

PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



LA APLICACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA EN EL PROCESO
CIVIL PERUANO: EN LA BÚSQUEDA DE UNA VERDADERA TUTELA
JURISDICCIONAL EFECTIVA

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

ÁLVARO JAVIER BERROSPI VIVAR
(20130119)

Asesor:

GIOVANNI FRANCEZCO PRIORI POSADA

LIMA, 2021

RESUMEN

En la presente tesis se aborda la institución de la actuación de sentencia impugnada regulada en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional Peruano, cuyos presupuestos fueron fijados por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 607-2009-PA/TC. A partir de un análisis de las características propias e implicancias de la institución, se corroborará que una adecuada aplicación de la misma, conlleva a que se otorgue una tutela jurisdiccional oportuna a las situaciones jurídicas y se respete el derecho a la efectividad de las sentencias. La hipótesis de la que parte la presente tesis es que la actual regulación de la institución de la actuación de sentencia impugnada en el Perú es deficiente. Al contrastar la regulación de la institución en nuestro país con la de ordenamientos jurídicos extranjeros, corroboraremos que existen distintas posibilidades de mejora. Así, al ratificar que, después de los presupuestos fijados por el Tribunal Constitucional para la aplicación de la institución en sede constitucional, la institución viene siendo aplicada por distintos jueces constitucionales de Lima; en la presente tesis se propone ampliar el ámbito de aplicación de la institución al proceso civil peruano, estableciendo en cuales procesos civiles resulta beneficiosa su aplicación y en cuales procesos sería un riesgo. Asimismo, se establecerán una serie de lineamientos que los órganos jurisdiccionales deberán tener en cuenta al momento de aplicar la institución objeto de estudio y se propondrán modificaciones normativas que sean acordes y complementen la propuesta de aplicación la institución en el proceso civil peruano. Frente a una población peruana que desconfía cada vez más de su sistema de justicia, resulta necesario implementar cambios y analizar distintos caminos dirigidos a otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva a la población peruana. Sostenemos que esta propuesta es uno de los caminos.



A mis padres, quienes me enseñaron el mundo del Derecho y me demostraron con su ejemplo que, más que ser un buen abogado, debemos apuntar a ser mejores personas.



INDICE

INTRODUCCIÓN	5-10
<u>CAPÍTULO I</u>: Estudio de la institución	11-98
1.1. Definición de la institución como una ficción jurídica	
1.2. Terminología y funciones de la institución	
1.3. El trasfondo de la institución: La protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	
1.4. Aparente colisión con el derecho a la pluralidad de instancias y la aplicación del principio de concordancia práctica	
1.5. Diferencias de la institución con las medidas cautelares	
1.6. Regulación actual de la institución en el ordenamiento jurídico peruano	
1.7. Repaso de la regulación de la institución en los ordenamientos jurídicos de Brasil, Bolivia, Colombia, Chile y España	
1.8. Reflexiones sobre los alcances de la institución en el Perú en contraste con ordenamientos jurídicos extranjeros	
<u>CAPÍTULO II</u>: Aplicación de la institución en la ciudad de Lima en plena crisis del sistema de justicia peruano	99-155
2.1. Contexto en el cual se aplica la institución: El tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho	
2.2. Objetivos en común: La eficacia de las sentencias y mitigar el impacto del tiempo que dura el proceso	
2.3. La necesidad de revalorizar el primer grado judicial	

<p>2.4. Realidad peruana: La crisis del sistema de justicia</p> <p>2.5. Aplicación de la institución en la ciudad de Lima desde la publicación de la sentencia No. 607-2009-PA/TC: Entrevista a los Jueces Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima</p> <p>2.6. Reflexiones sobre la aplicación práctica de la institución en la ciudad Lima</p>	
<p><u>CAPÍTULO III: Propuesta de aplicación de la institución para la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas</u></p>	156-224
<p>3.1. Marco general: Tutela jurisdiccional de situaciones jurídicas y los instrumentos recogidos en el Código Procesal Civil Peruano</p> <p>3.2. Un paso previo: Límites en la aplicación de la institución en la tutela jurisdiccional de situaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales a través de las sentencias de condena</p> <p>3.3. A modo de propuesta: Aplicación de la institución partiendo de las características y de la naturaleza de los mecanismos de tutela jurisdiccional de situaciones jurídicas</p> <p>3.3.1. Mecanismos de tutela de situaciones jurídicas en los cuales sería un riesgo aplicar la institución</p> <p>3.3.2. Mecanismos de tutela de situaciones jurídicas a los cuales debe ampliarse el ámbito de aplicación de la institución</p> <p>3.3.3. Lineamientos generales al momento de aplicar la institución</p>	
<p><u>CONCLUSIONES: La necesidad de mejorar la actual regulación de la institución en el Perú</u></p>	225-231
<p>BIBLIOGRAFÍA</p>	232-250



INTRODUCCIÓN

*

Una de las principales debilidades de nuestro sistema de justicia es la desconfianza generada en la población peruana producto de la extensa duración del trámite del proceso y la poca efectividad de las sentencias judiciales. Ello lo vemos reflejado en diversas encuestas y es muy fácil de corroborar en las calles. Desde hace ya algunos años, las personas tienen interiorizado que acudir al Poder Judicial trae problemas tanto a corto como a largo plazo.

En la última década, instituciones como el arbitraje, la conciliación, entre otros mecanismos de resolución de conflictos; se han ido posicionando como alternativas heterocompositivas más eficientes y adecuadas que el proceso mismo. Hoy vemos una serie de propuestas legislativas dirigidas a otorgar nuevas facultades a la función notarial justificadas en la celeridad que se le daría a determinados procedimientos, los cuales antes eran reservados única y exclusivamente a la función judicial.

Esta tendencia no es una simple coincidencia. Los ciudadanos peruanos están evitando a como dé lugar llegar al Poder Judicial. Si se les plantea una mejor alternativa, entonces la tomarán. Todo lo señalado no hace más que reflejar la necesidad de una urgente reforma en nuestro sistema de justicia. La preconcepción que tienen los ciudadanos del Poder Judicial cambiaría si es que las instituciones jurídicas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico son reforzadas con la finalidad de darle una tutela más adecuada a las situaciones jurídicas materiales al interior del proceso.

Es utópico pensar que nuestro sistema de justicia debe ser perfecto. En ningún país del mundo lo es. Siempre existirán asuntos por mejorar y siempre surgirán nuevas ideas para ello. Sin embargo, si los ciudadanos peruanos somos conscientes que nuestro sistema de justicia nos brindará una solución adecuada y célere a nuestros problemas, no debe quedar la menor duda de que no existirá inconveniente alguno en acudir al Poder Judicial y, poco a poco, se iría dejando de lado esa desconfianza que ha sido una constante en los últimos años.

Si las premisas expuestas las contextualizamos en un Estado Constitucional de Derecho, en el cual la Constitución es la norma fundamental que determina el alcance de las leyes, la estructura de los poderes y el ejercicio de los mismos; entonces a lo que estamos apuntando es a buscar un proceso que otorgue una verdadera tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos.

En efecto, al transitar de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, como bien describe Zagrebelski citado por Morales Godo:

“La ley por primera vez en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación y, por tanto, de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución (...) en una Constitución se recogen las instituciones que van a articular el ejercicio del poder, pero, además, los valores preeminentes que una sociedad decide privilegiar, para poder construir una sociedad auténticamente democrática” (Morales Godo 2010:14-13)

Así, la Constitución puede ser aplicada por cualquier persona en defensa de sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El legislador peruano debe velar por que todas las instituciones jurídicas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico tengan como finalidad el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Precisamente, una de esas instituciones es la actuación de sentencia impugnada.

Una adecuada regulación de la institución de la actuación de sentencia impugnada puede coadyuvar a la mejora del sistema de justicia peruano teniendo como objetivo primordial que los ciudadanos reciban una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. En ese punto radica la importancia de la institución objeto de estudio.

**

Ante el panorama descrito, en la presente investigación se abordará la institución de la actuación de sentencia impugnada, desarrollando sus características propias, su terminología, sus funciones principales, el derecho fundamental que busca proteger, diferenciándola de otros instrumentos jurídicos como las medidas cautelares y contrastándola con el derecho a la pluralidad de instancias; para de esa forma tener una visión completa de la institución y proponer ampliar su ámbito de aplicación para la tutela de distintas situaciones jurídicas.

La propuesta tendrá como finalidad afrontar la constante vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no hace más que acrecentar la desconfianza de la población en el sistema de justicia peruano, al haberse dejado de lado los objetivos primordiales en un Estado Constitucional de Derecho.

Así, la hipótesis con la que iniciamos esta investigación es que la actual regulación de la institución de la actuación de sentencia impugnada en nuestro país es deficiente. Al contrastar la regulación de la institución objeto de estudio en nuestro país con la regulación de la misma

en ordenamientos jurídicos extranjeros, corroboraremos que existen una serie de aspectos que deben mejorarse, buscando siempre el respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos.

Si bien en el año 2010, el Tribunal Constitucional delimitó los alcances de la institución objeto de estudio¹, lográndose una mayor aplicación práctica de la misma en la ciudad de Lima, no es posible concluir que con la actual regulación de la institución en nuestro país se está logrando afrontar la constante vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, se debe tener presente que la aplicación de la institución objeto de estudio, si bien puede lograr de una forma más eficiente la satisfacción de los intereses en el proceso, en caso se pierdan de vista los límites de la misma se podría generar una constante vulneración a los derechos fundamentales de las partes, al ser una institución que incide directamente en el trámite y resolución de los procesos judiciales.

Por consiguiente, al buscar ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio debemos ser muy minuciosos al momento de analizar las características propias de los procesos civiles recogidos en nuestro ordenamiento jurídico y así velar por el respeto de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Reiteramos. La institución tiene una serie de virtudes que pueden coadyuvar a una tutela efectiva de las situaciones jurídicas patrimoniales, pero también lleva consigo una serie de limitaciones, lo cual amerita un análisis detallado para arribar a resultados más adecuados.

Esta investigación servirá para comprender que la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada está condicionada a las características y necesidades propias de cada mecanismo de tutela de situaciones jurídicas y por lo tanto corresponde buscar la regulación más adecuada de la misma a fin de otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva a todos los ciudadanos peruanos.

En la presente investigación utilizaremos información proporcionada por varios métodos de investigación. En primer lugar, utilizaremos el método dogmático, a través del análisis de

¹ Caso Jhon Lojas (Sentencia No. 607-2009-PA/TC).

doctrina y jurisprudencia en las cuales se haya desarrollado el alcance la institución objeto de estudio.

En segundo lugar, partiendo del Derecho Comparado, analizaremos las diferentes regulaciones de la institución en distintos ordenamientos jurídicos extranjeros para tener una visión global de las diferentes perspectivas que se tienen respecto de la institución objeto de estudio.

Finalmente, utilizaremos la entrevista como instrumento metodológico para tener una visión más acertada del uso de la institución de la actuación de sentencia impugnada después de los lineamientos fijados por el Tribunal Constitucional en el año 2010 y así ratificar el interés en la institución objeto de estudio.

El presente trabajo de investigación estará dividido en tres capítulos.

En el primer capítulo, desarrollaremos las características propias de la actuación de sentencia impugnada, definiéndola como una ficción jurídica, desarrollando su terminología y sus funciones, diferenciándola de otros instrumentos jurídicos como las medidas cautelares, definiendo el derecho fundamental que busca proteger y contrastándola con el derecho a la pluralidad de instancias.

A partir de ello, analizaremos la actual regulación de la institución en nuestro país para concluir que corresponde buscar una mejora de la misma, tomando como referencia la regulación recogida en los ordenamientos jurídicos de Brasil, Bolivia, Colombia, Chile y España.

En el segundo capítulo, partiremos del tránsito de un Estado de Derecho hacia un Estado Constitucional de Derecho para tener claro el contexto en el cual se pretende aplicar la institución objeto de estudio. A partir de ello, identificaremos los objetivos que debe tener en cuenta el legislador peruano al momento de regular o ampliar el ámbito de aplicación de instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico y la necesidad de revalorizar el primer grado judicial para llegar a reflexiones sobre la situación actual del sistema de justicia peruano, el cual se encuentra muy debilitado producto de una desconfianza generalizada de la población en el Poder Judicial.

Asimismo, a partir de entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales de Lima, operadores jurídicos que tienen prerrogativas para aplicar la institución de la actuación de sentencia impugnada de conformidad con el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, identificaremos si, posteriormente a que el Tribunal Constitucional estableció los presupuestos para la aplicación de la institución objeto de estudio en el año 2010, esta se ha venido aplicando con mayor frecuencia para ratificar el interés en la presente investigación.

En el tercer y último capítulo, partiendo de los instrumentos de tutela previstos en el Código Procesal Civil² – analizaremos las ventajas y peligros de la institución para definir las situaciones a las que debería ampliarse el ámbito de aplicación de la institución y las situaciones en las cuales sería un peligro aplicar la institución objeto de estudio.

Finalmente, concluiremos la investigación fijando una serie de lineamientos que deberán tener en cuenta los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar la institución objeto de estudio en el proceso civil peruano y propondremos modificaciones legislativas concretas que permitan una correcta aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada.

² Si bien el presente trabajo se centrará en los instrumentos de tutela previstos en el Código Procesal Civil, también realizaremos evaluaciones específicas de otros instrumentos de tutela como los recogidos en el Código Procesal Constitucional, en el Código Civil y en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, para así tener una visión más amplia de la aplicación de la institución objeto de estudio.



CAPITULO I:

Estudio de la institución

1.1. Definición de la institución como una ficción jurídica

Para iniciar el estudio de la institución de la actuación de sentencia impugnada en el proceso civil peruano³, en primer lugar, corresponde identificar el objeto de la misma: Una sentencia de condena estimativa de primer grado.

Al acudir al Poder Judicial para la solución de una controversia, las partes son conscientes que, al analizar el fondo de la misma, el juez de primer grado – como un tercero imparcial que buscará solucionar el conflicto – puede optar por dos caminos: o amparar las pretensiones formuladas o rechazarlas. Si bien a lo largo del proceso el juez emitirá diversos pronunciamientos, al declarar fundada o infundada las pretensiones de una parte, de conformidad con el artículo 322 del Código Procesal Civil⁴, se está poniendo fin a una etapa del proceso.

La institución objeto de estudio parte de la premisa que el juez optó por el primer camino, es decir, declaró fundada la pretensión a través de una sentencia de condena estimativa de primer grado. Si bien este pronunciamiento genera que se ponga fin a una etapa del proceso, esto no significa que el proceso ha culminado.

En nuestro ordenamiento jurídico, una parte o un tercero legitimado, en caso el pronunciamiento del juez de primer grado le produzca agravio, está facultada para interponer un recurso de apelación, a fin de que el pronunciamiento sea examinado por el superior jerárquico y de ser el caso, sea anulado o revocado, total o parcialmente⁵. Así, el recurso de apelación, como medio impugnatorio, puede ser utilizado por las partes para atacar actos procesales contenidos en resoluciones emitidas por el juez, como lo es una sentencia estimativa de primer grado (Monroy Gálvez 1992:22).

En caso la parte agraviada interponga un recurso de apelación contra la sentencia estimativa de primer grado, y toda vez que esta puso fin únicamente a una etapa del proceso, de

³ Cabe precisar que la actuación de sentencia impugnada puede ser concebida como una institución, pero también como una técnica de aceleración procesal.

⁴ **Código Procesal Civil**

“Artículo 322.- Concluye el proceso con declaración sobre el fondo cuando:

1. El Juez declara en definitiva fundada o infundada la demanda (...)”

⁵ **Código Procesal Civil**

“Artículo 364.- 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”

conformidad con el artículo 371 del Código Procesal Civil, el recurso de apelación debe ser concedido con efecto suspensivo⁶, lo cual implica que la eficacia de la sentencia impugnada quede suspendida hasta la notificación que ordena “*se cumpla lo dispuesto por el superior jerárquico*”⁷.

Como bien señala Monroy Gálvez:

“Si un recurso de apelación es concedido con efecto suspensivo, significa que la resolución no deberá de cumplirse de inmediato, debido a que está suspendida su eficacia hasta que se resuelva en definitiva por el superior”
(1992:22)

Sin embargo, y en este punto entra en juego la institución objeto de estudio, la parte beneficiada con la sentencia de condena estimativa de primer grado formulará una solicitud al juez⁸: que ordene la actuación inmediata de la sentencia para que esta surta plenos efectos sin perjuicio de que se haya interpuesto o que aún pueda interponerse un recurso de apelación.

Nótese dicha particularidad: Lo usual es que las partes soliciten la actuación de una sentencia que ha quedado firme, es decir, que no ha sido objeto de impugnación o que ya venció el plazo para interponer recurso alguno y por tanto adquirió la calidad de cosa juzgada. Sin embargo, la institución objeto de estudio parte de una sentencia de condena estimativa de primer grado que aún es susceptible de ser impugnada o que ya fue impugnada para que sea revisada en segundo grado por los jueces superiores.

Así, el rasgo característico de la institución objeto de estudio es que la sentencia de condena estimativa de primer grado, a pesar de haber sido impugnada o de poder serlo, será ejecutada bajo ciertas condiciones. Al tratarse a la referida sentencia como una sentencia firme, es válido afirmar que estamos frente a una ficción jurídica.

⁶ **Código Procesal Civil**

“Artículo 371.- Procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso o impiden su continuación, y en los demás casos previstos en este Código”

⁷ **Código Procesal Civil**

“Artículo 368.- El recurso de apelación se concede:

1. Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior”.

⁸ Según lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. 607-2009-PA/TC, es posible que la actuación de sentencia impugnada sea ordenada de oficio por el juez. Fundamento jurídico 63.

El concepto de ficción jurídica ha sido desarrollado por Henri Capitant, citado por Venegas, como:

“un procedimiento de técnica jurídica que consiste en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad para deducir de ahí consecuencias jurídicas” (2007:45)

En la misma línea, Legaz y Lecambra, citado por Venegas, precisa que:

“La ficción jurídica existe siempre que la norma trata algo real ya como distinto, siendo igual, ya como igual, siendo diferente, ya como inexistente, habiendo sucedido, ya como sucedido, siendo inexistente, aun con conciencia de que naturalmente no es así” (2007:44)

En concreto, lo que se busca con una ficción jurídica es alterar la realidad para atribuir efectos jurídicos a una determinada situación. Se está tratando a “A” como si fuera “B” para atribuirle ciertos efectos jurídicos, cuando en la realidad “B” no es igual a “A”. Utilizando las palabras de Pérez de Ayala, citado por Abache, *“la ficción ni falsea ni oculta la verdad real, lo que hace es crear una verdad distinta de la real”* (2010:388).

Eseverri Martínez, citado por Abache, señala que las ficciones jurídicas parten como evidencia de la inexistencia de un hecho y a través de ella se crea una realidad, ya que la norma jurídica que la contempla basándose en un presupuesto falso o de difícil constatación lo sustituye por una realidad que, consecuentemente, hay que tomarla por una realidad artificial no discutible; de este modo, a través de las ficciones jurídicas, se producen valoraciones o calificaciones en Derecho que deben ser aceptadas por tratarse de realidades instituidas por la norma jurídica (2010:388).

En la misma línea, Alzamora Valdez, citado por Zavala, define a la ficción como una suposición que hace el derecho sobre la existencia o la realidad de algo que no existe de diversa manera, con la única finalidad de lograr consecuencias jurídicas que no se obtendrían de otro modo, mediante una aplicación de determinadas normas (1994:102).

Hernández Marín afirma que el término “ficción jurídica” abarca a las ficciones legales y a las entidades jurídicas ficticias. Para este autor, la ficción legal constituye una disposición cualificatoria que, en el caso de ser considerada como una auténtica aserción, sería una oración asertiva patentemente falsa con la finalidad de conseguir la aplicación de una norma ya existente a un caso nuevo y para vincular una disposición a una realidad distinta de aquella a la que la disposición se refiere (1986:141-147).

Un ejemplo de ficción jurídica lo podemos identificar en el artículo 1 de nuestro Código Civil, en donde se crea la ficción de que el concebido ya nació, únicamente para atribuirle los efectos jurídicos que le sean favorables. Asimismo, a partir de la figura de la conmorencia regulada en el artículo 62 del Código Civil, se crea la ficción de que dos personas murieron al mismo tiempo para así dejar constancia que entre ellas no se transmiten derechos hereditarios, cuando en realidad una murió antes que la otra. De la misma forma, en el artículo 2012 del Código Civil se crea la ficción de que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones con la finalidad de hacer oponible, frente a terceros, los derechos inscritos, cuando en realidad no toda persona tiene acceso al registro (González Barrón 2015:281).

De una revisión de estos ejemplos, es válido afirmar que la implementación de las ficciones jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico busca que se concreten determinados efectos jurídicos a diversas situaciones que la ley señala. A partir de una ficción jurídica, los efectos jurídicos derivados de una determinada situación se concretarán, es decir, se harán efectivos en una segunda situación, a pesar que las dos situaciones no sean equiparables.

Siguiendo con el ejemplo del artículo 1 del Código Civil, el concebido no puede gozar de los derechos de una persona porque no ha nacido, es decir, no calza en el supuesto de hecho de la norma y por tanto el derecho no puede ser efectivo al no derivarse efectos jurídicos de su situación. Sin embargo, a partir de la ficción jurídica, se logra que el concebido goce de los derechos de una persona que ya nació⁹, haciendo efectivo el derecho para dicha situación en concreto.

En este caso, la única forma de que el concebido goce los derechos de una persona que ya nació es con una disposición legal, de lo contrario, el derecho no podría ser efectivo puesto que la situación en concreto carece de ciertos elementos que impide que calce en el supuesto de hecho de la norma.

Resulta necesario hacer una distinción entre ficción jurídica y presunción jurídica. La presunción, como bien la define D'Ors, citado por Venegas:

“es el acto de aceptar la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende aquel hecho no probado; la presunción es, por lo tanto, una dispensa de prueba por la existencia de una probabilidad” (2007:5)

⁹ Debemos precisar que para Fernández Sessarego, la persona natural es el ser humano individual aludido de modo inmediato por el ordenamiento jurídico, al igual que el concebido, por tanto, resulta innecesario acudir a la figura de ficción jurídica (1999:11).

La presunción, según Coviello citado por Zavala, es la inducción de la existencia de un hecho desconocido, de la de uno conocido, basada en el presupuesto de que debe ser verdadero en el caso concreto lo que suele serlo de ordinario en la mayor parte de los casos que entra aquel hecho conocido (1994:96).

Zavala hizo una recopilación de diversos autores que se ocuparon del desarrollo de las presunciones y llegó a la conclusión de que la mayoría concuerdan en que la presunción legal supone la existencia de tres elementos: una afirmación base, una afirmación resultado y un enlace. El autor entiende que la presunción obedece a un precepto legislativo de origen sustancial por medio del cual se ordena dar por establecido algún hecho (consecuencia), siempre que otro, indicador del primero, haya sido acreditado en forma suficiente (1994:97-101).

Un ejemplo de presunción legal lo encontramos consagrado en el artículo 915 de nuestro Código Civil, en donde se dispone que “si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario”. Como se puede apreciar, la presunción no es un medio de prueba, sino que funciona una vez incorporados al proceso los resultados de los medios de prueba (Serra Domínguez citado por Zavala 1994:94).

En la norma citada, la afirmación base es la prueba de que el poseedor poseyó “antes y ahora” y la afirmación resultado es la presunción que poseyó en el tiempo intermedio. El enlace es el vínculo entre las dos afirmaciones establecido por ley, reflejado en que una sea consecuencia de la otra.

Partiendo de estas definiciones, tenemos que mientras que en la ficción jurídica se asume algo como cierto cuando en la realidad no lo es, en la presunción jurídica se asume algo como cierto porque en la realidad probablemente lo sea. Mientras que en la ficción “A” no es “B” pero la ley dice que lo sea, en la presunción “A” puede ser “B” y, por tanto, la ley dice que lo sea.

Como bien menciona Rozas, citado por Venegas:

“el elemento clave de distinción entre presunciones y ficciones es pues, la naturaleza probatoria de las primeras frente al carácter sustantivo de las segundas” (2007:60)

Mientras que las presunciones se fundan en leyes de probabilidad, las ficciones son verdaderos artificios, es decir, puras creaciones del derecho. La presunción es la consecuencia jurídica obtenida de un hecho que se tiene por existente, en tanto que la ficción se funda en un hecho consecuentemente inexistente, y mientras la presunción tiene por objeto suplir la insuficiencia de la prueba directa, la ficción corresponde a las exigencias de un sistema jurídico, por lo que Ihering ha definido a las ficciones como mentiras técnicas consagradas por la necesidad (Zavala 1994:103).

