada: la sentencia firme.

La existencia de una sentencia firme se verifica cuando contra ella ya no cabe la interposición de ningún medio impugnatorio ordinario. Es decir, cuando la sentencia ha pasado a ser inimpugnable al interior del proceso.

Ahora bien, es importante señalar que para la mayor parte de la doctrina este “evento” dota a la sentencia de la llamada “cosa juzgada formal”, que, según refieren, sería el presupuesto de la llamada “cosa juzgada material”.

Como veremos más adelante, dividir la cosa juzgada en “cosa juzgada formal” y “cosa juzgada material”, además de generar una distorsión, resulta siendo inútil.

### **2.1. *La cosa juzgada como cualidad de los efectos de las sentencias firmes***

Contra aquellos que pregonaban que la cosa juzgada era un efecto de la sentencia, surgió la postura de Liebman. Él consideraba a la *res iudicata* no como un efecto de la sentencia sino como una cualidad de los efectos de la misma:

«Una cosa es distinguir los efectos de la sentencia según su naturaleza declarativa o constitutiva, y otra es ver si los mismos se producen de un modo más o menos perpetuo e inmutable. En verdad, todos los posibles efectos de una sentencia (declarativo, constitutivo, ejecutivo) pueden concebirse de un mismo modo, al menos en vía puramente hipotética, como producidos independientemente de la autoridad de la cosa juzgada, sin que por esto desaparezca su esencia o su naturaleza específica. La cosa juzgada es una cosa más que se añade para aumentar su estabilidad, y que tiene valor en cuanto a todos los posibles efectos de la sentencia.

Identificar la declaración de certeza producida por la sentencia con la cosa juzgada significa, pues, confundir el efecto con uno de sus (posibles) caracteres» (1946: 37)

Ciertamente, el considerar a la cosa juzgada como un efecto de la sentencia lo limitaba a uno de sus posibles efectos: el meramente declarativo. Pero ello significaba desconocer que la cosa juzgada *juega* un rol también respecto de las sentencias constitutivas y de condena; por eso, Liebman decía que «la autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, cualesquiera que sean, varios y diversos, según las diferentes categorías de las sentencias» (1946: 23).

## **2.2. Origen, naturaleza y función de la cosa juzgada**

### **2.2.1. La cosa juzgada y el Código de Hammurabi**

A menudo ocurre que para conocer del origen de un instituto jurídico nos debemos remontar a la época romana. La cosa juzgada no ha sido la excepción, pues mucho de lo que conocemos de ella proviene de los textos romanos y de la interpretación que se les ha dado. Sin embargo, las últimas investigaciones sugieren que su origen se remontaría a mucho antes: en la civilización mesopotámica. La prueba de ello estaría en el precepto VI, 5, del Código de Hammurabi, que según dicen enunciaría ya una “idea” de cosa juzgada:

«Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le



probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta dos veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso»

Para el profesor Jordi Nieva aquella sería la prueba palpable de que la cosa juzgada ya se encontraba instituida hace más de 3700 años atrás<sup>95</sup>. A mi modo de ver, más que una prohibición para que el juez vuelva a enjuiciar sobre lo mismo, la regla de la ley 5 del Código de Hammurabi estableció una sanción administrativa para el juez (que traía como consecuencia el pago de una suma dineraria y la destitución de su cargo). En otras palabras, debe haber sido más que probable que en alguna ocasión algún juez de Mesopotamia haya podido cambiar su decisión, pese a la drástica sanción administrativa que ello le suponía.

70

---

Pero a decir verdad, si de efectos prácticos hablamos, debe haber sido muy difícil que algún juez se haya atrevido a cambiar su decisión en aquella época, por lo que deben de haber sido escasísimas las ocasiones en que ello haya podido suceder. En todo caso, se aprecia ya desde este tiempo un interés por parte del «Estado» de que los juicios se realicen una sola vez.

---

<sup>95</sup> Así, pues, refiere que: «cualquier procesalista que lea éste texto se preguntará cómo es posible que 3.700 años atrás estuviera ya instituida, de manera arcaica lógicamente, la institución que hoy conocemos como “cosa juzgada formal”, es decir, la invariabilidad de las resoluciones judiciales por parte del Juez una vez que las ha dictado (art. 207.3 LEC). Y sin embargo, así se desprende de la lectura de este texto, que anuda incluso consecuencias penales a su violación, nada menos que una cuantiosa multa y la separación de la “carrera judicial”. Más o menos una sanción parecida a la que hoy se produciría en este supuesto, incluíble, por cierto, dentro del tipo del delito de prevaricación (art. 446 y 447 CP)» (Nieva, 2006: 26-27).

Cosa distinta se aprecia del Libro XLII, Título I, 55, de Ulpiano, que establecía lo siguiente:

«El juez, una vez que pronunció la sentencia, deja de ser juez después; y observamos este derecho, que el juez que una vez condenó en más o en menos, no puede ya corregir su sentencia; porque ya una vez desempeñó bien o mal su oficio».

En Roma, como se aprecia de este pasaje de Ulpiano, no solo existía una expresa prohibición para que el juez pueda cambiar su sentencia, sino que en caso lo hiciera ella se tenía por inexistente (pues sería dictada por quien ya no era juez). ¿Qué pasaba en Mesopotamia? ¿Primaba la primera o la segunda sentencia? Sólo se nos habla de una drástica sanción administrativa. Quizá las futuras investigaciones del Código de Hammurabi nos arrojen mayores alcances; por lo pronto, el precepto VI, 5 solo se limita a sancionar administrativamente al juez en caso modifique su decisión.

71

### **2.2.2. *¿La cosa juzgada sólo como una exigencia de política jurídica?***

Decía Chiovenda —hace ya mucho tiempo— que son «razones de oportunidad, consideraciones de utilidad social, las que hacen poner un término a la investigación judicial, y tratar la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto» (1949: 194). Couture, por su parte, tenía una opinión parecida, ya que decía que la «cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica» (1958: 407).

No puede negarse, pues, que la naturaleza de la cosa juzgada responde a una exigencia política o práctica, como ya lo habían advertido Chiovenda y Couture; sin embargo, considero que esa perspectiva no puede verse limitada, en la actualidad, a dicha exigencia, debido a que la cosa juzgada forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional y, en tal sentido, al igual que la acción, es también un derecho humano, insoslayable en cualquier sistema jurídico que se autoproclame como Estado Constitucional y pretenda dar tutela a los derechos del ser humano.

De ahí que considero que la cosa juzgada no pueda ser vista como una mera exigencia política —o práctica— en el escenario actual del Estado Constitucional.

### 2.2.3. *La cosa juzgada y la prohibición de reiteración de juicios*

72

Luego de estudiar al instituto de la cosa juzgada, Jordi Nieva, en su libro *La cosa juzgada*, concluye lo siguiente:

«La cosa juzgada consiste en la prohibición de que los juicios se repitan. Existe para dar fijeza a los juicios ya emitidos, y como consecuencia, seguridad jurídica al sistema jurídico-social»<sup>96</sup> (2006: 120)

---

<sup>96</sup> Al respecto, Devis Echandía nos decía: «No es correcto decir que el objeto de la cosa juzgada sea llevar la certeza de la existencia de la voluntad de la ley para el caso controvertido, porque éste es el de toda sentencia, haga o no tránsito a cosa juzgada. La diferencia está en la inmutabilidad y definitividad de tal declaración de certeza; si no hay cosa juzgada será una certeza provisional, ya que existirá sólo mientras por un nuevo proceso no se la modifique, **al paso que si la hay, no será posible examinarla en otro proceso**, y, por lo tanto, no debe pronunciarse nueva sentencia de fondo, sea que confirme

Manuel Serra Domínguez, prologando el mencionado libro, dirá que dicha conclusión es «de una difícil sencillez pero al mismo tiempo de una notable profundidad» (Nieva: 2006, 13). Y de ello no podemos sino estar de acuerdo.

Comparte la misma conclusión el profesor Taruffo, quien refiere que para «comprender la naturaleza de la cosa juzgada lo que interesa ya no es establecer dónde está y cuál es la realidad ‘verdadera’, ni comprender cuándo y por qué lo decidido se aísla, incluso imponiéndose como verdad *ficta*, sino más bien el hecho de que la cosa juzgada impide una nueva decisión sobre lo ya decidido. Cualquiera que sea la realidad, vieja o nueva, verdadera o no, lo que está en juego es un mecanismo dirigido a un fin que consiste en evitar la reiteración indefinida de juicios sobre cuestiones que ya se han decidido de manera definitiva» (2009: 289).

73

Alejada, entonces, de las ideas de «presunción de verdad» y «ficción de verdad» de antaño, la cosa juzgada en la actualidad «ha asumido una dimensión acentuadamente funcional» (Taruffo, 2009: 290), impidiendo que lo ya resuelto sea nuevamente enjuiciado<sup>97</sup>.

---

o modifique la decisión contenida en la primera, lo que significa que se tendrá una certeza definitiva e inmutable *ne bis in ídem*. Esto conduce también a distinguir los efectos de la cosa juzgada y los propios de toda sentencia ejecutoriada» (*El subrayado y las negritas son nuestros*, 1997A: 452). Como puede apreciarse, Devis Echandía ya pregonaba también la idea de que la cosa juzgada impide la reiteración de juicios; sin embargo, no le ponía el énfasis que sí le ha dado el profesor Jordi Nieva Fenoll.

<sup>97</sup> La cosa juzgada en sí no es la que genera problemas (pues sabemos lo que es). El problema viene con sus alcances. Así, Manuel Serra Domínguez dice que «las principales dificultades no las ofrece la cosa juzgada, sino más bien el alcance de la cosa

### 2.3. *La inutilidad de los conceptos de cosa juzgada material y cosa juzgada formal*

Los conceptos de cosa juzgada material y cosa juzgada procesal se lo debemos a la doctrina (y jurisprudencia) alemana, que haciendo una mala interpretación de Savigny<sup>98</sup> «dividieron» a la cosa juzgada.

Lamentablemente, esa concepción alemana ha calado entre nosotros desde hace buen tiempo, por lo que nos resulta común oír en nuestra doctrina y jurisprudencia tal «división», aunque (curiosamente) nuestro Código Procesal Civil solo nos hable de «una» cosa juzgada<sup>99</sup>.

---

juzgada en determinados supuestos, el ámbito temporal de la cosa juzgada y la posible contradictoriedad de sentencias firmes» (Nieva, 2006: 14).

<sup>98</sup> Así lo dice el profesor Jordi Nieva, para quien «no existe diferencia alguna entre la “cosa juzgada formal” y la “cosa juzgada material”, sino que esa nomenclatura, nuevamente, no es más que una nueva desvirtuación de las ideas de SAVIGNY, con el objeto de crear unas categorías completamente artificiales, y que además resultan absolutamente inconducentes, de nuevo, para resolver el problema que nos ocupa» (2006: 86).

<sup>99</sup> El artículo 123 de nuestro CPC establece que:

«Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.



Como hemos dicho ya, la cosa juzgada existe para evitar que los juicios se repitan, impidiendo que ellos puedan variar, sea por el mismo juez que lo emitió o por otro (en otro proceso). En tal sentido, la división de la cosa juzgada en “cosa juzgada formal” y “cosa juzgada material” no tendría mayor utilidad, ya que una y otra tendrían el mismo objetivo: evitar que lo enjuiciado sea modificado, siendo la única diferencia el lugar de su incidencia: la “cosa juzgada formal” sería “intraprocesal” y la “cosa juzgada material” “extraprocesal”<sup>100</sup>.

Sin embargo, dicha distinción no tendría mayor sentido, pues la cosa juzgada protege a lo enjuiciado sin importar el lugar de su incidencia y, por ende, no puede ser un concepto que deba ser escindido. Como bien dice el profesor Jordi Nieva, «la cosa juzgada es un concepto único, que tiene por objeto evitar que juicios futuros desvirtúen juicios pasados. Y que es esencial para la seguridad jurídica y para la coherencia del ordenamiento jurídico» (2006: 92).

---

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407».

Como puede apreciarse, nuestro artículo 123 del CPC no “distingue” entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material; hace referencia únicamente a la cosa juzgada.

<sup>100</sup> Sobre ello nuevamente Jordi Nieva: «Pero es que, si bien se mira, la cosa juzgada formal tiene el mismo objetivo. Se dice que la misma implica la inatacabilidad o inimpugnabilidad de la sentencia, así como la inmutabilidad o imposibilidad de que sea modificada por el mismo juez que la ha dictado. Dos aspectos que tienen la misma finalidad, es decir, preservar el juicio ya emitido. Exactamente el mismo de la llamada “cosa juzgada material”, con la diferencia de que la cosa juzgada formal sería “intraprocesal” (refiriéndose al mismo proceso en que se ha dictado), y la cosa juzgada material sería “extraprocesal”, es decir, implicando a procesos diferentes de aquel en que el juicio anterior fue formulado» (2006: 87).

Ahora bien, el que en ciertas situaciones una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada resulte “variando” (el ejemplo típico es el de la sentencia de alimentos), no significa que no haya habido cosa juzgada o, como dicen muchos, que sólo exista en estos casos una «cosa juzgada formal». Ciertamente no es así, pues lo que ocurre en realidad es que la cosa juzgada se encuentra sujeta a la «cláusula» *rebus sic stantibus*.

Al respecto, son siempre clarificadoras las reflexiones de la profesora Eugenia Ariano:

«Me cabe una reflexión final: toda sentencia (salvo aquellas dictadas en base a una cognición sumaria) es susceptible de adquirir “autoridad de cosa juzgada” en los términos del art. 123 CPC, provocando los efectos negativos y positivos que le son propios. Pero, si bien se analiza, *toda sentencia* (y no solo la de alimentos) que esté dotada de esta “autoridad” está sujeta a una suerte de cláusula *rebus sic stantibus*: si la situación de hecho que determinó la emisión de aquella decisión ha variado por el *sobrevenir* de otros acontecimientos, tal “autoridad” no es un obstáculo para el planteamiento de una nueva pretensión respecto a la situación fáctico-jurídica así “variada”.

Con ello no se atenta contra la “cosa juzgada”, pues se estará “juzgando” una situación nueva (o por lo menos “variada”) y sobre esa “novedad” girará la nueva decisión.

Tomemos debida nota de ello y establezcamos sus consecuencias»  
(2016: 283-284)

#### 2.4. *La cosa juzgada y el Estado Constitucional*

Como hemos explicado en nuestro primer capítulo, uno de los fundamentos sobre los que descansa el Estado Constitucional es la seguridad jurídica, que aunque no presente de manera expresa en nuestra Constitución, se halla manifestada en otros principios (o si se quiere derechos) de nuestro ordenamiento constitucional.

La cosa juzgada es, pues, una de esas manifestaciones de la seguridad jurídica:

«Si la cosa juzgada no existiera en un ordenamiento jurídico habría que inventarla, podría decirse, porque es perfectamente imaginable la inseguridad jurídica que se derivaría de su inexistencia. El ordenamiento jurídico debe ser coherente lo cual constituye una afirmación de una obviedad inatacable, válida en cualquier Estado. Algunos han afirmado incluso su vigencia a nivel universal. Si bien no siempre obtenemos dicha coherencia en el plano más formal, por culpa, fundamentalmente, del legislador.

Pues bien, imaginemos qué ocurriría si los jueces, interpretando el ordenamiento jurídico dentro de los márgenes de su independencia, pudieran ir anulando juicios anteriores de sus compañeros, o de ellos mismo, incluso con cierta facilidad. Se rompería la coherencia de los juicios. Nadie sabría a qué atenerse, y finalmente, dejaría de existir el aparato de justicia, puesto que nadie acudiría a él para resolver sus problemas. Me pregunto de qué le sirve a alguien obtener una sentencia

a su favor, si deberá estar toda la vida defendiendo ese derecho concedido en la sentencia, ante nuevas sentencias que intentan anular lo declarado. En una situación así, hasta la autoayuda parece una solución razonable para la evitación de conflictos. Por eso es necesaria la cosa juzgada» (Nieva: 2006, 82)

Como se ve, no hay que esforzarse mucho para darse cuenta que detrás de la cosa juzgada se halla la seguridad jurídica: uno de los principios constitucionales que sirve de fundamento al Estado Constitucional.

#### **2.4.1. La cosa juzgada y los derechos fundamentales**

Pero la cosa juzgada no puede ser vista solamente como fundamento del Estado Constitucional, ya que es también un derecho fundamental de los *justiciables*.

78

---

En efecto, sería imposible que los *justiciables* puedan proteger sus derechos (o situaciones jurídicas de ventaja) si la sentencia que obtuvieran del proceso se pudiese cuestionar interminablemente. Si así fuera, recurrir a los órganos jurisdiccionales —en busca de la tutela debida por el Estado—, simplemente, no serviría de nada. Como bien señala Marinoni, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional «significa, además de derecho a una decisión que resuelva el litigio llevando en consideración los argumentos y pruebas y, de derecho a la preordenación de las técnicas procesales idóneas para la obtención de la tutela del derecho material, derecho a la obtención de una tutela jurisdiccional indiscutible e inmutable» (2008: 61).

En tal sentido, la cosa juzgada se convierte en un “componente” necesario para que el Estado cumpla con su deber de brindar tutela jurisdiccional y en un derecho fundamental de todo *justiciable* para la protección de sus derechos. Existe, por tanto, un derecho fundamental a la cosa juzgada, que no solo es una manifestación de la seguridad jurídica, sino que es parte integrante también del derecho a la tutela jurisdiccional<sup>101</sup>.

#### 2.4.2. *La relatividad de la cosa juzgada*

Desde siempre parece haber existido la idea de *relatividad* de la cosa juzgada<sup>102</sup>; vale decir, de no considerar su *inmutabilidad* como absoluta. Muestra de ello es que los romanos —así como regularon a la cosa juzgada— crearon también mecanismos jurídicos para cuestionarla. La *restitutio* era en tiempos de la República el medio para hacerlo y la *supplicatio* durante el Imperio. Situación similar continuó durante la Edad Media y Moderna hasta llegar a nuestros días.

No parece descabellado, entonces, decir que una sentencia que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada pueda ser cuestionada mediante

---

<sup>101</sup> Lo que de ninguna manera supone que el juicio permanezca inamovible cuando se produzca una injusticia de magnitudes descomunales, como en el caso de la «cosa juzgada fraudulenta».

<sup>102</sup> De igual parecer son Monroy Gálvez y Monroy Palacios, quienes llegan a referir que el cuestionamiento de las sentencias pasadas en calidad de cosa juzgada es milenario. Así, señalan lo siguiente: «hoy debemos reconocer que la revisión de la sentencia (histórica y teóricamente ésta es la denominación más exacta para el tratamiento de la materia en cuestión), pasando por alto cualquier mirada ortodoxa y/o poco instruida, constituye una institución jurídica milenaria que, con el correr de los años, ha adquirido diversos y complejos desarrollos doctrinales y legislativos a nivel comparado, que la han convertido en uno de los temas jurídicos más debatidos en los últimos años» (2008: 135)



“algún” mecanismo regulado en la ley, ya que la historia lo desmentiría inmediatamente. Pero además de razones históricas, existen de por medio hoy razones jurídicas. La principal es el hecho de formar parte de un Estado Constitucional; situación que nos conduce a decir que ningún principio es absoluto, como tuvimos ocasión de expresarlo en nuestro primer capítulo, por lo que no debería causarnos ninguna sorpresa que la cosa juzgada deba ceder, en determinadas circunstancias, ante otros principios constitucionales.

### ***2.4.3. La cosa juzgada vs. la tutela cautelar: una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional***

La sentencia en la que nuestro Tribunal Constitucional se ocupa del conflicto entre el derecho fundamental a la cosa juzgada y el derecho fundamental a la tutela cautelar, recayó en el EXP. N° 00978 2012-PA/TC.

80

Esta sentencia es del 28 de mayo del 2013 y fue suscrita por los magistrados Urviola Hani, Eto Cruz y Álvarez Miranda, como integrantes de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de ese entonces<sup>103</sup>. Si bien en el caso concreto que resolvió el TC no se había presentado un conflicto entre la tutela cautelar y la cosa juzgada, nuestro máximo intérprete de la Constitución vio por conveniente establecer cuál de esos dos derechos fundamentales debía primar de manera general y abstracta en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el TC señaló en su considerando 6.8 lo siguiente:

«Por lo expuesto, las medidas cautelares no pueden ser utilizadas con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una

---

<sup>103</sup> En la actualidad, sólo Urviola Hani continúa como magistrado del Tribunal Constitucional, Eto Cruz y Álvarez Miranda han cesado de su cargo.

sentencia ordinaria o de resistirse a su efectivo cumplimiento. En este sentido, este Colegiado precisa que el principio *pro homine* debe trasladarse inclusive al ámbito de los procesos ordinarios, de este modo cuando existan oposiciones o contradicciones en los términos de dichos actos procesales, **los jueces del proceso cautelar ordinario deben optar por hacer prevalecer la sentencia ordinaria sobre cualquier intento de desconocerla o perturbarla a través del concesorio de una medida cautelar ordinaria, pues en este tipo de casos específicos la tutela procesal efectiva, manifestada a través de una medida cautelar, viene ciertamente limitada por el derecho a la cosa juzgada**» (las negritas y el subrayado son nuestros)

Lamentablemente lo señalado aquí por nuestro Tribunal Constitucional —tal como lo indica su parte resolutive—constituye *doctrina jurisprudencial vinculante y obligatoria para todos los jueces y tribunales de nuestro país* y no establece excepción alguna en su aplicación; lo que significa que la cosa juzgada, según ha dispuesto nuestro Tribunal Constitucional, primará siempre sobre la tutela cautelar en nuestro sistema jurídico.

Esta doctrina jurisprudencial, evidentemente, es un grave atentado contra la efectividad de la tutela jurisdiccional —concretamente de la tutela cautelar—, pues impide de **modo absoluto** la concesión de medidas cautelares cuando con ellas se quiera enfrentar a la cosa juzgada. Esta posición del TC resulta inaceptable, ya que la *supremacía* de un derecho fundamental sobre otro se realiza frente a un caso concreto y no de modo

general y abstracto, como lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional en el EXP. N° 00978 2012-PA/TC<sup>104</sup>.

De otra parte, salta la duda de si esta doctrina jurisprudencial de nuestro TC alcanza también a los supuestos establecidos por el legislador para la concesión de medidas cautelares que buscan enfrentar a la cosa juzgada. Porque si así es, tácitamente se estaría dejando sin efecto —por ejemplo—, al tercer párrafo del artículo 178 de nuestro CPC, que admite la posibilidad de que el juez conceda «medidas cautelares inscribibles» en un proceso de nulidad de «cosa juzgada fraudulenta»

### 3. *La “revisión de la cosa juzgada”*

Dado que la cosa juzgada no es un principio absoluto, nada debería impedir que ella pueda ser “revisada” en determinadas circunstancias y frente a situaciones de tremenda injusticia. Como bien dice Jordi Nieva, «la revisión sólo entra en juego cuando un desastre de proporciones descomunales ha influido en la formación del juicio» (2009: 242)

Ahora bien, según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), revisar es “someter algo a nuevo examen para corregirlo,

---

<sup>104</sup> No existe en el punto 6 de la sentencia del TC una referencia al *test de proporcionalidad*, que es el modo en cómo se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales. Sin embargo, en caso se hubiera aplicado, ello tampoco habría sido posible, ya que el *test de proporcionalidad* es de aplicación ante un caso concreto y no ante un supuesto abstracto, como ha sido el planteado por el TC.

enmendarlo o repararlo”<sup>105</sup>; lo que implica decir que ese “algo” se encuentra viciado o afecto de error.

Pues bien, cuando se quiere cuestionar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada porque ésta ha sido obtenida fraudulentamente, las cosas sí parecen encajar dentro del término «revisión»<sup>106</sup>, ya que (como dijimos anteriormente) la revisión presupone la existencia de un vicio o error que hay que “corregir”: el vicio de actividad o de juicio<sup>107</sup> ocasionado por el fraude procesal; que, como ya expusimos, permanece oculto a causa de éste.

---

<sup>105</sup> Aquella es la definición que da la segunda acepción de nuestro Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>106</sup> Sin embargo, cuando nos hallamos ante una variación de las circunstancias, el termino revisión no resulta el más adecuado para englobar a esta clase de situaciones. Empero, la doctrina suele incluirla. Así, Oscar Zorzoli (refiriéndose a la revisión evidentemente) señala que «cuando existen situaciones especiales —vicio grave, modificación de circunstancias, notoria injusticia, etc—, los decisorios dejan de ser inmutables y necesitan de una modificación conveniente a las circunstancias a fin de que no se produzca una notoria injusticia que torne injusto el pronunciamiento» (1998: 151). Como se ve, tanto un vicio como una modificación de las circunstancias son agrupadas bajo el termino revisión.

<sup>107</sup> Respecto a los vicios de actividad o de juicio que puede contener un proceso que ha pasado en calidad de cosa juzgada, Reynaldo Bustamente —sintonizando con nuestra posición— señala lo siguiente: «consideramos que la decisión injusta puede ser declarada **nula** o **revocada**, según el tipo de afectación producida con ella (naturalmente, la revocación deberá implicar sustitución o modificación de la decisión). Así, si la decisión no cumple con los requisitos formales para ser un acto procesal válido (por ejemplo, si fue emitida sin motivación alguna o con una motivación aparente, o es el resultado de una conducta fraudulenta o colusoria), afecta al derecho de defensa de las partes (por ejemplo, si resolvió sobre un tema que no fue fijado como punto controvertido, y, por tanto, jamás fue debatido) o vulnera algún otro elemento formal o procesal del debido proceso, dicha decisión puede ser declarada nula en la medida en que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal (como los de especificidad, finalidad, trascendencia, convalidación, subsanación y de protección). En cambio, si la injusticia de la decisión recae en el contenido mismo del acto, porque el juzgador incurrió en un error al interpretar o

### 3.1. *Naturaleza de la revisión: ¿recurso o medio impugnatorio extraordinario?*

En torno a si la “revisión de la cosa juzgada” es un recurso o un medio impugnatorio extraordinario, no existe todavía acuerdo. Como dice Juan Carlos Hitters, muy «difícil resulta develar el primero de los interrogantes planteados [se refiere al dispositivo normativo que acciona contra la cosa juzgada] ya que no es posible acomodar fácilmente a la revisión dentro de uno u otro casillero, pues como muchos autores señalan se trata de una figura intermedia que tiene caracteres comunes a los dos institutos prenombrados [es decir, el recurso y la acción autónoma]» (1977: 15). Sin embargo, más adelante dirá que la «problemática fundamental que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del instituto revisorio, radica en que si por un lado se lo considera como recurso, y por ende admite su procedencia contra sentencias recurribles, esto es aún no firmes, a la par se lo hace procedente contra resoluciones que han adquirido inmutabilidad, o sea contra aquellas que no permiten recurso alguno» (1977: 16).

84

Ahora bien, a acentuar aún más este debate contribuyen los ordenamientos jurídicos de los países de nuestra tradición jurídica, que la

---

aplicar el derecho vigente (entendiendo por derecho vigente no sólo el derecho positivo vigente, sino el conjunto de valores, normas y realidades que se dan en un medio determinado, lo cual incluye, por supuesto, la costumbre, la jurisprudencia, y, en general, el derecho no escrito) o en un error al apreciar o percibir los hechos o el material probatorio, consideramos que la decisión debe ser revocada y modificada por el órgano que revise dicha decisión» (2001B: 323-324). Pues bien, en caso de nuestra «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» podría ocurrir que se alegue la existencia de un vicio de actividad o de un vicio de juicio. Ante el primer supuesto se debería declarar su nulidad; ante el segundo, su revocación. No obstante, en ambos casos nuestro artículo 178 CPC dispone su nulidad.



regulan a veces como un recurso y otras como un proceso. Así, en Italia, Francia, España y Portugal se la regula como un recurso; mientras que en Alemania, Austria, Brasil y Perú como un medio impugnatorio extraordinario<sup>108</sup>.

### **3.2. *La “revisión de la cosa juzgada” y nuestro Tribunal Constitucional***

Causó polémica, en su momento, la expedición de un auto del Tribunal Constitucional recaído en el EXP. N° 04617-2012-PA/TC (caso PANTEL – SUNAT). En aquel auto el TC se planteaba la posibilidad de anular su propia sentencia, una vez que ésta ya había pasado en calidad de cosa juzgada.

De los siete magistrados del TC, cuatro de ellos votaron por la improcedencia del pedido de nulidad de la sentencia formulado por la SUNAT; dos de ellos porque el mismo sea declarado fundado; y uno de ellos se abstuvo.

Los votos en mayoría argumentaron que no era posible anular una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ya que ello supondría quebrantar la seguridad jurídica, principio consustancial a un Estado Constitucional; y además, porque en el caso concreto no se apreciaba un vicio de gran magnitud y crucial importancia que comprometiera el orden

---

<sup>108</sup> Al menos desde un punto de vista teórico, no se puede considerar al mecanismo que se encuentra encaminado a enervar los efectos de la cosa juzgada como un recurso, pues éste se emplea cuando aún no existe cosa juzgada; vale decir, cuando todavía nos hallamos frente a un proceso abierto.

público<sup>109</sup>. Por su parte, el voto en minoría argumentaba que, ante determinadas circunstancias de irregularidad, la cosa juzgada debía ceder, pues no se la debía entender como un valor constitucional absoluto, sino en armonía con otros principios, como el de Estado de Derecho, tutela jurisdiccional o motivación<sup>110</sup>.

Más allá de la posibilidad que el TC pueda anular sus propias decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, para efectos de nuestra tesis, nos interesa analizar los argumentos de los votos en minoría de los magistrados Marianella Ledesma Narváez y Eloy Espinosa Saldaña, quienes, como parte de la argumentación de su decisión, hacen referencia a la «revisión» de la cosa juzgada.

Pues bien, ambos magistrados hacen referencia a una cosa juzgada “aparente” o “irregular” y desarrollan argumentos idénticos respecto a esta

---

<sup>109</sup> Esta es la posición del magistrado Ramos Núñez, quien en voto singular señala lo siguiente: «Es probable incluso que la resolución que ahora se impugna demuestre parcialidad manifiesta, incoherencias normativas, inapropiada aplicación de la Constitución e inadecuado empleo de las leyes y convenciones, pero no observo un vicio de tal magnitud y de crucial trascendencia que llegue a comprometer el orden público y que justifique su nulidad y la revisión de la cosa juzgada que ostenta» (Fojas 7, EXP N° 04617-2012-PA/TC).

<sup>110</sup> Esta es la posición de la magistrada Marianella Ledesma: «la posición que planteo resulta conforme con el sistema de valores de la Constitución, pues estimo que la cosa juzgada que se debe garantizar desde la Norma Fundamental no puede entenderse de modo absoluto, sino que debe ser interpretada sistemática y armónicamente con otros principios, tales como el Estado de Derecho, la tutela jurisdiccional efectiva, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, entre otros, puesto que solo lo resuelto en una sentencia compatible con tales principios puede ser considerado como cosa juzgada legítima. Esta interpretación refleja precisamente el derecho dúctil que caracteriza a los Estados Constitucionales» (Fojas 11, EXP N° 04617-2012-PA/TC).

«clase» de cosa juzgada. Así, la magistrada Marianella Ledesma, en su fundamento 30, señala lo siguiente:

**«Una errónea interpretación aislada de los incisos 2) y 13) del artículo 139° de la Constitución nos haría identificar el siguiente significado: el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, sea cual sea el contenido que el respectivo órgano jurisdiccional haya establecido en aquella, así carezca de razones jurídicas y fácticas.** Es claro que tal significado no resultaría conforme al resto de principios y valores de la Constitución, pues, apoyándonos en el aludido principio de unidad de la Constitución, así como en el de concordancia práctica, debemos interpretar dichos incisos 2) y 13) del artículo 139°, en conjunto, con otros principios de la Constitución: dignidad humana (artículo 1°), tutela jurisdiccional "efectiva" (artículo 139°, inciso 3), las garantías específicas que integran el debido proceso (artículo 139°), así como el de interdicción de la arbitrariedad (que se desprende de la fórmula de Estado de derecho, artículos 3° y 43°). De dicha interpretación en conjunto se desprende el siguiente significado: **el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, ni manifiestas arbitrariedades que terminen vulnerando los derechos fundamentales y los principios constitucionales**» (El subrayado y las negritas son nuestros, Fojas 19, EXP N° 04617-2012-PA/TC)

Concluyendo al final que:

«Y es que el otorgamiento de la potestad de administrar justicia a los jueces no les autoriza a materializar como justicia su propia moral subjetiva, aisladamente de lo establecido en el ordenamiento jurídico. Los jueces interpretan la normatividad constitucional, legal o reglamentaria existente; solucionan los conflictos entre normas; o llenan los vacíos normativos teniendo en cuenta el sistema de principios y valores de la Constitución, pero **lo que no pueden hacer los jueces en un Estado Constitucional es ampararse en que su decisión, de todas maneras, será protegida por la garantía de la cosa juzgada y, con base en ello, adoptar cualquier decisión, así esta carezca de la justificación normativa o fáctica correspondiente**» (El subrayado y las negritas son nuestros, Fojas 21, EXP N° 04617-2012-PA/TC)

Ahora bien, los argumentos del magistrado Eloy Espinosa Saldaña son similares a los de la magistrada Marianella Ledesma, por lo que no pasaremos a citarlos.

Es importante precisar, a su vez, que ambos magistrados mencionan a casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el *Caso La Cantuta vs. Perú* y el *Caso Nadege Dorzena y otros vs. República Dominicana*. En ambos, la Corte desarrolla el concepto de la *cosa juzgada aparente*, señalando que ésta se produciría «cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. [Y que] Una sentencia pronunciada en las

circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta"»<sup>111</sup>

Como puede apreciarse, el concepto de *cosa juzgada aparente* proviene de la Corte Interamericana y busca evitar la *consagración* de decisiones injustas que, no obstante haber sido pronunciadas dentro un proceso, han transgredido derechos procesales fundamentales. El argumento de nuestros magistrados en minoría del TC es similar al de la Corte: «*existirá cosa juzgada siempre y cuando la decisión no transgreda otros derechos fundamentales*».

Debo reconocer que la posición de la Corte Interamericana y de nuestros magistrados del TC en minoría es subyugante; sin embargo, condiciona la existencia del derecho fundamental a la cosa juzgada a que no se transgreda otro u otros derechos fundamentales, donde salvo el caso de una notoria transgresión, no se sabría en qué casos estaríamos frente a la existencia —o inexistencia— de la cosa juzgada.

Por ende, no creo que la cosa juzgada deba condicionarse a la transgresión —efectiva o aparente— de algún derecho fundamental, ya que ello podría generar un terrible estado de inseguridad en nuestra sociedad, donde cualquier particular o funcionario público, alegando la inexistencia de la cosa juzgada, se podría negar a acatar decisiones firmes emitidas por los órganos jurisdiccionales (o no jurisdiccionales que tengan la aptitud de pasar en autoridad de cosa juzgada).

---

<sup>111</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La Cantuta vs. Perú*, párrafo 153.



Lo que más bien debería existir es un instrumento —como ha existido en todo tiempo— efectivo que haga posible borrar la decisión irregular, transgresora de derechos fundamentales. La *cosa juzgada aparente* podría conducirnos a injusticias mayores de las que ella misma pretende evitar.

#### **4. Modelos de “revisión de la cosa juzgada”**

Lo que hemos dado por denominar modelos de “revisión de la cosa juzgada” se halla estrechamente relacionado con el debate sobre su naturaleza: ¿recurso o medio impugnatorio extraordinario? De ambas nos ocuparemos a continuación.

##### **4.1. El modelo recursal**

90

En este caso la vía para enervar la cosa juzgada se halla en un “recurso”. Este sin embargo, a diferencia de los otros, goza de ciertas particularidades que la distinguen. Así, la principal es que es empleada contra decisiones firmes, pasadas en cosa juzgada; cosa que no ocurre con cualquier otro recurso que conozcamos<sup>112</sup>.

Pues bien, un punto más a tener en consideración es el de la competencia, ya que no es visto por cualquier juzgador, sino por un Tribunal de vértice; que para el caso Español, por ejemplo, es el Tribunal Supremo.

---

<sup>112</sup> Como la apelación, la reposición o incluso la propia casación, que se emplean mientras la resolución judicial que se pretende cuestionar no se encuentra todavía firme. De igual manera ocurre también con el recurso de anulación de laudo, el cual se emplea antes de que el laudo quede firme.