Como bien indica Zavala, recogiendo el análisis de Chiovenda:

“La presunción es una convicción fundada en el orden normal de las cosas y funciona mientras no se pruebe lo contrario. En cambio, la ficción implica crear un efecto jurídico determinada, de acuerdo a la equidad natural, y siendo que este efecto proviene de un hecho inexistente o de uno contrario a la realidad” (1994:103-104)

Conviene precisar que las presunciones legales están vinculadas a los indicios toda vez que estos comparten los mismos elementos, sin embargo, se diferencian en que, en la presunción, el elemento del raciocinio (el enlace) ha sido fijado de antemano por el legislador, mientras que, en el indicio, este debe ser elaborado por el juzgador. La presunción como tal es el proceso en sí mismo, el juicio lógico de deducción que realiza quien aplica el derecho mientras que el indicio no constituye proceso alguno ni vinculación lógica de un proceso deductivo. El indicio es el propio hecho conocido o base, del que surge el proceso lógico de deducción a través del cual se infiere la existencia o presencia del hecho desconocido o presumido (Abache 2010:387). Siguiendo a Bullard Gonzáles:

“una presunción es la inferencia que se hace del hecho cierto probado, respecto de lo que nos indica como probabilidad de que un hecho incierto haya ocurrido de cierta manera. Varios indicios apuntando en el mismo sentido refuerzan la fortaleza de la presunción. La diferencia principal radica en que el indicio es el hecho material mientras que la presunción es una forma determinada de razonar” (2005:229)

Por tanto, ni los indicios ni las presunciones legales son equiparables a una ficción jurídica.

Contrastando lo explicado con la institución de la actuación de sentencia impugnada, es claro que esta no puede ser considerada como un indicio ni como una presunción. La institución objeto de estudio calza dentro del concepto de ficción jurídica.

Esto es así porque, a partir de la institución de la actuación de sentencia impugnada se va crear una ficción que consiste en considerar a la sentencia de condena estimativa de primer grado como una sentencia firme que desplegará todos sus efectos con normalidad, haciéndose efectivo el derecho. No existe ningún indicio de que la sentencia de condena estimativa de primer grado sea una sentencia firme, tampoco se está partiendo de un hecho para presumir que esta sentencia puede ser equiparada a una sentencia firme. En este caso particular, es claro que la sentencia de condena estimativa de primer grado no es una sentencia firme (“A” no es igual a “B”), sin embargo, por disposición legal, la primera será tratada como la segunda.

A pesar que en realidad estamos frente a una sentencia que puede ser impugnada para que sea revisada por jueces superiores, es decir, que no tiene la autoridad de cosa juzgada, el juez de primer grado estará facultado para ordenar su actuación inmediata. A partir de esta ficción, se logran desplegar los efectos regulados en el artículo 123 del Código Procesal Civil referidos a la cosa juzgada¹⁰, a una sentencia que, en la realidad, no es firme.

Paralelamente, mientras se desarrolla dicha ficción, los jueces superiores revisarán una sentencia que, en la práctica, ya surtió plenos efectos.

1.2. Terminología y funciones de la institución

Respecto a la terminología utilizada para la regulación de la institución objeto de estudio, conviene precisar que, en diversos ordenamientos jurídicos y diversa doctrina, aborda y denomina a la institución objeto de estudio como una “ejecución provisional de sentencia”.

Por ejemplo, en el Código de Procedimientos Civiles de Italia de 1865, se reguló la incorporación de una cláusula a la sentencia, a partir de la cual se disponía la ejecución provisional de la misma. Al justificar el uso de la terminología de “ejecución provisional”, Chiovenda, citado por Monroy Gálvez, afirmó que en realidad estamos frente a una

¹⁰ **Código Procesal Civil**

“Artículo 123.- 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.

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

declaración provisoria de certeza (ejecución provisional de sentencia), pero no la efectiva existencia, ya sea de la relación jurídica privada o ya sea de las especiales circunstancias que la califican (2001:28).

Bajo esa apreciación, ordenamientos jurídicos como el de España, no hacen referencia a una actuación inmediata de sentencia, sino que abordan la institución y la han regulado como una ejecución provisional de sentencia.

Así, Nieva explica que la ejecución provisional “*supone la ejecución de un título jurisdiccional que aún no es firme, por haber sido recurrido en apelación*” (Nieva 2015:512).

Sin embargo, el uso de la terminología de “ejecución provisional” no está libre de críticas.

Para Monroy Gálvez, el análisis desarrollado por Chiovenda para justificar la referida terminología es errado. A su criterio, no se puede hablar de una ejecución provisional en sí, puesto que la provisionalidad recae única y exclusivamente sobre la sentencia. Es esta la que podrá ser modificada dependiendo del sentido del pronunciamiento de los jueces superiores. La ejecución no es provisoria (2001:31).

Siguiendo a Calamandrei, lo provisorio equivale a interno más no puede equiparse a la temporalidad (lo que no dura siempre). Provisorio es lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio (2005:36).

Federico Carpi, citado por Monroy Gálvez, también reconoció que, si bien la ejecución provisoria se desarrolla como una anticipación de la eficacia ejecutiva de la sentencia, la ejecución en sí no es provisoria, sino que el título (la sentencia) que la sustenta es lo que tiene carácter de provisorio (título provisorio) (2001:31). En la misma línea, Maranhao sostiene que la ejecución, al alterar la realidad fáctica, no puede ser concebida como provisoria (1996:691).

A partir de ello, Monroy Gálvez propuso la denominación de “actuación inmediata de sentencia impugnada” para incorporar la institución objeto de estudio en nuestro ordenamiento jurídico, definiéndola de la siguiente forma:

“(…) la actuación inmediata de la sentencia impugnada es el instituto procesal, especie de la tutela anticipatoria, por medio del cual se concede a la parte que

ha obtenido una decisión favorable en primer grado, el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, con prescindencia de que la resolución vaya a estar o esté recurrida por la parte perdedora” (2001:31)

Coincidimos con el razonamiento esbozado por Monroy Gálvez. Al aplicarse la institución objeto de estudio en un caso concreto, estaríamos frente a una verdadera ejecución de sentencia. Si bien la sentencia puede ser revocada o anulada en un futuro, ello no puede llevarnos a la conclusión de que la ejecución es provisoria.

Monroy Gálvez, quien fue uno de los gestores del Código Procesal Constitucional, dejó expresa constancia que no se utilizó el término “ejecución de sentencia” al incorporar la institución en nuestro ordenamiento jurídico porque a su criterio, ello podía llevar a la confusión de que la institución está limitada únicamente a los procesos de ejecución, cuando existen otras circunstancias que pueden ameritar el uso de la institución en diferentes tipos de tutela. El autor explica que, por ejemplo, Marinoni analizó la posibilidad de implementar la ejecución anticipada para el caso de sentencias declarativas y constitutivas (2001:19-30).

Sostenemos que la terminología utilizada por Monroy Gálvez para abordar la institución objeto de estudio es apropiada ya que, a partir de la misma, es válido concluir que el análisis de la actuación de sentencia impugnada puede partir desde diferentes tipos de tutela de situaciones jurídicas recogidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 607-2009-PA/TC, sin detenerse en la terminología de la institución, utilizó la siguiente definición propuesta por Caballo:

“Suele entenderse por “actuación inmediata de la sentencia estimatoria” (o “ejecución provisional”) aquella institución procesal a través de la cual se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo, pero carente de firmeza, cuyos efectos quedan así subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto o por interponer” (1993:47)

Como bien señala el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, es válido concluir que la actuación de sentencia impugnada es una técnica de aceleración procesal incorporada a nuestra legislación para tutelar las situaciones jurídicas de la manera más efectiva posible. Esta técnica de aceleración utiliza la figura de la ficción jurídica para aplicarse a una situación determinada.

Respecto de la naturaleza del objeto de la institución de la actuación de sentencia impugnada, es decir, una sentencia de condena estimativa de primer grado que puede ser o que ha sido impugnada, Couture la desarrolla distinguiendo dos momentos:

- (i) Cuando se encuentra pendiente el plazo para deducir el recurso de impugnación de la sentencia estimativa: En este caso, la sentencia debe ser entendida como un acto jurídico sometido a condición suspensiva, de modo que, si no se interpone el recurso, la condición no se cumple y el acto se considera puro y simple desde su otorgamiento.
- (ii) Cuando ya se interpuso un recurso de impugnación sobre la sentencia estimativa: En este caso, la sentencia no es por sí misma un acto perfecto y constituye solo una de las dos o más etapas en las que se desarrolla la obra de la jurisdicción (Couture 2002:341-342).

Finalmente, a fin de describir las funciones de la institución objeto de estudio, acogeremos la siguiente clasificación propuesta por Villa García (2009:7)¹¹:

- (i) Función preventiva: Evita el abuso del derecho a recurrir en que pudiera incurrir la parte que no se vio beneficiada con la sentencia estimativa.
- (ii) Función satisfactiva: Satisface total o parcialmente la pretensión planteada por la parte beneficiada con la sentencia estimativa.
- (iii) Función agilizadora del proceso y reductora de la carga procesal que soportan los órganos jurisdiccionales de segundo grado: La parte agraviada ya no utilizará el recurso de apelación para perdurar en el tiempo el disfrute del derecho ajeno porque la actuación de la sentencia ya no estará supeditada al pronunciamiento de los jueces superiores y con ello, además de agilizarse el trámite del proceso, se reducirá la carga procesal de los órganos jurisdiccionales de segundo grado pues, al reducirse la interposición de los recursos de apelación en un proceso, podrán resolver de forma más célere los procesos a su cargo.

La primera función parte de una realidad concreta: la cantidad de recursos impugnatorios que son presentados por las partes con la única intención de dilatar el trámite del proceso.

En efecto, por más que no tengas razón y por más que te encuentres con un razonamiento impecable del juez de primer grado, uno podría presentar un recurso de apelación sin ningún

¹¹ Adicionalmente a estas funciones, autores como Monroy Gálvez y Caballol – citados en esta investigación - hacen referencia a otras funciones como evitar que se produzcan agravios irreparables, revalorización de la sentencia de primer grado, entre otras (Monroy Gálvez 2001:37-42).

sustento porque sabe que este deberá ser concedido con efecto suspensivo. De esa manera logras mantenerte por más tiempo en una situación “indebida” y al beneficiado con la sentencia estimativa no le quedará otra opción que seguir esperando a que “se haga justicia”. Como bien explica González Zavala citado por Arce, “*en muchos casos la apelación se ha transformado en un acto reflejo para el abogado perdedor, constituyendo una etapa que se da por sentada*” (2017:127).

La segunda función se enfoca en conseguir una efectiva tutela de las situaciones jurídicas. El juez de primer grado deberá actuar la sentencia estimativa para que los efectos de la misma se concreten en la realidad viéndose satisfecho el derecho de la parte beneficiada con la sentencia estimativa.

Finalmente, la tercera función recoge la consecuencia en el sistema de justicia del desincentivo que provoca en el litigante la interposición del recurso de apelación. Y es que, si los sujetos comprendidos en el supuesto de la primera función (quienes buscan dilatar el trámite del proceso), se encuentran con que, independientemente de la interposición del recurso de apelación, la sentencia estimativa será actuada como si fuera una sentencia firme; se verían desincentivados de utilizar el recurso de apelación como un mecanismo dilatorio.

Partiendo de que existe un número considerable de recursos de apelación que calzan en el supuesto descrito en la primera función, la carga procesal de los jueces superiores se vería disminuida y podrán resolver con mayor celeridad los trámites de los procesos a su cargo. No sólo se verán beneficiados los sujetos que son parte del proceso en el cual se aplicó la institución objeto de estudio, sino que el sistema de justicia peruano se vería beneficiado en general.

Según el magistrado García Casas citado por Villa García, de las tres funciones señaladas, la más importante es la preventiva toda vez que:

“trata de frenar la utilización fraudulenta y dilatoria del sistema de recursos que la Ley concede. Las demás funciones señaladas, agilizadora en cuanto tiende a aliviar el número de asuntos en los Juzgados o la satisfactiva, contraída al cumplimiento inmediato de una resolución favorable, se presentan en mi - óptica procesal- como justificación secundaria menos relevante” (2009:8-9)

Ferreiro difiere de la anterior afirmación señalando que reconocer a la función preventiva como la más importante, implicaría pensar que todos los recursos impugnatorios son interpuestos con ánimo dilatorio y no como ejecución de un derecho reconocido

legislativamente. Según el autor, citado por Villa García, la función satisfactiva es la que debiera posicionarse como la más relevante de la institución objeto de estudio *“habida cuenta de los pronunciamientos de condena contenidos en una resolución recurrida y permitir el goce de las posiciones jurídicas, reconocidas en ella durante el trámite del recurso”* (2009:8).

Pretender identificar y debatir respecto a cuál es la función más importante que se deriva de la institución objeto de estudio no tiene ninguna implicancia práctica. Son las tres funciones descritas las que hacen de la institución objeto de estudio una técnica de aceleración procesal que, de ser utilizada adecuadamente, puede favorecer mucho a la adecuada tutela de las situaciones jurídicas al interior del proceso, ya sea evitando situaciones adversas, satisfaciendo los intereses de los particulares o agilizando el trámite del proceso en general.

Como bien señala Monroy Gálvez al comentar la institución objeto de estudio:

“nos parece que se trata de un instrumento excelente para reivindicar la trascendencia de la tutela jurisdiccional efectiva en la sociedad contemporánea (2001:37)”

Queda claro que las tres funciones descritas cumplen un importante rol para determinar los alcances y ventajas que otorga la institución objeto de estudio, apuntando siempre a la búsqueda de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

1.3. El trasfondo de la institución: La protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

De un análisis de las características generales y de las funciones de la institución objeto de estudio antes descritas, es válido afirmar que con la aplicación de la misma se busca que los efectos de la sentencia de condena estimativa de primer grado se concreten.

La concretización de estos efectos genera un impacto positivo en la situación jurídica del sujeto que solicitó la aplicación de la institución objeto de estudio puesto que el titular del derecho ya no tendrá que esperar a que transcurra todo el trámite del proceso para recién ver satisfecho su derecho. Con la ejecución de la sentencia de primer grado, se le estaría otorgando una tutela oportuna y efectiva al titular del derecho.

Precisamente estos objetivos son concordantes con uno de los principios pilares de la función jurisdiccional: la tutela jurisdiccional efectiva.

Este principio se encuentra recogido en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución Política¹². A partir del mismo, el juez debe estar investido de todas las facultades para lograr la plena satisfacción de las pretensiones de los particulares. En palabras de González Perez, el juez tiene plena jurisdicción para “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*” (1998:109).

En el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil se establece lo siguiente:

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

La tutela jurisdiccional efectiva puede ser abordada como un principio de la función jurisdiccional, así como un derecho fundamental de toda persona. El Tribunal Constitucional la definió como un derecho constitucional conforme a los siguientes términos:

“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 eficacia¹³”

Para que en un proceso se pueda afirmar que se está otorgando una tutela jurisdiccional efectiva se debe asegurar no solo el acceso a la justicia de los particulares, sino que debe garantizarse que esta sea idónea, oportuna y que lo decidido judicialmente sea eficaz. En palabras de Proto Pisani, si la tutela jurisdiccional no es adecuada ni idónea no es efectiva, y si no es efectiva, simplemente, “no es” (1976:66).

Respecto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, Priori afirma lo siguiente:

“exige que toda persona tenga la posibilidad de acudir libre e igualitariamente a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de cualquier derecho e interés frente a cualquier lesión o amenaza, en un proceso que reúna las

¹² **Constitución Política del Perú**

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

(...)

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

¹³ Sentencia No. 763-2005-PA/TC. Fundamento jurídico 6.

mínimas garantías, luego del cual se expedirá una decisión motivada y definitiva sobre el fondo de la controversia que sea eficaz” (2019:80)

Desarrollando los alcances del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Chamorro identifica cuatro grados de efectividad (1994:279):

- (i) Primer grado: Obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional.
- (ii) Segundo grado: La resolución del órgano jurisdiccional resuelva el problema planteado.
- (iii) Tercer grado: La solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.
- (iv) Cuarto grado: La decisión adoptada sea ejecutada

Para Chamorro, una tutela que no es efectiva no es tutela (1994:276). De lo expuesto, se puede apreciar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al buscar el otorgamiento de una tutela adecuada, oportuna y efectiva a los ciudadanos, engloba diversos derechos, es decir, es un derecho complejo.

Este derecho fundamental es de vital importancia en todo ordenamiento jurídico. No es novedad que, en muchos casos, las sentencias emitidas al final del trámite habitual del proceso no son cumplidas. Ello se debe a que ha pasado tanto tiempo para la parte que buscó tutela jurisdiccional que ahora “todo le da igual”. De tanto esperar a la emisión de un pronunciamiento definitivo, perdió interés en que los efectos de la sentencia definitiva se concreten y ya no gastará más esfuerzos en conseguir ese objetivo. En este ejemplo, es claro que se está vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Uno de los derechos que forma parte del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a la efectividad de las sentencias. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional (abordándolo como ejecución de sentencias¹⁴) afirmando que:

“El derecho a la ejecución de las sentencias se encuentra contenido implícitamente en el derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Constitución. En efecto, si bien la referida norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales,

¹⁴ Debemos precisar que el derecho a la efectividad de las sentencias judiciales se concreta a través de la ejecución (cuando estamos frente a sentencias de condena) y a través de la efectividad propiamente dicha (cuando estamos frente a sentencias declarativas y constitutivas) (Priori 2019:134-136).

dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (...). De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales”¹⁵

“El derecho a la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (...) La satisfacción de este derecho tiene por finalidad que las sentencias y resoluciones judiciales no se conviertan en simples declaraciones de intención sin efectividad alguna (...) constituye, pues, una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional”¹⁶

El análisis esgrimido por nuestro Tribunal Constitucional en la citada sentencia no es una novedad. Desde el siglo pasado, el Tribunal Constitucional Español venía haciendo énfasis en el vínculo entre derecho a la efectividad de las sentencias (o de resoluciones judiciales) y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

“Es preciso reconocer que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del art. 24.1 de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones”¹⁷

“Una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1, CE, consiste en el derecho a que las resoluciones alcancen la eficacia otorgada por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones en ellas declaradas”¹⁸

Obando desarrolló el derecho a la efectividad de las sentencias, abordándolo como ejecución, de la siguiente manera:

¹⁵ Sentencia No. 1042-2002-AA/TC. Fundamento jurídico 2.3.1.

¹⁶ Sentencia No. 01797-2010-PA/TC. Fundamento jurídico 13.

¹⁷ Sentencia No. 32/1982. Sentencia del 07 de junio de 1982 del Tribunal Constitucional Español.

¹⁸ Sentencia No. 232/1998. Sentencia del 28 de octubre de 1998 del Tribunal Constitucional Español.

“el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales exige una ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan que lo resuelto por los órganos jurisdiccionales sea cumplido en sus propios términos (...) este derecho – entendido como una de las dimensiones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva – garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de una sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido” (2014:153)

De la misma forma, Priori afirma:

“el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incluye el derecho a la efectividad de la sentencia; es decir, el derecho de toda persona a que la tutela jurisdiccional dictada en la sentencia sea eficaz. Por ello, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva garantiza la realización del derecho reconocido o establecido en la sentencia y de los efectos previstos por ella. (...) Dicha ejecución es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional” (2005:179-180)

Aterricemos el derecho a la efectividad de las sentencias en la realidad a partir de dos escenarios: Al adquirir la autoridad de cosa juzgada una sentencia de condena, la parte demandada se encuentra obligada a cumplirla en sus propios términos¹⁹. En ese contexto, podríamos tener un primer escenario en el cual el demandado decida voluntariamente acatar el contenido de la misma. En este primer escenario, la concretización de los efectos de la sentencia no sería un problema. Sin embargo, en un segundo escenario puede ocurrir que el demandado se resista a acatar el mandato judicial. En este segundo escenario, el Estado debe emplear todos los medios necesarios para enfrentar dicho incumplimiento, hasta el punto de llegar a la ejecución forzosa en respeto del derecho a la ejecución de sentencias:

“Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido” (González Pérez 2001:337)

Cabe precisar que el derecho a la efectividad de las sentencias sólo se vulneraría si es que los efectos de la sentencia no se concretizan, independientemente de la oportunidad y la idoneidad del mandato judicial, ya que estos conceptos son otros componentes del derecho la tutela jurisdiccional efectiva:

¹⁹ **Ley Orgánica del Poder Judicial**

“Artículo 4.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala”.

*“El derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución, **con independencia de cuál sea el momento en el que las dicta**. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable puede considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Cuando, por el contrario, se adoptan, aunque sea con la mayor celeridad, medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución o que, aun siendo en principio adecuadas quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a cumplimentarlas, no cabrá hablar seguramente de dilaciones indebidas”²⁰ (el resaltado es nuestro)*

No cabe duda que la ejecución de una sentencia de condena es una forma adecuada para asegurar la real satisfacción de los intereses de los individuos que han sido parte del proceso. Como bien señala Monroy Gálvez, la tutela procesal está dirigida a buscar siempre la satisfacción del derecho de los individuos y ello se verá reflejado en dos deberes del Estado (2001:27):

*“por un lado, expedir un pronunciamiento válido en el proceso iniciado a propósito del derecho o presunto derecho discutido ante un órgano jurisdiccional -cuidando se cumpla con todos los requisitos que aseguran la corrección de dicho pronunciamiento- y, por el otro, lograr **que tal decisión sea efectiva, esto es, que produzca los efectos declarados en la decisión en el ámbito de la realidad, si es el caso**” (el resaltado es nuestro)*

Además de resguardar el derecho a la efectividad de las sentencias, con la aplicación de la institución objeto de estudio también se busca una respuesta oportuna del órgano jurisdiccional a la situación material que se presenta al interior del proceso, previniendo que el tiempo que dura el proceso afecte la situación jurídica del titular del derecho.

Así, con la aplicación de la institución objeto de estudio, el riesgo del tiempo del proceso es asumido por ambas partes en igualdad de condiciones. Se logra distribuir de forma equitativa la carga del tiempo en el proceso²¹.

Evidentemente, ello también tiene un vínculo directo con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque como ya se indicó, los ciudadanos tienen el derecho a recibir una respuesta idónea, oportuna y efectiva del órgano jurisdiccional. Como bien señala Priori:

²⁰ Sentencia No. 26/1983. Sentencia del 13 de abril de 1983 del Tribunal Constitucional Español.

²¹ En esos mismos términos aborda Marinoni la técnica anticipatoria, desarrollándola dentro de la tutela anticipatoria o anticipada en Brasil (2013:114-117).

“El problema, como hemos señalado, es que el proceso (...) toma tiempo, y en ese periodo de tiempo se pueden presentar algunas situaciones que terminen por perjudicar irreparablemente la situación jurídica que se intenta proteger. El imperativo es, pues: evitar que el tiempo que toma el proceso termine por impedir que se brinde aquella protección que el proceso quiere dar. Dicho, en otros términos, es necesario hacer que la tutela jurisdiccional sea efectiva, a pesar del tiempo que toma el proceso” (2005:180)

La propia estructura de los procesos recogidos en nuestro ordenamiento jurídico puede generar un impacto negativo en el derecho a la efectividad de las sentencias de los ciudadanos. Ya sea por el abuso de la parte contraria o por el tiempo que dura el proceso en sí, el sujeto que solicitó tutela jurisdiccional puede llegar a perder interés en el litigio, dejando de buscar que los efectos de la sentencia definitiva se concreten, al obtener un pronunciamiento tardío que no le otorgará la satisfacción que fue solicitada desde un inicio del proceso.

Esto es lo que se busca evitar con la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada. A través de esta técnica de aceleración procesal, se busca que el proceso responda de forma oportuna y efectiva a las situaciones materiales que se le presenten y así otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

1.4. Aparente colisión con el derecho a la pluralidad de instancias y la aplicación del principio de concordancia práctica

A partir de lo desarrollado previamente, podemos identificar un primer problema que afronta la institución de la actuación de sentencia impugnada al intentar proteger el derecho a la efectividad de las sentencias y al brindar una tutela oportuna: se contrapone al derecho a la pluralidad de instancias, también conocido como el derecho a la doble instancia.

Este derecho se encuentra recogido en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución²² y constituye una de las garantías constitucionales que deben ser respetadas en todo Estado Constitucional de Derecho.

Sin embargo, esta colisión con el derecho a la pluralidad de instancias de la parte contraria es aparente, puesto que, con la realización de una adecuada interpretación constitucional, no habrá necesidad de sacrificar o limitar alguno de los derechos.

²² **Constitución Política del Perú**

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

(...)