#### 4.2. *El modelo de la “acción” autónoma*

Distinguía (o más bien clasificaba) Liebman a las impugnaciones en ordinarias y extraordinarias. Explicando a una y otra de la siguiente manera:

«Son ordinarias aquellas que, mientras son proponibles o están pendientes, impiden, a tenor del art. 324, la formación de la cosa juzgada y dan lugar por eso, cuando son propuestas, a una prolongación del mismo proceso, del cual abren una nueva fase; tales son la regulación de competencia, la apelación, el recurso de casación y la revocación ordinaria.

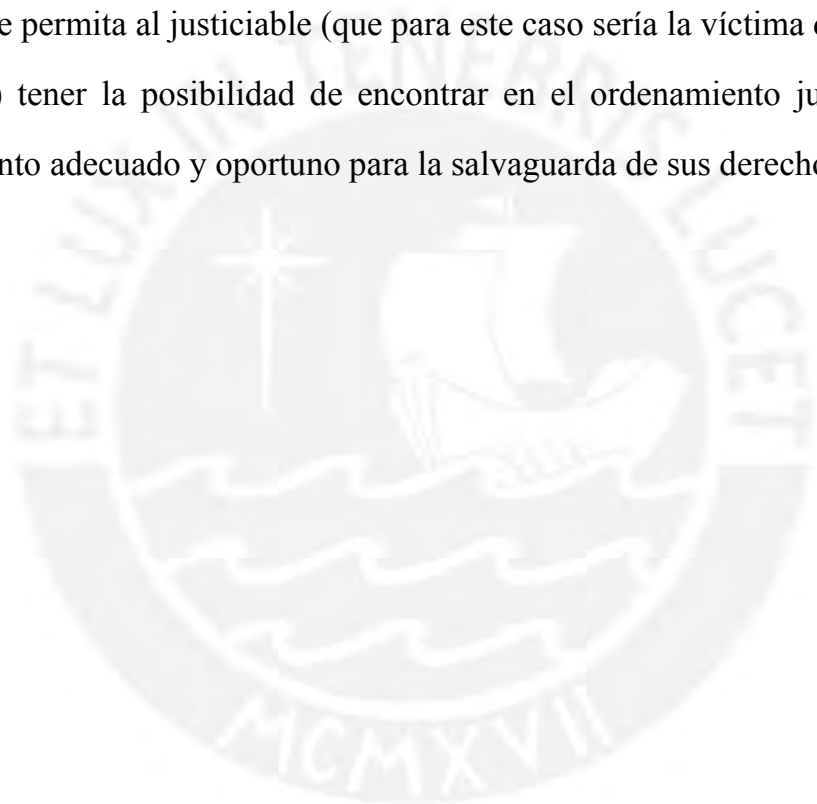
Son en cambio, extraordinarias las impugnaciones que no impiden la formación de la cosa juzgada: la revocación extraordinaria y la oposición de tercero. Las impugnaciones que entran en esta categoría, además de ser de empleo poco frecuente, se dirigen contra un acto jurisdiccional que la ley considera como normalmente no sujeto ya a control o nuevo examen. Su proposición da vida a un nuevo proceso, distinto de aquel en que se pronunció la sentencia que se impugna, pero vinculado al mismo con modalidades y efectos diversos por la revocación extraordinaria y por la oposición de tercero» (1980: 459)

Por ende, si lo que se quiere es “cuestionar la cosa juzgada” (según la posición de Liebman, que ciertamente compartimos nosotros también), nos encontramos ya no ante una impugnación ordinaria, sino ante una impugnación extraordinaria, la misma que va a dar vida a un nuevo proceso.

Este es, pues, el modelo que ha recogido nuestro Código Procesal Civil en su artículo 178, y del que oportunamente nos ocuparemos.

### 5. *Conclusión preliminar*

Creo que más allá de considerar a la “revisión de la cosa juzgada” como un recurso o un medio impugnatorio extraordinario, lo realmente importante está en que el mecanismo que diseñe el legislador sea efectivo; es decir, que permita al justiciable (que para este caso sería la víctima del fraude procesal) tener la posibilidad de encontrar en el ordenamiento jurídico un instrumento adecuado y oportuno para la salvaguarda de sus derechos.



## CAPITULO IV

### NUESTRA DENOMINADA NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTE Y LAS OTRAS VÍAS DE “ATAQUE” CONTRA LA COSA JUZGADA

**SUMARIO:** 1. Premisa: nuestro artículo 178 CPC —1.1. La configuración del fraude procesal como “único” supuesto de procedencia para «revisar» sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en nuestro ordenamiento —1.2. El fraude procesal como *thema probandum* en el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» —2. La inadecuada técnica legislativa de nuestro artículo 178 CPC —2.1. La incomprensión de nuestro legislador al problema del fraude procesal —2.1.1. La inadvertencia de que el fraude procesal genera vicios de procedimiento y de juicio ocultos —2.2. La oportunidad para la interposición de la demanda —2.3. La concesión de medidas cautelares —2.4. Los efectos de la resolución que declara fundada la demanda —2.5. El tratamiento de los terceros afectados por la «cosa juzgada fraudulenta» —3. La otra vía de “ataque” contra la “cosa juzgada fraudulenta”: el amparo contra resoluciones judiciales —4. *Sigue:* el proceso penal como mecanismo de “ataque” contra la «cosa juzgada fraudulenta»

#### 1. *Premisa: nuestro artículo 178 CPC*

93

La denominada nulidad de cosa juzgada fraudulenta se encuentra regulada en el artículo 178 del Título VI de la Sección Tercera de nuestro Código Procesal Civil de 1992<sup>113</sup>. Dicho artículo ha tenido hasta la fecha una única modificación desde su entrada en vigencia en el año 1993.

Pues bien, el texto original era el siguiente:

«Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.-

Artículo 178.-Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede

---

<sup>113</sup> Sobre la promulgación de nuestro Código y su entrada en vigencia puede verse la presentación que hace la profesora Eugenia Ariano al *Código Procesal Civil. Texto vigente y antecedentes* impresa por la Editorial Palestra (2010: 9-21)

demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso»

94

Y el texto actual, que responde a la modificatoria del Artículo Único de la Ley N° 27101, publicada el 05 de mayo de 1999, se halla regulado del siguiente modo:

«Artículo 178.- Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.-

Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o



colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por éste y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal»

95

Como puede apreciarse, la modificación ha consistido en borrar la palabra “dolo” y la letra “o”<sup>114</sup> (que se hallaba antes de “*afectando el derecho a un debido proceso...*”) ubicadas en el primer párrafo del artículo 178 CPC; agregándole además un párrafo adicional (“*Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal*”) en la última parte del mencionado artículo.

Si lo vemos bien, la modificatoria introducida a nuestro *extraordinarium auxilium* no ha provocado un cambio sustancial (si ella era

---

<sup>114</sup> En realidad esa “o” se movió un poco más atrás: inmediatamente antes de la palabra “colusión”.

su intención). A lo mucho ha aclarado un punto que nunca debió causar duda<sup>115</sup> y agregado que el demandante perdedor deba pagar las costas y costos (doblados) y una multa<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Nos referimos a la vocal “o”, que en su momento hacia posible emplear el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta para el caso de la vulneración del derecho a un debido proceso. A decir del profesor Monroy Gálvez esto se trataba de un error «secretarial», pues la vocal “o” nunca debió estar: «Lo que pasa es que allí hay un error, y es que el Art. 178 del C.P.C. frasea una cosa que está mal: prescribe que se puede usar la acción de nulidad de nulidad de cosa juzgada fraudulenta cuando se ha transgredido el derecho a un debido proceso. Se trata pues de una diferencia entre el *mens legis* y el *mens legislatores*. El *mens legis* no quiso que el artículo aludido diga eso, pero el *mens legislatores* lo dijo; o sea esa hipótesis no estuvo presente en la mente del legislador; sin embargo, al momento de la redacción, como consecuencia de una falla secretarial, el precepto apareció así. Peor, aisladamente a ese problema, la afectación del derecho a un debido proceso por causas distintas al fraude, no se puede tramitar en la vía de cosa juzgada fraudulenta, esa es una barbaridad, eso es un error que, tal vez, se desprende de la simple lectura del Art. 178 del C.P.C., porque en doctrina no es así» (2003: 577)

<sup>116</sup> Ya que hemos hecho referencia a una reforma realizada sobre nuestro artículo 178 CPC, debemos señalar que poco más de tres años antes de ella, Anibal Quiroga León proponía que una futura reforma del artículo 178 CPC excluyera del control del *proceso nulificante* a los procesos sumarísimos que regula nuestro CPC: «Debe procurarse una reforma del artículo 178 del Código Procesal Civil que delimite los alcances materiales de su contenido (p.e., sólo a los procesos “de conocimiento” y a los “abreviados”), dejando fuera de su control los denominados, con mucho candor y poco estilo, “sumarísimos”, lo que excluiría del control del proceso nulificante a cualquier otro proceso judicial tramitado bajo otras normas legales y que respondan a otra racionalidad normativa» (1995: 155) ¿Cuál sería el sustento para ello? Los procesos sumarísimos en nuestro país, salvo algunas excepciones, son aptos de generar cosa juzgada, pues la sumariedad que estos encierran no concierne a la cognición del juez sino a la de los plazos para actuar dentro de este proceso; pero es un proceso tan pleno como uno de conocimiento o abreviado. El presupuesto, pues, para emplear el proceso de nulidad de «cosa juzgada fraudulenta» es que exista cosa juzgada; los proceso sumarísimos generan cosa juzgada, por ende, no habría razón para excluirlos en una futura reforma.

**1.1. La configuración del fraude procesal como “único” supuesto de procedencia para «revisar» sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en nuestro ordenamiento**

A diferencia de la mayoría de ordenamientos procesales de nuestra tradición jurídica —en los cuales se establece más de un supuesto para cuestionar la *res iudicata*—, el nuestro solo se ha enfocado en uno: el fraude procesal.

Éste supuesto va a servir no sólo para el proceso civil, sino también para todos los procesos no penales de nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, los procesos laborales, contenciosos administrativos, etc. a los que supletoriamente se les aplique el artículo 178 CPC.

No obstante lo dicho, es importante precisar que el fraude procesal no es el único supuesto —en nuestro ordenamiento— por el que se pueda cuestionar una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada, ya que mediante una demanda de amparo es posible también cuestionar cualquier resolución judicial que ha adquirido dicha calidad; y no precisamente por causa del fraude procesal, sino por la amenaza o vulneración de cualquier derecho fundamental.

Paradójicamente, esta *vía* —la del amparo— es la opción más tomada por los justiciables (*rectius*: sus abogados) que resultan víctimas del fraude procesal. Sin embargo, no nos detendremos a ver el porqué de esta elección en este momento, pues, oportunamente y con más detalle, lo haremos en el cuarto apartado de este capítulo.

1.2. *El fraude procesal como thema probandum en el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta»*

Decía Devis Echandía que el tema de prueba es «el conjunto de hechos materiales o síquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico perseguido y que la ley exige probar por medios autorizados»<sup>117</sup> (1970: 187)

Pues bien, nuestro denominado proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» —como su propio nombre lo indica— tiene como causal de “anulación de la cosa juzgada” al fraude procesal. Eso significa, pues, que el tema de prueba en este proceso va a ser el fraude procesal, ya que si la causal no es probada, el petitorio no podrá ser amparado por el juez.

---

<sup>117</sup> Hay quien en nuestra doctrina considera como «innecesaria» a la categoría del *thema probandum* y prefiere reemplazarla por el de «objeto concreto de prueba». La explicación para ello la realiza de la siguiente manera: «Tal definición (se refiere a la cita que hemos hecho de Devis Echandía) hace innecesario —en nuestra opinión— acudir al concepto de “tema o necesidad de prueba”, pues, la noción de objeto concreto de prueba que hemos formulado en el numeral anterior la engloba o comprende. No obstante, con la finalidad de dar alguna utilidad a dicha categoría, nos parece mejor calificar como “tema o necesidad de prueba” a aquellos hechos que, integrando el objeto concreto de prueba, no son irrelevantes, imposibles ni están exentos de prueba, es decir, aquellos que siendo susceptibles de actividad probatoria necesitan ser verificados o probados si se quiere amparar la pretensión o defensa que se encuentra configurada por los hechos objeto concreto de prueba» (Bustamante: 2001A, 98)

## 2. *La inadecuada técnica legislativa de nuestro artículo 178 CPC*

Decía Cappelletti<sup>118</sup>, que «si el Estado entra y realiza un acto abusivo, me afecta tanto a mí como a sí mismo. Porque me reduce, si no me opongo, a una condición de falta de libertad, y por tanto de carencia de humanidad, y se transforma en negación del Derecho y del Estado» (2010: 215).

Si bien Cappelletti hacía referencia a un acto «abusivo» del Estado, creo que la «negación del Derecho y del Estado» ocurre también cuando el Estado se aparta del fin para el que fue creado: la protección de la persona humana. En el caso de la protección de los derechos de las personas a través del proceso, esa protección recae —en primera instancia— en el Estado-legislador, el cual debe proveer un procedimiento adecuado para la tutela de los derechos.

Pues bien, la técnica legislativa de nuestro artículo 178 CPC —pese al alarde que ha recibido de Jorge Peyrano<sup>119</sup>—, no es para nada el más

---

<sup>118</sup> Sobre la obra de Cappelletti puede verse el trabajo de Nicolò Trocker, *Proceso y Constitución en la obra del procesalista civil Mauro Cappelletti (Elementos de una moderna «teoría» del proceso)* (2015: 425-461)

<sup>119</sup> Alarde que ciertamente realiza para todo nuestro Código y no particularmente para el artículo 178. Así, ha llegado a decir que nuestro CPC «es un verdadero alarde de técnica procesal, susceptible de enorgullecer a cualquier país moderno» (1999: 5) y que «posee tantas excelencias que sólo espíritus cavilosos o mezquinos podrían detenerse en sus lunares para desmerecer una construcción jurídica amasada con ciencia, realismo y, sospecho, algo de audacia para alterar la inercia característica de los ámbitos forenses» (1999: 16). Ciertamente, el artículo 178 CPC no se encuentra dentro de las «tantas excelencias» de nuestro Código, sino —más bien— en la de sus «lunares».



adecuado para brindar tutela judicial a las víctimas del fraude; muy por el contrario, posee una serie limitaciones, tanto en el acceso como a la efectividad de la tutela respectan.

**2.1. *La incomprensión de nuestro legislador al problema del fraude procesal***

**2.1.1. *La inadvertencia de que el fraude procesal genera vicios de procedimiento y de juicio ocultos***

El fraude procesal, como hemos visto ya, no genera vicios “visibles” al interior del proceso; por el contrario, genera vicios que permanecen ocultos, de los que sólo saben los “autores” del fraude.

En ese sentido, si lo que se quiere es proveer de un instrumento efectivo contra el mismo, los plazos que se establezcan para “atacarla” no pueden partir desde un *momento fijo*, sino (cuando menos) desde que las víctimas del fraude han tomado conocimiento del mismo.

Lamentablemente nuestro artículo 178 CPC ha tomado la irracional decisión de hacer correr el plazo para la interposición de la demanda de nulidad de «cosa juzgada fraudulenta» desde un *momento fijo*, sin importar si la víctima del fraude ha tomado o no conocimiento efectivo del mismo. Como hemos visto al citar el art. 178 CPC, el plazo empieza a correr desde que la sentencia ha adquirido la calidad de cosa juzgada o desde que ella se ha ejecutado (en caso sea “ejecutable”); hecho que no resulta nada sensato cuando quien resulta víctima del fraude procesal ignora de su existencia.

El fraude procesal —repetimos— no es un vicio que se desprenda del expediente judicial, como sí ocurre cuando los errores *in procedendo* o *in iudicando* se deben, precisamente, al error. El fraude procesal genera vicios ocultos, cuya eficacia depende precisamente de esa circunstancia. No se le puede tratar entonces como a los vicios del proceso generados por el error, ya que este carácter particular del fraude procesal (como el de cualquier fraude, por cierto) condiciona el cómo se le debe enfrentar: señalando los plazos para cuestionarla desde que se ha tomado conocimiento. Que nuestro legislador no haya advertido ello, más que hacer patente un problema técnico, nos revela una falta de sentido común.

Pero esta incompreensión del fraude procesal por parte de nuestro legislador no es que quede nada más en un mero «problema técnico» o de sentido común, sino que ha conducido, las más de las veces, a que las víctimas del fraude procesal vean afectado su derecho a la tutela jurisdiccional: concretamente, su derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, al haberse ligado el fraude procesal al instituto de la nulidad procesal en nuestro CPC, se puede llegar a la errónea conclusión de que ella sólo genera vicios de procedimiento; es decir, vicios referidos a la inobservancia de las normas previstas en las normas procesales<sup>120</sup>. Sin embargo, ello no es así, pues podría ocurrir también que se generen vicios de

---

<sup>120</sup> Se traten éstas de normas procesales referidas a las formas de los actos procesales o de los presupuestos procesales.

juicio. Y en ese escenario no habría razón para aplicar el instituto de la nulidad procesal (en caso el fraude sea advertido en el iter del proceso).

## 2.2. *La oportunidad para la interposición de la demanda*

La profesora Eugenia Ariano refiere que «el aspecto más criticable de la regulación del art. 178 CPC, que es la madre de todas las dudas sobre nuestro instituto, es el relativo a la oportunidad para el planteamiento de la impugnación» (2016: 146), ya que del modo en cómo se encuentra regulado el artículo en cuestión se tienen dos *momentos* para la interposición de la demanda de “nulidad de cosa juzgada fraudulenta”: uno en caso la sentencia sea “ejecutable” y otro en caso ella no sea pasible de “ejecución”. En otras palabras, si las sentencias son meramente declarativas o constitutivas, el plazo para la interposición de la demanda comenzará a correr desde (*dies a quo*) que la sentencia adquirió la calidad de cosa juzgada; mientras que si la sentencia es de condena el recurrente podrá interponerla desde que se ha “ejecutado”.

102

En este último supuesto, se han presentado los mayores problemas, ya que cuando se ha interpuesto la demanda antes de que la sentencia de condena se ejecute, algunos juzgadores han considerado prematura esa interposición, mientras que en otras ocasiones se ha dado “luz verde” a las mismas. De ejemplo de las primeras tenemos la Casación N° 1486-98/ Lima y la Casación N° 3346-99/Callao; y de las segundas, la Casación N° 3217-98/ Lima.

No obstante, las sentencias meramente declarativas o constitutivas tampoco es que se hayan librado de problemas, ya que en ocasiones no se ha sabido cuándo adquieren la autoridad de cosa juzgada<sup>121</sup>, generándose dudas respecto al momento desde el cual computar el plazo para la interposición de la demanda.

Sin embargo, «el problema de fondo no está en si se puede demandar desde que la sentencia quedó firme o desde que se ejecutó, pues cuando se establece como único supuesto para “anular” una sentencia (o acto equiparado) firme el que ésta sea el resultado de una conducta fraudulenta, no es posible hacer correr el plazo para impugnarla (tal cual como si se tratara de un recurso ordinario), desde un momento fijo, sino que, de querer establecer un plazo, éste inevitablemente debería correr desde que se toma efectivo conocimiento de tal conducta que, por lo general, como ya se dijo, permanece oculta, vale decir, que no se desprende de la sentencia misma como sí lo puede ser, por ejemplo, un vicio de extra o ultrapetición, una omisión de pronunciamiento o un cualquier error *in iudicando*» (Ariano: 2016, 147).

Pues bien, cuando las cosas son así no sólo es que se esté yendo contra el «sentido común» (de legos y no legos en Derecho), sino que técnicamente hablando se viene vulnerando un derecho fundamental: la tutela

---

<sup>121</sup> Así lo señala la profesora Eugenia Ariano: «Pero, el *dies a quo*, tratándose de sentencias “que no se ejecutan”, no es que esté libre de dudas, porque no se sabe bien cuando la sentencia “adquiere la calidad de cosa juzgada”, en particular cuando media un recurso de queja, luego desestimado» (2016: 147).

jurisdiccional; particularmente su acceso, que es el que prácticamente condiciona todo el ejercicio de este derecho.

Es importante precisar, además, que el cómputo del plazo para la interposición de la demanda vale tanto para quien fue víctima del fraude en un proceso en el que estuvo, como para quien resulta víctima a consecuencia de un proceso en el que no participó (es decir, un tercero<sup>122</sup>). Como bien dice la profesora Eugenia Ariano, ello no es ya solamente «irracional, sino alucinante» (2016: 148).

### 2.3. *La concesión de medidas cautelares*

En una entrevista realizada por Roger Zavaleta en el año 1997 al profesor Monroy Galvez, respecto a la regulación del artículo 178 CPC, aquél le consultó «*por qué sólo se consideraron medidas cautelares inscribibles*<sup>123</sup> y no otras, como la innovativa que contempla la acción de

---

<sup>122</sup> Sobre el alcance de la cosa juzgada a los terceros, la profesora Arrarte señala lo siguiente: «Clásicamente y atendiendo al derecho fundamental del debido proceso, específicamente a su manifestación de ser oído, se entendía que la sentencia sólo vinculaba a las partes y exclusivamente entre ellas; sin embargo, dada la diversidad de relaciones materiales que se presenta, la tendencia es a extender los alcances de la cosa juzgada a algunas categorías de terceros, siempre que se cumplan con ciertos requisitos mínimos para ello» (2001: 138). Sin embargo, se dice que éste tercero sólo podrá valerse de la cosa juzgada siempre que le sea favorable: «[...] en ciertos casos el tercero puede beneficiarse de la cosa juzgada favorable, pero rechazar la contraria, respecto de la cual puede desconocer el vínculo de la irretractibilidad» (Carpi, 2007: 505). Evidentemente, cuando el fraude ocurre, no es a esta clase de terceros a los que se defrauda.

<sup>123</sup> Una simple mirada al tercer párrafo del artículo 178 CPC lo pone así en evidencia, ya que éste sólo —subrayamos— permite se puedan conceder medidas cautelares inscribibles, como si todo el universo de procesos de nulidad de «cosa juzgada fraudulenta» requirieran nada más de esta “clase” de medidas cautelares.



*amparo*» (de ese tiempo). A ello el autor de nuestro CPC contestó lo siguiente:

«Lo que ocurre es que cuando se propone un instituto absolutamente novedoso, en un sistema jurídico, hay que ser muy cautelosos con él y no siempre haya que optar por su regulación del modo teórico más perfecto que uno crea, sino que hay que mirar el contexto social en donde se va a aplicar. En el caso concreto de la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, cuál fue el temor: el temor era de que, como consecuencia de la medida cautelar innovativa, se hubiera usado de manera indiscriminada y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es una medida excepcional; solamente la debe emplear aquel, no que presuma que le han cometido un fraude procesal, sino que esté en condiciones de pedirla y eso es una cosa rarísima, entre otras cosas porque regularmente el sujeto fraudulento no deja huellas. De modo que, la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es una institución absolutamente marginal, su uso es totalmente excepcional, eso es importantísimo tenerlo en cuenta porque de lo contrario el asunto se [sic] desarrolla mal» (2003: 577-578)

¿Se restringió las medidas cautelares porque nuestro legislador temía un uso indiscriminado de ésta? Ciertamente nuestro «contexto social» no es el más favorable, pues nos encontramos en una aguda crisis de valores, ¿pero eso justifica de por sí que nuestro legislador restrinja la tutela cautelar de esa manera?

Ante esa repuesta del profesor Monroy, Roger Zavaleta le repregunta: «*Si como usted ha dicho, al establecer la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se tuvo en cuenta la posibilidad que sea usada de manera indiscriminada, ¿por qué no se consideró lo mismo respecto a la acción de amparo y se la reguló como una vía residual de la primera?*» El autor de nuestro CPC contesta:

«Usted hace un cotejo entre la demanda de amparo y la de nulidad de cosa juzgada fraudulenta que, ahora resulta sumamente interesante, porque de algún modo parece que se estuvieran repitiendo, que son vías paralelas. Pero no hay que olvidar que, cuando se elaboró el C.P.C, el mandato era no afectar en absoluto ninguna norma sobre procesos constitucionales, entonces, nosotros estábamos expresamente vedados de tocar ese tema. Esto podría parecer una falta de consideración, sino se observa nuestra imposibilidad de modificar las normas sobre amparo. No obstante lo anterior, yo creo que cada una tiene una ruta y espectro distintos. **Como ya lo he explicado: todo lo atinente a la violación del derecho a un debido proceso por causas diferentes al fraude es materia para incoar el amparo; pero, si dicha transgresión se debe a un fraude procesal lo es para interponer una nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Yo las miro de esa manera; sin embargo, vamos a suponer que no fuese así, qué tiene de pernicioso que haya más de una defensa procesal para un derecho: nada, es bueno, por qué va a ser malo; será una opción que dentro del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva posee un justiciable. No es malo, no es negativo, llevando al extremo al argumento, no pasa**

**nada**. Pero insisto, estas dos acciones no se interceptan, no son vías paralelas, y eso por razones prácticas, me lo explico: la finalidad del amparo es dejar sin efecto el acto u omisión que produce el agravio constitucional, pero es un proceso sumarísimo. Como podría en un proceso como este que casi no acepta medios probatorios discutirse el fraude procesal, cómo discutir esa entrega del sobre con el dinero para el soborno, si ocurrió o no, quien lo observó, testigos, eso no existiría. La mejor prueba de que el fraude procesal no está dentro del espectro del amparo es que requiere tanto material probatorio que es imposible actuarlo dentro del amparo. Por razones prácticas, sería imposible acreditar en un sistema probatorio casi inexistente, como es el amparo, que ha habido fraude procesal»<sup>124</sup> (2003: 578-579)

Sé que la cita ha sido un poco extensa, pero creo que nos sirve para tratar de «comprender» la decisión de nuestro legislador. Creo que el profesor Monroy no llega a responder el fondo de la pregunta, que es el por qué en el amparo no se limita la tutela cautelar y en el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta sí. ¿O sea el hecho de que estemos ante el fraude hace ya de por sí que se limite a las cautelares? El uso indiscriminado de un instrumento no parece ser razón suficiente para limitar a un instituto jurídico (que además es un derecho fundamental). Recuérdese que los justiciables no se dan a sí mismos cautelares, se las otorga un juez, y siempre que se cumpla con el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la adecuación de la medida. Si ello no es satisfecho, la medida cautelar no es concedida. La entrevista al

---

<sup>124</sup> Las negritas y el subrayado son nuestros.

profesor Monroy se realizó cuando todavía no teníamos a nuestro Código Procesal Constitucional; sin embargo, el tema de las cautelares en nada ha variado, porque en el amparo sigue sin haber limitación alguna; solo que — como ha dicho el profesor Monroy— el amparo no es la vía más idónea para probar el fraude, pero sí para obtener una cautelar cuando el *periculum in mora* lo amerita.

Pues bien, hace ya buen tiempo, Martín Hurtado Reyes reflexionaba sobre la limitación de la tutela cautelar en nuestro *extraordinarium auxilium*, y mostraba su pesar (y malestar) de la siguiente manera:

«Resulta inconcebible bajo nuestra óptica que el legislador haya restringido expresamente el uso de las medidas cautelares en los procesos donde se tramita una pretensión impugnatoria, pues ello limitaría la concesión de la tutela cautelar sólo a bienes o derechos registrados, es decir que estén sujetos a un registro jurídico, administrativo o societario o que sean susceptibles de inscripción. [Por] Ejemplo bienes muebles inscritos como vehículos, bienes inmuebles registrados, las naves, aeronaves, acciones de una sociedad anónima derechos de propiedad intelectual o propiedad industrial, etc.

No es aceptable pues que en el proceso donde se tramita una pretensión de esta naturaleza por la cual se busca la rescisión de una sentencia o resolución interlocutoria afectada por fraude el justiciable no tenga posibilidad de hacer uso de la variedad de medidas cautelares que prevé nuestro Código Adjetivo. Así el límite de la tutela cautelar en estos procesos son las medidas cautelares inscribibles, lo que implica

que sólo se puede hacer uso de esta tutela cuando en el objeto del proceso que se impugna esté vinculado a un bien o derecho inscrito, caso contrario sería de plano improcedente su expedición»

Ahora bien, no creo que quepa duda en la actualidad que las medidas cautelares juegan un rol decisivo para la obtención de la tutela jurisdiccional<sup>125</sup>; sería impensable —hoy en día— que un proceso no cuente con medidas cautelares, ya que sencillamente ese proceso no sería efectivo<sup>126</sup>.

Como bien se ha dicho, el principal enemigo del proceso es el tiempo. Y es contra ese tiempo que las medidas cautelares tratan de luchar<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> A inicios del Siglo XX todavía se discutía el encuadramiento teórico de las medidas cautelares, así como de su rol. Sobre ese panorama puede revisarse el trabajo de Proto Pisani: *Chiovenda y la tutela cautelar* (2003: 407- 423)

<sup>126</sup> Al respecto García de Enterría señala lo siguiente: «Nuestro tiempo ha resultado ser especialmente sensible a la necesidad de que los Tribunales puedan disponer de un haz de medidas cautelares suficientes para evitar la frustración de sus decisiones de fondo, que sin esas medidas se produciría fatalmente en circunstancias. Esa sensibilidad se ha expresado en recientes y solemnes sentencias de los más significados Tribunales Constitucionales europeos, que han sostenido unánimemente que la exclusión —o aun la limitación— de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa» (1992: 277-278). Por su parte, Chamorro Bernal refiere: «El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque ese derecho *ha de poder asegurar* el cumplimiento futuro de la Sentencia a dictar y es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela. O en palabras del TS en la resolución que más adelante reseñamos, la tutela judicial efectiva implica una previa tutela cautelar» (1994: 286).

<sup>127</sup> Al respecto, Giuseppe Tarzia señala que: «La lentitud intolerable del juicio ordinario de cognición constituye un impulso, difícilmente controlable, para la proliferación de resoluciones anticipatorias, principalmente en función de cautela del sujeto que probablemente tiene razón. El impulso es, obviamente, tanto más fuerte cuanto más



El tiempo que toma el proceso para que se decida una controversia puede tornar en ilusorio el derecho de quien acude al órgano jurisdiccional; a veces porque el derecho que está en juego no puede esperar los “tiempos” del proceso y en otros porque «existe temor de que durante el transcurso del mismo desaparezcan los medios aptos para hacer que la sentencia sea eficaz»<sup>128</sup> (Cfr, Priori: 2006, 50).

En ese sentido, resulta imprescindible que el ordenamiento jurídico procesal de cualquier país que se autoproclame Constitucional contemple y

---

sea advertida la relevancia social del litigio, a cuya composición provisoria el juez acaba, de ese modo, por proveer» (2003: 293)

<sup>128</sup> Sobre ambas tipos de *periculum in mora* decía Calamandrei: «La diferencia entre estos dos tipos de peligro [peligro de tardanza de la providencia principal y peligro de infructuosidad] a los que corresponden, como hemos indicado, diversos tipos de providencias cautelares, resulta evidente de un ejemplo práctico. 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, teme 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, 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 sostenimiento), teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, 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, necesitando, en cuanto el derecho positivo las prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada. En el primer caso el acreedor está dispuesto a esperar, pero quiere estar seguro de que su espera no será vana; en el segundo caso, aun teniendo la seguridad de poder encontrar en el patrimonio del deudor, después de un cierto período de espera, los medios para satisfacerse, quiere, sobre todo, escapar a los daños que se le derivarían de tal espera, al final de la cual la providencia principal, aun siendo objetivamente eficaz, llegaría demasiado tarde para poderle ayudar» (1945: 72-73)

regule<sup>129</sup> medidas cautelares en su seno, pero sobre todo que una vez contempladas y reguladas no haga “imposible” o “casi imposible” su acceso y concesión.

Lamentablemente éste es el caso de quienes son *víctimas* del fraude procesal en nuestro país, pues no solo encuentran una limitación en el acceso al órgano jurisdiccional —como ya hemos visto—, sino también en la efectividad de la tutela que el Estado les ha *prometido*.

Salvo el supuesto en que los justiciables que son víctimas del fraude procesal encuentran en la *medida cautelar inscribible* un instrumento efectivo para la defensa de sus derechos, todas las demás situaciones en que ello no ocurra quedan en completo desamparo. Ello hace, pues, que para todos esos supuestos nuestro artículo 178 CPC (cuando menos en su tercer

---

<sup>129</sup> Esa regulación implica, además, asumir algún sistema cautelar: típico, atípico o mixto. Sobre cada uno de estos sistemas cautelares, la profesora Eugenia Ariano nos explica lo siguiente:

- «1) *Total tipicidad*: el juez solo puede otorgar las medidas cautelares que el legislador (procesal o sustancial) ha previsto.
- 2) *Total atipicidad*: en el que el ordenamiento prevé solo requisitos generales para otorgar tutela cautelar, y es el juez el que tiene que determinar en el caso concreto su ocurrencia concreta, y cuál es la medida cautelar idónea (o si se quiere “adecuada”);
- 3) *Mixto*: en donde el legislador ha previsto cautelas típicas, pero para aquellos supuestos no previstos por el legislador se dota al juez del poder de otorgar las cautelas atípicas que considere adecuadas según las circunstancias concretas del caso» (2012: 8-9)

Como es posible advertir, sólo el sistema cautelar de *total atipicidad* o el sistema cautelar *mixto* sintonizan con un Estado Constitucional. Y de ambos, el que más convendría regular, en mi consideración, es el segundo.

párrafo) sea inconstitucional, pues la limitación realizada por nuestro legislador no es posible de ser salvada a través de la interpretación.

#### **2.4. *Los efectos de la resolución que declara fundada la demanda***

Este es otro tema que genera también controversia entre nosotros y que ha traído las más variadas interpretaciones, ya que el penúltimo párrafo de nuestro artículo 178 CPC señala que “*si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda*”. ¿Cuál es ese estado que corresponde?

Yo creo que nuestro legislador al establecer esa fórmula se puso sólo en el supuesto de que el fraude —por usar la denominación de la profesora Arrarte— se ha producido en el proceso, pues de lo contrario no habría empleado las palabras al “estado que corresponda”, que sería como decir *al momento que corresponda del proceso*. Sin embargo, para el caso en que el fraude —empleamos nuevamente la denominación de la profesora Arrarte— sea por el proceso no tendría por qué reponerse las cosas a un estado que corresponda, pues simplemente se quiere borrar ese proceso, sin volverse a ninguna fase o “estado” del mismo.

112

#### **2.5. *El tratamiento de los terceros afectados por la «cosa juzgada fraudulenta»***

Pese a no ser uno de los objetivos de nuestra tesis el ocuparnos de los terceros afectados por la «cosa juzgada fraudulenta», nos referiremos a éstos muy brevemente.

Nuestro artículo 178 CPC no distingue en el tratamiento de los terceros y los afectados directamente por la «cosa juzgada fraudulenta», de modo que los ha envuelto en el mismo procedimiento, las mismas reglas y los mismos efectos<sup>130</sup>(esto último en caso la demanda sea declarada fundada).

Pues bien, en un Pleno Jurisdiccional Civil llevado a cabo el año 1999 en la ciudad del Cuzco<sup>131</sup>, una de las preguntas que se planteó el Pleno fue la siguiente: ¿cuándo empieza a correr el plazo para que un tercero ajeno al proceso interponga la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta?

El Pleno acordó por consenso que el «*plazo empieza a correr desde que [el tercero] toma conocimiento de la sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada*». ¿Por qué interpretó el Pleno de esta forma a nuestro artículo 178 CPC respecto a los terceros *víctimas* del fraude procesal? ¿Qué aspecto particular los hizo tomar esa decisión? Creo que el hecho de ser precisamente terceros.

Ahora bien, considero que esta interpretación del artículo 178 CPC debe extenderse también a quienes formaron parte del proceso que se impugna. Se trate de un tercero o de alguien que forma parte del proceso, lo más racional es que el plazo empiece a correr desde que se ha tomado conocimiento del fraude. Una interpretación en ese sentido salvaría la

---

<sup>130</sup> De la sentencia que se dicte en el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta».

<sup>131</sup> El tema N° 6 fue el de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

constitucionalidad de nuestro *extraordinarium auxilium* (sólo en lo que al acceso al órgano jurisdiccional respecta) sin necesidad de tener que reformarlo.

Otra de las cosas que nuestro legislador no ha tomado en cuenta es que respecto de los terceros *víctimas* del fraude procesal no se produce cosa juzgada, por cuanto son —precisamente—terceros, con lo que para éstos la posibilidad de impugnar la «cosa juzgada fraudulenta» no debería encontrarse limitada al plazo que le impone nuestro artículo 178 CPC. De ese parecer es también la profesora Eugenia Ariano, quien explica su posición de la siguiente manera:

«Y se vuelve, no digo ya irracional sino alucinante [se refiere al plazo establecido por el artículo 178 CPC] cuando pensamos que ello también vale para cuando quien demanda es un tercero, para el cual ni siquiera hay “autoridad de cosa juzgada”, por lo cual no debería haber plazo preclusivo alguno» (2015: 329)

114

Por último, en lo que concierne a los efectos de la sentencia estimatoria que anula la «cosa juzgada fraudulenta», una parte de nuestra doctrina señala que cuando el artículo 178 CPC establece que «se repondrán las cosas al estado que corresponda» está señalando un retorno al proceso primigenio, hasta el estado anterior en que se cometió el vicio.