6. La pluralidad de la instancia”.

Hacemos esta afirmación partiendo de la premisa establecida por el Tribunal Constitucional²³ de que la actuación de sentencia impugnada únicamente se puede aplicar cuando los efectos de la sentencia estimativa que será ejecutada no son irreversibles, es decir, la aplicación de la institución no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse en un futuro.

Según nuestro Tribunal Constitucional, *“la interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas. La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, (...) consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 ° de la Constitución)”*²⁴.

A efectos de realizar una adecuada interpretación constitucional primero debemos definir qué implica la interpretación constitucional, después debemos identificar qué es lo que se va a interpretar para finalmente elegir el principio de interpretación constitucional más adecuado al caso concreto.

Empecemos por definir el concepto de interpretación constitucional. En términos generales, esta es entendida como la forma de darle sentido y contenido a todos los preceptos que están en la Constitución. En palabras de Hesse:

“la interpretación constitucional es concretización. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad de cuya ordenación se trata. En ese sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación” (1992:40-41)

La interpretación constitucional se hace necesaria y se plantea como un problema cada vez debe darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente. Allí donde no se suscitan dudas no se interpreta (Quiroga 1985:326-327).

Si el texto constitucional es claro y el supuesto planteado no genera problemas, no habrá necesidad de recurrir a la interpretación constitucional. En ese caso, sólo bastará ceñirnos al

²³ Sentencia No. 607-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 63.

²⁴ Sentencia No. 030-2005-PI/TC. Fundamentos jurídicos 39 y 40.

texto constitucional. Sin embargo, en el caso concreto, nos encontramos con que aparentemente dos derechos fundamentales están en conflicto y, por tanto, es necesario recurrir a la interpretación constitucional.

Como son derechos fundamentales los que serán objeto de interpretación constitucional, corresponde delimitar el concepto de derecho fundamental. Tradicionalmente, los derechos fundamentales son entendidos como principios y estos a su vez como mandatos de optimización (Castillo 2008:4).

Partiendo de esta definición, propia de la teoría absoluta de los derechos fundamentales, se entiende que el contenido de los derechos fundamentales tiende a expandirse ilimitadamente, pero en la medida que no es posible una pacífica convivencia con base en derechos ilimitados, surge la necesidad de frenar dicha expansión para hacer posible la convivencia humana (Castillo 2014:148).

Bajo esa apreciación, aparentemente el titular del derecho tendría “*derecho a todo*” y, por consiguiente, sería imposible evitar entrar en conflicto con otros derechos fundamentales. La única forma de frenar la referida expansión de los mandatos de optimización sería sacrificando el contenido constitucional del derecho opuesto (Alexy 1993:86).

Esta forma de entender los derechos fundamentales necesariamente lleva al intérprete a realizar un juicio de ponderación²⁵ al momento de enfrentarse a un conflicto de derechos fundamentales y a tener que asignar valores numéricos a cada uno para establecer la relación de precedencia condicionada de uno de los principios en juego sobre el otro al que se contrapone (Castillo 2008:9). Es decir, se privilegia uno buscando la menor afectación del otro.

La definición de Alexy ha sido criticada por ser una definición que necesariamente lleva a tener que sacrificar uno de los dos derechos en conflicto. Autores como Habermas y Prieto, citados por Castillo, quienes no conciben a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, afirman:

“creo que llamamos principios a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, (...). Pero, de otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad,

²⁵ Este ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en distintas oportunidades como por ejemplo en las sentencias No. 0016-2002-AI; No. 0008-2003-AI y No. 0048-2004-PI/TC.

sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida (...). En la primera acepción, los principios no tienen por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado. En la segunda acepción, creo que los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación o, al menos, no es esto lo decisivo” (2008:9-10)

Toller y Serna citados por Castillo critican la premisa de la que parte Alexy afirmando que no podría ser un verdadero bien humano, uno cuyo contenido impida la consecución de otros bienes humanos para la persona misma o para las demás con las que convive. Al requerirse el sacrificio de los derechos de una persona, esta persona sería un medio para la realización personal de la otra y así una persona “valdría más que otra” (2014:148).

Según Castillo, dejando de lado la concepción de derechos fundamentales como mandatos de optimización, lo cual conlleva a una serie de deficiencias y aporías, los derechos fundamentales deben ser concebidos como realidades limitadas y orientadas a una finalidad determinada. Así, el punto de partida para analizar los derechos fundamentales es el contenido esencial de los mismos (2014:148). De esta premisa partiremos para realizar la interpretación constitucional en el caso concreto.

El concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales nació en Alemania, al incorporarse en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 la prohibición al legislador de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales²⁶. Posteriormente, el concepto fue incorporado a otros ordenamientos jurídicos europeos como el español, en donde el propio Tribunal Constitucional Español lo desarrolló de la siguiente forma:

“se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido de este que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”²⁷

²⁶ **Ley Fundamental de la República Federal de Alemania**

“Artículo 19.- Restricción de los derechos fundamentales

(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

²⁷ Sentencia No. 11/1981. Sentencia del 08 de abril de 1981 del Tribunal Constitucional Español.

Al respecto, Abad sostiene que:

“El contenido esencial de un derecho fundamental es un concepto jurídico indeterminado que se concreta en relación a cada derecho fundamental, y - conforme lo entiende la jurisprudencia constitucional española-, comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible como tal e impiden su transformación en otra cosa” (1992:15)

La esencia del derecho fundamental es el elemento vital al momento de analizar una posible vulneración del mismo. El contenido esencial del derecho fundamental está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y dan sentido a su existencia y a su alcance.

Pero este contenido esencial no es ilimitado toda vez que la esencia está guiada por una finalidad concreta. Solo las atribuciones y facultades que estén dirigidas a dicha finalidad son las que formarán parte del contenido esencial del derecho. Ese contenido esencial es el que no puede ser sacrificado. Estamos frente a un contenido esencial único, limitado y delimitable (Castillo 2014:148-149).

Siendo ello así, frente a un aparente conflicto de derechos fundamentales, se deberá delimitar el contenido esencial de cada uno de los derechos para llegar a soluciones armónicas que no impliquen el sacrificio de alguno de ellos:

“es posible afirmar que las disposiciones iusfundamentales podrán concretarse y determinarse de manera armónica con las otras disposiciones iusfundamentales, de modo que el contenido constitucional de un derecho fundamental no sea consecuencia de ningún sacrificio, restricción o lesión de ningún otro derecho fundamental, sino que sea producto de la vigencia conjunta y razonable de un derecho fundamental en consideración con los demás derechos y bienes jurídico constitucionales igualmente vigentes y vinculantes” (Castillo 2008:11)

En palabras de Jiménez Campos citado por Abad, *“la tarea de delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental implica identificar todas las acciones públicas que contribuyan a definir los contornos generales y objetivos del mismo”*. La delimitación implica responder a la pregunta ¿en qué consiste el derecho fundamental alegado? (2019:226).

Nuestro Tribunal Constitucional se inclinó por la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales a través de diversos pronunciamientos en los cuales podemos identificar que no conciben a los derechos fundamentales como mandatos de optimización

en los términos planteados por Alexy²⁸. Veamos algunas afirmaciones del máximo intérprete de nuestra Constitución.

“a. En primer lugar, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados. En esta actividad el juez, conforme a la obligación constitucional de protección de los derechos fundamentales, debe dejar de lado aquellas interpretaciones formalistas y literales sobre los derechos presuntamente afectados para dar paso a la búsqueda e identificación de aquellos otros derechos fundamentales, que si bien no hubiesen sido mencionados expresamente en la demanda, son plenamente identificables desde una lectura atenta de los hechos contenidos en la demanda.

b. En segundo lugar, el juez constitucional debe identificar la verdadera pretensión del demandante. Para ello debe tenerse presente no solo el petitorio sino también todos los hechos alegados en la demanda, es decir, que la demanda debe ser examinada en su conjunto.

*c. En tercer lugar, **el juez constitucional deberá analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte del contenido constitucionalmente protegido de algunos de los derechos fundamentales** que son objeto de tutela del proceso de hábeas corpus. Si la pretensión no busca proteger tal contenido, la demanda debe ser declarada improcedente²⁹” (el resaltado es nuestro)*

*“La determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, **en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales** (...) en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, contrario sensu, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales³⁰” (el resaltado es nuestro)*

*“De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales **limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción**³¹” (el resaltado es nuestro)*

²⁸ En algunos de estos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional, acoge como sinónimo de “contenido esencial” el “contenido constitucionalmente protegido” al que hace referencia el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

²⁹ Sentencia No. 6218-2007-PHC/TC. Fundamento jurídico 16.

³⁰ Sentencia No. 1417-2005-AA/TC. Fundamentos jurídicos 21 y 27.

³¹ Sentencia No. 014-2002-AI/TC. Fundamento jurídico 93.

Para la delimitación del derecho fundamental, Castillo identifica una serie de herramientas con las que cuenta el intérprete, entre las cuales se encuentran diferentes principios de interpretación constitucional. Según el autor, además de partir del texto expreso de la Constitución, es viable acudir a otras disposiciones constitucionales vinculadas con el derecho constitucional, a normas internacionales sobre derechos humanos, al bien humano detrás del derecho fundamental y a las concretas circunstancias del caso a fin de justificar el alcance de protección constitucional que cada derecho fundamental trae consigo (2014:151-152).

Lo señalado es concordante con el hecho de que la persona humana debe ser considerada como una unidad en su esencia y además con el hecho de que la Constitución conforma un sistema y que sus distintas disposiciones deberán ser interpretadas buscando la unidad y evitando la contradicción. No existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos (Castillo 2005:10-19).

Hakansson-Nieto manifiesta que los métodos tradicionales de interpretación (literal, sistemático, teleológico, social, tópico, etc.) no son suficientes para comprender con seguridad el significado y contenido de la Constitución, por eso es necesario el refuerzo de unos principios que nos ayuden a descubrir el significado de sus disposiciones. Los principios son aquellas instituciones que poseen cierta proyección normativa de las cuales se pueden obtener reglas jurídicas; no todos se encuentran en la Constitución, muchos se encuentran fuera de ella, pues se invocan, mueven y desarrollan mejor en un mundo de sentencias (2009:63).

Centrémonos en la sentencia No. 607-2009-PA/TC del 15 de marzo de 2010. En este pronunciamiento el Tribunal Constitucional abordó la institución objeto de estudio y dio a entender que la forma de solucionar el conflicto entre el derecho a la efectividad de las sentencias (abordado como derecho a la ejecución de sentencias por el Tribunal Constitucional) y el derecho a la pluralidad de instancias es a través de la ponderación de derechos fundamentales. Sin embargo, el máximo intérprete hizo expresa referencia al contenido constitucionalmente protegido de los derechos en conflicto³².

³² Sentencia No. 607-2009-PA/TC. Considerando 57.

En ese contexto, proponemos que el principio de interpretación constitucional para superar la aparente colisión de los referidos derechos fundamentales, y al que debió hacer expresa referencia el Tribunal Constitucional, es el principio de concordancia práctica.

En virtud de este principio de interpretación constitucional, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que para la solución del problema se debe buscar que todos ellos conserven su identidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ponderación de bienes o incluso abstracta ponderación de valores, realizar el uno a costa del otro (Hesse 1992:45).

Abad explica que no cabe resolver el conflicto suscitado (entre derechos fundamentales) aceptando de plano la superioridad de tal o cual derecho pues no estamos ante un orden jerarquizado de bienes constitucionalmente protegidos. El probable conflicto debe ser resuelto en base a una ponderación que no pretenda hacer prevalecer uno sobre otro, sino que busque, en la medida de lo posible, la "concordancia práctica" de ambos derechos fundamentales (1992:8).

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional señaló:

*"la aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, **sin sacrificar ninguno de los valores**, derechos o principios constitucionales, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica", se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado³³" (el resaltado es nuestro)*

*"(...) bajo los alcances del principio de concordancia práctica, **que exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes**. Entre esas exigencias y principios se encuentran, por ejemplo, la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez, la prohibición de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, etc.³⁴" (el resaltado es nuestro)*

En la misma línea, Hakansson-Nieto afirma:

"El principio consiste en coordinar el contenido de diversas instituciones constitucionalmente relevantes, y vincularlas entre sí, para interpretar y

³³ Sentencia No. 05156-2006-PA/TC. Fundamento jurídico 19.

³⁴ Sentencia No. 1013-2003-HC/TC. Fundamento jurídico 6.

conocer el significado de cada una de ellas. Este principio es equivalente al método sistemático, ya que también es un conjunto integral y armónico de partes que se interrelacionan e interactúan según principios comunes de funcionamiento” (2009:64)

Lo que se busca con este principio de interpretación constitucional es encontrar una solución armónica entre los dos derechos aparentemente en colisión y de esa forma, estos conserven su identidad y no se llegue al extremo de sacrificar, limitar o perjudicar alguno de ellos. Para ello, será necesario identificar el contenido esencial de cada derecho y corroborar si estos no se ven afectados en el aparente conflicto en cuestión.

De acuerdo a lo explicado por Castillo, el aplicar el principio de concordancia práctica, conlleva a tener que reformular el principio de “proporcionalidad” (idoneidad, necesidad y ponderación), el cual ahora estará orientado a definir el alcance limitado del contenido de un derecho fundamental dentro de unas circunstancias concretas, de manera que haga posible la determinación del ejercicio razonable del mismo y así lograr una armonía entre los derechos fundamentales. Lo proporcional ya no equivaldría a determinar relaciones de precedencia entre los derechos en pugna (ver cual pesa más que otro), sino implicaría limitar el contenido esencial del derecho para buscar una armonía con los otros derechos fundamentales y así no tener que sacrificar alguno de ellos. Limitarlo más de lo estrictamente necesario no sería “proporcional” (2008:15-18).

Además de este principio de interpretación constitucional, diversa doctrina y jurisprudencia hacen referencia a otros principios como el principio de unidad de la Constitución, el principio de corrección funcional, el principio de eficacia integradora, el principio de fuerza normativa de la Constitución y el principio pro homine; los cuales les dan diferentes enfoques y salidas a los operadores jurídicos para la interpretación en cada caso concreto³⁵. Nótese que estos principios serán aplicados de manera conjunta con los métodos tradicionales de interpretación a fin de buscar la solución más adecuada al caso concreto.

Bajo esa apreciación, a efectos de aplicar el principio de concordancia práctica partiendo de una reformulación del principio de proporcionalidad, además de aplicar los métodos tradicionales de interpretación literal y teleológico, es necesario añadir una interpretación sistemática que, en aplicación del principio de unidad de la Constitución, ayude a descartar las interpretaciones iusfundamentales contradictorias. De esa forma, será viable delimitar el

³⁵ Véase: Castillo 2005:14-17, Hakansson-Nieto 2009:63-75; Sentencia No. 0005-2003-AI/TC, Sentencia No. 05156-2006-AA y Sentencia No. 0008- 2003-AI/TC.

contenido constitucional de un derecho fundamental para hacerlo compatible (armonioso) con el de los demás derechos fundamentales (Castillo 2008:17).

Apliquemos el principio de concordancia práctica al caso concreto. Para ello debemos identificar el contenido esencial de los derechos que aparentemente se encuentran en conflicto. Para este caso, únicamente nos centraremos en el derecho a la efectividad de las sentencias, a efectos de contrastarlo con el derecho a la pluralidad de instancias³⁶. Ambos derechos son parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Del desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal del derecho a la efectividad de las sentencias podemos identificar que:

- (i) Implica que los efectos de una sentencia se concreten en la realidad;
- (ii) Implica que los órganos jurisdiccionales adopten todas las medidas que están a su alcance para hacer cumplir la sentencia;
- (iii) Implica que la sentencia se ejecute en sus propios términos; y
- (iv) Se encuentra fuera del ámbito de este derecho la oportunidad y la idoneidad de la sentencia.

Así es como vamos delimitando el contenido esencial del derecho a la efectividad de las sentencias. Como bien señala Martínez de Velasco, haciendo énfasis en el punto (iii) antes señalado:

*“La salvaguarda de **este contenido esencial** demanda la ausencia de límites y condicionamientos que entorpezcan o dificulten la ejecución de lo resuelto en sus propios términos, (...) **La identidad entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo debe ser, pues, el primer objetivo**”* (el resaltado es nuestro) (2000:58)

Corresponde ahora hacer el mismo ejercicio con el derecho a la pluralidad de instancias. A nivel constitucional, este derecho está recogido en el inciso 6 del artículo 139 de nuestra Constitución. A nivel legal, en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil se

³⁶ Estos derechos fueron los que el Tribunal Constitucional en la sentencia No. 607-2009-PA/TC sometió a un test de proporcionalidad. Sin perjuicio de ello, es posible realizar el mismo análisis para aplicar el principio de concordancia práctica, contrastando el derecho a la efectividad de las sentencias con otros derechos conexos al de pluralidad de instancias, como lo es el derecho a recurrir o también contrastando el derecho a una tutela oportuna con el derecho a la pluralidad de instancias.

establece que “el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta”. De la misma forma, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece lo siguiente:

“Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley”

En dispositivos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas³⁷ y el Pacto de San José³⁸ se hace referencia al derecho a la pluralidad de instancias, pero sólo en materia penal. Sin embargo, y como bien lo ratificó el Tribunal Constitucional³⁹, la Corte Interamericana reconoció expresamente que la referencia a la pluralidad de instancias va más allá del ámbito penal⁴⁰.

Jordán define el derecho a la pluralidad de instancias como:

“el análisis o examen de un mismo asunto por dos grados jurisdiccionales distintos; y coincidiendo con toda la doctrina, se atribuye el fundamento de la existencia de la doble instancia, a un fundamento meramente psicológico, el cual consistiría en intentar evitar el posible error humano. Se dice por ello que la impugnación nos lleva a una mayor y mejor justicia” (2005:70)

Nuestro Tribunal Constitucional delimitó el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias de la siguiente forma:

*“tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial **tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal (...)** En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión*

³⁷ **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas**

“Artículo 14.-

(...)

5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.*

³⁸ **Pacto de San José**

“Artículo 8.-

(...)

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

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

³⁹ Sentencia No. 607-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 57.

⁴⁰ Sentencia del 31 de enero de 2001. Caso del Tribunal Constitucional vs Perú.

*estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139º, inciso 14, de la Constitución*⁴¹ (el resaltado es nuestro)

*“El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez –en tanto derecho fundamental de configuración legal–, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que **el referido derecho no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso***⁴² (el resaltado es nuestro)

*“A criterio del Tribunal Constitucional, prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el **derecho de toda persona a un recurso eficaz contra:** a) La sentencia que le imponga una condena penal. b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal. c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental. d) **La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental***⁴³ (el resaltado es nuestro)

Lo que se busca con esta garantía constitucional es que, si un individuo identifica que una resolución judicial incurre en ciertos vicios y le produce agravio, éste tenga el derecho a que la resolución judicial sea revisada por un órgano jurisdiccional superior.

Es por ello que, dentro de un proceso, existen los medios impugnatorios que están a disposición de las partes o de terceros legitimados, justamente para proteger el derecho a la pluralidad de instancias. Como explica Priori, al vincular el derecho a la pluralidad de instancias con el derecho a impugnar, ambos enmarcados dentro del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

“Los tratados internacionales en materia de derechos humanos configuran el derecho a la impugnación como el derecho que tiene el procesado a apelar el fallo condenatorio. La Constitución peruana va más allá y establece el derecho a la pluralidad de instancia (...), con lo cual resulta claro que tiene una extensión más amplia” (2019:114)

El medio impugnatorio ha sido definido por Monroy Gálvez como:

⁴¹ Sentencias No. 5108-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 6.

⁴² Sentencia No. 05410-2013-PHC/TC. Fundamento jurídico 2.3.

⁴³ Sentencia No. 4235-2010-PHC/TC. Fundamento jurídico 25.

“el instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin que se anule o revoque éste, total o parcialmente” (1992:21)

Precisamente, el medio impugnatorio por excelencia es el recurso de apelación y de acuerdo a lo explicado por Ariano, citada por Rioja, *“todas las impugnaciones (pero en particular la apelación), en tanto permiten llevar a conocimiento de un segundo juez lo resuelto por el primero, son una suerte de garantía de garantías, en buena cuenta una garantía del debido proceso mismo, porque son el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte del juez a quo y, por otro, para permitir corregir (lo antes posible) los errores del mismo” (2014:261).*

Este lo encontramos regulado en el artículo 364 del Código Procesal Civil⁴⁴ y está estrechamente vinculado al derecho a la pluralidad de instancias:

“Y como el paso de una instancia (la primera) a otra (la segunda) no es por generación espontánea, sino por un acto de parte, y en concreto a través de los que solemos llamar un medio de impugnación, resulta inevitable que por derecho a la pluralidad de la instancia se termine entendiéndose como el derecho a los recursos (o más general a las impugnaciones) que tal pluralidad promueven” (Ariano 2002:396)

Así, el recurso de apelación es el acto procesal por medio del cual se concretiza la doble instancia (Nuñez del Prado 2015:47). Con este contexto claro, y partiendo del desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal antes explicado, tenemos que el derecho a la pluralidad de instancias:

- (i) Implica que lo resuelto por el órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior, siempre que se haya hecho uso del medio impugnatorio pertinente, dentro del plazo legal y se acredite el agravio producido.
- (ii) Es aplicable tanto a procesos penales como a procesos extra penales, como lo es el proceso civil.

⁴⁴ **Código Procesal Civil**

“Artículo 364.- 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”.

- (iii) No implica poder impugnar todas las resoluciones que se emitan al interior de un proceso sin distinción alguna.

Como se puede apreciar, en el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias que hemos delimitado no encontramos que el medio impugnatorio necesariamente deba de tener un efecto suspensivo, lo cual genera que mientras el superior jerárquico revise el pronunciamiento del órgano de primer grado, el pronunciamiento no produce efectos. En palabras del Tribunal Constitucional, *“el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias”*⁴⁵.

Delimitados tanto el contenido esencial del derecho a la efectividad de las sentencias y del derecho a la pluralidad de instancias, encontramos un punto de encuentro: Es posible solicitar que la sentencia estimativa emitida por un órgano de primer grado sea eficaz, a pesar de que esta sea objeto de impugnación, para optimizar el derecho a la efectividad de las sentencias y ello no vulnera el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias.

La razón es sencilla: La efectividad de la sentencia de primer grado no implica que el agraviado no pueda interponer recurso de apelación contra la misma. Podrá hacerlo sin ningún problema, la única diferencia es que la sentencia de primer grado podrá tener una incidencia directa en el derecho material cuya protección se solicitó, desde el momento en que es emitida. Mientras los órganos superiores revisen la sentencia de primer grado, ésta ya se habrá actuado como una sentencia firme porque las circunstancias del caso lo ameritaban en resguardo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Toda vez que la institución de la actuación de sentencia impugnada busca precisamente ello, es válido afirmar que, al aplicarla, ni el derecho a la pluralidad de instancias ni el derecho a la efectividad de las sentencias se están viendo vulnerados.

Siguiendo la premisa del principio de concordancia práctica, al delimitar el contenido esencial de ambos derechos encontramos que, al aplicar la institución objeto de estudio, ambos conservarán su identidad y su esencialidad. No existe una colisión entre ellos, no se requiere el sacrificio de ninguno y el contenido esencial de ambos queda intacto.

La aplicación de la institución no implica que las partes no puedan recurrir a medios impugnatorios. Al contrario, en resguardo del derecho a la pluralidad de instancias, las partes

⁴⁵ Sentencia No. 607-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 57.

podrán impugnar la sentencia de condena estimativa de primer grado y si el órgano jurisdiccional identifica vicios en la misma entonces la revocará o la declarará nula y, por tanto, sus efectos perderían eficacia. ¿Se afectó el derecho a la pluralidad de instancias? Evidentemente no.

El análisis realizado parte de la premisa de que la sentencia estimativa de primer grado que tendrá eficacia en el ámbito de la realidad no produce efectos irreversibles. Siendo ello así, queda claro que la aplicación del principio de concordancia práctica en el caso concreto está en consonancia con el hecho de que el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias y por tanto es posible encontrar una solución armónica con el derecho a la efectividad de las sentencias sin necesidad de recurrir a la ponderación para sacrificar alguno de ello.

La aplicación de la actuación de sentencia impugnada, en resguardo del derecho a la efectividad de las sentencias y del derecho a una tutela oportuna, no vulnera el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias. La forma de corroborarlo es realizando una interpretación constitucional bajo el principio de interpretación constitucional de concordancia práctica y delimitando el contenido esencial de los derechos. La colisión entre estos derechos fundamentales, como bien lo mencionamos al inicio, es aparente.

1.5. Diferencias de la institución con las medidas cautelares

La actuación de una sentencia de condena estimativa de primer grado, sin que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, podría darnos a entender que dicha actuación denota una urgencia que identificó el órgano jurisdiccional al momento de amparar la solicitud.