Creo que cuando nuestro legislador estableció esa regla no tuvo presente a los terceros de los cuales se ocupaba, y cuando parte de nuestra doctrina interpreta esa parte del artículo 178 CPC tampoco los tiene



presentes, ya que en caso de éstos no hay razón alguna para volver a ningún estado del proceso, sino procederse a anular «todo lo actuado».

### 3. *La otra vía de “ataque” contra la “cosa juzgada fraudulenta”: el amparo contra resoluciones judiciales*

El amparo contra resoluciones judiciales no es algo novedoso entre nosotros. El artículo 295 de nuestra Constitución Política de 1979 ya permitía esa posibilidad. Así, el mencionado artículo establecía que el amparo cautelaba los derechos (a excepción del que protegía el *habeas corpus*: la libertad personal) reconocidos en la Constitución que podrían verse «vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona» (Casassa: 2011, 123), lo que sin duda englobaba a las actuaciones de los jueces; es decir, a sus resoluciones. De esta fácil deducción resultaba perfectamente posible utilizar al amparo para cuestionar resoluciones judiciales.

Ahora bien, se cuenta<sup>132</sup> que con el artículo 6 de la Ley N° 23506, se estableció que el amparo no procedería contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, lo que limitó el ámbito de *acción* del amparo a aquellos supuestos en que el juez expediese una resolución sin que existiera proceso. Posteriormente apareció el artículo 10 de la Ley N° 25938 que dispuso que las *irregularidades* a las que se refería el inciso 2 del artículo 6 de la Ley N° 23506 debían de denunciarse dentro del mismo proceso por medio de los recursos establecidos en la ley. Se cuenta, además,

---

<sup>132</sup> Hemos extraído esta información de la tesis para optar por el grado de magister de Sergio Casassa (2011: 123-126).

que fue a raíz de ésta última ley que la jurisprudencia interpretó que «la regularidad de un proceso estaba referida directamente al debido proceso, por lo que sólo podría prosperar el amparo contra resoluciones judiciales cuando éstas emanaban de un proceso irregular, esto es donde se había vulnerado el debido proceso» (Casassa: 2011, 124).

Es así que llegamos hasta el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200<sup>133</sup> de nuestra actual Constitución de 1993 que estableció que el amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular. Como se puede apreciar, ésta regulación proviene de una *herencia* de las legislaciones anteriores, que circunscritas antes al ámbito legal se elevaron ahora a nivel constitucional.

Ahora bien, el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 de nuestra Carta magna debe ser concordado con el artículo 4 de nuestro Código Procesal Constitucional, el cual establece que:

116

«El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo»

---

<sup>133</sup> Establece el inciso 2 del artículo 200 de nuestra Carta Magna que:

«La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular»

No obstante los límites establecidos en el citado artículo, que limitaban el amparo contra resoluciones judiciales a un manifiesto agravio a la “tutela procesal efectiva”<sup>134</sup> (tanto en lo que respecta a su acceso como al debido proceso), el caso Apolonia Collica<sup>135</sup> terminó abriendo la puerta para que cualquier derecho fundamental pueda ser protegido mediante este *tipo* de amparo.

Pues bien, decíamos anteriormente que el fraude procesal no era la única causal para impugnar una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, justamente porque por medio del amparo es posible alegar la

---

<sup>134</sup> Como si no fuera suficiente la confusión que provocan los términos «tutela jurisdiccional» y «debido proceso» en nuestro ordenamiento, nuestro legislador del Código Procesal Constitucional agregó un término más: «tutela procesal efectiva». Sobre el mismo, explicaba ya mucho antes de su aparición Monroy Palacios: «a pesar de que pueda parecer una afirmación banal, que el concepto “tutela jurisdiccional efectiva”, que englobaría a todos los requerimientos antes descritos, resulta insuficiente para referirse a aquellas situaciones donde se resuelven conflictos de intereses o crisis de certeza fuera del ámbito estrictamente jurisdiccional. Por ejemplo, tanto en sede administrativa como legislativa es conocido que existen muchos procedimientos que, sin desarrollarse ante un juez y sin mantener, en variados supuestos, algunas de las características propias de la función jurisdiccional (como el caso de la imparcialidad, en los estamentos estatales citados), deben ser desarrollados con la debida observancia de las reglas que garantizan el derecho a un debido proceso. Lo mismo sucederá en el ámbito de la conciliación extrajudicial o en el arbitraje los cuales, pese a no constituir procesos judiciales, suponen mecanismos de composición de conflictos donde los principios procesales, en cuanto sean compatibles, deben ser apreciados de manera irrestricta. Por ello mismo, antes que hablar de “tutela *jurisdiccional* efectiva”, consideramos que es necesario referirnos a la “tutela *procesal* efectiva”. Una denominación que supera las notorias limitaciones del primer concepto y que sintoniza perfectamente con una realidad que se vislumbra cada vez más compleja. Imaginemos por un momento que las distintas alternativas que, día a día, se suman como “solución” a los problemas del Sistema de Justicia estuvieran desprovistas de una mínima ponderación de los principios procesales. La situación se tornaría, sin duda, intolerable. Por último, preguntémosnos si ello ocurre o ha empezado a ocurrir en nuestros días» (2002: 105)

<sup>135</sup> STC N° 3315-2004-AA/TC

afectación de cualquier derecho fundamental y no solamente una afectación al debido proceso o a la tutela jurisdiccional como vendría a ser en el caso del fraude procesal. En ese sentido, el amparo contra resoluciones judiciales se convierte también —al menos en “teoría”— en una vía de “ataque” contra el fraude procesal; situación que ya viene presentándose en la práctica debido a la inadecuada técnica legislativa de nuestro artículo 178 CPC.

El amparo se presenta entonces como una alternativa frente al mal diseño de nuestro *extraordinarium auxilium*, que no tiene restricciones en la concesión de medidas cautelares, aunque sí un plazo más corto para su interposición (30 días). Sin embargo, pese a ese aspecto positivo, el amparo tampoco resulta siendo una alternativa adecuada, ya que conforme al artículo 9 de nuestro Código Procesal Constitucional en «*los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa*».

Evidentemente, este es el mayor inconveniente que enfrentaría esta vía, pues la demostración del fraude, por lo general, no se da por medio de *prueba directa*, sino de *prueba indiciaria*, la que no es de actuación inmediata.

4. ***Sigue: el proceso penal como mecanismo de “ataque”  
contra la «cosa juzgada fraudulenta»***

Nuestro Código Penal regula en el Capítulo III del Título XXVIII (que engloba a los llamados “Delitos contra la administración pública”) del Libro Segundo a los denominados “Delitos contra la administración de justicia”. Dentro de estos delitos tenemos al de fraude procesal, regulado en el artículo 416<sup>136</sup>; cuyo tenor es el siguiente:

«El que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria a la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».

Pero además del citado artículo nos interesa también la regulación de los artículos 409 (“falsedad en juicio”) y 412 (“expedición de prueba o informe falso en proceso judicial”). El primero dice a la letra:

«El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años.

---

<sup>136</sup> El dispositivo normativo citado no se limita a sancionar el fraude en sede judicial, sino que amplía su alcance a cualquier funcionario o servidor público, lo que supone también, como es evidente, una sanción del fraude en sede administrativa; es decir, de lo que bien podríamos llamar *fraude administrativo*. Al respecto dice Remo Pannain, para el caso italiano, que: «Se trata del hecho de cambiar artificiosamente el estado de los lugares o de las cosas o de las personas, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, en el curso de un procedimiento penal o anterior al mismo, con el fin de engañar al juez en un acto de inspección o de experimento judicial, o al perito en la ejecución de una pericia» (2006: 660).



Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.

El Juez puede atenuar la pena hasta límites inferiores al mínimo legal o eximir de sanción, si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio»

Por su parte, el artículo 412 estipula lo siguiente:

«El que, legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años»

120

Si bien el primer artículo citado sanciona de forma general a todo aquel que *“induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria a la ley”*, los dos artículos siguientes lo hacen de modo más específico, concretamente con algunos terceros al proceso: testigos, peritos, traductores, intérpretes o cualquier otro que por alguna razón termine *“participando”* para influir en la decisión del juzgador<sup>137</sup>.

Pero además del Capítulo III del Título XXVIII del Libro Segundo de nuestro Código Penal, encontramos un delito que también busca reprimir una conducta fraudulenta: el delito de *“falsificación de documentos”*,

---

<sup>137</sup> Ciertamente, el artículo 412 amplía un poco más esos alcances, ya que no se limita a los peritos, testigos, intérpretes y traductores, sino a cualquiera que *“requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte”*.

regulada en el artículo 427 del Capítulo I del Título XIX (“Delitos contra la fe pública”) del Libro Segundo del mismo cuerpo de leyes. El tenor del mencionado artículo es como sigue:

«El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro trasmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado»

121

---

A diferencia de los delitos anteriormente citados, que buscan reprimir una conducta fraudulenta en el proceso, éste delito no necesariamente va a circunscribirse en esa esfera, ya que la falsificación de un documento no siempre va a realizarse con la finalidad de hacer *incurrir en error* a un juez.

Ahora bien, no es nuestra intención hacer un análisis detallado de los delitos antes citados, sino de analizar a la “vía penal” (que con ocasión de la comisión de estos delitos se apertura) como medio de “ataque” de la “cosa juzgada fraudulenta”. ¿Pero cómo así la “vía penal” serviría para “atacar” la “cosa juzgada fraudulenta”?

Hace ya algún tiempo, comentando la Casación N° 366-2002/Santa, del 06 de agosto del 2002, la profesora Eugenia Ariano señalaba que la Corte Suprema (con el criterio establecido en esa casación) estaría «abriendo una peligrosa puerta: que se considere que el proceso penal puede ser el vehículo para (indirectamente) “enervar” los efectos de cualquier sentencia civil firme» (2003: 579). ¿Qué había pasado?

Un ejecutado, luego de concluido el proceso ejecutivo, denunció penalmente a sus acreedores por los delitos de defraudación y falsificación de documentos, pues habían “adulterado” el monto de una letra de cambio que aquél había firmado en blanco. Sus acreedores fueron condenados penalmente, y el ejecutado decidió iniciar un proceso de indemnización por enriquecimiento sin causa, acumulando al mismo el pago de frutos y una indemnización por daños.

122

En el proceso civil (de enriquecimiento sin causa) el ejecutado se valió de la condena penal de sus acreedores para sustentar el enriquecimiento ilícito de éstos, consiguiendo que ésta pretensión fuera amparada (no así las de pago de frutos y de indemnización por daños). Sin embargo, lo curioso<sup>138</sup> del caso es que previamente había recurrido al proceso de nulidad de “cosa juzgada fraudulenta” pretendiendo anular lo decidido en el ejecutivo, donde no llegó a tener éxito.

---

<sup>138</sup> Resulta curioso también en este caso que el ejecutado no haya ejercido la “contradicción” en el ejecutivo, ni apelado lo decidido en él. Es decir, que no se haya “defendido” pudiéndolo hacer oportunamente.

Pues bien, la *moraleja* que nos dejaría este caso es que si se demuestra en un proceso penal la comisión de un delito y que producto de éste se obtuvo un beneficio económico ilícito, es posible, luego, recurrir a un proceso civil con la finalidad de obtener una “indemnización” por enriquecimiento sin causa, sirviéndose para ello de lo resuelto en el proceso penal. ¿Pero por qué transitar de ese modo, no debería ser acaso ésta una función de nuestro artículo 178 CPC; es decir, la de anular aquellas sentencias firmes que *ex post* se revelan injustas por fraudulentas? Debería serlo, pero lamentablemente no ocurre así. Como reflexiona la profesora Eugenia Ariano:

« Todo ordenamiento (desde antiguo) prevé contra las sentencias civiles firmes, que *ex post* se revelaron injustas, una impugnación extraordinaria, a los efectos de romper esa barrera a la “justicia” que, a veces, representa la cosa juzgada y permitir eliminar (dentro de lo posible) los efectos sustanciales que esa sentencia hubiera producido.

Ese debería ser el papel de ese instituto (tan mal logrado) del art. 178 CPC, que pomposamente hemos llamado “nulidad de cosa juzgada fraudulenta” y que actualmente sirve de poco para borrar una sentencia firme injusta, porque el legislador tuvo el desatino de no establecer causales claras y de establecer que el plazo para impugnar (de seis meses) corre objetivamente desde que la sentencia quedó firme o desde que se ejecutó, y no desde que se verificó la causal» (2003A: 580).

## CAPITULO V

### HACIA LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA DEL FRAUDE PROCESAL

**SUMARIO:** 1. Premisa: la tutela jurisdiccional y la víctima del fraude procesal —2. La necesidad de establecer un procedimiento efectivo contra la cosa juzgada fraudulenta —2.1. La conveniencia de no establecer un plazo para interponer la demanda —2.2. No sofocar las medidas cautelares —2.3. La posibilidad de acumular pretensiones en el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» —2.4. Tratar al fraude procesal no sólo como la causa de vicios de procedimiento —3. Seguridad jurídica versus justicia: ¿seguridad para quién? —3.1. La protección de los terceros de buena fe

#### *1. Premisa: la tutela jurisdiccional y la víctima del fraude procesal*

Dado que los sujetos de derecho se encuentran impedidos de hacer justicia por mano propia<sup>139</sup>, se ven obligados a recurrir a los órganos

124

---

<sup>139</sup> Así, el profesor Priori refiere que «el proceso es un instrumento de protección de las situaciones jurídicas de ventaja, pero un instrumento necesario, pues dentro de un ordenamiento jurídico en el que la autotutela se encuentra prohibida y donde la autocomposición depende de la voluntad de quien precisamente no ha cumplido con la previsión normativa; el proceso es el único medio con el que el sujeto de derechos puede pretender la efectiva protección de la situación jurídica es titular y que se encuentra lesionada o amenazada. Si el proceso logra aquella protección, no sólo se habrá satisfecho el interés que subyace a la situación jurídica de ventaja, sino que, además, se habrán realizado los valores que inspiran a determinado ordenamiento» (2006: 23-24). De similar parecer es también Monroy Palacios, quien refiere que «el afianzamiento de la tutela jurisdiccional (acción civil) a supuesto, paulatinamente, la prohibición de la justicia por mano propia o acción directa. (Donde) (d)icha proscripción genera simultáneamente el compromiso por parte del Estado de realizar la prestación jurisdiccional adecuada para la conducción civilizada de una comunidad (paz social con justicia), a través de respuestas judiciales idóneas tanto en la calidad de su contenido como en la oportunidad en que las mismas deben ser otorgadas (tempestividad)» (2002: 103-104). Advirtiendo más adelante que «en tanto el Estado no sea capaz de otorgar un Servicio de Justicia adecuado a la comunidad, ésta preferirá acudir a la vía de la acción directa para resolver sus conflictos de



jurisdiccionales del Estado en busca de la justicia que ellos mismos no pueden darse<sup>140</sup>. Tienen, por ende, un derecho que exigir al Estado: la tutela jurisdiccional de sus derechos. Y el Estado, por su parte, tiene el deber de proporcionársela.

Ahora bien, el Estado, como vimos, proporciona esa tutela por medio del proceso, el cual debe adecuarse a los múltiples derechos (o situaciones jurídicas de ventaja) que debe proteger. De ahí que las palabras de Chiovenda, como ya lo han dicho muchos otros<sup>141</sup>, mantengan una plena vigencia en la actualidad: «il proceso deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire».

Pero además de instrumento de tutela de los derechos, el proceso sirve también para que el Estado cumpla con su función jurisdiccional, como hemos tenido ocasión de apreciarlo antes; y en ese cometido, juega un rol

---

intereses» (2002: 104). Ahora bien, ¿a qué se debe que el proceso (jurisdiccional) sea un instrumento necesario? A la prohibición de autotutela (salvo contados casos) existente en nuestro sistema jurídico; que tan prohibida la tiene que hasta la considera un delito contra la Administración de Justicia: «Artículo 417.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas».

<sup>140</sup> Así, Proto Pisani refiere que «como el proceso civil se pone, al interno del ordenamiento jurídico, como una contrapartida que el Estado da a los ciudadanos a consecuencia de la imposición de la prohibición de autotutelarse: una constatación tal comporta que esta contrapartida, para ser efectiva, debe traducirse en la predisposición de medios de tutela jurisdiccional (de procedimientos, providencias y medidas coercitivas) adecuados a las necesidades de tutela de cada situación de derecho sustancial» (2014A: 26).

<sup>141</sup> Así, por ejemplo, en Italia Proto Pisani (2014A: 27). Y entre nosotros Eugenia Ariano (2003: 327).

crucial tanto el legislador como el juez, que son los destinatarios de “proveer” la tutela jurisdiccional a los sujetos de derecho. El legislador, en un primer momento, como el encargado de crear el procedimiento y los medios ejecutivos adecuados para la tutela de cada situación jurídica de ventaja; y el juez, en última instancia, cuando el legislador no los haya previsto o los haya previsto defectuosamente.

De todo esto ya nos hemos ocupado anteriormente; cosa que no hemos hecho todavía con el contenido esencial de la tutela jurisdiccional, al que solo hemos aludido indirectamente, sin detenernos a ver de qué está compuesto. De ahí que ahora nos sea necesario averiguar su *núcleo duro*.

Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional no ha dicho expresamente<sup>142</sup> todavía cuál es el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, pero en las ocasiones que ha tenido oportunidad de ocuparse de ella ha referido que este derecho comprendería el acceso<sup>143</sup> a los

---

<sup>142</sup> Hasta donde hemos tenido oportunidad de investigar, no hemos encontrado una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que mencione: “el derecho a la tutela jurisdiccional posee el siguiente contenido esencial...” (o expresión parecida); como sí ocurre con otros derechos fundamentales de los que se ha ocupado.

<sup>143</sup> Sobre el acceso al órgano jurisdiccional, el cual se concretiza en el derecho de acción, puede verse el trabajo del profesor Priori: *Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos* (2014: 146-161).