Es decir, por las circunstancias del caso, a criterio del órgano jurisdiccional no era conveniente esperar a los órganos superiores para que examinen la sentencia estimativa y, por tanto, decidió ordenar la actuación inmediata de la misma.

Este elemento de “urgencia” puede levantar cierta confusión respecto a las medidas cautelares, las cuales tienen arraigada a su esencia el mismo. Sin embargo, no es correcto afirmar que la actuación de sentencia impugnada es equiparable a una medida cautelar. Como veremos a continuación, son instituciones jurídicas completamente distintas.

Para identificar ello, en primer lugar, debemos centrarnos en el concepto de tutela diferenciada. Como bien explican Monroy Gálvez y Monroy Palacios, en el siglo XX surgieron

nuevos derechos y la necesidad de una forma distinta de tutela producto de las nuevas relaciones sociales forjadas, las cuales le plantearon al procesalista un reto de supervivencia: o cambiar el proceso a fin de adecuarlo a las nuevas exigencias de la sociedad o hacerlo perecer (2001:175-177). En este contexto, resultó indispensable el surgimiento de una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria: la tutela diferenciada.

Se identificó una serie de situaciones jurídicas materiales que requerían de una tutela específica del proceso para que sean resguardadas eficazmente. No bastaba una tutela ordinaria para dichas situaciones. En palabras de Priori:

“La tutela jurisdiccional debe estar en capacidad de responder con esa efectividad ante cualquier situación en la que se lesione o amenace el derecho. La tutela jurisdiccional debe responder de modo diverso, en atención a las necesidades de protección de derechos. A eso es a lo que se denomina tutela diferenciada (...) surge en oposición a la idea de que debe existir un solo modelo de proceso, el del proceso ordinario” (2019:138)

En la misma línea, Monroy Gálvez y Monroy Palacios afirman que:

“una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de tutela ordinaria, así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada tutela jurisdiccional diferenciada” (2001:177)

Estos autores clasificaron la tutela diferenciada en tutela diferenciada preventiva y tutela diferenciada urgente. La tutela diferenciada preventiva es definida como aquel tipo de actividad jurisdiccional que tiene por finalidad específica eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias - de dar, hacer o de no hacer - no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial, es decir, de prestaciones infungibles (Monroy Gálvez y Monroy Palacios 2001:181).

Se parte de la premisa de que el proceso no sólo debe responder frente a lesión de derechos sino también frente a las amenazas de derechos y por tanto la tutela jurisdiccional puede operar antes de que se produzca la lesión, previniéndose afectaciones a derechos materiales (Priori 2019:149-150). Esa es la razón por la cual esta manifestación de tutela diferenciada se vincula con la tutela inhibitoria. En este caso, la tutela se manifiesta “*ex ante*”.

Sin embargo, es en la tutela diferenciada urgente en donde nos vamos a enfocar para diferenciar la actuación de sentencia impugnada con las medidas cautelares. Priori describe esta forma de tutela de la siguiente forma:

“muchas veces, la situación de lesión o de amenaza de lesión en la que se encuentran determinados derechos requiere una respuesta jurisdiccional inmediata. No dar esa respuesta en la oportunidad requerida condena irremediablemente a la afectación irreparable de dicho derecho, lo que generaría una degeneración de justicia” (2019:148)

La tutela de urgencia tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso. Esta tutela urgente no está reemplazando a la tutela ordinaria, sino que la complementa, porque en el fondo ambas deben apuntar a otorgar una tutela jurisdiccional efectiva (Monroy Gálvez y Monroy Palacios 2001:190).

Como se puede apreciar, tanto la institución de la actuación de sentencia impugnada como el uso de medidas cautelares buscan evitar que la situación jurídica material se lesione producto del paso del tiempo. Para ello es necesario una respuesta inmediata de la judicatura, ya sea actuando la sentencia de primer grado como si fuera una sentencia con calidad de cosa juzgada o ya sea otorgando una medida cautelar para resguardar la situación jurídica del demandante. Así, la tutela diferenciada urgente es el punto de encuentro entre las medidas cautelares y la institución objeto de estudio.

Pero este punto de encuentro se divide en dos ramas de tutela de urgente: la tutela urgente cautelar y la tutela urgente satisfactiva. Como bien señala Sotero comentando la regulación del ordenamiento jurídico argentino: “todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar” (2015:46)

Si bien, algunos autores no hacen una distinción clara entre la tutela cautelar y la tutela satisfactiva, afirmando por ejemplo que los proveimientos cautelares podían ser tanto asegurativos como satisfactivos (Mitidiero 2013:263), un gran sector doctrinario reconoce que, a pesar de que ambas (cautelar y satisfactiva) son parte de la tutela diferenciada urgente, estas tienen características propias a partir de las cuales resulta válido afirmar que no es posible equiparar la tutela urgente cautelar a la tutela urgente satisfactiva y, por consiguiente, no es posible equiparar una medida cautelar a la actuación de sentencia impugnada.

Respecto de la tutela cautelar se ha escrito bastante. A inicios del siglo XX, Giuseppe Chiovenda con su texto *“Principi di diritto processuale civile dal corso di lezioni”* de 1912 desarrolló las premisas y cimientos de las medidas provisionales cautelares o conservativas que desarrollaría en su texto *“Istituzioni di diritto processuale civile”* de 1935.

Este autor identificó un principio que se mantendría en la mente de los juristas con el paso del tiempo: *“la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”* (Priori 2019:145). Antes de la obra de Chiovenda, la tutela cautelar estaba muy vinculada a la tutela ejecutiva. Las medidas cautelares eran abordadas como “anexos” de la ejecución. A partir de la obra de Chiovenda, la tutela cautelar se distingue con mayor claridad de otros tipos de tutela.

Las ideas de Chiovenda fueron continuadas por otros juristas como Francesco Carnelutti, quien, en su texto *“Lezioni di diritto processuale civile”* de 1929, analizó la estructura, la función y el contenido de la tutela cautelar, así como por Piero Calamandrei, quien con su texto *“Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari”* de 1936, esbozó el análisis más completo de la tutela cautelar del siglo XX (Proto Pisani 2003:418).

Con el paso del tiempo, diversos juristas se aventuraron a desarrollar las implicancias y las características de la tutela cautelar desde diversos puntos de vista. Sin embargo, muchos de ellos partieron de los estudios de Calamandrei para sacar sus propias conclusiones. Es decir, desarrollaron la provisionalidad del mandato cautelar (proveimiento) como un instrumento para frenar los daños producidos por el *“pericolo di tardavità”* (peligro en la demora) o por el *“pericolo di infruttuosità”* (peligro de infructuosidad), posicionando a la instrumentalidad como uno de los rasgos más típicos de la tutela cautelar. Este proveimiento debía ser adoptado bajo una cognición sumaria, con todos los elementos que tenga el juzgador en ese momento para tomar una decisión (Mitidiero 2013:262-263).

Calamandrei explica que el proveimiento cautelar tiene como fin asegurar la eficacia de la providencia definitiva de la siguiente forma:

“hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al

cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predisposto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez, es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento” (2005:45)

Calamandrei negó los alcances propuestos por Chiovenda del poder general de cautela. Para Chiovenda, en todo ordenamiento jurídico debe existir la posibilidad general de exigirle al Estado tutela jurisdiccional cautelar, independientemente de que las medidas cautelares en concreto se encuentren tipificadas por el legislador. Sin embargo, para Calamandrei, el proceso de conocimiento es el único que podría permitir válidamente y de modo general el dictado de una providencia jurisdiccional que afecte la esfera jurídica de un sujeto; estando reservada para la tutela cautelar dicha posibilidad solo de manera excepcional (Priori 2003:182-184).

Posteriormente, Proto Pisani sostuvo que la tutela cautelar se centra en los remedios destinados a neutralizar los daños que podían ocasionarse al demandante producto de la duración de un proceso de cognición plena, haciendo referencia a los conceptos de “*durata fisiológica*” y “*lentezza patológica*” del proceso (Mitidiero 2013:264).

Precisamente, el peligro en la demora que fue identificado correctamente por Calamandrei, se posicionó como el presupuesto esencial de la tutela cautelar, llegando a concebirse como la justificación del dictado de toda medida cautelar.

En el ordenamiento jurídico peruano, en la Sección Quinta del Título IV del Código Procesal Civil, encontramos las siguientes disposiciones que regulan las medidas cautelares de manera general:

“Artículo 611.- *El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:*

- 1. La verosimilitud del derecho invocado.*
 - 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.*
 - 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.*
- La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.*
La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.
La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad

Artículo 612.- *Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”*

En la misma línea, nuestro Tribunal Constitucional desarrolló la función de las medidas cautelares de la siguiente forma:

“la función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Existen procesos que, por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para eficacia del derecho. Así, las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de amparo. Es por eso que el profesor Calamandrei las configura como instrumentos del instrumento⁴⁶”

La medida cautelar es concebida como un instrumento destinado a proteger la efectividad de la sentencia a expedirse en el proceso principal. En palabras de Priori:

“Dado que la función de la tutela cautelar era asegurar la eficacia de la sentencia que se iba a dictar en el futuro, su elemento característico fundamental y su razón de ser era, precisamente, el temor de que el tiempo que toma el proceso pueda generar un daño a quien se veía en la necesidad de acudir a él. De este modo, las medidas cautelares tenían por finalidad evitar que, durante el tiempo que tome el proceso, se produzca un evento que pudiera afectar su eficacia” (2019:145-146)

Haciendo una síntesis de diversos estudios que desarrollaron la tutela cautelar, Monroy Gálvez y Monroy Palacios identificaron las siguientes características en común (2001:193-194):

- La tutela cautelar no busca la satisfacción plena de la situación jurídica tutelada. Las medidas cautelares – o providencias – no generan firmeza o definitividad.
- El objetivo de la tutela cautelar es lograr la eficacia del proceso.
- Las medidas cautelares son provisorias. No crean una situación jurídica a partir de la cual se puedan sostener otros derechos.
- Las medidas cautelares son instrumentales. Lo que se busca es que la decisión transformadora de la realidad jurídica y/o material con carácter definitivo sea auténticamente eficaz. Estamos ante el instrumento del instrumento.

⁴⁶ Sentencia No. 0023-2005-PI/TC del 27 de octubre de 2006. Fundamento 38.

A partir de estas características, junto a la instrumentalidad de la tutela cautelar, la provisoriedad y la variabilidad de la misma hacen notoria la distinción entre un mandato cautelar y una sentencia con autoridad de cosa juzgada:

“A diferencia de una sentencia con calidad de cosa juzgada que es definitiva la resolución cautelar es provisoriana entendiéndose por ello que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio; y ese evento sucesivo natural debe ser la sentencia cuya efectividad resguardaba la medida cautelar; si la sentencia fuera fundada, se valdría de lo resguardado con la medida cautelar, y si fuera infundada, revocaría los efectos de la medida cautelar. Las medidas cautelares tienen un tiempo de duración determinado: duran hasta que exista sentencia. (...) Cuestión distinta es el carácter variable de las medidas cautelares. Por esta característica, se entiende que al haberse expedido una resolución cautelar con base en una verosimilitud en el derecho y un peligro en la demora configurados en un momento determinado y bajo determinadas circunstancias (piénsese, por ejemplo, al inicio de un proceso), la modificación de tales circunstancias puede justificar la modificación de la tutela cautelar otorgada” (Sotero 2014:46)

Distinto es el caso de la tutela urgente satisfactiva. Con este tipo de tutela, a diferencia de la tutela cautelar, lo que se busca es una solución inmediata y definitiva de la situación jurídica material. En palabras de Priori:

“la tutela de urgencia satisfactiva actúa allí donde la tutela cautelar no es eficaz (...) La tutela de urgencia satisfactiva actúa porque el derecho se encuentra en una situación de lesión o de amenaza que requiere una respuesta jurisdiccional definitiva de modo inmediato” (2019:149)

Toda pretensión que requiera una tutela urgente satisfactiva debe tener una probabilidad intensa, es decir, una alta probabilidad de ser acogida (Monroy Gálvez y Monroy Palacios 2001:203).

Estamos ante dos polos opuestos. La satisfacción se contrapone a la tutela cautelar. La tutela satisfactiva busca la realización de un derecho. En la tutela satisfactiva no existe el elemento de instrumentalidad. Las situaciones fáctico-jurídicas sometidas a la tutela cautelar son más inestables que las sometidas a la tutela satisfactiva:

“(la tutela cautelar) Dura mientras no se alteren los presupuestos fáctico-jurídicos que determinaron su prestación. Dura mientras dure la necesidad inherente a su protección. Así, la tutela cautelar asegura que pueda eventualmente ocurrir satisfacción. En cambio, la tutela satisfactiva es una

protección jurisdiccional que desde ya realiza un derecho, sin ninguna ligación con otro derecho” (Mitidiero 2013:266)⁴⁷.

Como bien señala Marinoni, al abordar la tutela anticipada o anticipatoria en Brasil, la cual conlleva a otorgar una tutela satisfactiva, y recogiendo opiniones de diversa doctrina:

“La tutela anticipatoria, sin embargo, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización – y no su seguridad – frente a cognición sumaria o verosimilitud (...) La tutela final puede ser asegurada por la tutela cautelar o satisfactiva o realizada con base en cognición sumaria (tutela anticipatoria) (...) La satisfacción ocurre a través del anticipo de los efectos, en todo o en parte, del proveimiento postulado (...) tutela anticipatoria es tutela satisfactiva en el plano de los hechos, ya que realiza el derecho, dándole al requirente el bien de la vida que ha requerido con la acción de conocimiento” (2010:37-42)

Con esta distinción clara, conviene hacer referencia a la tutela urgente satisfactiva provisional y la tutela urgente satisfactiva autónoma:

“La llamada tutela urgente satisfactiva provisional es prestada por medidas urgentes satisfactivas interinales: son medidas satisfactivas, pero provisorias, pues satisfacen por anticipación, en tanto no sean sustituidas por sentencia que sea capaz de ofrecer satisfacción fundada en juicio definitivo, o en tanto no sean revocadas por decisión posterior (...) La llamada tutela urgente satisfactiva autónoma es prestada por medidas de la misma naturaleza que las medidas anticipatorias, pero que no pueden ser consideradas provisorias por generar efectos absolutamente irreversibles y que deberán agotarse antes de que sea posible la formación de un juicio fundado en una cognición completa” (Cardoso citado por Panduro 2012:227)

Como bien señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia No. 607-2009-PA/TC, la institución de la actuación de sentencia impugnada sólo debe aplicarse en los casos que la sentencia que será actuada no genere efectos irreversibles.

En ese sentido, esta institución ofrece una tutela urgente satisfactiva provisional, toda vez que podrá ser modificada por un pronunciamiento futuro del órgano superior si es que verifica que la sentencia de condena estimativa de primer grado incurrió en un error in iudicando o in procedendo.

A partir de lo expuesto, la actuación de sentencia impugnada no puede ser equiparada a una medida cautelar en tanto, la primera pertenece a la tutela urgente satisfactiva provisional y la segunda a la tutela urgente cautelar. Partiendo de estos dos diferentes tipos de tutela, se

⁴⁷ Sin perjuicio de la distinción que hace el autor entre tutela urgente y tutela satisfactiva, discrepamos cuando afirma que la tutela cautelar, al igual que la satisfactiva, es definitiva y no es temporal.

derivan una serie de diferencias, tanto por la naturaleza de los institutos como por el procedimiento en sí. Veamos:

Diferencias por la naturaleza

- (i) El derecho alegado en un proceso cautelar, al ser sólo aparente, nunca adquirirá certeza con el otorgamiento de una medida cautelar. En cambio, con la actuación de sentencia impugnada, el derecho invocado sí puede llegar a adquirir certeza porque el mismo se está satisfaciendo en el proceso principal desde un inicio.
- (ii) En la actuación de sentencia impugnada estamos frente a una verdadera ejecución de sentencia que conlleva a la realización del derecho, en cambio, al ser la medida cautelar instrumental por naturaleza, sólo asegurará la satisfacción del mismo en el proceso principal.
- (iii) El análisis del órgano jurisdiccional al momento de otorgar una medida cautelar será a través de una cognición sumaria horizontal, puesto que sólo ha escuchado a una de las partes para tomar la decisión. Sin embargo, en el caso de la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, el órgano jurisdiccional sí analizó las posiciones de ambas partes, pero a través de una cognición sumaria vertical, es decir, no atendió “plenamente” las posiciones de las partes por la propia estructura sumaria de los procesos constitucionales en los cuales está regulada la institución objeto de estudio⁴⁸ (Cairo 2014:255).
- (iv) Para otorgar una medida cautelar se exige una apariencia en el derecho invocado⁴⁹, mientras que, para la actuación de sentencia impugnada, se debe acreditar un grado de certeza mucho mayor al de apariencia. Ese mayor grado lo vemos reflejado en que para solicitar la aplicación de la institución objeto de estudio, la sentencia de primer grado debe ser estimativa.

⁴⁸ De conformidad con el Código Procesal Constitucional, la institución objeto de estudio está regulada para el proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento.

⁴⁹ No obstante, sobre el presupuesto de verosimilitud en el derecho, debemos precisar que, de acuerdo a lo explicado por Mitidiero y ratificado por Cavani: “*juzgar con base en cognición sumaria ya no puede seguir significando, para el juez, un amparo en la verosimilitud para escamotear el procedimiento de valoración de la prueba, so pretexto de una «apariencia del derecho» o la postergación del contradictorio. Emplear la cognición sumaria presupone una valoración probatoria precisa, en donde el juez demuestre cómo es que llegó a la corroboración de la hipótesis suficiente para dar la tutela concedida*”. (Cavani 2015:822-823).

Diferencias procedimentales

- (i) Para que se conceda una medida cautelar, además de la apariencia del derecho, se exige acreditar un peligro en la demora y que la medida se adecuada, sin embargo, estos requisitos no son exigibles para la actuación de sentencia impugnada.
- (ii) Una medida cautelar puede solicitarse antes del proceso⁵⁰ y antes de que exista un pronunciamiento de fondo del juzgador. En cambio, en la actuación de sentencia impugnada, se necesita que haya concluido una primera etapa del proceso, con un pronunciamiento favorable para el solicitante de la actuación de sentencia impugnada.
- (iii) Una medida cautelar puede solicitarse varias veces en un proceso, puede ser variada⁵¹ o sustituida⁵² de acuerdo con las circunstancias que acrediten las partes. Sin embargo, ello no ocurre para el caso de la actuación de sentencia impugnada.
- (iv) En toda medida cautelar es necesaria una contracautela para restar los daños que se le pueda generar a la otra parte⁵³. Tan es así que nuestro Código Procesal Civil sanciona al sujeto que solicita una medida cautelar maliciosamente⁵⁴. En cambio, para la actuación inmediata de sentencia en los procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento), no se ha establecido como requisito obligatorio una contracautela, sino que esta será solicitada de modo excepcional.
- (v) La actuación de sentencia impugnada puede ser a pedido de parte o de oficio, en cambio, toda medida cautelar es a pedido de parte.
- (vi) La actuación de sentencia impugnada sólo se entiende respecto de sentencias de condena, sin embargo, las medidas cautelares pueden tener como objeto pretensiones de las cuales se deriven sentencias declarativas y constitutivas.

Tan clara es la distinción entre una medida cautelar y la actuación de sentencia impugnada que el mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 607-2009-PA/TC, en el acápite xi

⁵⁰ Artículos 608 y 636 del Código Procesal Civil.

⁵¹ Artículo 617 del Código Procesal Civil.

⁵² Artículo 628 del Código Procesal Civil.

⁵³ Artículos 610 y 613 del Código Procesal Civil.

⁵⁴ Artículo 621 del Código Procesal Civil.

del fundamento jurídico 63, dejó expresa constancia que una vez emitida la sentencia estimativa de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata de la sentencia o una medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluirá la otra.

Tomando las palabras de Perez Gordo citado por Arce, quien aborda la institución como una “ejecución provisional”:

“la naturaleza y función de la ejecución provisional es la propia de la ejecución ordinaria, es decir, esencialmente satisfactiva para el ejecutante dentro de los límites de la ejecución misma, la naturaleza de la medida cautelares simplemente de tutela, de aseguramiento o garantía, no pudiendo llegarse en la adopción de la misma hasta penetrar en la propia esfera jurídica del perjudicado por la medida” (2017:35)

Conviene hacer especial referencia a la medida cautelar coincidente. Como bien señalan Monroy Gálvez y Monroy Palacios, este tipo de medida cautelar, como todas, buscan asegurar la eficacia de la sentencia final, pero en este caso los efectos coincidirán con el proceso principal. Esto puede llevar a mucha confusión respecto a la actuación de sentencia impugnada porque, en la práctica, sea que se conceda la medida cautelar coincidente o se aplique la actuación de sentencia impugnada, los efectos serían los mismos.

Sin embargo, y como bien señalan Monroy Gálvez y Monroy Palacios:

“la identidad que pudiera existir entre los efectos de la medida cautelar coincidente y la sentencia del proceso principal no es de carácter jurídico. Lo que en realidad hace la cautelar coincidente es establecer una coincidencia práctica entre lo que se ejecuta y los efectos de lo pedido” (2001:201)

En nuestro ordenamiento jurídico, la medida cautelar coincidente la encontramos regulada en el artículo 674 del Código Procesal Civil como “medida cautelar temporal sobre el fondo”⁵⁵. De ser concedida, el proceso se tramitaría como si ya se hubiera emitido una sentencia estimativa. Así, esta medida cautelar puede ser fácilmente equiparada a una actuación de sentencia impugnada y eso puede ser un problema.

⁵⁵ **Código Procesal Civil**

“Artículo 674.- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público”

Sostenemos que el problema parte de la clasificación de esta medida cautelar en nuestro ordenamiento jurídico. Como bien señala Sotero, este tipo de medidas cautelares en realidad no tienen la característica innata de medida cautelar (no es instrumento del instrumento), sino que llegan a tener efectos meramente satisfactivos (2015:50)⁵⁶.

La medida cautelar temporal sobre el fondo no debió ser clasificada como una medida cautelar per se porque, en realidad, lo que se genera es la satisfacción del derecho a partir de una cognición sumaria, otorgándose una tutela satisfactiva.

Sin perjuicio de ello y partiendo de que la medida cautelar temporal sobre el fondo se encuentra en el ámbito de la tutela cautelar (sea concebida como asegurativa o satisfactiva), las distinciones con la actuación de sentencia impugnada, al igual que con toda medida cautelar, serían únicamente por la regulación que se le otorga y por la propia naturaleza de ambos institutos. En palabras de Monroy Gálvez:

“Cuando se propone una demanda, esto es, cuando se inicia un proceso, se afirma un derecho. Si durante el proceso, junto con su inicio o antes de él, se pide una medida cautelar, se está expresando que el derecho que se tiene es aparente. Finalmente, si la demanda es amparada, el derecho afirmado y que además se le acreditó apariencia, habrá resultado cierto. Una medida cautelar se sustenta en una apariencia de derecho y, en tal calidad, jamás adquirirá certeza, en tanto ésta sólo se obtiene en el proceso principal, en la hipótesis de que la demanda sea declarada fundada. En cambio, la actuación anticipada de la sentencia no está sometida a ninguna condición, se hace efectiva tal y como si la demanda fuese firme; por tanto, en este caso no hay apariencia sino certeza. Una diferencia que es determinante está referida al carácter satisfactivo -en los términos desarrollados al identificar las categorías al inicio de la presente investigación- de la actuación anticipada de la sentencia, respecto de la calidad instrumental y, por tanto, no satisfactiva de la medida cautelar” (2001:32-33)

Mientras que la actuación de sentencia impugnada no está sometida a ninguna condición, es decir, se produce a discreción del juzgador; la medida cautelar que coincide con el petitorio en un proceso (temporal sobre el fondo), siempre dependerá de la suerte del proceso al tener esta sólo un carácter instrumental (Panduro 2012:228).

Sin embargo, y en este punto queremos insistir, más allá de la discusión doctrinal y de la naturaleza y el procedimiento tanto de la tutela urgente satisfactiva como de la tutela urgente cautelar, si la primera etapa del proceso concluye con una sentencia estimativa de condena,

⁵⁶ Debemos precisar que de una medida innovativa o de no innovar también se pueden desprender efectos satisfactivos, pero ello no significa que se otorgue una tutela satisfactiva en esos casos, porque de todas formas la principal función es la asegurativa. En cambio, en el caso de la medida temporal sobre el fondo, se deja de lado lo asegurativo y entraríamos al ámbito de lo satisfactivo.

uno podría solicitar una medida cautelar temporal sobre el fondo o la actuación inmediata de sentencia y los efectos – en la práctica – serían los mismos. La tutela estaría siendo anticipada a la primera etapa del proceso, pero en un caso, se otorgaría tutela urgente cautelar y en el otro, tutela urgente satisfactiva.

Esto nos lleva a una última reflexión: Tanto la tutela urgente cautelar como la tutela urgente satisfactiva pueden ser otorgadas de forma anticipada, sin embargo, esto no significa que estemos frente a un mismo tipo de tutela.

No debemos confundir la tutela otorgada con la técnica que se utiliza para otorgarla. Así, al otorgar la tutela cautelar o satisfactiva de forma anticipada a una situación jurídica material, se estaría utilizando la técnica anticipatoria, desarrollada ampliamente en el ordenamiento jurídico brasileño.

Marinoni explica que la técnica anticipatoria, desarrollándola dentro de la tutela anticipatoria o anticipada en Brasil, tiene por función distribuir de forma equitativa la carga del tiempo en el proceso. Esa distribución puede ocurrir tanto frente a la alegación de urgencia – léase de peligro de ilícito o de peligro de daño - como frente a la necesidad de otorgar el debido valor a la evidencia del derecho puesto en juicio:

“Si los hechos articulados por el demandante son incontrovertidos, sea por haber sido probados mediante documento o por no haber sido contestados y el demandado alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos que se muestran infundados, no es razonable obligar al demandante a pagar por la demora, que sirve únicamente para el demandado poder intentar desvincularse de su carga de probar. Bien vistas las cosas, se trata de pensar en el aspecto dinámico del propio onus de probar, o sea, en el tiempo necesario a la producción de la prueba, proponiéndose la distribución del tiempo del proceso con base en el mismo criterio establecido para la repartición de la carga de probar (...) no toda tutela anticipatoria es fundada en temor de daño; la tutela anticipada también se destina a distribuir el tiempo del proceso y, en esa dimensión, no tiene alguna relación con el periculum in mora” (2013:114-117).

En la misma línea, Mitidiero afirma que la técnica anticipatoria tiene como función realizar la igualdad en el proceso frente a la carga que el tiempo representa en la vida de los litigantes:

“requiere la demostración de una situación de urgencia o de una situación de evidencia del derecho postulado por la parte y se refiere solamente al momento en que la tutela es prestada y al módulo de cognición vinculado a este (...) Por su intermedio, el proceso civil se estructura a modo de prestar una tutela adecuada efectiva y tempestiva a los derechos, y, necesariamente, se tendrá que utilizar la cognición sumaria” (2013:271-275)

Estas ideas fueron recogidas en el Nuevo Código de Proceso de Brasil del 2015, en donde se deja constancia que puede otorgarse tutela cautelar o satisfactiva utilizando la técnica anticipatoria para combatir la urgencia o frente a la evidencia del derecho postulado en juicio. Conviene detenernos en este segundo supuesto puesto que, a nuestro parecer, se asemeja mucho a la institución de la actuación de sentencia impugnada.

Al utilizar la evidencia como sustento de la técnica anticipatoria, lo que se busca es adecuar el proceso al grado de evidencia de la posición jurídica que una parte defiende en el mismo, medida a partir de la fundamentación de las alegaciones de las partes:

“Se trata de una técnica que tiene como objetivo distribuir el peso que el tiempo representa en el proceso de acuerdo con la mayor o menor probabilidad de que la posición afirmada por las partes sea fundada o no. El tiempo del proceso sería una fuente potencial de daño entre las partes” (Mitidiero 2013:269-271)

“Aquel litigante que desde ya presenta una posición de mayor evidencia con relación a la situación litigiosa siendo probablemente el titular del derecho litigioso debe disfrutar del bien de la vida mientras que su adversario busca probar que su posición es merecedora de tutela jurisdiccional. (...) Si la versión más probable es la del demandante, merece tutela inmediata, aunque provisoria a fin de que el tiempo del proceso no sea un peso exclusivamente soportado por él” (Mitidiero 2013:269-271)

Esta técnica anticipatoria la encontramos en el Libro V “Da tutela provisória” del Nuevo Código de Proceso Civil de Brasil en donde se establece lo siguiente:

“Artículo 294.- La tutela provisional puede fundamentarse en la urgencia o en la evidencia.

Párrafo único. La tutela provisional de urgencia, cautelar o anticipada, puede ser concedida con carácter antecedente o incidental.

Artículo 296.- La tutela provisional conserva su eficacia en la pendencia del proceso, pero en cualquier momento puede ser revocada o modificada.

Párrafo único. Salvo decisión judicial en contrario, la tutela provisional conservará su eficacia durante el periodo de suspensión del proceso.

Artículo 297.- El juez podrá determinar las medidas que considere adecuadas para la efectivización de la tutela provisional.

Párrafo único. La efectivización de la tutela provisional observará las normas referentes al cumplimiento provisional de la sentencia, en lo que corresponda⁵⁷”

A partir de ello, y sin perjuicio de englobar a la actuación de sentencia impugnada dentro de la tutela urgente satisfactiva provisional según la clasificación postulada por Monroy Gálvez y

⁵⁷ Traducción de Renzo Cavani (Didier Jr. 2018:293-294).

Monroy Palacios, también es viable abordar la institución como una tutela satisfactiva que será brindada a través de una técnica anticipatoria frente a la evidencia del derecho postulado.

Para el caso de la institución objeto de estudio, a diferencia de la tutela de evidencia regulada en el ordenamiento jurídico brasileño, la evidencia partiría de que, a través de un proceso de cognición sumaria vertical, el órgano jurisdiccional emitió una sentencia estimativa de primer grado⁵⁸. Es decir, analizó las posiciones de las partes y concluyó que una posición estaba correctamente fundamentada, emitiendo una sentencia de condena estimativa de primer grado y, producto de las circunstancias que rodean la litis, decidió actuar la misma como si tuviera la calidad de cosa juzgada.

El hecho que se haya emitido una sentencia estimativa refleja la evidencia del derecho invocado. *“Tan evidente es tu derecho que el órgano jurisdiccional de primer grado te dio la razón”*.

Partiendo de este razonamiento, también podemos distinguir a una medida cautelar – coincidente o no coincidente - de una actuación de sentencia impugnada puesto que, a diferencia de las medidas cautelares, en la institución objeto de estudio se estaría otorgando tutela satisfactiva a través de una técnica anticipatoria de evidencia.

Conviene precisar que, para Mitidiero, al utilizarse la técnica anticipatoria de evidencia, se está dejando de lado el elemento de urgencia (2013:269) y, por lo tanto, esta técnica anticipatoria específica no podría ser enmarcada dentro de la clasificación propuesta por Monroy Gálvez y Monroy Palacios, de tutela urgente satisfactiva provisional.

Nosotros no compartimos ese razonamiento porque al contrastar la técnica anticipatoria de evidencia regulada en el ordenamiento jurídico brasileño con la aplicación de la actuación de sentencia impugnada recogida en nuestro ordenamiento jurídico, también es posible identificar el elemento de urgencia.

La urgencia está en otorgar tutela satisfactiva inmediatamente para evitar que el tiempo que dura el proceso afecte la posición de la parte que evidenció tener una posición notoriamente más sólida. No tendría lógica que esta parte transite por todo el trámite del proceso sin que

⁵⁸ La tutela de evidencia regulada en el Nuevo Código de Proceso Civil de Brasil se aplica de forma diferente ya que no se centra en la cognición sumaria vertical ni tiene que esperar a que una primera etapa del proceso concluya para que sea otorgada por el órgano jurisdiccional.

vea satisfecho su derecho, con todos los daños que ello conlleva (psicológicos, económicos y de salud).

Es claro que el elemento de urgencia no será tan notorio como en la tutela cautelar (por ejemplo, cuando se está frente a un riesgo de irreparabilidad), pero en este caso, si la sentencia de condena estimativa de primer grado no se actúa inmediatamente, la institución objeto de estudio perdería sentido. Así, también es viable enmarcar esta técnica anticipatoria dentro de la tutela urgente satisfactiva provisional y, por tanto, también llegaríamos a la conclusión de que la actuación de sentencia impugnada no puede ser equiparada a una medida cautelar.

Insistimos. Tanto las medidas cautelares como la actuación de sentencia impugnada son parte de la tutela diferenciada urgente. En el trasfondo de las medidas cautelares, como bien señala Priori, encontramos el derecho fundamental a la tutela cautelar (2005:184-191) y, por tanto, al igual que con la actuación de sentencia impugnada, la finalidad que se busca en ambos casos es el otorgamiento de una tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, y de acuerdo con lo explicado, al estar frente distintas formas de tutela (cautelar y satisfactiva), estas tienen una naturaleza particular y cuentan con presupuestos y consecuencias que hacen clara la distinción entre una y otra.

1.6. Regulación actual de la institución en el ordenamiento jurídico peruano

A partir de lo desarrollado previamente, ya contamos con los elementos necesarios para analizar cómo se encuentra regulada la institución de la actuación de sentencia impugnada en nuestro ordenamiento jurídico y así verificar la repercusión de la misma en el proceso civil peruano.

Este análisis lo dividiremos en dos partes: una primera, enfocada en la regulación de la institución a nivel procesal constitucional guiada por el Código Procesal Constitucional y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y una segunda, enfocada en la regulación de la institución a nivel procesal civil, guiada por el Código Procesal Civil.

A nivel procesal constitucional, tenemos que en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional se establece lo siguiente:

“(...) La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al

contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución”

En el Anteproyecto de dicho Código, los legisladores resaltaron la incorporación de esta institución en los procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento) haciendo referencia al derecho comparado:

“Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación inmediata de la sentencia impugnada”, según el cual, cuando se expide una sentencia de primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que haya sido apelada” (Cairo 2006:41)

Con la incorporación del citado artículo 22 al Código Procesal Constitucional, se abrió un debate en la doctrina nacional respecto a si los términos de dicha norma realmente regulaban la institución de la actuación de sentencia impugnada a nivel procesal constitucional.

El 29 de diciembre de 2005, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en el expediente No. 4989-2005, emitió el primer fallo en segunda instancia que confirmaba la regulación de la actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional⁵⁹. Un año después, Cairo elogió la interpretación del Colegiado toda vez que:

“es congruente con la urgencia de tutela que se reclama en los procesos de protección de derechos fundamentales y por estar en consonancia con las regulaciones del Derecho Comparado” (2006:37.42)

Asimismo, Gerardo Eto sostuvo que el artículo 22 del Código Procesal Constitucional sí reguló la institución objeto de estudio y recogió opiniones similares de Carlos Mesía y Walter Díaz de la siguiente forma:

“(Carlos Mesía) uno de los cambios sustanciales operados en los procesos de la jurisdicción constitucional es el relativo al tema de la actuación de la sentencia impugnada. Una sentencia que ha sido pronunciada en primer grado se ejecuta de inmediato sin que sea obstáculo para ello el recurso de apelación que se interponga. (...) No es necesario esperar más tiempo, (...) para ver en ejecución lo resuelto en la sentencia.

(Walter Díaz) Una novedad que puede romper los esquemas tradicionales del proceso ordinario es la ejecución de sentencias estimatorias dictadas en primera instancia en los procesos constitucionales de la libertad, ello debido a que, la norma en comentario sí posibilita que el juez constitucional que en

⁵⁹ Este fallo confirmó la sentencia del 12 de octubre de 2005 emitida por el 60 Juzgado Civil de Lima en el expediente 19450-2005 en un proceso de amparo.

primera instancia falla estimando la demanda interpuesta, puede ejecutar la sentencia dictada por él, a pesar que haya sido impugnada.
(Gerardo Eto) Como quiera que estamos virtualmente ante un enigma normativo y que, como bóveda en clave debe ser abierto por el TC cuando le asigne un contenido interpretativo a la existencia o no de esta institución procesal; de nuestra parte, nos ubicamos entre quienes consideran que si existe dicha figura; pero que debe ciertamente ser utilizada con prudencia y mesura y diríamos en términos casi excepcionales” (2008:23-35)

En la misma línea, según lo explica Villa García, Samuel Abad - quien fue uno de los gestores del Código Procesal Constitucional - justificó la incorporación de la institución al proceso de amparo conforme a los siguientes términos:

“A nuestro juicio, dicha norma (el artículo 22 del Código Procesal Constitucional) pretende fortalecer la naturaleza de urgencia del proceso de amparo, pues dispone que la sentencia de primer grado que declara fundada la demanda puede actuarse de inmediato pese a haber sido objeto de un recurso de apelación. (...) El traslado de esta institución al proceso de amparo se justifica por la necesidad de que los derechos fundamentales cuenten con una tutela urgente que permita al Juez disponer que su sentencia se ejecute de inmediato, pese a haber sido apelada” (2009:25)

Sin perjuicio de ello, la redacción del artículo 22 del Código Procesal Constitucional era muy general y poco precisa, lo cual generó muchos problemas para los órganos jurisdiccionales al momento de pretender aplicar la institución en sede constitucional. Problemas como, cuando aplicar la institución, cuales era las formalidades a seguir o si necesariamente la aplicación debía ser a pedido de parte; se hacían constantes en los trámites de los procesos constitucionales.

En ese contexto, era necesario un complemento - legal o jurisprudencial - a la regulación del citado artículo 22. Como bien señaló en su momento Mauricio Raffo:

“la jurisprudencia debe cumplir un rol importantísimo en la correcta utilización del instituto, inclusive para los casos de irreversibilidad, pues aún en estos últimos deberá optar, en cada caso concreto, entre dicha irreversibilidad y la urgencia de la protección del derecho constitucional conculcado” (2005:155-156)

Así, con el paso del tiempo, el Tribunal Constitucional vio la necesidad de emitir un pronunciamiento al respecto y en el año 2010, con la publicación de la sentencia No. 607-2009-PA/TC (caso John Lojas), el máximo intérprete precisó los siguientes presupuestos y

características de la institución recogida en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional⁶⁰:

Característica	Desarrollo
<i>Sistema de valoración mixto</i>	Regla general: La actuación inmediata de la sentencia estimativa de primer grado. Excepción: El juez conservará, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.
<i>Juez competente</i>	El juez que dictó la sentencia de primer grado.
<i>Forma de otorgamiento</i>	Regla general: A pedido de parte. Excepción: De oficio, cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante.
<i>Sujetos legitimados</i>	Legitimación activa: El beneficiado con la sentencia estimativa de primer grado o, el representante procesal.
<i>Alcance</i>	Regla general: Es otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el órgano de primer grado. Excepción: El juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto. Precisión: No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.
<i>Tipo de sentencia</i>	Puede concederse respecto de sentencias estimativas de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas.
<i>Mandato preciso</i>	La sentencia estimativa de primer grado debe contener un mandato determinado y específico.
<i>Presupuestos procesales</i>	a) No irreversibilidad: Los efectos de la sentencia no deben ser irreversibles. b) Proporcionalidad: Al momento de evaluar la solicitud, el juez deberá tener en cuenta el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso. c) Contra cautela: No será necesario que el juez solicite contra cautela para aplicar la institución, sin embargo, esta puede ser solicitada de modo excepcional cuando las pretensiones amparadas tengan un contenido patrimonial y atendiendo a criterios de proporcionalidad.
<i>Apelación</i>	La resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.

⁶⁰ Debemos precisar que esta sentencia no tiene calidad de precedente vinculante en los términos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, no obstante, estos presupuestos fijados por el Tribunal Constitucional son tomados en cuenta por los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, más aún si hasta ese momento no existía un desarrollo jurisprudencial de la institución objeto de estudio.

<p><i>Efectos de la sentencia de segundo grado</i></p>	<p>Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.</p> <p>Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales.</p>
<p><i>Relación con la medida cautelar</i></p>	<p>Una vez emitida la sentencia estimativa de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluye la otra.</p>

Con este pronunciamiento, a diferencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional delimitó de manera más precisa los alcances de la institución objeto de estudio en beneficio de su aplicación práctica en los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento.

Sin embargo, es necesario hacer una serie de observaciones al pronunciamiento del Tribunal Constitucional puesto que, en determinados puntos, el máximo intérprete no fue del todo claro, generando incertidumbre en los operadores jurídicos:

- (i) Sujetos legitimados: Sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional precisó que el sujeto legitimado es el “sujeto beneficiado con la sentencia estimativa”, a lo largo de todo el pronunciamiento, el máximo intérprete hace referencia únicamente “al demandante”, como si éste fuera el único sujeto legitimado.

Puede ocurrir que, en un proceso judicial, el demandado formule pretensiones reconventionales y, por consiguiente, estas podrían ser estimadas en la sentencia de primer grado por el juez. Siendo ello así, entendemos que, al verse beneficiado con la sentencia estimativa, también es posible que el demandado solicite la actuación de sentencia impugnada.

- (ii) Mandato preciso: El Tribunal Constitucional señala que la sentencia de condena de primer grado debe contener un “*mandato determinado y específico (líquido)*” para que proceda la aplicación de la institución objeto de estudio.

En el artículo 689 del Código Procesal Civil (aplicable para procesos civiles) se establece que, para la ejecución de un título ejecutivo, como lo es una sentencia de

condena firme, debe constatarse que la obligación sea expresa, exigible, cierta y, en caso sea una obligación de dar suma de dinero, sea líquida.

Si bien la ejecución en los procesos constitucionales sigue un trámite distinto al de los procesos civiles⁶¹, lo más recomendable era que el Tribunal Constitucional haga referencia a los requisitos para la ejecución bajo el Código Procesal Civil y así delimitar la ejecución de una sentencia de condena en un proceso constitucional, haciendo una distinción entre la condena al pago de una suma de dinero o los demás tipos de condena.

Utilizar los adjetivos “determinado” y “específico”, y equiparar el concepto de “específico” con el concepto de “líquido” puede generar confusión en los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar la institución objeto de estudio, más aún si podemos estar frente a sentencias de condena liquidables y sentencias de condena ilíquidas (genérica o con reserva), las cuales también pueden ser objeto de ejecución, en caso sean liquidadas.

- (iii) Presupuestos procesales: Toda vez que el Tribunal Constitucional hizo referencia a criterios de proporcionalidad para conceder la aplicación de la institución, al igual que para solicitar una contra cautela previa, es válido afirmar que en caso no se solicite una contra cautela a la parte beneficiada y al final del proceso la parte que solicitó la aplicación de la institución no es la vencedora, la parte perjudicada estaría legitimada a solicitar los daños y perjuicios generados a raíz de la actuación de sentencia estimativa de primer grado.

⁶¹ **Código Procesal Constitucional**

“Artículo 59.- Ejecución de Sentencia

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho. Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente. Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo”.

El máximo intérprete no precisó si los referidos daños y perjuicios deberían solicitarse al interior del mismo proceso en el que se actuó la sentencia de primer grado. Siendo que la institución objeto de estudio está regulada únicamente para los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, sostenemos que será necesario iniciar un proceso civil a efectos de reclamar la indemnización. Sin embargo, y como veremos más adelante, en caso se pretenda ampliar la institución objeto de estudio a distintos procesos civiles, haciendo un símil con el artículo 621 de Código Procesal Civil (medida cautelar innecesaria o maliciosa)⁶², la parte que se vio afectada estaría facultada para demandarlos al interior del mismo proceso, puesto que el órgano de primer grado tendría claridad de todos los hechos acontecidos y de las circunstancias en las que se solicitó la aplicación de la institución objeto de estudio.

Asimismo, el Tribunal Constitucional limitó la contracautela a pretensiones con contenido patrimonial cuando ese criterio debe ser adoptado por el órgano jurisdiccional en el caso concreto, partiendo de la naturaleza de la sentencia a ejecutar, sea con o sin contenido patrimonial.

- (iv) Apelación: El Tribunal Constitucional estableció que la resolución que ordena o deniega la actuación de sentencia estimativa de primer grado es inimpugnable.

Frente a ello, conviene resaltar que no existe justificación para que esta resolución sea inimpugnable. Es claro que el pronunciamiento del órgano de primer grado estaría contenido en un auto y como tal, es posible interponer un recurso de apelación de auto si es que el recurrente considera que la decisión incurre en un error de hecho o de derecho⁶³. Sostenemos que debió respetarse la apelación tanto en el caso de la

⁶² **Código Procesal Civil**

“Artículo 621.- Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo”.

⁶³ **Código Procesal Civil**

“Artículo 365.- Procede apelación:

1. Contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes;

2. Contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya (...).”

“Artículo 366.- El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria”.

resolución que ordena como para el caso de la resolución que deniega la aplicación de la institución. En ambos casos, a fin de no desnaturalizar la institución objeto de estudio, debería concederse la apelación sin efecto suspensivo.

Como bien señala Abad, el criterio del Tribunal Constitucional en este extremo es equivocado pues vulnera el derecho al recurso (2019:254). En la misma línea, Gerardo Eto, citado por Abad, manifiesta que:

“La apelación contra el auto que ordena la ejecución provisional es un legítimo derecho que corresponde a la parte ejecutada, toda vez que no puede descartarse que el juez haya sido negligente al momento de apreciar los presupuestos procesales que toda ejecución provisional debe satisfacer” (2019:254)

- (v) Efectos de la sentencia de segundo grado: En primer lugar, debemos precisar que el Tribunal Constitucional hace referencia a una “ejecución provisional de la sentencia”, sin embargo, de acuerdo con lo desarrollado anteriormente, no estamos frente a una ejecución provisional, sino que la provisionalidad recae única y exclusivamente sobre la sentencia. Al aplicar la institución objeto de estudio, la ejecución es “definitiva”. Sin embargo, esto no quiere decir que estemos ante una sentencia con autoridad de cosa juzgada ya que la sentencia puede ser revocada o anulada.

En segundo lugar, el máximo intérprete señala que, a pesar de que la sentencia de primer grado sea revocada, es viable que la ejecución continúe surtiendo efectos si se acredita que los presupuestos para otorgarla se siguen manteniendo. Frente a ello debemos recalcar que el objeto de la institución de la actuación de sentencia impugnada es una sentencia de condena estimativa de primer grado. Siendo ello así, si la sentencia es revocada por el órgano superior, ya no existiría una sentencia estimativa de primer grado y no correspondería que la ejecución siga surtiendo efectos, ya sea a pedido de parte o de oficio, a fin de evitar un perjuicio mayor a la parte afectada. El principal presupuesto de la institución ya no estaría presente.

Si bien el Tribunal Constitucional no se pronunció al respecto, sostenemos que igual lógica debe aplicarse cuando la sentencia sea declarada nula, toda vez que, al ordenarse al órgano jurisdiccional de primer grado que renueve el acto procesal, ya no existiría una sentencia estimativa de primer grado. Sin embargo, si el órgano de primer grado declara nuevamente fundada la demanda, entonces cabría nuevamente solicitar la aplicación de la actuación de sentencia impugnada a riesgo del solicitante.

Finalmente, en caso el órgano superior declare la nulidad o revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, respecto de los extremos que no fueron declarados nulos o revocados, la ejecución debe seguir surtiendo efectos.

- (vi) Relación con la medida cautelar: Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional destaca que, al emitirse una sentencia de condena estimativa de primer grado, la parte beneficiada deberá elegir entre solicitar una medida cautelar y solicitar la aplicación de la institución objeto de estudio.

Como bien señalamos anteriormente, si bien al solicitar una medida cautelar temporal sobre el fondo se obtendrían los mismos efectos que una actuación de sentencia impugnada, los requisitos para solicitar una u otra son muy distintos.

En efecto, al solicitar una medida cautelar en esta etapa del proceso, la parte beneficiada deberá acreditar la apariencia en el derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación de la medida. Esos requisitos no serán evaluados por el órgano de primer grado al momento de aplicar la institución objeto de estudio.

En materia procesal civil, podemos identificar que nuestro Código Procesal Civil no tiene una norma similar a la del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, que posibilite la aplicación de la institución objeto de estudio en más de un proceso civil.

Únicamente el artículo 566 del Código Procesal Civil abre las puertas para la aplicación de esta institución exclusivamente para el proceso civil de alimentos de la siguiente forma:

“Ejecución anticipada y ejecución forzada. - La pensión de alimentos que fije la sentencia debe pagarse por período adelantado y se ejecuta, aunque haya apelación”

Si bien no se hace referencia expresa a la institución objeto de estudio, toda vez que la sentencia estimativa de primer grado que fije la pensión de alimentos deberá ser ejecutada a pesar de interponerse contra ella un recurso de apelación, se entiende que el legislador reguló la institución de la actuación de sentencia impugnada para este específico proceso.

Sin perjuicio de que la institución objeto de estudio tuvo un impacto en la promulgación del Decreto Legislativo No. 1177⁶⁴ (el mal llamado “*desalojo judicial express*”), es válido afirmar que, en materia procesal civil, el proceso judicial de alimentos es el único proceso civil donde encontramos matices de la actuación de sentencia impugnada.