órganos<sup>144</sup> jurisdiccionales y que lo decidido por éstos sea eficazmente cumplido<sup>145</sup>.

Por nuestra parte, no compartimos, como “difunde” nuestro Tribunal Constitucional, que el núcleo duro del derecho a la tutela jurisdiccional se agote en esos dos aspectos. Por el contrario, consideramos que dicha concepción es sesgada (o si se quiere miope), ya que significa observar a este derecho principalmente desde la óptica del demandante (triunfador).

---

<sup>144</sup> Que Proto Pisani llama primera garantía de la tutela jurisdiccional: «En cuanto a la atipicidad de derecho de acción cual primer instrumento, primera garantía de la efectividad de la tutela jurisdiccional civil [...]» (2014B: 15)

<sup>145</sup> Así, el fundamento 6 de la Sentencia del Exp. N.º 763-2005-PA/TC dice que: «Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, **la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales**, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, **la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido**. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia» (el subrayado y las negritas son nuestros). Por su parte, con fecha anterior, en la Sentencia del Exp. 615-199-AA/TC, el Tribunal Constitucional decía también que «el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, **no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia** en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley (*sic*), **sino también que las resoluciones que los tribunales, puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos**, sin que so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional» (el subrayado y las negritas son nuestros).

Con mejor perspectiva, doctrina autorizada de nuestro país señala que<sup>146</sup> el derecho a la tutela jurisdiccional tendría como contenido esencial a los siguientes derechos: «derecho al acceso<sup>147</sup> a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínimas<sup>148</sup>, derecho a una resolución fundada en derecho<sup>149</sup> y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales»<sup>150</sup> (2003: 289).

---

<sup>146</sup> Esa es la posición del profesor Giovanni Priori en nuestro país, que se asemeja a la de Chamorro Bernal en España (1994).

<sup>147</sup> Acceso que ciertamente se halla condicionado por diversos factores, entre ellos (principalmente) el económico. Como dijera Franco Cipriani, «para litigar en tribunal, hay que tener derechos en cuestionamiento y los medios necesarios para hacerlos valer» (2002: 147)

<sup>148</sup> Al “derecho a un proceso con las garantías mínimas”, Monroy Palacios prefiere llamarle “garantía del derecho de defensa” (2002: 104); posición que comparte también Jordi Nieva (2015), para quien todo el cúmulo de derechos procesales que tenemos puede ser reducido a tres: derecho al juez imparcial, derecho a la defensa y derecho a la cosa juzgada. Siendo el derecho a la defensa ese derecho a un proceso con las *garantías mínimas*.

<sup>149</sup> Sobre este derecho el profesor Priori explica lo siguiente: «Es el derecho que tienen las partes a que al término del proceso el órgano jurisdiccional expida una resolución que ponga fin al proceso y **al conflicto**, solucionando el problema que le ha sido planteado; resolución que debe ser motivada, racional, razonable y justa» (2003: 290). Pues bien, cuando se hace referencia a que el proceso debe poner fin al conflicto, no se está diciendo sino que dicha resolución debe ser pasible de adquirir la autoridad de cosa juzgada, pues de otra manera no sería posible poner fin al conflicto. Ahora bien, en determinadas situaciones el Estado, por medio de sus órganos jurisdiccionales, brinda tutela judicial, pero sin que el conflicto quede del todo resuelto o, mejor dicho, quede resuelto momentáneamente. Es el caso de la tutela sumaria, donde lo decidido no genera cosa juzgada, ya que puede ser revisado en un proceso posterior: el plenario (que sí es apto de adquirir la calidad de cosa juzgada). Esto por cuanto la cognición sumaria puede ser parcial o superficial y no completa: «Si el contradictorio es postergado, la decisión emanada antes de su realización será una decisión necesariamente limitada al conocimiento de los hechos constitutivos alegados por el actor como fundamento del derecho planteado en el juicio: en efecto, desde el momento en el que, del demandado no es puesto en grado de contradecir, no podrán ser



---

normalmente alegados al juicio los hechos modificativos, impeditivos o extintivos del derecho por el cual se demanda. Tal cognición, para usar la terminología chiovendiana, es definida sumaria porque es parcial, en cuanto tiene por objeto sólo una parte de los hechos relevantes, los hechos constitutivos; los otros podrán ser incorporados al proceso, pero sólo en una fase sucesiva a la decisión del juez. Otra desviación del esquema del proceso ordinario es aquella relativa a la modalidad de la realización del contradictorio: en algunos procedimientos, el contradictorio se realiza en vía anticipada respecto a la fase decisoria, pero de acuerdo a modalidades confiadas a la discrecionalidad del juez y no predeterminadas por el legislador. En tal modo, resultan suprimidas las garantías típicas del proceso de cognición plena: los poderes procesales de las partes no derivan de la ley, sino del poder discrecional del juez, terminan por no ser más “poderes”. En esta hipótesis, en la medida que el contradictorio es anticipado, el juez podrá conocer no sólo los hechos alegados por el actor como fundamento de su pretensión, sino también las defensas del demandado: la cognición viene definida como sumaria no porque es parcial, sino porque es superficial, en cuanto la actividad cognoscitiva del juez, a pesar de tener como objeto los hechos que fundan la demanda, y aquéllos que fundan las excepciones no vienen realizadas en las formas y según las modalidades previstas, en función de garantía, por el segundo libro del CPC (Proto Pisani: 2014A, 325-326).

<sup>150</sup> Yo agregaría un derecho más: el derecho a la pluralidad de instancia. No basta, pues, con que la resolución se encuentre fundada en derecho si con ella continua desprotegiéndose la situación jurídica de ventaja reclamada. Se cree que la doble instancia retrasa el proceso porque el demandante va a esperar una instancia más para ver protegido su derecho; es decir, se asume que la primera instancia le va a dar siempre la razón al demandante. Esto no es así siempre. En ocasiones, será el demandante el que haga uso del derecho a la pluralidad de instancia y no el demandado. Resulta saludable, por ende, que un juez (o colegiado) distinto tenga la posibilidad de controlar a la resolución de otro juez. ¿Cuántas veces no ha pasado que un demandante encuentra recién protección a sus derechos en un tribunal de segunda instancia o en un tribunal de casación? Al respecto, Franco Cipriani señala que el «derecho de impugnar, que se querría del todo ajeno al derecho de defensa, parece ser componente esencial y no suprimible del derecho de defensa, apareciendo innegable que, si no existiera la posibilidad de impugnar, las partes estarían a merced del juez y el derecho de defensa se resolvería en una farsa (2003A: 390). Sin embargo, lamentablemente, en la actualidad, respecto al derecho a la pluralidad de instancia y el *derecho a la impugnación* existe un malentendido en nuestro medio (y también en el extranjero). Así, Luis Alfaro refiere que se «observa graves enredos y un desarrollo irregular de la jurisprudencia al momento de relacionarlo [se refiere al *derecho a la impugnación*] con otros derechos fundamentales procesales, especialmente con el de pluralidad de instancia, manifestándose diversos criterios que los equiparan como si fuese el mismo derecho, otros que incluyen al derecho a la impugnación como una de sus manifestaciones implícitas o contenido esencial y otros que dejan vislumbrar su



Creemos que esa es una visión más *panorámica* del derecho a la tutela judicial, que no solo se enfoca en el demandante triunfador y en la efectividad de su sentencia, sino también en el desarrollo del proceso y en los derechos que ambas partes poseen al interior de éste<sup>151</sup>. En otras palabras, esta posición se enfoca también en los derechos que tanto demandante y demandado poseen ante la jurisdicción para la resolución de su controversia, el modo en cómo ellas librarán su “batalla” por ganar el proceso y la manera en que el juez debe poner fin a ese conflicto.

En tal sentido, el solo acceso al órgano jurisdiccional no garantiza de por sí la protección de nuestros derechos, si accediendo a él no podemos probar, por ejemplo, o si la respuesta que el órgano jurisdiccional da respecto a nuestros derechos alegados es caprichosa o sin el menor sustento. O si siendo demandados, no se respeta nuestro derecho a la defensa. De ahí que la preocupación por brindar tutela judicial no pueda pasar solamente por el acceso y la efectividad de lo decidido.

Veamos un poco mejor las cosas: es verdad que quien acude al órgano jurisdiccional se siente “titular” de una situación jurídica de ventaja, pero es verdad también que de esa “titularidad” solo se va a tener certeza una vez dictada la sentencia; antes de ella solo reina un estado de incertidumbre

---

independencia. Empero, se ha verificado que su vinculación no significa necesariamente una sumisión o subordinación a la pluralidad de instancia, sino por el contrario se ha podido comprobar que existen fuertes razones y un desarrollo jurisprudencial que reconoce que se trataría propiamente de un derecho implícito al debido proceso» (2015: 408-409)

<sup>151</sup> El autor de nuestro actual Código Procesal Civil ubica a este derecho en dos ámbitos: antes del proceso y durante el mismo (Monroy: 2009, 454-460). Sin embargo, no menciona cuál sería el contenido esencial de este derecho.

(sobre todo en el juez, que es quien va a decidir quién tiene la razón: si demandante o demandado). Precisamente por ello se celebran procesos, porque el Estado *duda* de que el demandante sea el “titular” de la situación jurídica de ventaja que alega; y, por ende, debe “escuchar” a la otra parte para poder decidir. En ese sentido, el interés en lo que se decida no sólo incumbe al demandante, sino también al demandado, ya que puede ser él, y no el demandante, quien tenga la razón.

Vistas así las cosas, al demandado le importa también que la controversia sea resuelta definitivamente; es decir, que el Estado-juez le dé una sentencia absolutoria. La “parte intermedia” entre el acceso al órgano jurisdiccional y la efectividad de lo decidido le permite entonces a las partes poder demostrar al Estado-juez cuál de los dos posee la razón; y en esa “lucha” el Estado debe garantizarle también ciertos derechos<sup>152</sup>. En suma, la tutela jurisdiccional no es solo un derecho del demandante, sino también del demandado<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> En esta parte se encuentran la mayor cantidad de derechos que el Estado debe garantizarle a los justiciables: prueba, juez natural e imparcial, motivación, defensa, contradictorio, etc.

<sup>153</sup> De esa opinión es también Alex Carocca, quien refiere lo siguiente: «Pareciera que el vocablo más comprensivo de cualquier clase de requerimiento y otorgamiento de amparo o protección a un interés de un sujeto determinado, en lugar del de *defensa*, es el de *tutela*, porque cubre tanto las situaciones en las que es solicitado y otorgado por los órganos jurisdiccionales, como cuando es obtenido mediante la acción física, fuera de toda intervención judicial, caso en que se habla de *autotutela* y, en el primer supuesto, tanto cuando es concedido a la persona que toma la iniciativa recurriendo al tribunal espontáneamente (demandante), como cuando debe hacerlo por haber sido demandado. Por el contrario, la *defensa* en el ámbito de nuestra disciplina, de acuerdo a lo que hemos dicho, sólo puede referirse a la *actividad procesal que desarrolla una persona, primero, como reacción ante una demanda y, luego, ante cualquier actividad procesal de la otra parte que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses en el transcurso de un juicio ya iniciado*».

Ahora bien, en lo que concierne a la víctima del fraude procesal y la tutela jurisdiccional de su «situación jurídica de ventaja», debemos precisar que ella no se halla en una norma material, sino en una procesal<sup>154</sup>: el artículo 178 CPC; lo que no obsta de ninguna manera para que reciba también tutela judicial por parte del Estado, pues todas las situaciones jurídicas de ventaja —sin distinción alguna—, deben recibirla. Es ese el mandato de nuestra Constitución, impuesto al Estado y garantizado a todo justiciable.

---

Es decir, el concepto de *tutela* es más amplio y comprende, parcialmente, al de defensa. Decimos parcialmente, porque este último alcanza especial y específica virtualidad durante el desarrollo mismo del proceso, mientras que el primero, siendo mucho más general, se dirige a la realización material de un interés, pudiendo prevalecerse o no como instrumento, de una previa declaración jurisdiccional» (1998: 17).

<sup>154</sup> Al respecto, dice Monroy Palacios, en nota a pie de página, que la «concepción tradicional parte de la idea de que *el proceso protege situaciones materiales* como si la realidad sobre la que actúa el Derecho pudiera dividirse en dos parcelas claramente definidas. Hoy tal posición resulta seriamente contestada y merece una reformulación profunda. No es el caso desarrollarla, pero si queremos poner en evidencia que semejante postura ha colapsado, podemos apreciar el caso de la “nulidad de cosa juzgada fraudulenta” (revisión civil por fraude procesal) regulada en el art. 178 del CPC. El supuesto de hecho para la iniciación de un proceso de tales características no se encuentra en la inobservancia de un(a) “norma material”, sino en una norma de contenido procesal (la comisión del fraude) y, por tanto, el análisis del fondo del proceso no versa, en ningún momento, sobre categorías, criterios o interpretaciones provenientes del derecho material. Podemos apreciar entonces, gracias al ejemplo citado, que el Derecho Procesal no se limita a la tutela de situaciones previstas por la “norma material” sino, en general, busca tutelar situaciones jurídicas que el ordenamiento en su conjunto y con todos los elementos que participan en él-derecho objetivo, principios, contexto histórico, cultural, etc.-considera idóneas para su protección» (2002: 56). De opinión similar es también Francesco Luiso, para quien «se debe considerar que derecho de acción significa derecho a la tutela jurisdiccional con respecto a cualquier ilícito, incluso procesal» (2010: 142).

Por tanto, el Estado debe resguardar también a la víctima del fraude procesal, como lo hace con cualquier “titular” de una situación jurídica de ventaja material o procesal, brindándole un instrumento efectivo contra el fraude procesal y la «cosa juzgada fraudulenta».

Esto supone, como es evidente, garantizar todos los derechos que conforman el contenido esencial de la tutela jurisdiccional de la víctima del fraude procesal, sin que se limite o restrinja irrazonablemente ninguno de esos derechos que la conforman.

## **2. *La necesidad de establecer un procedimiento efectivo contra la cosa juzgada fraudulenta***

Hemos advertido en el capítulo anterior que nuestro *extraordinarium auxilium* —regulado en el artículo 178 de nuestro CPC— no satisface el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional de las víctimas del fraude procesal, por cuanto éstas no encuentran en el diseño de nuestro legislador un instrumento efectivo que les permita enervar la «cosa juzgada fraudulenta»; sino, por el contrario, un instrumento que les limita el acceso al órgano jurisdiccional y a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Siendo esta la situación actual de las víctimas del fraude procesal en nuestro país, se hace necesario el establecimiento de un procedimiento adecuado y efectivo para su protección. Como bien dice Luiz Guilherme Marinoni, «si el proceso civil es un instrumento para la adecuada tutela de los derechos y si, en esta línea, el procedimiento constituye apenas una técnica para la buena y correcta prestación del servicio jurisdiccional, es

lógico que el procedimiento no pueda distanciarse de los derechos a los que debe proteger y, mucho menos, de las necesidades de la sociedad contemporánea, bajo pena de no poder atender los derechos y así transformarse en una especie de técnica inútil para realizar las finalidades que el Estado tiene la misión de cumplir» (2002: 13).

A continuación pasaremos a señalar los aspectos que —en nuestra consideración— ese procedimiento debería de contar en nuestro ordenamiento jurídico (procesal).

**2.1. *La conveniencia de no establecer un plazo para interponer la demanda de nulidad de «cosa juzgada fraudulenta»***

Hemos referido anteriormente que detrás de la cosa juzgada se halla presente una exigencia política. Sin embargo, hemos dicho también que no sólo podemos concebirla como tal, ya que en la actualidad la cosa juzgada constituye también un derecho fundamental.

134

Pues bien, sin olvidar ninguno de esos dos aspectos de la *res iudicata*, es perfectamente posible proponer, haciendo —eso sí— ciertas precisiones, que en caso de fraude procesal, la sentencia (o acto equiparado a ella) sea “revisada” sin que exista de por medio plazo alguno que la limite.

No sería la primera ocasión en que esto ocurra en nuestro ordenamiento jurídico, ya que de ejemplo tenemos ya a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que aunque pueda parecer una exageración para algunos, no constituye una mera decisión política sino una decisión política que busca impedir que esta clase de delitos queden impunes.



De igual manera —continuando en el ámbito penal—, razones de política criminal aconsejan el endurecimiento de penas ante ciertos delitos. Como ha ocurrido, por ejemplo, con el secuestro o el robo seguido de muerte.

Los casos antes mencionados nos revelan que la regulación de —cuando menos— ciertos institutos jurídicos en un ordenamiento se encuentran marcadas por decisiones políticas. Esto significa, pues, que queda en manos del legislador ver la conveniencia o no de adoptar medidas drásticas ante determinados supuestos.

Para el caso de enervar la «cosa juzgada fraudulenta» —que es nuestro cometido—, la decisión política juega, sin duda, un papel crucial, pues de ella va a depender cuán blando o severo se quiera ser para combatir el fraude procesal en determinado ordenamiento jurídico.

Ahora bien, se sea blando o severo en la regulación de un instituto jurídico, quienes tomen la decisión política de regularlo deben tener en cuenta a los derechos fundamentales de las personas sobre las que va a recaer esa regulación. De lo contrario, sea por exceso o por defecto, pueden terminar vulnerando o limitando los derechos de esas personas.

Pero, ¿qué puede conducir a un legislador, constitucional o infra constitucional, a ser severo o blando en la regulación de un instituto? La respuesta parece encontrarse en el «pulso» que éste deba tomarle a una sociedad.

Así por ejemplo nuestro legislador del Código Procesal Civil de 1992, tomándole el «pulso» a nuestra sociedad, decidió que para combatir la chicana de las partes —y sus abogados— era necesario establecer un Código publicista, con una imagen preponderante del juez frente a las partes, a quienes había que sumir a rígidas preclusiones para evitar que procedieran de mala fe. Con esa receta se pensó que el proceso cumpliría sus fines; lastimosamente, ha acabado trayendo nuevos problemas y más injusticias.

Como dijimos hace poco, las decisiones políticas no deben vulnerar o limitar derechos fundamentales (al menos no irrazonablemente), pues el Estado Constitucional lo prohíbe. En tal sentido, las decisiones políticas —especialmente— deben cuidar por mantener un equilibrio que no lesione los intereses y derechos de las personas sobre las que va a recaer la regulación de un instituto jurídico.