Como veremos más adelante, existen una serie de situaciones que ameritan replantear los alcances de la institución objeto de estudio en el proceso civil peruano, identificando los beneficios y los riesgos de la misma, sin perder de vista la protección al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

1.7. Repaso de la regulación de la institución en los ordenamientos jurídicos de Brasil, Bolivia, Colombia, Chile y España

Además de tener claras las implicancias y alcances de la regulación de la institución objeto de estudio en nuestro país, resulta de suma importancia conocer cómo es que se encuentra regulada en otras legislaciones a fin de identificar los aspectos positivos de otros ordenamientos jurídicos y así mejorar la regulación de la institución en el nuestro. Veamos.

(i) Brasil

El 16 de marzo de 2015 se aprobó el nuevo Código de Proceso Civil de Brasil a través de la Ley No. 13.105.

Como bien fue adelantado, desde hace un tiempo en la doctrina brasileña se venía gestando al concepto de técnica anticipatoria para otorgar una tutela específica. Precisamente, ello ha sido plasmado en el nuevo Código de Proceso Civil de Brasil, principalmente, a través de la incorporación de la tutela provisional (“*tutela provisória*”).

La tutela provisional regulada en este cuerpo normativo puede ser concebida como una técnica de sumarización que tiene como fin lograr una adecuada distribución de la carga del tiempo en el proceso. A través de la misma, el órgano jurisdiccional puede anticipar la tutela que, de lo contrario, se otorgaría al final del proceso. En ese sentido, esta tutela se opone a la tutela ordinaria (Cunha 2019).

⁶⁴ En el Proceso Único de Ejecución de Desalojo regulado en el Decreto Legislativo No. 1177, se estableció que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia será concedido sin efecto suspensivo (artículo 15.1, literal k), sin embargo, la regulación de este proceso “alternativo” de desalojo está muy limitado, al ser aplicable sólo para arrendamientos con fines exclusivamente de viviendas, y se ha visto muy desprestigiado con el paso del tiempo.

Veamos las disposiciones generales que el legislador brasileño estableció para este tipo de tutela:

“Artículo 294.- *La tutela provisional puede fundamentarse en la urgencia o en la evidencia.*

Párrafo único. La tutela provisional de urgencia, cautelar o anticipada, puede ser concedida con carácter antecedente o incidental.

Artículo 295.- *La tutela provisional requerida con carácter incidental no está sujeta al pago de costas.*

Artículo 296.- *La tutela provisional conserva su eficacia en la pendencia del proceso, pero en cualquier momento puede ser revocada o modificada.*

Párrafo único. Salvo decisión judicial en contrario, la tutela provisional conservará su eficacia durante el periodo de suspensión del proceso.

Artículo 297.- *El juez podrá determinar las medidas que considere adecuadas para la efectivización de la tutela provisional.*

Párrafo único. La efectivización de la tutela provisional observará las normas referentes al cumplimiento provisional de la sentencia, en lo que corresponda.

Artículo 298.- *En la decisión que conceda, deniegue, modifique o revoque la tutela provisional, el juez motivará su convencimiento de modo claro y preciso.*

Artículo 299.- *La tutela provisional será requerida al juzgado de la causa y, cuando sea antecedente, al juzgado competente para conocer el pedido principal.*

Párrafo único. Salvo exista disposición especial, en la acción de competencia originaria de un tribunal y en los recursos, la tutela provisional será requerida al órgano jurisdiccional competente para apreciar el mérito⁶⁵”

De una lectura de los artículos antes citados, podemos distinguir las siguientes características de la tutela provisional: (a) se concede a través de una cognición sumaria, (b) el pronunciamiento del órgano jurisdiccional que concede tutela provisional es provisorio en tanto puede ser modificado o revocado y (c) el pronunciamiento del órgano jurisdiccional que concede tutela provisional no puede generar la autoridad de cosa juzgada (Cunha 2019).

En el artículo 294 antes citado se afirma que la tutela provisional puede ser clasificada de dos formas: como cautelar - anticipada (satisfactiva) y como de urgencia - de evidencia. Así, es posible hablar de tutela provisional cautelar de urgencia, tutela provisional anticipada (satisfactiva) de urgencia y tutela provisional anticipada (satisfactiva) de evidencia. Por su propia naturaleza, la tutela de evidencia siempre será anticipada (satisfactiva) (Cunha 2019).

⁶⁵ Traducción de Renzo Cavani (Didier Jr. 2018:293-294).

Independientemente de las dos clasificaciones recogidas en el Código de Proceso Civil de Brasil, la tutela provisional se podrá hacer valer antes del proceso o incidentalmente.

Repasemos cada una de estas formas de tutela provisional (Cunha 2019 y Christen Moller 2016):

- (i) La tutela provisional anticipada (satisfactiva): En este caso, el órgano jurisdiccional otorga por adelantado la pretensión, en su totalidad o en parte. Existirá una relación de identidad entre la protección buscada de manera provisional y la protección buscada de manera definitiva. El legislador brasileño dispuso que el pronunciamiento que otorgue tutela provisional satisfactiva no debe generar efectos irreversibles.
- (ii) La tutela provisional cautelar: En este caso se busca resguardar el derecho invocado sin otorgar la satisfacción anticipada del mismo, es decir, sólo se adoptarán medidas para resguardarlo. No existirá una relación de identidad entre la protección buscada a través de la tutela cautelar y la protección buscada de manera definitiva.
- (iii) La tutela provisional de urgencia: De conformidad con el artículo 300 del Código de Proceso Civil de Brasil, para que esta sea otorgada, deberá acreditarse la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de daño o el riesgo al resultado útil del proceso.
- (iv) La tutela provisional de evidencia: De conformidad con el artículo 311 del Código de Proceso Civil de Brasil, esta puede ser otorgada cuando: a) quede demostrado el abuso del derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio del demandado, b) las alegaciones de hecho puedan ser acreditadas sólo documentalmente y exista tesis asentada en juzgamiento repetitivos o vinculantes, c) se trate de un pedido de persecución de cosa fundada en prueba documental adecuada del contrato de depósito, en cuyo caso será decretada la orden de entrega de objeto custodiado, bajo conminación de multa y d) la petición inicial estuviese respaldada en prueba documental suficiente de los hechos constitutivos demandados, al cual la parte contraria no oponga prueba que genere dudas razonables. En líneas generales, la defensa inconsistente del demandado abre las puertas a la tutela provisional de evidencia.

Con estos cuatro tipos de tutela provisional, el legislador brasileño distinguió y delimitó de manera más adecuada la tutela diferenciada, para dejar bien marcados los supuestos específicos en los cuales, a pesar de no existir una sentencia con autoridad de cosa juzgada,

el órgano jurisdiccional otorgará una satisfacción al derecho invocado o tomará medidas para resguardarlo.

Esta tendencia adoptada en el Código de Proceso Civil de Brasil se fue forjando desde años atrás, a partir de una desvinculación de la tutela cautelar anticipada y la tutela satisfactiva anticipada en dicho ordenamiento jurídico. Como bien señala Cavani:

“se logró quebrar con el binomio urgencia-cautelaridad para dar paso a la posibilidad de obtener proveimientos anticipatorios en el proceso de conocimiento, dejando el proceso cautelar para lo que fue pensado: para dar seguridad –y no satisfacción– al derecho principal. La anticipación de tutela satisfactiva, además de la urgencia (que sí es la nota típica de la tutela cautelar), también podía otorgarse sin ella, apenas corroborando una defensa cuya poca consistencia hace que el derecho del demandado adquiera una fuerte probabilidad” (2014:36-61)

Como bien fue desarrollado previamente, es posible equiparar la tutela provisional anticipada (satisfactiva) de evidencia a la institución de la actuación de sentencia impugnada de nuestro ordenamiento jurídico.

En el Código de Proceso Civil de Brasil del 2015 encontramos disposiciones referidas al cumplimiento provisional de sentencias que son apeladas sin efecto suspensivo, un mayor número de casos en los cuales se dispone que la apelación será concedida sin efecto suspensivo y una serie de disposiciones vinculadas a la institución objeto de estudio.

Veamos las más representativas

<p>Cumplimiento provisional de las sentencias concedidas sin efecto suspensivo</p>	<p>Capítulo II Cumplimiento provisional de la sentencia que reconozca la exigibilidad de obligación de pagar cuantía cierta</p> <p>Artículo 520.- <i>El cumplimiento provisional de la sentencia impugnada mediante recurso desprovisto de efecto suspensivo será realizado de la misma forma que el cumplimiento definitivo, sujetándose al siguiente régimen:</i></p> <p><i>I- corre por iniciativa y responsabilidad del ejecutante, quien se obliga, si la sentencia fuese reformada, a reparar los daños que el ejecutado haya sufrido;</i></p> <p><i>II- queda sin efecto si sobreviene la decisión que modifique o anule la sentencia objeto de la ejecución, restituyéndose a las partes al estado anterior y liquidándose los eventuales perjuicios en los mismos autos;</i></p>
---	---

	<p><i>III- si la sentencia objeto de cumplimiento provisional fuese modificada o anulada solo en parte, únicamente sobre esta quedará sin efecto la ejecución (...)</i></p> <p><i>1. En el cumplimiento provisional de la sentencia, el ejecutado podrá presentar impugnación, si así lo desea (...)</i></p> <p><i>5. Al cumplimiento provisional de la sentencia que reconozca la obligación de hacer, no hacer o de dar cosa se aplica, en lo que corresponda, lo dispuesto en este Capítulo.</i></p> <p>Capítulo II Cumplimiento provisional de la sentencia que reconozca la exigibilidad de obligación de pagar cuantía cierta</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 522.- <i>El cumplimiento provisional de la sentencia será requerido mediante petición dirigida al juzgado competente.</i></p>
<p>Disposiciones vinculadas al efecto suspensivo del recurso de apelación</p>	<p>Título III Oposición a la ejecución</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 919.- <i>La oposición a la ejecución no tendrá efecto suspensivo.</i></p> <p><i>1. El juez podrá, a requerimiento del oponente, atribuir efecto suspensivo a la oposición cuando estén verificados los requisitos para la concesión de la tutela provisional y siempre que la ejecución ya esté garantizada mediante embargo ejecutivo, depósito o caución suficientes.</i></p>
	<p>Capítulo II Apelación</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 1012.- <i>La apelación tendrá efecto suspensivo.</i></p> <p><i>1. Además de otras hipótesis previstas en la ley, comienza a producir efectos, inmediatamente después de su publicación, la sentencia que:</i></p> <p><i>I- homologa la división y demarcación de tierras;</i></p> <p><i>II- condena a pagar alimentos;</i></p> <p><i>III- extingue sin resolución de mérito o declara infundados los embargos del ejecutado;</i></p> <p><i>IV- declara fundada el pedido de institución de arbitraje;</i></p> <p><i>V- confirma, concede o revoca la tutela provisional;</i></p> <p><i>VI- decreta la interdicción.</i></p> <p><i>2. En los casos del numeral 1, el apelado podrá promover el pedido de cumplimiento provisional después de publicada la sentencia.</i></p>
	<p>Sección II Elementos y efectos de la sentencia</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 495.- <i>La decisión que condena al demandado al pago de prestación consistente en dinero y la que determine la conversión de prestación de hacer, no hacer o de dar cosa en prestación pecuniaria, valdrán como título constitutivo de hipoteca judicial.</i></p> <p><i>1. La decisión produce hipoteca judicial:</i></p> <p>(...)</p>

Disposiciones a fines a la actuación de sentencia impugnada	<i>III- aunque esté impugnada mediante recurado dotado de efecto suspensivo</i>
	Capítulo III Cumplimiento definitivo de la sentencia que reconozca la exigibilidad de obligación de pagar cuantía cierta (...) Artículo 525.- <i>Transcurrido el plazo previsto en el artículo 523 sin el pago voluntario, se inicia el plazo de 15 (quince) días para que el ejecutado, independientemente de embargo ejecutivo o nueva intimación, presente, en los propios autos, su impugnación.</i> (...)
	<i>6. La presentación de impugnación no impide la práctica de los actos ejecutivos, inclusive los de expropiación, pudiendo el juez, a requerimiento del ejecutado y siempre que sea garantizado el juzgado con embargo ejecutivo, caución o depósito suficientes, le atribuya efecto suspensivo, si sus fundamentos fuesen relevantes y la prosecución de la ejecución fuese manifiestamente susceptible de causar al ejecutado un grave daño de difícil o incierta reparación.</i> <i>7. La concesión de efecto suspensivo a la que se refiere el numeral 6 no impedirá la efectivización de los actos de sustitución, de refuerzo o de reducción del embargo ejecutivo y de tasación de los bienes.</i> (...)
	<i>10. Aunque sea atribuido el efecto suspensivo a la impugnación, está permitido al ejecutante requerir la prosecución de la ejecución, ofreciendo y prestando, en los propios autos, caución suficiente e idónea a ser arbitrada por el juez.</i>
Capítulo IV Cumplimiento de sentencia que reconozca la exigibilidad de la obligación de prestar alimentos (...) Artículo 528.- <i>En el cumplimiento de sentencia que condena al pago de prestación alimenticio o de decisión interlocutoria que fije alimentos, el juez, a requerimiento del ejecutante, mandará a intimar al ejecutado personalmente para que, en 3 (tres) días, pague el débito, probar que lo hizo o justificar la imposibilidad de efectuarlo.</i> (...)	
<i>8. El ejecutante puede optar por promover el cumplimiento de la sentencia o decisión inmediatamente, en los términos de lo dispuesto en este Libro, Título II, Capítulo III, en cuyo caso no será admisible la prisión del ejecutado, y, de recaer el embargo ejecutivo en dinero, la concesión de efecto suspensivo a la impugnación no impide que el</i>	

	<p><i>ejecutante cobre mensualmente el importe de la prestación.</i></p> <p><i>9. Además de las opciones previstas en el artículo 516, párrafo único, el ejecutante puede promover el cumplimiento de la sentencia o decisión que condena al pago de prestación alimenticia en el juzgado de su domicilio.</i></p>
	<p>Capítulo VI Ejecución de Alimentos</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 913.- <i>No siendo requerida la ejecución en los términos de este Capítulo, se observará lo dispuesto en el artículo 824 y siguientes, con la salvedad de que, recayendo el embargo en dinero, la concesión de efecto suspensivo a la oposición de la ejecución no impide que el ejecutante cobre mensualmente el importe de la prestación.</i></p>

Como se puede apreciar, en materia civil, el legislador brasileño tomó un camino diferente al del legislador peruano. Además de instaurar una tutela provisoria, la cual través de la técnica anticipatoria puede brindar tutela satisfactiva, aumentó los casos en los cuales el recurso de apelación se concede sin efecto suspensivo.

De una lectura de las disposiciones citadas, se puede inferir que el legislador brasileño invirtió la balanza para muchos supuestos: ahora si uno pretende que el recurso apelación se conceda con efecto suspensivo, deberá invertir en más gastos, otorgando una serie de garantías.

El legislador brasileño propuso afrontar el problema de la vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva con una visión global, no sólo centrándose en una sola técnica de aceleración procesal, sino modificando toda la estructura y la visión del proceso en general.

(ii) Bolivia

En el ordenamiento jurídico boliviano, encontramos que, en la anterior Constitución Boliviana de 1994, en el artículo 19 estaban recogidas las garantías de las personas, entre las cuales se encontraban el recurso de amparo constitucional y el hábeas corpus. Para ambos casos, el legislador estableció que el fallo judicial de primer grado debe cumplirse inmediatamente, sin perjuicio de su posterior revisión.

En la Ley No. 1836 de 1998 (Ley del Tribunal Constitucional), desarrollando las garantías de las personas recogidas en la Constitución, se previeron disposiciones más específicas para

abarcar de forma más completa los alcances de la aplicación de la institución objeto de estudio.

Veamos algunos artículos de la Ley del Tribunal Constitucional y la Constitución Boliviana (Cabrera 2010:54-55):

- Artículo 19 de la Constitución: *“1. Fuera del recurso de “hábeas corpus” a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes (...) 5. Las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación, aplicándose, en caso de resistencia, lo dispuesto en el artículo anterior”.*
- El artículo 93 de la Ley: *“La sentencia pronunciada en el recurso (de hábeas corpus) se elevará de oficio en revisión, ante el Tribunal Constitucional en el plazo de veinticuatro horas, sin que por tal motivo se suspenda la ejecución inmediata del fallo, bajo responsabilidad”.*
- El artículo 102 parágrafo I de la Ley: *“La resolución concederá o denegará el Amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones”,*
- El artículo 104 de la Ley: *“Los funcionarios públicos y personas particulares que recibieren una orden judicial dictada en recurso de Hábeas Corpus o Amparo Constitucional y no la cumplieren o no la hicieren cumplir, serán sometidos a proceso penal, a cuyo efecto se remitirán antecedentes al Ministerio Público”.*

Este marco constitucional y legal se complementaba con el artículo 179 del Código Penal Boliviano en donde se establece que: *“(Desobediencia a resoluciones en procesos de hábeas corpus y amparo constitucional). El funcionario o particular que no diere exacto cumplimiento a las resoluciones judiciales, emitidas en procesos de hábeas corpus o amparo constitucional, será sancionado con reclusión de dos a seis años y con multa de cien a trescientos días”.*

Así, el legislador boliviano enfatizó en la sanción a los órganos jurisdiccionales que no apliquen la institución objeto de estudio para las citadas garantías personales. En palabras del Tribunal Constitucional Boliviano:

“Que, en lo sustancial se tiene que en los casos de “desobediencia” a las resoluciones dictadas en recursos de Hábeas Corpus y Amparo Constitucional, no corresponde la deducción de otro recurso, sino la aplicación de las previsiones contenidas en el Art. 179 bis del Código Penal que sanciona con 2 a 6 años de reclusión y multa de cien a trescientos días al “funcionario o particular que no diere cumplimiento exacto a dichas resoluciones...”; disposición legal que es desarrollo de la previsión constitucional del Art. 18-V de la Constitución Política del Estado, concordante con el Art. 104 de la Ley 1836, todo ello sin perjuicio de la ejecución cabal e inmediata de lo determinado en la Resolución Constitucional correspondiente; por lo que no es de aplicación al caso de Autos, el recurso previsto por el Art. 18 carta fundamental del País⁶⁶”

Así, la ejecución y cumplimiento de los fallos emitidos en los procesos de hábeas corpus y de amparo constitucional se constituyen en primera instancia en una obligación internacional en materia de Derechos Humanos que los Estados Americanos, como Bolivia, han asumido a través de la suscripción y ratificación del Pacto de San José (Cabrera 2010:55).

En el año 2009, con la promulgación de una nueva Constitución Boliviana, además de modificar los términos de las referidas garantías personales por “acción de amparo” y “acción de libertad”, el legislador incorporó nuevos artículos que desarrollan, nuevamente y de manera más específica, la actuación de sentencia impugnada:

- Artículo 126 parágrafo IV de la Constitución: *“El fallo judicial (emergente de la Acción de Libertad) será ejecutado inmediatamente. Sin perjuicio de ello, la decisión se elevará en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a su emisión”*.
- Artículo 127 de la Constitución: *“I. Los servidores públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales en los casos previstos por esta acción (de libertad), serán remitidos por orden de la autoridad que conoció de la acción ante el Ministerio Público para su procesamiento penal por atentado contra las garantías constitucionales. II. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a sanción, de acuerdo con la Constitución y la ley”*.
- Artículo 129 parágrafo V de la Constitución: *“La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por ley”*.

⁶⁶ Auto Constitucional No. 085/99 Habeas Corpus de 24/8 de 1999.

De una lectura de los mismos, no queda duda que tanto la propia Constitución como el resto de la legislación boliviana sobre la materia, son explícitas en el sentido de que los fallos judiciales emitidos en los procesos de acción de amparo y de libertad son de ejecución inmediata y sin que corresponda ninguna clase de observación a los mismos (Cabrera 2010:55).

Esta premisa la podemos ver reflejada con la emisión del Auto Constitucional No. 04/01 de julio del 2001, mediante el cual el Tribunal Constitucional ordenó a la Corte de Amparo que:

“deje sin efecto el archivo de obrados y haga cumplir la Sentencia Constitucional No. 1173/00-R, en los términos que contiene, otorgando un plazo máximo de 72 horas a los recurridos a partir de su notificación bajo conminatoria de aplicarse las sanciones previstas por ley, sin perjuicio de que quien ejerza la autoridad inmediata de cumplimiento cabal e inmediato a la sentencia”

Sin embargo, en la práctica, la institución objeto de estudio no se ve plasmada con claridad en el ordenamiento jurídico boliviano producto de la escasa aplicación de la misma de parte de los operadores jurídicos. Como bien señala el juez Fatho Santiago:

“la Constitución fruto de la jurisprudencia constitucional reconoce que los fallos constitucionales deben ejecutarse inmediatamente sin esperar la revisión de oficio, esto es relativamente sencillo en las acciones de libertad, pero no así en los amparos constitucionales, donde lamentablemente los administradores de justicia, para no tener problemas con la ejecución llegan al extremo de preferir denegar el amparo, argumentando la progresividad de los derechos” (2011:26)

“en la acción de Amparo Constitucional se establece a nivel constitucional que el fallo debe cumplirse inmediatamente pero no se especifica que es inmediato, es decir este concepto varía de acuerdo a la discreción del encargado de su ejecución, algunos jueces gracias a la abstracción o omisión de la norma demoran días, semanas, meses en cumplir sentencias constitucionales, inclusive en situaciones extremas no se logra la ejecución de las sentencias a pesar de los esfuerzos de los jueces. O hay casos en los cuales cuando se ejecutan estas resoluciones no tienen sentido porque no son oportunas, debido a que, desde el dictado de la sentencia hasta la ejecución de la misma, el tiempo se ha prolongado excesivamente y como consecuencia se ocasionan daños y perjuicios irreparables o no contemplados cuando se presentó la acción” (2011:31)

Si bien el autor reconoce que en la mayoría de los casos estudiados sí se logró el cumplimiento de la sentencia, esto puede tardar mucho tiempo, contraviniéndose así las

disposiciones que establecen el cumplimiento inmediato del fallo, en específico, contraviéndose el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En palabras de Cabrera, quien asocia el incumplimiento inmediato de los fallos judiciales a una política interna del Estado Boliviano:

"la constatación de que un gobierno que no cumple con la obligación de garantizar el cumplimiento de los Fallos judiciales estimatorios emergentes en recursos de tutela de los derechos fundamentales, desconoce la Independencia del Poder Judicial y de sus magistrados al descalificar e inacatar sus fallos, e incluso lleva a cabo una campaña punitiva de todos aquellos que pronuncien resoluciones desfavorables al mismo, tiene por objetivo explícito concentrar absolutamente el poder público en el poder Ejecutivo" (2010:66)

(iii) Colombia

En la Constitución Colombiana de 1991 se regulan las denominadas acciones constitucionales. En los artículos 86, 87 y 88 de dicho cuerpo normativo están recogidas las acciones de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo.

Para la jurista colombiana Botero Marino, la acción de tutela del ordenamiento jurídico colombiano puede ser definida como una:

"acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares. Esta puede ser interpuesta por cualquier persona para la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos" (2006:11-12)

La importancia de la regulación de la acción de tutela en Colombia es desarrollada de la siguiente forma:

"la acción de tutela es el mecanismo más importante consagrado por la Constitución de 1991 en materia de defensa de los derechos fundamentales. Esto resulta evidenciado al observar que, por ejemplo, desde su instauración se han interpuesto cuatro millones tutelas en los despachos judiciales del país. De la misma forma, se observa que dicha acción ha constituido entre un 20% y 25% de los ingresos totales de procesos durante los últimos años" (Carrera 2011:94)

Precisamente, en esta acción de tutela encontramos la aplicación de la actuación de sentencia impugnada toda vez que el fallo de primer grado judicial es de cumplimiento inmediato. Veamos el tenor del artículo 86 de la Constitución Colombiana:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. **El fallo, que será de inmediato cumplimiento**, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”* (el resaltado es nuestro)

En el citado artículo 86 se señala que la agresión puede venir de una autoridad pública, de particulares o de alguna organización privada. Por lo tanto, en ellos radica la legitimación pasiva. Asimismo, se señala que la legitimidad para interponer la acción de tutela es amplia.

Fue la jurisprudencia colombiana, a través de la Corte Constitucional Colombiana, quien estableció quienes estaba facultados para interponer la acción de tutela. Se hizo referencia a las siguientes personas⁶⁷:

- Cualquier persona natural ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.
- Personas jurídicas a través de representante legal.
- Abogado titulado en calidad de apoderado judicial (en tal caso debe adjuntar el poder correspondiente).
- Agente oficioso que actúe en nombre de una persona determinada que no esté en condiciones de promover su propia defensa.
- Defensor del pueblo o los personeros municipales.

⁶⁷ Sentencias T-459/92 T-445/94 T-550/93 T-420/97 de la Corte Constitucional Colombiana.

Sin perjuicio del cumplimiento inmediato de la sentencia de primer grado en la acción de tutela, el fallo puede impugnarse dentro de los tres días siguientes de su notificación (Becerra 2000:58).

Al igual que en los procesos constitucionales regulados en nuestro Código Procesal Constitucional, el legislador colombiano buscó una protección célere y eficaz de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Sin embargo, en el caso colombiano, fue a través de una norma que se precisaron los alcances del “inmediato cumplimiento de la sentencia” para esta acción constitucional.

A través del Decreto No. 2591 de 1991, se estableció que el trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad y eficacia (artículo 3). Asimismo, en los artículos 27 y 31 del mismo cuerpo normativo se señala lo siguiente:

- Artículo 27: Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior del responsable que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

- Artículo 31: Dentro de los tres días siguientes de su notificación el fallo podrá ser impugnado por el defensor del pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Del tenor de estas disposiciones queda clara la obligación de ejecutar de inmediato el fallo de primer grado derivado de una acción de tutela, sin perjuicio de la impugnación que se pudiera formular, complementándose así el tenor del artículo 86 de la Constitución Colombiana.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico boliviano, en este caso sí se estableció un límite de tiempo para el acatamiento de la sentencia de primer grado: cuarenta y ocho horas. Ello evidentemente coadyuva a que los órganos jurisdiccionales busquen y tomen las medidas necesarias para que el fallo se cumpla lo más pronto posible.

Se debe destacar que en el artículo 52 del citado Decreto, el legislador colombiano instauró un procedimiento sancionador en caso no se cumpla de inmediato el fallo en la acción de tutela conforme a los siguientes términos:

“La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana precisó lo siguiente⁶⁸:

“Se debe tener en cuenta que, en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato, pero este último procedimiento no puede desconocer ni excusar la obligación primordial del juez constitucional, cuál es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección. En este sentido se pronunció la Corte en la Sentencia T-458 de 2003, en donde sostuvo que: “el trámite del cumplimiento no es un prerrequisito para el desacato, ni el trámite de desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato”

Sin embargo, diseñar y establecer un proceso “más célere de lo normal” en todo ordenamiento jurídico, incorporándose la institución de la actuación de sentencia impugnada, puede generar también muchas críticas. Como bien señala Carrera, comentando el impacto de la acción de tutela en Colombia:

“La tutela, al ser intuida por los ciudadanos como una garantía eficaz, expedita y desprovista de formalidades, ha relegado e incluso deslegitimado el sistema de acciones ordinarias ya sean civiles o administrativas, por su lentitud, complejidad e ineficacia. A la congestión que esto ha supuesto, muchos le achacan también una preocupante desarticulación institucional y una grave inseguridad jurídica” (2011:76)

Sin perjuicio de ello, la autora reconoce la importancia de la misma y cómo es que ha tenido un rol fundamental en la búsqueda de una efectiva tutela de las situaciones materiales que se presentan al proceso:

⁶⁸ Sentencia T-939 de 2005 de la Corte Constitucional Colombiana.

“Sin embargo, lo cierto es que, sin desmentir la realidad “traumática” en cierta medida que ha supuesto la instauración de la tutela y las competencias del Tribunal Constitucional, resultaría totalmente incierto culpabilizar a la tutela, sin reconocer que más bien ella se ha constituido en la a veces problemática solución a un sistema de justicia ineficaz” (Carrera 2011:76)

Es bajo esa premisa que se debe buscar implementar instituciones jurídicas a los procesos civiles regulados nuestro ordenamiento jurídico con miras a buscar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

(iv) Chile

En el ordenamiento jurídico chileno actualmente está vigente el Código de Procedimientos Civiles de 1903. Desde inicios del siglo XXI, los juristas chilenos identificaron la necesidad de reformar el referido Código puesto que muchas instituciones jurídicas ya se encontraban desfasadas. En el año 2006 se dio a conocer un Anteproyecto del Código Procesal Civil Chileno. En ese cuerpo legal, se propuso la incorporación de la “ejecución provisional de las sentencias judiciales”.

Lamentablemente, la reforma procesal civil no se concretó. El proyecto de ley que aprobaba el Código Procesal Civil Chileno no prosperó y, por consiguiente, actualmente, todos los procesos civiles en Chile se siguen rigiendo por el Código de 1903.

De un repaso del referido cuerpo normativo, a diferencia del Anteproyecto, vemos que no existe una regulación general de la “ejecución provisional de las sentencias judiciales”. Sin embargo, a través de las modificaciones realizadas a determinados artículos del Código de 1903, es válido afirmar que la “ejecución provisional” (la cual es equiparable a la institución objeto de estudio) tiene un tratamiento casuístico e inorgánico, contemplándose la posibilidad de cumplir resoluciones impugnadas sin efecto suspensivo en diversos procedimientos civiles chilenos (Carrasco 2011:75). Veamos:

Disposiciones afines a la actuación de sentencia impugnada en el Código de Procedimientos Civiles de Chile		
Ámbito de aplicación	Artículo	Comentarios
<i>Juicio ejecutivo</i>	Artículo 475.- Si se interpone apelación de la sentencia de pago, no podrá procederse a la ejecución de esta sentencia, pendiente el recurso, sino en caso que el ejecutante	Estamos en el supuesto que se emita una sentencia en el juicio ejecutivo que rechace la oposición del deudor, se ordena seguir adelante con la ejecución y en consiguiente, se

	caucione los resultados del mismo.	ordena al deudor que entregue lo que debe (Carrasco 2011:79). En este supuesto existe la posibilidad de ejecutar la sentencia de pago dictada en el juicio ejecutivo, a pesar de que haya sido apelada. Lo único que se exige es la prestación de una caución de parte del ejecutante (Silva 2008:390).
<i>Juicio sumario</i>	Artículo 691.- La sentencia definitiva y la resolución que dé lugar al procedimiento sumario en el caso del inciso 2° del artículo 681, serán apelables en ambos efectos, salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados.	Esta norma habilita al juez para, además de conceder el recurso de apelación, a limitarlo sólo al efecto devolutivo, consignando las razones por las cuales estima que la concesión del recurso en ambos efectos significaría eludir los resultados de la sentencia (Silva 2008:391). En este caso, la ejecución provisional del fallo no está sujeta a rendición de caución por parte del solicitante, de modo que el ejecutado solo podrá obtener la suspensión del cumplimiento por medio de una orden de no innovar (Carrasco 2011:80).
<i>Autos, decretos y sentencias interlocutorias</i>	Artículo 194.- Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley, se concederá apelación sólo en el efecto devolutivo: 1°. De las resoluciones dictadas contra el demandado en los juicios ejecutivos y sumarios; 2°. De los autos, decretos y sentencias interlocutorias; 3°. De las resoluciones pronunciadas en el incidente sobre ejecución de una sentencia firme, definitiva o interlocutoria; 4°. De las resoluciones que	Aunque no se trata de sentencias definitivas, las sentencias interlocutorias pueden contener pronunciamientos de condena a favor de una de las partes, como podría ser la que recae sobre el incidente especial de costas. Estas podrán ser ejecutadas "provisionalmente" (Silva 2008:392). Para el caso de autos y decretos, por la propia naturaleza de las resoluciones, éstas no contendrán pronunciamientos de condena que requiera un procedimiento de ejecución, por lo que la ejecución versaría sobre las

	ordenen alzar medidas precautorias; y 5°. De todas las demás resoluciones que por disposición de la ley sólo admitan apelación en el efecto devolutivo.	sentencias interlocutorias. Así, la única resolución que queda fuera de la ejecución provisional en materia de apelación, es la sentencia definitiva de primera instancia en el juicio ordinario (Carrasco 2011:76).
<i>Recurso de casación</i>	<p>Artículo 773.- El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, como sería si se tratase de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor.</p> <p>La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal que haya dictado la sentencia recurrida, salvo que el recurso se interponga por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios, en los de desahucio y en los de alimentos.</p>	<p>Se establece por regla general que el recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia. La única excepción son las situaciones vinculadas al estado civil de las personas.</p> <p>La ley, sin embargo, le concede al recurrente, cuando interponga recurso de casación, el derecho de solicitar que - para el cumplimiento de la sentencia impugnada - se constituya una fianza que garantice las resultas del recurso. Como esto último es un derecho del recurrente, si este decide no hacerlo valer, de igual forma la sentencia deberá ser ejecutada (Carrasco 2011:78).</p>
<i>Juicio posesorio</i>	Artículo 550.- Las apelaciones en los juicios posesorios se concederán sólo en el efecto devolutivo, salvo que la ley expresamente las mande otorgar en ambos efectos o que el fallo apelado no dé lugar al interdicto; y en todo caso su tramitación se ajustará a las reglas establecidas para los incidentes.	En este caso se permite el cumplimiento provisional de la sentencia definitiva dictada en los juicios posesorios. Sin embargo, ello procede sólo cuando la sentencia es estimativa, es decir, si es que no se da lugar al interdicto, la apelación será concedida con efecto suspensivo (Carrasco 2011:81).
<i>Juicio con ocasión del contrato de arrendamiento</i>	Artículo 606.- Las sentencias en que se ratifique el desahucio o se ordene el lanzamiento, las que den lugar a la retención, y las que dispongan la restitución de la cosa arrendada, en los casos de los dos artículos anteriores, sólo serán	Son dos los supuestos regulados: (i) no se concederá la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias que ratifiquen el desahucio o el lanzamiento del arrendatario o se dé lugar al derecho de retención a favor

	<p>apelables en el efecto devolutivo, y la apelación se tramitará como en los incidentes.</p> <p>Artículo 614.- Cuando las sentencias dictadas en los casos de que trata el presente párrafo dieran lugar a la terminación del arrendamiento, sólo serán apelables en el efecto devolutivo, y el recurso se tramitará como en los incidentes.</p>	<p>del arrendatario o se resuelva la restitución de la cosa arrendada y (ii) no se concederá la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias que dispongan la terminación del contrato de arrendamiento.</p> <p>Adicionalmente, en la Ley No. 18.101 se dispone que las apelaciones contra las sentencias emitidas en juicios sobre arrendamiento de predios urbanos serán concedidas sin efecto suspensivo (Silva 2008:392).</p>
<p><i>Expropiación por causa de utilidad pública</i></p>	<p>Artículo 921.- Las apelaciones que se interpongan se concederán sólo en el efecto devolutivo.</p>	<p>En estos supuestos, por regla general, la apelación será concedida sin efecto suspensivo.</p> <p>Esto es concordante con las disposiciones de la Ley Orgánica del Procedimiento de Expropiaciones, Decreto Ley No. 2186 (Carrasco 2011:82).</p>

Como se puede apreciar, en los casos regulados en el ordenamiento jurídico chileno, el legislador optó por establecer supuestos en los cuales la apelación será concedida sin efecto suspensivo para así lograr la actuación inmediata de la sentencia.

A diferencia del ordenamiento jurídico peruano, en Chile son más los supuestos en los cuales el recurso de apelación es concedido sin efecto suspensivo y por regla general, el recurso de casación es concedido sin efecto suspensivo.

Finalmente, conviene precisar que en el Anteproyecto del Código Procesal Civil Chileno se pretendió incorporar disposiciones muy interesantes vinculadas a la actuación de la sentencia impugnada. Un ejemplo era el artículo 211 en donde se establecía el estado de las resoluciones respecto de las cuales se puede solicitar su ejecución. Otro era el artículo 219, el cual establecía los efectos derivados de la supresión de la ejecución provisional, el derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios (Carrasco 2011:94-96).

De una lectura del referido Anteproyecto, era clara la intención del legislador chileno de establecer como regla general en su ordenamiento jurídico la actuación inmediata de la

resolución impugnada. La apelación con efecto suspensivo sería una excepción a la regla (Carrasco 2011:99).

Lamentablemente esta reforma no se pudo concretar. Sin perjuicio de ello, de una revisión de las disposiciones vigentes para los procesos civiles en Chile, hemos constatado que este ordenamiento jurídico cuenta con una serie de herramientas destinadas a proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los particulares.

(v) España

En la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 1881, vigente desde el 03 de febrero de 1881, en su Sección Primera Título IX se encontraba regulada la institución de la “ejecución provisional de la sentencia”.

Como bien describe Monroy Gálvez, en esta ley se establecía que la ejecución provisional procedía a pedido de parte, luego de admitido el recurso de apelación, prestando garantía (fianza o aval bancario) y sólo para dos casos específicos: Cuando se ordena el pago de una cantidad líquida o cuya liquidación ocurra en base a elementales cálculos aritméticos, o cuando el juez considere que no se va a producir irreparabilidad. Asimismo, se establecía que las sentencias sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil derecho honoríficos, no eran susceptibles de ejecución provisional (2001:35-36).

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, en este caso se trata a la actuación de sentencia impugnada como una “ejecución provisional de la sentencia”.

Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (LEC 1/2000 vigente desde el 08 de enero de 2001) se tomó la decisión política de fortalecer la posición acreedora, tomando partido por la concepción que aboga por la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias definitivas de condena, a pesar de la interposición de un recurso, estableciendo una regulación más detallada de la misma (Carrasco 2011:45).

Así, en España la institución de la ejecución provisional de la sentencia, la cual es equiparable a la institución de la actuación de sentencia impugnada, cuenta con una amplia y detallada regulación, lo cual permite una mejor comprensión de sus alcances y una mejor utilización de la misma.

Tres fueron las razones que tuvo el legislador español para regular de manera más detallada la institución objeto de estudio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Carrasco 2011:56):

- (i) Favorecer a quien se encuentra respaldado por una sentencia judicial condenatoria, permitiéndole gozar de los beneficios de dicha resolución, en principio, de forma inmediata.
- (ii) Eliminar el grave problema de que el deudor condenado agote cuantos recursos tiene a su disposición con el único fin de eludir su responsabilidad, retrasando la ejecución.
- (iii) La noción de que las sentencias de primer grado sean inmediatamente efectivas, termina con la tradicional desconfianza hacia la justicia de primera instancia.

La Exposición de Motivos de la referida ley justifica la permanencia de la “ejecución provisional” de la siguiente forma:

“La regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional. (...) la presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados. Ni las estadísticas disponibles ni la realidad conocida por la experiencia de muchos profesionales -Jueces, Magistrados, abogados, profesores de derecho, etc.- justifican una sistemática, radical y general desconfianza en la denominada "Justicia de primera instancia". Y, por otra parte, si no se hiciera más efectiva y se responsabilizara más a esta Justicia de primera instancia, apenas cabría algo distinto de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuestiones de detalle, aunque fuesen muchas e importantes”

Seguendo a Carrasco y a Monroy Gálvez, las principales características de la ejecución provisional recogidas en el Título II del Libro III de la LEC 1/2000 (artículos 524 al 537) son las siguientes (Carrasco 2011:47) (Monroy Gálvez 2001:36):

- (i) La regla general es que el litigante que hubiera obtenido una sentencia condenatoria a su favor tiene derecho a la ejecución provisional de la misma, sin que aquello dependa

de una decisión discrecional del tribunal. Así, sólo aplicará la institución para sentencias de condena.

- (ii) No se contempla un plazo para que el litigante victorioso inste por la ejecución provisional.
- (iii) Se elimina la caución como requisito previo a la ejecución provisional, consagrando a favor del ejecutado un régimen de oposición, distinguiendo según se trate de condenas dinerarias o no. Así, procede oposición contra la ejecución provisional si no se respetan los trámites para su obtención o si se acredita que la reparación, en caso la sentencia fuese revocada, devendría en imposible o sería de extrema dificultad.
- (iv) Contempla una regulación sobre los efectos de la eventual revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.
- (v) Se concede recurso de apelación contra el auto que deniega la ejecución, pero no contra el que lo concede.
- (vi) Se trata de manera separada a la ejecución provisional de la sentencia de primer grado y a la ejecución provisional de la sentencia de segundo grado.
- (vii) Se establece una lista de sentencias que no son susceptibles de ejecución provisional.

Conviene hacer énfasis en este último punto. En el artículo 525 de la LEC 1/2000, el cual fue modificado mediante Ley 42/2015, se establece que las siguientes sentencias no pueden ser ejecutadas provisionalmente (Carrasco 2011:48-49):

- a. Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil, oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, así como sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionados con lo que sea objeto principal del proceso.
- b. Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad.
- c. Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.

- d. Las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los tratados internacionales vigentes en España.
- e. Las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Damián 2009: 6-7).

En este grupo de sentencias podemos identificar que las sentencias, si son ejecutadas, tendrían efectos muy lesivos y en algunos casos irreversibles. Es por ello que el legislador español decidió no regular la institución objeto de estudio para estos casos.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 524.2 y 535.2 de la LEC 1/2000, el tribunal competente para conocer de la solicitud, despacho, oposición y eventual revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente es el que hubiera conocido del proceso de primera instancia, independientemente de que la sentencia que se pretenda ejecutar sea dictada en primera o segunda instancia

Sobre la legitimidad para solicitar la ejecución, el artículo 526 otorga dicha facultad a quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia. Asimismo, no existe una necesidad de caución por parte del solicitante y tampoco se establece un plazo. Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se puede interponer recurso de apelación el cual, por expresa disposición legal, deberá tener carácter preferente, buscando que este sea resuelto antes del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia (Carrasco 2011:51-54).

El demandado podrá oponerse a la pretensión formulada argumentando defectos en el despacho de ejecución, cumplimiento de la obligación o existencia de transacción. Esta deberá formularse en el plazo de cinco días desde la notificación del despacho de la ejecución, o desde que se adopte una medida ejecutiva a la que quiera oponerse el ejecutado (Nieva 2015:515).

En caso la sentencia ejecutada sea revocada en segundo grado, en el artículo 533 de la LCE se desarrollan los efectos de la revocación de las sentencias con condena dinerarias⁶⁹, distinguiendo a su vez dos hipótesis, según la revocación sea total o parcial. Si la revocación

⁶⁹ Cabe precisar que en el artículo 534 de la LCE también se desarrollan los efectos de la revocación frente a condenas no dinerarias. En estos casos, el ejecutante estará obligado ya sea a restituir (bienes), deshacer o indemnizar.

fuera total, la ley ordena que se proceda a exigir al ejecutante la restitución de todo lo indebidamente percibido, más los intereses devengados desde la fecha de la ejecución, así como las costas que éste hubiera satisfecho.

No obstante, en caso la revocación de la sentencia fuese parcial, al ejecutante tan sólo le deberán devolver la diferencia entre las cantidades percibidas y la que resulte de la condena con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia el tipo de interés legal del dinero (Carrasco 2011:61).

Así se explicó en el Auto No. 2005\110292 de la Audiencia Provisional de Madrid en enero de 2005⁷⁰:

“Centrados en la revocación de condenas pecuniarias (...) el resarcimiento del ejecutado es, en principio, pleno si la indebida ejecución provisional lo fue de una condena pecuniaria y, además, la sentencia provisionalmente ejecutada se revoca en su totalidad. (...) Cuando así sucede, el ejecutante 'provisional' está obligado a devolver al ejecutado: a) la cantidad que hubiera percibido como resultado de la ejecución provisional; b) las cantidades que el ejecutado hubiera pagado por las costas de la ejecución; c) los daños y perjuicios que la ejecución le hubiere ocasionado (533.1 LEC) que, a criterio de esta Sala, incluyen siempre los intereses del dinero. (...) No es pleno, en cambio, el resarcimiento -incluso puede generar un injusto desequilibrio- cuando el tribunal superior revoca parcialmente una sentencia pecuniaria. En este caso al parcialmente frustrado ejecutante le basta con devolver la diferencia entre lo que percibió y lo que concede la sentencia que devino firme, más el interés legal del dinero (533.2), pero no los daños y perjuicios que la ejecución provisional hubiera podido producir al ejecutado -que pueden ser extraordinariamente graves-, y ni siquiera se grava a quien 'indebidamente' ejecutó con el incremento en dos puntos del interés legal”

Respecto a la obligación de indemnizar al demandado por los daños y perjuicios generados producto de la ejecución de la sentencia, sea en condenas dinerarias como no dinerarias, en la doctrina española encontramos diferentes posturas respecto a si esta debe proceder o no. A criterio de Díez-Picazo, citado por Villa García:

“En realidad (...) habría que entender, primero, que aunque se le restituya al ejecutado el bien más sus rentas, frutos, o productos, ello no es óbice para que le deban ser también indemnizados los daños y perjuicios que la privación temporal del mismo le haya podido causar; y segundo, que cuando la restitución in natura sea imposible, a lo que el ejecutado tiene derecho propiamente es al valor económico del bien, más los daños y perjuicios derivados de su privación” (2009:78)

⁷⁰ AP de Madrid No. 2005\110292 del 25 de enero de 2005. Considerandos sexto y séptimo.

Distinta es la postura de Caballol Angelats quien afirma:

“La realización de lo dispuesto en una resolución revocatoria se llevará a efecto reintegrando al ejecutado provisionalmente aquello que se le sustrajo para hacer efectiva la resolución o su equivalente pecuniario cuando no sea posible, así como condenándole a indemnizar los daños y perjuicios causados por la ejecución provisional” (1993:277-278)

Sin perjuicio de esta discusión, es claro que en este ordenamiento jurídico se avanzó bastante en miras a otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva, buscando cambiar la mentalidad de los ciudadanos referida a que los pronunciamientos emitidos en primer grado judicial no son del todo completos o adecuados porque siempre necesitan ser revisados, otorgándoles un rol más importante a los órganos jurisdiccionales de primer grado judicial. Como bien se señala en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

*“Con esta innovación, la presente Ley aspira a un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos. En los pactos, para acordarlos con ánimo de cumplirlos; en los pleitos, para afrontarlos con la perspectiva de asumir seriamente sus resultados en un horizonte mucho más próximo que el que es hoy habitual. **Se manifiesta así, en suma, un propósito no meramente verbal de dar seriedad a la Justicia.** No resulta admisible atribuir muchos errores a los órganos jurisdiccionales de primera instancia, argumento que, como ya se ha apuntado, está en contradicción con la realidad de las sentencias confirmatorias en segunda instancia. Por lo demás, **una Ley como ésta debe elaborarse sobre la base de un serio quehacer judicial, en todas las instancias y en los recursos extraordinarios y de ninguna manera puede sustentarse aceptando como punto de partida una supuesta o real falta de calidad en dicho quehacer, defecto que, en todo caso, ninguna ley podría remediar**” (el resaltado es nuestro)*

Cabe recalcar que, así como en los ordenamientos jurídicos descritos, en Ecuador, Uruguay, Paraguay, Venezuela, Argentina, México, Francia, entre otros⁷¹; la institución de la actuación de sentencia impugnada también se encuentra regulada o existen matices de la misma.

1.8. Reflexiones sobre los alcances de la institución en el Perú en contraste con ordenamientos jurídicos extranjeros

Resultaría en vano analizar la regulación y los matices de la institución de la actuación de sentencia impugnada en ordenamientos jurídicos extranjeros si es que no extraemos elementos de análisis que puedan aportar a la regulación de la institución objeto de estudio en nuestro país.

⁷¹ Véase. (Villa García 2009:54-60) (Monroy Gálvez 2001:34-37).

En primer lugar, debemos señalar que los ordenamientos jurídicos que tienen la regulación más completa, ya sea de la institución en sí o de figuras afines a la misma, son Brasil y España. Llama la atención cómo en Brasil, la instauración de instituciones a fines a la actuación de sentencia impugnada se logró a través de una reforma judicial en el año 2015 con la promulgación del Código de Proceso Civil; mientras que en el caso de España no hubo necesidad de una reforma. Desde inicios del siglo XXI, con la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya se había regulado ampliamente la institución objeto de estudio, abordándola como una ejecución provisional de sentencias.

En segundo lugar, en los países como Bolivia, Colombia y Chile también encontramos rastros de la institución de la actuación de sentencia impugnada. En el caso de Bolivia y Colombia podemos ver que sí existen matices de la institución objeto de estudio en la regulación de los procesos constitucionales y, en el caso de Chile, si bien no se logró realizar una reforma judicial, existen disposiciones que llegan a tener los mismos efectos de la institución objeto de estudio.

Es claro que en estos tres países sudamericanos la regulación no es tan completa y no se han fijado límites claros a comparación de Brasil y España, sin embargo, ello no quita que podamos extraer elementos positivos de dichos ordenamientos jurídicos, con miras a buscar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva para los ciudadanos peruanos.

A continuación, procederemos a reseñar los aportes que hemos extraído de cada uno de los ordenamientos jurídicos extranjeros estudiados en el sub-capítulo precedente:

- (a) Aporte brasileño: En este país, a diferencia del nuestro, se logró concretar una reforma judicial. La consecuencia es que actualmente el Código de Proceso Civil de Brasil contiene una gran cantidad de disposiciones que logran otorgar una mejor tutela a las situaciones materiales al interior del proceso.