136

Teniendo esto presente, consideramos que no establecer un plazo para enervar la «cosa juzgada fraudulenta» puede ser una decisión política acertada cuando se equilibra bien todos los derechos fundamentales de los sujetos de derecho que pueden verse involucrados. En este caso, de la víctima del fraude procesal, el autor del mismo y los terceros de buena fe que podrían verse afectados con la nulidad de la «cosa juzgada fraudulenta».

Para el caso de la víctima del fraude procesal, el no establecimiento de un plazo para enervar la «cosa juzgada fraudulenta» lo favorece completamente, lo cual significa que no habría ningún tipo de perjuicio en contra de él. En lo que respecta al autor del fraude, tampoco se presentaría

ningún inconveniente, pues es a éste a quien se desea reprimir. Y mientras sólo se “ataque” a éste, no se ocasionará ningún efecto negativo a nuestro sistema jurídico. Finalmente, tratándose de los terceros de buena fe, ellos sí podrían verse afectados, pues en caso se anule la «cosa juzgada fraudulenta», ellos podrían perder el derecho que adquirieron de quien fraudulentamente lo obtuvo.

Como puede apreciarse, si hay que preocuparse de alguien es de los terceros de buena fe. Con la protección de éstos evitaremos crear un caos en nuestro sistema jurídico y la decisión política de no establecer un plazo para enervar la «cosa juzgada fraudulenta» no terminará afectando el interés o los derechos de quienes se hallan involucrados en este caso: la víctima del fraude procesal, el autor del mismo y los terceros.

137

Ahora bien, volviendo al «pulso» que un legislador le toma a una sociedad para regular un instituto jurídico (e incluso a todo un cuerpo de leyes), debemos señalar que la chicana a la que hacía referencia el profesor Monroy Galvez en los años 90's, y que tomó en cuenta para regular nuestro CPC de 1992 desde una concepción publicista, persiste todavía en nuestros días, sin que se la haya podido combatir eficazmente, quizá solo hacerla disminuir, pero a costa de limitar el derecho de las partes. Es que el problema de fondo es más complejo y se halla en la aguda crisis de valores por la que atraviesa nuestra sociedad. Como dijera Carnelutti, «la delincuencia<sup>155</sup> y la litigiosidad, fenómenos indudablemente afines, son verdaderas y propias

---

<sup>155</sup> El fraude procesal se haya incluido en la reflexión de Carnelutti, pues el fraude procesal es también un delito.

enfermedades sociales, cuya causa profunda está en la ausencia de moralidad» (1989:144).

Por ende, el problema del fraude procesal no es propiamente procesal sino esencialmente moral. Si una sociedad se halla sumida en una crisis de moralidad —como es el caso de nuestra sociedad—, no es que el asunto se resuelva solamente promulgando algunas leyes o formulando algunas reformas, sino, ante todo, trabajando en una política de Estado integral para combatirla. No va a depender particularmente, entonces, de los procesalistas hacerle frente al fraude procesal, sino de una decisión política integral del Estado para hacerle frente.

Pues bien, siendo el estado actual de nuestra sociedad el encontrarse en una aguda crisis de moralidad, consideramos que no establecer un plazo para anular la «cosa juzgada fraudulenta» resulta conveniente, ya que ante la pretensión indefinida para enervar la «cosa juzgada fraudulenta» de las víctimas del fraude procesal, los autores del mismo se verán desprotegidos, pues no encontrarán un «respaldo» del ordenamiento jurídico para «salvaguardar» el derecho que ilícitamente han obtenido. Y por otra parte, las víctimas del fraude procesal podrán acceder al órgano jurisdiccional sin sufrir ninguna restricción en el plazo. De lo único que habría que cuidarse es de proteger a los terceros de buena fe, pues de ese modo se evitará crear un caos en nuestro sistema jurídico.

Creo que una decisión política en ese sentido nos permitirá atacar frontalmente a quienes se valen del fraude procesal para «adquirir» derechos

de manera ilícita y, por su parte, brindará a las víctimas del fraude procesal la posibilidad de emplear el proceso —sin temor a que un plazo se los impida— para la defensa de sus derechos.

Hace poco nuestros parlamentarios aprobaron, por unanimidad, una reforma constitucional encaminada a hacer imprescriptibles los delitos de corrupción<sup>156</sup>. Naturalmente esto busca impedir la impunidad en esta clase de delitos y envía, a su vez, un rotundo mensaje a la sociedad: “*si corrompes, no podrás escapar de la justicia*”.

Ahora bien, refiriéndose precisamente a la corrupción en el proceso, decía hace unos años el profesor Enrique Palacios que «una conducta que altere y trastrueque los actos procesales, afectando a estos o al proceso en sí mismo de manera tal que se afecte, altere o perjudique su finalidad, causando un daño, constituirá un acto corrupción» (2007: 106). Si el fraude procesal encaja como un supuesto de corrupción, y esto suscita actualmente preocupación en nuestros legisladores, al punto que han iniciado una reforma constitucional aprobada por unanimidad, no veo razón para que el legislador procesal (civil) no pueda también hacer imprescriptibles esta clase de pretensiones. Mientras nos encontremos en una crisis de valores —

---

<sup>156</sup> La noticia, del 01 de marzo del 2017, puede apreciarse en el diario Gestión, la cual tiene por título el siguiente: “Congreso aprobó por unanimidad la imprescriptibilidad de delitos de corrupción”. En: <http://gestion.pe/politica/congreso-aprobo-unanimidad-imprescriptibilidad-delitos-corrupcion-2183486>. Visto el 26/03/17



enfaticamos nuevamente—, decisiones políticas de esta índole resultan siendo apropiadas<sup>157</sup>.

## 2.2. *No sofocar las medidas cautelares*

Hemos advertido anteriormente que el uso de medidas cautelares en nuestro proceso de nulidad de «cosa juzgada fraudulenta» se encuentra limitado. Así, en este proceso sólo es posible que se concedan medidas cautelares «inscribibles», no pudiendo el justiciable solicitar ningún otro *tipo* de medida cautelar.

Evidentemente esto *sofoca* a todas las medidas cautelares que no sean «inscribibles», pues éstas al no poder ser solicitadas, tampoco podrán ser obtenidas ni ejecutadas; es decir, se las reprime incluso antes de *nacer*.

Creo que debe confiarse más en nuestros jueces<sup>158</sup>. En la ponderación que éstos realicen en el caso concreto. Limitar la tutela cautelar, del modo como se hace, sólo genera que muchas situaciones jurídicas de

---

<sup>157</sup> Siempre que, evidentemente, eso no suponga vulnerar el derecho de todos los involucrados, como ya hemos referido anteriormente.

<sup>158</sup> Reflexionaba Calamandrei en su *Elogio de los jueces* que: «Quién comparece ante un tribunal llevando en su legajo, en lugar de justa y honestas razones, recomendaciones secretas, ocultas peticiones, sospechas sobre la corruptibilidad de los jueces y esperanzas sobre su parcialidad, no debe asombrarse, si, en vez de hallarse en el severo templo de la justicia, cree encontrarse en un alucinante barracón de feria, en el que, de cada pared, un espejo le restituye, multiplicadas y deformadas, sus propias intrigas. Para encontrar la pureza en los tribunales, es preciso penetrar en su recinto con espíritu puro; también en este caso advierte el padre CRISTÓFORO: *omnia munda mundis* [todo es limpio para los limpios]» (2006: 29)

ventaja queden desprotegidas<sup>159</sup>. Es más saludable —dentro de un Estado Constitucional— que los justiciables tengan la posibilidad de solicitar la medida cautelar que más conveniente les resulte a sus intereses y que sea el juez el encargado de evaluar si concede o no esa medida cautelar y el modo cómo ésta deba ejecutarse.

### 2.3. *La posibilidad de acumular pretensiones en el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta»*

El plazo para iniciar el proceso de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» y la posibilidad de obtener cualquier medida cautelar que resulte necesaria en éste no resultan suficientes cuando se hace preciso demandar también a algún tercero de mala fe que ha sido cómplice del autor del fraude procesal<sup>160</sup>. En estos casos la nulidad del proceso fraudulento no resulta suficiente para brindar tutela jurisdiccional a las *víctimas* del fraude procesal, ya que se hace imprescindible anular también al negocio jurídico que este tercero ha celebrado con el que maquinó el fraude.

Cuando así sea, amerita que a la pretensión de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» se acumule una de nulidad de «acto jurídico», pues el actuar fraudulento no ha culminado en el proceso que se denuncia

---

<sup>159</sup> Esto en la medida que la demora del proceso podría ocasionar un daño a quien solicita tutela jurisdiccional. Como bien señala Proto Pisani: «La necesidad de servirse del proceso debido a la prohibición de autotutela privada puede entonces por sí misma, dada la duración en el tiempo del proceso, ser causa, o concausa, de daño para el actor que tiene razón» (2011: 486)

<sup>160</sup> Es bueno precisar que no solamente puede tratarse de un cómplice del autor del fraude procesal, sino de alguien que pese a no haber colaborado con éste tiene pleno conocimiento de su mal proceder, pero que pese a ello decide celebrar un negocio jurídico con él.

fraudulento, sino que se ha extendido fuera de él pero formando parte todo de una misma maquinación.

Pero además de la posibilidad de acumular pretensiones cuando se halle de por medio algún tercero de mala fe, también debería estar abierta dicha posibilidad cuando la *víctima* del fraude procesal pretenda un resarcimiento por los daños que eventualmente se le pudieron haber ocasionado, de modo que la tutela procesal no pase por *borrar* solamente la «cosa juzgada fraudulenta».

Ahora bien, pese a no estar cerrada la posibilidad de acumular pretensiones en nuestro actual art. 178 CPC, una próxima reforma de este artículo debería preocuparse por regularla.

#### **2.4. *Tratar al fraude procesal no sólo como la causa de vicios de procedimiento***

142

Hemos visto anteriormente que el fraude procesal ocasiona vicios procesales; es decir, vicios que no sólo son de procedimiento sino también de juicio. Ésta constatación no nos parece baladí, pues al menos para el caso en que el fraude procesal se descubra en el iter del proceso, la nulidad o la apelación, según corresponda, serán los mecanismos por los que se atacará al vicio generado por la conducta fraudulenta.

Ahora bien, en caso el fraude procesal sea advertido una vez culminado el proceso, sea que el vicio generado sea de procedimiento o de juicio, el efecto será el mismo: la nulidad. En este escenario, pues, no se genera mayor inconveniente.

### 3. *Seguridad jurídica versus justicia: ¿seguridad para quién?*

Se escucha decir a menudo que la “revisión de la cosa juzgada” supondría “atentar” contra la seguridad jurídica<sup>161</sup>. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿contra la seguridad de quién se “atenta” cuando la sentencia (o acto equiparado a ella) pasada en cosa juzgada ha sido obtenida fraudulentamente?

Aunque pueda parecer contradictorio, quienes defienden esa posición no hacen más que privilegiar la “seguridad” de quienes han *obtenido* o *arrebatado* un derecho. Vale decir, de aquellos que maquinaron el fraude procesal.

Cuando se establece un plazo de seis meses —como lo hace nuestro artículo 178 CPC—, con independencia de si el agraviado con el fraude a tomado o no conocimiento del mismo, lo único que se hace es convalidar una conducta fraudulenta. El ordenamiento no debe ponerse en contra de la víctima del fraude procesal; todo lo contrario, debe brindarle un instrumento efectivo, sin limitaciones absurdas o irrazonables.

A quienes se debe “atacar” son a los autores del fraude procesal, no a sus víctimas. Por eso creo que no debe temerse tanto en la regulación de un

---

<sup>161</sup> Así, Ana María Arrarte señala que la «nulidad de cosa juzgada fraudulenta, es en gran medida, —más de lo que normalmente suele ser todo en Derecho—, consecuencia de una antigua pugna entre el mantenimiento a ultranza de los valores certeza y seguridad jurídica —derivados de las sentencias que adquirieron la calidad de cosa juzgada—, y el valor justicia. Esta polémica se presenta cuando una decisión judicial se muestra en apariencia legal, pero que intrínsecamente implica un abuso y desviación de la voluntad declarada de la ley» (1996B:70)

plazo indefinido para la pretensión que busque enervar la «cosa juzgada fraudulenta», siempre que dicha regulación establezca ciertos “candados”. Uno de ellos es indudablemente la protección de los terceros de buena fe. La seguridad jurídica debe protegerlos a ellos, no a los autores del fraude procesal.

### **3.1. *La protección de los terceros de buena fe***

Nuestro ordenamiento jurídico presta especial protección a los terceros que de buena fe «adquieren» algún derecho. Esa especial protección consiste en preferir al tercero frente a quien es el verdadero titular del derecho, impidiendo que éste pueda recuperar el derecho que le ha sido *arrebata*do ilícitamente.

Ahora bien, la buena fe que favorece a este tercero es una buena fe subjetiva, pues se basa en el desconocimiento de la realidad que existe detrás del derecho que se “adquiere”. Vale decir, se ignora que quien ha «transferido» el derecho no es su verdadero titular. Sin embargo, considero que no debe ser suficiente una buena fe subjetiva, de creencia, sino también una buena fe objetiva, que permita verificar que efectivamente se ha actuado de buena fe. Al respecto, Martha Neme refiere lo siguiente:

«En efecto, para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe: es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan; se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la



buena fe; no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente; no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad; no estimar que se ha respetado el equilibrio, sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo lo refleje, en fin, no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe» (2009:58)

En lo que respecta a los terceros de buena fe que «adquieren» derechos de quien los ha obtenido mediante fraude procesal, nuestro artículo 178 CPC viene ya prestándoles protección. Así, su cuarto párrafo refiere lo siguiente:

«Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso»

Pero, no se trata de cualquier tercero de buena fe, sino de uno que ha adquirido a título oneroso, con lo que todo el resto de terceros (de buena fe) quedan en el desamparo. Es decir, sin el derecho que habrían «adquirido».

Es saludable que nuestro ordenamiento proteja a los terceros de buena fe, pues de otra manera no sería posible el tráfico de bienes, ni el desarrollo de nuestra sociedad. Como bien dice Martín Mejorada<sup>162</sup>, «sería un error limitar o eliminar el resguardo a los terceros. Proteger a los adquirentes es indispensable, de lo contrario nadie contrataría. El mercado

---

<sup>162</sup> La apreciación del profesor Martín Mejorada es desde la perspectiva de los derechos reales; sin embargo, no deja de ser válida para todo el Derecho.

inmobiliario y el país quedarían detenidos. Las propias víctimas a las que se quiere defender no podrían disponer de sus bienes, ya que para los terceros todos estarían en sospecha» (2015)

La regulación actual, en lo que a la protección de los terceros de buena fe respecta, debe mantenerse. Eso evitará que se genere un estado de inseguridad en la sociedad, que pondría en zozobra a cualquier futuro adquirente o contratante.

Pues bien, si no establecer un plazo para anular la «cosa juzgada fraudulenta» brinda una protección «especial» a la víctima del fraude procesal, el resguardo de los terceros de buena fe pone un límite a esa protección, pues evita que terceras personas ajenas al fraude procesal se vean perjudicadas. La protección de los terceros de buena fe evita la inseguridad jurídica que pudiera crear nuestra propuesta de no establecerse un plazo para enervar la «cosa juzgada fraudulenta». Así, se lograría dar un “ataque” frontal a los autores del fraude, que es a quienes debemos combatir, y al mismo tiempo se evitaría que terceras personas (que nada tienen que ver con el fraude procesal) resulten perjudicadas.

Ahora bien, sumada a nuestra propuesta de no establecerse un plazo para anular la «cosa juzgada fraudulenta» y del resguardo a los terceros de buena fe, nuestro legislador debería establecer también que ese tercero haya actuado con buena fe objetiva; es decir, tomando la diligencia debida de no estar adquiriendo un derecho que ha sido obtenido fraudulentamente. La mera ignorancia o el creer que se ha actuado de buena fe no deberían ser

suficientes para que el tercero reciba tutela por parte de nuestro ordenamiento. El tercero de buena fe tiene que serlo efectivamente, sólo así se evitará que el autor del fraude «cree» terceros de buena fe y burle nuevamente a nuestro sistema jurídico.



## CONCLUSIONES

Habiendo finalizado nuestra tesis, creemos haber logrado nuestro objetivo: demostrar la deficiente técnica procesal de nuestro legislador en la regulación del artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil.

En tal sentido, pasamos a formular nuestras conclusiones:

PRIMERO: La finalidad del proceso en el Estado Constitucional es la tutela de los derechos. En tal sentido, el Estado no puede dejar en el desamparo ninguna situación jurídica de ventaja, teniendo el deber de brindar también tutela jurisdiccional a la situación jurídica de aquellos que resulten *víctimas* del fraude procesal, aunque dicha tutela pueda ser considerada «excepcional» o «anómala».

SEGUNDO: El fraude procesal no es un vicio más del proceso, sino una conducta humana capaz de generar vicios de actividad o de juicio al interior del mismo. En tal sentido, resulta incorrecto ubicarlo al lado de los errores *in procedendo* e *in iudicando*, como si se tratara de un vicio más en el proceso.

TERCERO: La cosa juzgada no posee un carácter absoluto, sino relativo, como el de cualquier derecho fundamental; por tanto, frente a determinadas situaciones de injusticia, que implican además la transgresión de otro u otros derechos fundamentales, debe caber la posibilidad de enervarla. Una de esas situaciones es —precisamente— la del fraude procesal.

CUARTO: Dado que nuestra denominada «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» carece de una eficiente técnica legislativa, quienes resultan *víctimas* del fraude procesal no reciben una adecuada y efectiva tutela jurisdiccional que les permita enervar los efectos de la «cosa juzgada fraudulenta». En tal sentido, las más de las veces, terminan recurriendo a vías alternativas (igualmente no satisfactorias), como el del proceso de amparo o el del proceso penal.

QUINTO: Dada la crisis de moralidad en que se halla sumida nuestra sociedad peruana y la manifestación del fraude procesal como un acto de corrupción, una decisión política de nuestro legislador que busque no establecer un plazo de impugnación contra la «cosa juzgada fraudulenta» resultaría conveniente para dar un enfrentamiento frontal a situaciones de fraude procesal consumadas. Ello, evidentemente, protegiendo el derecho de terceros de buena fe que hubieran podido «adquirir» algún derecho.

SEXTO: Se hace necesaria una reforma del artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil que permita a los justiciables *víctimas* del fraude procesal contar con un instrumento adecuado y efectivo contra la «cosa juzgada fraudulenta». Para ello, el diseño de ese instrumento no debe limitar irracionalmente el acceso al órgano jurisdiccional, ni limitar la concesión de medidas cautelares que hagan posible su efectividad, pues el acceso y la efectividad, como componentes del derecho a la tutela jurisdiccional que son, no deben ser restringidos irrazonablemente.



## BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel

2015 *El recurso de agravio constitucional: ¿Una vía de acceso discrecional al TC?* En: Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. Coordinador: Giovanni Priori Posada. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

ALEXY, Robert.

2015 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Traducción de Manuel Atienza e Isabel espejo. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores.

ALFARO VALVERDE, Luis Genaro.

2015 *El derecho a la impugnación desde las Altas Cortes de Justicia.* En: Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. Coordinador: Giovanni Priori Posada. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

150

ALFARO VALVERDE, Luis Genaro.

2014 *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil.* España: J.M. Bosch Editor.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.

2011 *El proceso civil en la perspectiva de los derechos fundamentales.* Traducción de Renzo CAVANI. En: Revista Jurídica del Perú, Tomo 119.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.

2010 *El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo.* Traducción de Renzo CAVANI. En: Revista Jurídica del Perú, Tomo 113.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.

2007 *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo).* Traducción de Juan José MONROY PALACIOS. Lima: Palestra Editores.

ARRARTE, Ana María.

2001 *Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano*. En: Revista Jurídica del Perú, N° 25. pp. 137-156.

ARRARTE, Ana María.

1996A *Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta*. En: Ius et Veritas N° 13, Revista de Estudiantes de la PUCP.

ARRARTE, Ana María.

1996B *Cosa juzgada fraudulenta: ¿seguridad jurídica o justicia?* En: Diálogo con la jurisprudencia, Año 2, N° 3.

ARRARTE, Ana María.

1995 *Alcances sobre el tema de la nulidad procesal*. En: Ius et Veritas, Año 6, N° 11, Revista de Estudiantes de la PUCP. pp. 127-135.

ARCE, Elmer

151

2013 *Teoría del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2016 *Resoluciones judiciales. Impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos*. Primera Edición. Lima: Instituto Pacífico.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2015 *Impugnaciones procesales*. Primera Edición. Lima: Instituto Pacífico.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2010 *Código Procesal Civil. Texto vigente y antecedentes*. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2012 *La tutela cautelar y los equívocos mensajes del código procesal Civil*. En: Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la

jurisprudencia 2009-2010 – Diálogo con la Jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 7-26.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2003A *Reflexiones sobre los efectos de la sentencia ex art. 178 CPC*. En: Problemas del Proceso Civil. Lima: Jurista Editores. pp. 291-303.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2003A *Un Código de fin de siglo: El Código Procesal Civil Peruano de 1993*. En: Problemas del Proceso Civil. Lima: Jurista Editores. pp. 5-6

ARIANO DEHO, Eugenia.

2003B *Salvatore Satta visto dall' America Latina*. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno 57, N° 3, Settembre. pp. 767- 776.

ÁVILA, Humberto.

2013 *“Neoconstitucionalismo”: entre la “ciencia del derecho” y el “derecho de la ciencia”*. Traducción de Laura CRIADO SÁNCHEZ. Junio, N° 66. Lima: Gaceta Constitucional.

152

ÁVILA, Humberto.

2011 *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, 1ª ed. São Paulo: Malheiros.

BOVE, Lucio.

1957 *Frode (Diritto romano)*. En: Novissimo Digesto Italiano, Volume Settimo. Diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA. Seconda Edizione. pp. 630-631.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.

2001A *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara Editores.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.

2001B *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores.

CALAMANDREI, Piero.

1965 *Il proceso come giuoco*. In: *Opere Giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti. Vol. I. Morano, pp. 537-562.

CALAMANDREI, Piero.

2006 *Elogio de los jueces*. Lima: Ara Editores.

CALAMANDREI, Piero.

1945 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

CAPPELLETTI, Mauro.

2010 *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*. Traducción de Héctor FIX-ZAMUDIO. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

CAPPELLETTI, Mauro.

1986 *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6, N° 17. Mayo-agosto.

153

CARRATTA, Antonio.

2014 *Dovere di verità e completezza nel processo civile*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno 68, N° 1, Marzo. pp. 47-76

CAROCCA PÉREZ, Alex

1998 *Garantía constitucional de la defensa procesal*. 1° Edición. Barcelona: José María Bosch Editor.

CARNELUTTI, Francesco.

1997 *Contra el proceso fraudulento*. En: *El fraude procesal. Fundamentos doctrinarios para un estudio del Art. 178 del C.P.C*. Lima: Palestra Editores. pp. 13-29.

CARNELUTTI, Francesco.

1989 *Cómo se hace un proceso*. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN. Bogotá: Editorial Temis.

CARNELUTTI, Francesco.

1944 *Sistema de Derecho Procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Uteha.

CARPI, Federico.

2007 *La eficacia "ultra partes" de la sentencia civil*. Traducción de Juan José MONROY PALACIOS. Lima: Editorial Palestra.

CASASSA, Sergio.

2011 *El debido proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero: en busca de un proceso justo*. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho Procesal. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAVANI, Renzo.

2014 *La nulidad en el proceso civil*. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

CAVERO, Hugo

2011 *Ensayos de teoría general del proceso*. Lima: Jurivec.

CIPRIANI, Franco.

2003A *Sentencias no definitivas y derecho de impugnar (A propósito del Art. 827 c.p.c.)*. En: *Batallas por la justicia civil*. Traducción de Eugenia Ariano Deho. Lima: Cultural Cuzco.

CIPRIANI, Franco.

2002 *La defensa del pobre en el proceso civil: la experiencia italiana*. Traducción de Eugenia Ariano Deho. Lima: Palestra Editores.



CIPRIANI, Franco.

2006 *El abogado y la verdad*. En: *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Coordinador Juan MONTERO AROCA. Valencia: Tirant lo Blanch.

COLESANTI, Vittorio.

1975 *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. N° 4. pp. 577-619.

CONTI, Luigi.

1969 *Frode processuale*. En: *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Giuffrè Editore. pp. 159-167.

COUTURE, Eduardo.

1958 *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera Edición. Buenos Aires: Depalma.

COUTURE, Eduardo.

1960 *Voz «Fraude»*. En: *Vocabulario jurídico*. Montevideo.

COUTURE, Eduardo.

1979 *Estudios de derecho procesal civil*. Tercera Edición. Buenos Aires: Depalma.

CHAMORRO BERNAL, Francisco.

1994 *La tutela judicial efectiva: derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Editorial Bosch.

CHIOVENDA, Giuseppe.

1989 *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. México, D.F.: Editorial Cárdenas.

CHIOVENDA, Giuseppe.

1948 *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen I. Segunda Edición. Traducción de E. GÓMEZ ORBANJA. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

CHIOVENDA, Giuseppe.

1949 *Ensayos de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO. Buenos Aires: Bosch.

DAMASKA, Mirjan R.

2000 *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Traducción de Andrea MORALES VIDAL. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

DELLA VALLE, Marcello.

1969 *Processo fraudolento (diritto processuale civile)*. En: Enciclopedia del Diritto, XVIII, Giuffrè Editore. pp. 89-97.

DELGADO SUÁREZ, Christian

2009 *Introducción al estudio del principio de fungibilidad como atenuación de la adecuación recursal*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 14, Año XIII. Lima: Communitas.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

1977A *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Universidad.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

1977B *Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión*. En: El fraude procesal. Lima: Editorial Palestra.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

1985 *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Zavalía.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

1970 *Teoría General de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: V.P. de Zavalía.

FAIREN GUILLÉN, Víctor.

1953 *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch.

FAZZALARI, Elio.

2006 *Instituicoes de Direito Processual*. Tradução da 8va Edição por Elaine Nassif. 1ra Edição. Editora e Distribuidora Bookseller.

FAZZALARI, Elio.

2003 *Il giusto proceso e i «procedimenti speciali» civili*. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno 57, N° 1, Marzo.

FERRAJOLI, Luigi

2001 *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. En: Revista Internacional de Filosofía Política. N° 17. España. pp. 31-46.

GARROTE, Angel

1997 *Fraude procesal*. En: El fraude procesal. Lima: Editorial Palestra.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.

1992 *La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid: Civitas.

157

GIACOBBE, Giovanni

1969 *Frode alla legge*. En: Enciclopedia del diritto, Tomo XVIII, Giuffrè.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto.

2013 *Neoprocesalismo – Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara Editores.

GUASTINI, Riccardo.

2016 *Las fuentes del derecho – Fundamentos teóricos*, trad. César Moreno More y Luis Cárdenas Rodríguez. Lima: Raguel Ediciones.

GUASTINI, Riccardo.

2011 *Disposición vs. Norma*. En: POZZOLO Susanna y ESCUDERO Rafael. Disposición vs. Norma. Lima: Palestra Editores. pp. 133-156.

GRÁNDEZ, Pedro.

2016 *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

GROSSI, Paolo.

2014 *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno 68, N° 1, Marzo, pp. 1-8.

HITTERS, Juan C.

1977 *Revisión de la cosa juzgada: doctrina, jurisprudencia*. La Plata: Librería Editora Platense.

HURTADO REYES, Martín

2009 *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.

HURTADO REYES, Martín

2001 *Acerca de la pretensión impugnatoria contra sentencia afectada por fraude*. En: *Nulidad de cosa juzgada fraudulenta*. Compilador Cesar Castañeda Serrano. Primera Edición. Lima: Instituto de Investigación y Defensa del Derecho de Acceso a la Justicia.

158

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana.

2010 *Comentario al artículo 178 del Código Procesal Civil* En: *Código Procesal Civil Comentado “por los mejores especialistas”*. Tomo I, Arequipa: Editorial Adrus, pp. 751-767.

LANDA ARROYO, César.

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

LEDESMA, Ángela Ester

1998 *La revisión de la cosa juzgada írrita y el fraude procesal*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 02. Lima. pp.469- 482.

LIEBMAN, Enrico Tullio.

1980 *Manual de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago SENTÍS MELENDO. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.

LIEBMAN, Enrico Tullio.

1946 *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Trad. de Santiago SENTÍS MELENDO. Buenos Aires: EDIAR, S.A.

LUISO, Francesco P.

2010 *Invalidez de la sentencia y medios de gravamen*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 15, Año XIV. Lima: Communitas.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio.

1970 *Giurisdizione (diritto romano)*. En: Enciclopedia del Diritto, XIX, Giuffrè Editore, pp. 190-199.

MARINONI, Luiz Guilherme.

2015 *Introducción al Derecho Procesal Civil*. Traducción de Christian DELGADO SUÁREZ. Primera Edición, abril. Lima: Palestra Editores.

MARINONI, Luiz Guilherme.

2008 *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Lima: Editorial Communitas.

MARINONI, Luiz Guilherme.

2002 *La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil*. Revista Proceso & justicia, N° 3, 2002. pp. 9-14.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto.

1998 *Los sujetos del proceso*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 02. Lima.



MEJORADA CHAUCA, Martín.

2015 *La posesión como protección contra el fraude inmobiliario*. En: Diario Gestión. Consulta: 07 de febrero del 2017  
<<http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/06/la-posesion-como-proteccion-contr-el-fraude-inmobiliario.html>>

MITIDIERO, Daniel.

2014 *La tutela de los derechos como fin del proceso civil*, trad. Renzo Cavani. Mitidiero. En: *Por una reforma de la justicia civil*. Lima: Palestra (en prensa).

MITIDIERO, Daniel.

2009 *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*. Traducción de Juan José MONROY PALACIOS. Primera Edición. Lima: Editorial Communitas.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

2015 *¿El TC peruano puede declarar la nulidad de su propia sentencia?* En: *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?: análisis de la sentencia No. 04617- 2012-PA/TC en el caso panamericana televisión*. Coordinador: CASTILLO CORDOVA, Luis. Lima: Palestra Editores.

160

MONROY GÁLVEZ, Juan.

2009 *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra Editores.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

2003 *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Primera Edición. Lima: Comunidad.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

1996 *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

1992 *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil*. En: *Ius et Veritas*, Revista de Estudiantes de la PUCP, Año 3, N° 5.

MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan

2008 *Cosa juzgada y cultura jurídica. A propósito de una polémica decisión del Consejo Nacional de la Magistratura.* En: Revista Peruana de Derecho Procesal, X. Lima: Communitas.

MONROY PALACIOS, Juan José.

1998 *Planteos generales en torno a la revisión civil.* En: Revista Peruana de Derecho Procesal, t.II, marzo, Lima. pp. 109-139.

MONROY PALACIOS, Juan José.

2002 *Bases para la formación de una teoría cautelar.* Primera Edición. Lima: Comunidad.

MONTERO AROCA, Juan

2016 *El Derecho Procesal en la Encrucijada de los Siglos XX y XXI. Tres ensayos: Uno general y dos especiales.* Primera Edición. Lima: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura.

161

MONTERO AROCA, Juan

2006 *Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”.* En: Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Coordinador Juan MONTERO AROCA. Valencia: Tirant lo Blanch.

MORELLO, Augusto

2005 *El nuevo horizonte del Derecho Procesal.* Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía

2009 *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos.* En: Revista de Derecho Privado, Vol. 17.

NIEVA FENOLL, Jordi.

2015 *Conferencia Magistral: Trilogía Estructural de los Derechos Humanos en Materia Procesal. Una necesaria reordenación.* En el siguiente sitio web:

<https://www.youtube.com/watch?v=nnLHAHXzXeY> Consulta:12 de diciembre del 2016.

NIEVA FENOLL, Jordi.

2009 *La revisión frente a la cosa juzgada.* Justicia, Revista de Derecho Procesal. Núm. 1-2. pp. 239- 262.

NIEVA FENOLL, Jordi.

2000 *La cosa juzgada.* Barcelona: Editorial Atelier.

PALACIOS PAREJA, Enrique

2007 *El abuso del derecho en el proceso: una expresión de la corrupción.* Revista Brújula / Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 8, N° 15. pp. 105-111.

162

PANNAIN, Remo.

1957 *Frode Processuale.* En: Novissimo Digesto Italiano, Volume Settimo. Diretto da Antonio AZARA e Ernesto EULA. Seconda Edizione. pp. 659-663.

PEYRANO, Jorge.

1999 *Breve estudio crítico del Código Procesal Civil del Perú.* En: Código Procesal Civil. 5° Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

PEYRANO, Jorge.

1999 *El mismo juez no debe decidir sobre la cosa juzgada fraudulenta (Entrevista a Jorge Peyrano).* En: Nulidad de cosa juzgada fraudulenta (art. 178 del C.P.C). Compilador Cesar Castañeda Serrano. Primera Edición. Lima: Instituto de Investigación y Defensa del Derecho de Acceso a la Justicia.

PICARDI, Nicola.

2009 *La jurisdicción en el alba del Tercer Milenio*. Traducción de Juan José MONROY PALACIOS. Primera Edición. Lima: Editorial Communitas.

PICÓ I JUNOY, Joan

2003 *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2015 *El proceso dúctil*. En: XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2014 *Del derecho de acción a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos*. En: Revista Iu et Veritas, N° 49, diciembre. pp.146- 161.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2013 *El procedimiento preestablecido en la ley: crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado Constitucional*. En: Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Coordinador Giovanni Priori Posada. Lima: Palestra Editores. pp. 585-592.

163

PRIORI POSADA, Giovanni.

2008 *El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal*. Revista Derecho & sociedad, Año 19, N° 30.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2006 *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara Editores.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2005 *La tutela cautelar como derecho fundamental: Fundamentos, contenido y límites*. En: Ius et Veritas, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 30.

PRIORI POSADA, Giovanni.

2003 *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. Revista Ius et veritas, Año 13, N° 26, junio.

PRIORI POSADA, Giovanni.

A *La constitucionalización del derecho procesal*. En: [https://www.academia.edu/11549445/La\\_constitucionalizaci%C3%B3n\\_del\\_derecho\\_procesal](https://www.academia.edu/11549445/La_constitucionalizaci%C3%B3n_del_derecho_procesal). Consulta: 05 de abril de 2016.

PROTO PISANI, Andrea.

2014A *La tutela jurisdiccional*. Primera Edición. Lima: Palestra Editores.

PROTO PISANI, Andrea.

2014B *El principio de efectividad en el proceso civil italiano*. En: Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales. Ponencias del Cuarto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. PRIORI POSADA, Giovanni (Coord.). Lima: Ara Editores.

164

PROTO PISANI, Andrea.

2011 *La tutela cautelar (estructura y funciones)*. En: Proceso y Constitución 2011, Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso y Constitución. PRIORI, Giovanni. (Coord.). Lima: Ara Editores.

PROTO PISANI, Andrea.

2003 *Chiovenda y la tutela cautelar*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° VI, Lima. pp. 407- 423.

QUIROGA LEON, Aníbal.

1995 *La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la acción de amparo constitucional*. En: Derecho-PUC, N° 49, diciembre.

RANGEL DINAMARCO, Cándido

2009 *La instrumentalidad del proceso*. Traducción de Juan José MONROY PALACIOS. Primera Edición. Lima: Editorial Communitas.



SATTA, Salvatore.

2004 *Soliloqui e colloqui di un giurista*. Bibliotheca Sarda, Ilisso.

SATTA, Salvatore.

1970 *Giurisdizione (nozioni generali)*. En: Enciclopedia del Diritto, XIX, Giuffrè Editore, pp. 218-229.

SILVA VALLEJO, José Antonio.

2014 *La ciencia del derecho procesal*. Segunda Edición. Volumen 1 y 2. Lima: Ediciones Legales.

SCHWARZENBERG, Claudio.

1970 *Giurisdizione (diritto intermedio)*. En: Enciclopedia del Diritto, XIX, Giuffrè Editore, pp. 200-217.

TARUFFO, Michele.

2009 *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Editorial Marcil Pons.

165

TARUFFO, Michele.

2008 *La prueba*. Trad. de Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRER BELTRÁN. Madrid: Editorial Marcil Pons.

TARZIA, Giuseppe.

2003 *La tutela cautelar*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° IV. Lima.

TROCKER, Nicolò.

2015 *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del proceso)*. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno 69, N° 2, Giugno, pp. 425-461.

VALCARCE, Arodín.

2000 *Revisión de la cosa juzgada írrita*. En: Derecho PUC / Pontificia Universidad Católica del Perú -- No. 53. pp. 815-824.

ZAGREBELSKY, Gustavo.

2008 *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta.

ZORZOLI, Oscar.

1998 *Cosa juzgada. Mutabilidad*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 02. Lima: Communitas.