Con la instauración de la tutela provisional, el proceso civil brasileño le da un mayor alcance al campo de la tutela diferenciada. Ahora el proceso civil brasileño cuenta con diferentes formas de tutela jurisdiccional, ya sea otorgando una tutela satisfactiva o una tutela cautelar, antes de iniciado el proceso o una vez iniciado el mismo, ya sea otorgando tutela jurisdiccional ante la evidencia o ante la urgencia invocada.

El órgano jurisdiccional ya no está limitado a responder de una misma forma ante las situaciones materiales que se le presentan y, por consiguiente, el ciudadano brasileño

verá con “mejores ojos” el proceso civil en general. La razón es simple: La reforma antes descrita genera que el proceso civil brasileño cuente con una estructura que permite brindar una respuesta efectiva a las necesidades de los ciudadanos.

Pero el legislador brasileño no se detuvo en ese punto. Además de lo señalado, estableció (i) situaciones en las cuales la apelación será concedida sin efecto suspensivo para que la parte beneficiada, una vez que tome conocimiento de la misma, pueda impulsar la ejecución del pronunciamiento y (ii) situaciones en las cuales se podrá impulsar la ejecución del pronunciamiento a pesar de que este sea apelado con efecto suspensivo.

La opción legislativa adoptada en Brasil ratifica lo sostenido en los sub-capítulos precedentes: (i) el efecto suspensivo de los recursos no es parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, de lo contrario, no tendría lógica que se establezcan más situaciones en las cuales el recurso no será concedido con efecto suspensivo y (ii) la actuación de sentencia impugnada tiene una naturaleza distinta a las medidas cautelares, puesto que si bien a través de ambas se otorgará una tutela diferenciada, la institución objeto de estudio otorgará una tutela satisfactiva al igual que lo hará la tutela provisional de evidencia en Brasil, mientras que las medidas cautelares están destinadas a – valga la redundancia – cautelar el derecho invocado a través de distintas formas.

Partir del ejemplo brasileño puede ayudar bastante a una mejor regulación de la institución objeto de estudio en el Perú. El legislador peruano no sólo se debe limitar a incorporar la institución objeto de estudio a más procesos civiles, sino que puede ir un paso atrás y establecer nuevas formas de tutela para que el proceso otorgue una respuesta adecuada, oportuna y efectiva a las situaciones materiales. Estas nuevas formas de tutela evidentemente estarían en consonancia con la institución objeto de estudio porque el fin que se busca es el mismo: otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, ampliar los supuestos en los cuales el recurso de apelación debe concederse sin efecto suspensivo genera el mismo efecto que trae consigo la institución objeto de estudio: ejecutar una sentencia estimativa a pesar de que no haya adquirido la autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, en el primer caso se impulsará la ejecución de la sentencia porque, de acuerdo con la norma, el recurso no tiene efecto suspensivo y por tanto no paraliza la ejecución, mientras que en el segundo caso se impulsará la

ejecución de la sentencia partiendo de una ficción jurídica recogida en el ordenamiento jurídico.

El aporte brasileño es notorio. Nos da una visión global del proceso y nuevas alternativas que son coherentes con los objetivos que busca la regulación de la institución de la actuación de sentencia impugnada.

- (b) Aporte boliviano: Si bien, al igual que en nuestro país, la institución objeto de estudio tiene mucha incidencia en los procesos constitucionales bolivianos; los alcances de la misma se lograron ampliar a raíz de la promulgación de un nuevo texto constitucional en el año 2009.

No obstante, desde años atrás, el legislador boliviano ya había regulado parámetros para asegurar el cumplimiento de las sentencias, enfatizando en las sanciones tanto a los particulares como a los órganos jurisdiccionales. En dicho país, la jurisprudencia se encargó de hacer énfasis en el cumplimiento de los fallos y de las sanciones aplicables en caso esto no ocurra.

Las disposiciones constitucionales son reforzadas con la legislación penal boliviana la cual establece que el particular o funcionario que no acate el mandato judicial actuado inmediatamente, podrá ser remitido al Ministerio Público para su procesamiento penal.

Sin embargo, el principal problema en Bolivia radica en que el legislador, a pesar de incorporar nuevas disposiciones en el nuevo texto constitucional vinculadas a la institución objeto de estudio, no estableció un límite de tiempo para el cumplimiento inmediato de las sentencias. Esto provocó que, por más de que se haya incorporado la institución objeto de estudio en los procesos constitucionales bolivianos, la aplicación de la misma sea muy controversial y limitada.

Precisamente esos vacíos legales son los que el legislador peruano debe cubrir para lograr una adecuada regulación de la institución objeto de estudio. Además, es claro que reforzar las sanciones penales por no respetar el cumplimiento inmediato del fallo con una mejor regulación tanto en el ámbito civil como en el constitucional, generaría un incremento del cumplimiento voluntario de sentencias de parte de los particulares y funcionarios en nuestro ordenamiento jurídico.

La aplicación de la institución objeto de estudio en los procesos civiles y constitucionales puede ser reforzada con disposiciones en el ámbito penal que requieran la participación de distintas entidades estatales, como bien se previó en Bolivia. Esto reflejaría que el Estado, como una unidad, está velando correctamente por la protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

- (c) Aporte colombiano: La normativa colombiana sobre la materia, si bien es similar a la boliviana, es más completa. Debemos hacer énfasis que en Colombia fue a través de una norma que se delimitaron los alcances de las acciones constitucionales y se precisó la exigencia de cumplir inmediatamente las sentencias.

Asimismo, y a diferencia del ordenamiento jurídico boliviano, el legislador colombiano sí estableció un límite de tiempo para el cumplimiento de la sentencia. Ello generó que se tomen medidas oportunas para que los efectos de la sentencia se concreten en la realidad de una forma más célere y eficaz.

Es importante recalcar el procedimiento sancionador de “desacato” recogido en este ordenamiento jurídico ya que, a través del mismo, es posible sancionar a todo aquel que no cumpla con la sentencia y en forma paralela, solicitar al órgano jurisdiccional que adopte todas las medidas necesarias para que los efectos de la sentencia se concreten en la realidad. Así, un particular, además de impulsar el cumplimiento de la sentencia, puede apoyarse a través de un procedimiento sancionador específico.

Una regulación similar en nuestro ordenamiento jurídico puede coadyuvar al incremento del cumplimiento de sentencias de primer grado de los particulares, recibiendo el apoyo de los órganos jurisdiccionales.

- (d) Aporte chileno: En Chile, a pesar de que no se logró una reforma judicial, la legislación del siglo XX ya contaba con disposiciones a fines a la institución objeto de estudio. Lo que más llama la atención es que el legislador chileno centró su análisis en situaciones específicas para llegar a la conclusión que sólo en esos casos conviene adoptar medidas para lograr el cumplimiento de las sentencias.

Así, para el juicio ejecutivo, juicio sumario, autos, decretos, sentencias interlocutorias, recurso de casación, juicio posesorio, juicio con ocasión del contrato de arrendamiento y expropiación por causa de utilidad pública, el legislador chileno optó por privilegiar el cumplimiento inmediato de las sentencias.

De estos supuestos, los que más nos llevan a la reflexión son el recurso de casación y los juicios de arrendamiento. En Perú toda interposición de recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia. ¿Qué ocurre si el legislador decide quitarle ese efecto al recurso? ¿Se afecta algún derecho fundamental? ¿Se afecta el trámite del proceso? La respuesta es no. Teniendo en cuenta que el proceso ya pasó por dos etapas no sería descabellado quitarle el efecto suspensivo al recurso de casación. Ello se refuerza en que, en su gran mayoría, los recursos de casación son desestimados en la Corte Suprema⁷².

Respecto a los juicios de arrendamiento, a través del Decreto Legislativo No. 1177, en Perú se buscó crear un proceso de “desalojo judicial express” en el cual el principal atractivo era quitarle el efecto suspensivo al recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primer grado. Sin embargo, este proceso único no tuvo éxito por los propios límites establecidos en la norma para su aplicación. Así, en Perú se pretendió tomar un camino similar al de Chile⁷³. La necesidad de una mejor regulación en estos juicios es clara puesto que en muchos casos, nos encontramos con un poseedor precario que, durante todo el trámite del juicio, no paga la renta y se mantiene en el inmueble sin título alguno.

La naturaleza de la institución objeto de estudio no se opone a las disposiciones recogidas en el ordenamiento jurídico chileno. Al contrario, en ambos casos se apunta al mismo objetivo. Al igual que en Chile, el legislador peruano debe hacer un análisis detallado de los procesos civiles en los cuales resulta necesario implementar la institución objeto de estudio o implementar disposiciones afines a la misma para otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

- (e) Aporte español: En el ordenamiento jurídico español encontramos matices de la regulación de la institución objeto de estudio recogida en los ordenamientos jurídicos sudamericanos, en este caso tratada como “ejecución provisional”, pero además encontramos una regulación más completa y detallada de la misma.

⁷² Esta afirmación será desarrollada en el siguiente capítulo.

⁷³ Asimismo, debemos precisar que mediante la Ley No. 3093 se reguló el “desalojo notarial” en el Perú. Sin embargo, a la fecha existe un debate en torno a los problemas que puedan generarse en caso de oposiciones y no se han dictado normas complementarias al respecto.

A diferencia de lo que ocurrió en Brasil, el legislador español no reguló nuevas formas de tutela para responder de manera más efectiva a las situaciones materiales que se presentan al proceso. En España, el legislador tomó la decisión de reforzar la institución objeto de estudio, estableciendo diversas disposiciones específicas que desarrollan la misma. Es claro que ambos caminos son loables en la búsqueda de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

En España se establecieron los siguientes supuestos en los cuales no procede la ejecución provisional: (i) frente a sentencias de paternidad, matrimonio, separación, entre otros institutos del derecho de familia, (ii) frente a sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad, (iii) frente a sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad, (iv) frente a sentencias extranjeras no firmes y (v) frente a sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, intimidad, familiar e imagen. La razón de esta limitación a los alcances de la ejecución provisional es clara: en todos estos casos los efectos de la sentencia ejecutada serían muy lesivos y en algunos llegarían a ser irreversibles.

Si bien nuestro Tribunal Constitucional hizo énfasis en que la institución objeto de estudio no procede frente a sentencias con efectos irreversibles, hacer una referencia a supuestos específicos como la realizada por el legislador español evita que se generen discusiones respecto a la irreversibilidad de cierto tipo de sentencias, haciéndose más sencilla la tarea de los operadores jurídicos.

Asimismo, debemos rescatar que, en el ordenamiento jurídico español, además de los efectos irreversibles de la sentencia, se hace referencia a que el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta la situación del ejecutante y si este estará en condiciones de asumir los daños y perjuicios generados por la actuación de la sentencia de primer grado en caso esta sea revocada.

Si bien nuestro Tribunal Constitucional hizo referencia a criterios de proporcionalidad al momento de aplicar la institución objeto de estudio, una precisión como la realizada en la LEC 1/2000, puede darle mayor respaldo al análisis que realicen los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar la institución objeto de estudio.

Una regulación amplia de la institución objeto de estudio en nuestro país (que incluya los supuestos en los cuales no debe aplicarse, los elementos que deberá tomar en cuenta el órgano jurisdiccional al momento de decidir si aplicarla o no, los efectos de la

revocación de la sentencia que es actuada y una distinción entre actuación de sentencia de primer y de segundo grado) ayudaría a que los operadores jurídicos tengan claro el alcance y los límites de la misma al momento de aplicarla, velando por el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos.

Asimismo, debemos rescatar la justificación recogida en la LEC 1/2000 para implementar la ejecución provisional en España: la desconfianza de la población en el sistema de justicia. En la exposición de motivos de la referida ley se hace expresa referencia al grave problema de que el deudor condenado agote todos sus recursos para evadir su responsabilidad, atrasando o haciendo imposible la ejecución de la sentencia.

La justificación recogida en la Exposición de Motivos es clara y concisa. El legislador español no tuvo que acudir a definiciones dogmáticas ni jurídicas para abordar la ejecución provisional. Fue directo y resaltó las principales falencias del sistema de justicia español que podían ser superadas, en gran parte, con la implementación de instituciones jurídicas como la ejecución provisional.

Siendo ello así, si buscamos reforzar y ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio en el Perú, fundamentarla como lo hizo el legislador español para el caso de la ejecución provisional generaría una respuesta positiva en la población peruana dado que todos somos conscientes de las grandes falencias de nuestro sistema de justicia.

A partir de todo lo expuesto, podemos afirmar que los aportes que nos brinda la regulación de la institución objeto de estudio o de disposiciones vinculadas a la misma en ordenamientos jurídicos extranjeros, serán de vital importancia al momento de delinear el ámbito de aplicación de la misma en nuestro país y buscar siempre que esté en consonancia con los principios constitucionales que deben prevalecer en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

El ordenamiento jurídico peruano no cuenta con suficientes disposiciones que permitan aprovechar la institución de la actuación de sentencia impugnada de la mejor manera para velar por la protección al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Así, resulta necesaria una nueva regulación de la institución objeto de estudio, recogiendo cada uno de los aspectos positivos que hemos identificado en ordenamientos jurídicos extranjeros.

Como veremos en el siguiente capítulo, comprender el contexto en el cual pretendemos ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio es de vital importancia para tomar las decisiones más acertadas. No está demás afirmar que la realidad de nuestro sistema de justicia no es ajena a lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos extranjeros antes descritos.



CAPÍTULO II:

Aplicación de la institución en la ciudad de Lima en plena crisis del sistema de justicia peruano



2.1. Contexto en el cual se aplica la institución: El tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho

Al identificar los alcances y la regulación de la institución de la actuación de sentencia impugnada en el ordenamiento jurídico peruano y al contrastarlos con la regulación de la institución objeto de estudio en ordenamientos jurídicos extranjeros, hemos concluido que existen diversos aspectos por mejorar en nuestro ordenamiento jurídico a fin de garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, previamente a elaborar una propuesta dirigida a ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio en nuestro país, primero debemos conocer cuál es el contexto en el cual buscamos un cambio. Para ello, debemos partir de una premisa incuestionable: El Estado Peruano es un Estado Constitucional de Derecho.

Esta no es una simple afirmación. Tiene una serie de presupuestos y trae consigo una serie de consecuencias que deberán guiar la nueva regulación que buscamos para la institución objeto de estudio en nuestro ordenamiento jurídico. Veamos.

Debemos iniciar afirmando que el tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho se concretó producto de la constitucionalización del derecho procesal.

Como toda disciplina, el derecho procesal fue formándose con el paso del tiempo. A lo largo de la formación del mismo, se pueden identificar diversos momentos en los cuales el estudio y el entendimiento del proceso era muy distinto.

Ello se debe a que cada momento histórico estuvo marcado por un conjunto central de convicciones, creencias, opiniones, prejuicios y principios compartidos por la comunidad jurídica de un sistema legal determinado; que influían en la forma de ver y comprender el derecho. A esto se le conoce como “paradigmas”⁷⁴. Esta noción incluye, además, un tipo de práctica funcional y un perfil particular de agente o miembro de la comunidad que la ejerce (Gonzales 2009:45).

Los paradigmas son la base del entendimiento que marcaron cada época. El paradigma en una época determinada es incuestionable. Todo el que cuestionaba la “base” de la época

⁷⁴ Este término fue inicialmente propuesto por Thomas Kuhn en sus obras “La estructura de las revoluciones científicas” de 1962 y “Segundos pensamientos sobre paradigmas” de 1978.

estaba en un error. Sin embargo, es partir de esos cuestionamientos que surgen nuevos paradigmas y ocurrirá exactamente lo mismo que con el anterior: será incuestionable hasta que surja uno distinto.

Tradicionalmente se identifican tres paradigmas en el proceso de formación y evolución del derecho procesal: i) la práctica forense, ii) el procedimentalismo y iii) el procesalismo científico o derecho procesal per se (Apolín 2005:20). Veamos las características propias de cada uno.

El primer paradigma conocido como la práctica forense tuvo lugar durante toda la Época Medieval e inicios del Renacimiento, es decir, hasta el siglo XV. Para comprender el mismo, debemos empezar abordando el concepto de “práctica forense”, también llamada “derecho procesal práctico”.

En términos generales, la Real Academia Española define la práctica forense como *“técnicas y rudimentos que deben acreditarse por el profesional o agente jurídico en su actividad profesional ante los órganos jurisdiccionales”* (2015).

La práctica forense cumple la tarea de poner en contacto a los estudiantes de la carrera de Derecho con la realidad en el campo del ejercicio profesional de la abogacía, de manera que puedan aplicar los conocimientos adquiridos en las aulas universitarias. Así, la finalidad de la misma es la enseñanza de la aplicación jurídica del derecho en la práctica (Santana Vásquez 2008:19).

En este primer paradigma todo estaba enfocado en la práctica, es decir, los conocimientos adquiridos en las aulas universitarias eran predominantemente conocimientos prácticos. El derecho procesal no era concebido como una disciplina, todo giraba en torno al comportamiento de los que ejercían derecho frente a los Tribunales de Justicia.

De esa forma se les dio prioridad a las destrezas legales del litigante y los conocimientos jurídicos pasaron a un segundo plano. La enseñanza estaba limitada a la práctica judicial.

Los elementos caracterizadores de este paradigma son (Apolín 2005:20):

- i. Los libros de la época estaban dirigidos a los “prácticos”, es decir, jueces, abogados, entre otros.

- ii. Los libros de la época no eran elaborados por los profesores de derecho, sino que los “prácticos” eran quienes plasmaban su experiencia en el contenido de los mismos.
- iii. No existía una extensa codificación. Lo que existía eran manuales para que los “prácticos” entiendan cuál es la manera correcta de comportarse ante los Tribunales.
- iv. La práctica forense se ceñía a sus enseñanzas, plazos de los juicios y competencias de los órganos jurisdiccionales que existían.

Todo esto se ve reflejado en que en las universidades de la referida época no se enseñaba derecho procesal, sino que el estudio se enfocaba en los manuales de técnicas de litigación. Esto bastaba para la formación de un abogado en aquella época (Montero 1999: 10-13).

En los últimos años, al igual que en la práctica forense, se le ha dado una especial importancia en la currícula de las facultades de derecho a nivel nacional a los cursos de estrategias de litigación oral. Muchos cursos están enfocados en cómo uno debe presentarse ante los órganos jurisdiccionales para defender su teoría del caso de la mejor forma posible. A tales efectos, se enseña la postura, gesticulación, tono de voz, entre otros factores que serán muy importantes al momento de “convencer” al tercero imparcial. La enseñanza de estas técnicas de litigación viene de la mano con la oralidad del proceso, la cual se ha ido posicionando como un rasgo característico del mismo con el paso del tiempo.

Sin embargo, es equivocado valorar sólo a un abogado por su oratoria. Además de ello, un abogado debe tener conocimientos sólidos de las instituciones jurídicas y de los alcances y límites impuestos en su ordenamiento jurídico para que sus palabras tengan una base sólida. Por ello, en toda currícula universitaria se pueden apreciar una gran cantidad de cursos teóricos que se enfocan en distintas ramas del derecho, para así fortalecer el estudio de las instituciones jurídicas en todo abogado en formación. Esta realidad, que hoy es indiscutible, en la práctica forense fue desconocida por completo.

Tuvo que ocurrir un acontecimiento histórico para que la forma de comprender y estudiar el derecho cambie radicalmente a la del primer paradigma explicado. Este acontecimiento histórico tuvo como efecto desencadenante el absolutismo que primó entre los siglos XVI y XVIII.

El poder absoluto del monarca en Francia y las injusticias e irregularidades que se hacían una constante en aquellos siglos generaron la necesidad de imponer límites. Y precisamente,

el instrumento idóneo para establecer esos límites era la ley. Así, en 1789 se produce la Revolución Francesa y así es como llegamos al segundo paradigma: el procedimentalismo.

Si bien la Revolución Francesa tuvo mayoritariamente una connotación política, esta impactó directamente en la forma de comprender y estudiar el derecho. Nótese que lo que buscaron los revolucionarios fue posicionar a la libertad y a la igualdad como los valores centrales de un Estado. Al evidenciarse que la única forma de garantizar dichos valores era con la ley, esta se convirtió en la protagonista del Estado y el derecho giraría en torno a ella (Montero 1999: 14-17).

En esta época se puede hablar del imperio de la ley. El principio que primaría en los Estados sería el del respeto por el procedimiento preestablecido por ley, basado en la soberanía de la ley⁷⁵. Al ser el juez “boca de la ley”, la labor judicial de esta época estuvo muy devaluada, no se dejaba un espacio para la interpretación judicial, los jueces tenían un rol complementario y únicamente debían verificar que los actos procesales se sujetasen al procedimiento establecido en la ley. De no ser así, se estaría frente a una nulidad procesal (Montero 1999: 14-17).

Por esta misma época surgieron el delito de prevaricato y el recurso de casación francés puesto que la labor del juez debía ser controlada y limitada para que no se generen violaciones a la ley. Por un lado, si un juez se apartaba de la ley incurría en el delito penal de prevaricato y, por otro lado, a través del recurso de casación, el Tribunal de Casación Francés (totalmente desvinculado del Poder Judicial y vinculado al Parlamento) controlaría que los órganos jurisdiccionales apliquen correctamente la ley. Como bien comenta Apolín sobre este segundo paradigma:

“El procedimentalismo se caracteriza por el nexo entre la ley y el procedimiento, con desarrollo en lo que Montero Aroca llama Método y Contenido. Parte de conceptos de la Revolución Francesa; división de poderes, rompe con la forma de promulgación de las leyes, ahora se votan por expresión de la voluntad general. El Derecho Francés empieza lo que se llama la Codificación Napoleónica. Todos los actos procesales se describen mediante ley. Estos procedimientos judiciales lo constituían aquellas formas solemnes para discutir ante los tribunales” (2005:20).

Todo esto condujo a que el estudio del derecho sea sinónimo de estudiar la ley. En esta época se elaboran diversos compendios de normas – códigos – como el de Napoleón, el *Code de*

⁷⁵ No es de sorprender que, a pesar del paso del tiempo, diversas Constituciones hayan recogido dicho principio, como, por ejemplo, el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución.

procedure civile, el *Code d'instruction criminelle*, entre otros; y la enseñanza en las universidades partía del método exegético, es decir, un estudio de los códigos, artículo por artículo (Montero 1999: 14-17).

Gracias a la labor de diversos juristas franceses que decidieron estudiar el Código de Napoleón se fue forjando la Escuela de la Exégesis. Si bien esta escuela surgió en Francia, la misma se propagó en otras partes del mundo, en donde también se elaboraron distintos códigos y se estudió a detalle la ley. Como bien señala Moisset de Espanés, este espíritu metodológico de la época era reflejo de un marcado positivismo, lo cual hizo muy notorias las siguientes características de la referida escuela (1992:78-81):

- a. El derecho positivo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley.
- b. La interpretación está dirigida a desentrañar el sentido de la ley.
- c. Deducidos los principios fundamentales que la ley consagra, deberán obtenerse de allí las consecuencias, sin más apoyo que la razón y la habilidad dialéctica.
- d. Las insuficiencias de la ley se salvan por el recurso a la analogía.
- e. Respeto al argumento de autoridad.
- f. Carácter eminentemente estatal de derecho.

Así es como se fue forjando un Estado de Derecho, en el cual la ley era el eslabón más importante del ordenamiento jurídico. En palabras de Zagrebelsky citado por Correa (2019:12):

*“El Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En dicha forma de Estado, señalaba el citado autor, lo que destacaba en primer plano era la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad. **Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos**”*
(el resaltado es nuestro)

En la misma línea, Morales Godo señala (2010:2-11)

*“En efecto, se le asignó un papel preponderante a la función legislativa, porque era la encargada de dictar las leyes, y en ella descansaba la racionalidad del sistema. Tanto la administración como la función jurisdiccional debían aplicar las leyes, sin tener mayores posibilidades de interpretación, a no ser el tenor literal de la norma. El juez en el Estado Democrático liberal primigenio se convirtió en la boca de la ley. Ello dio pie, por un buen tiempo, al gran desarrollo de la corriente positivista en el campo del Derecho y al método de interpretación exegético. **Se genera el denominado Estado de Derecho, que no viene a ser sino el sometimiento de los hombres al Derecho, y el derecho eran las leyes**” (el resaltado es nuestro)*

“La corriente exegética de interpretación de las leyes se pone al servicio del positivismo. En este sentido, el papel del legislador cobra un papel preponderante. El hace la ley y el operador se limita a aplicarla, sin que exista posibilidad de ir en contra “del texto expreso”, porque incurriría en prevaricato, ilícito penal previsto en nuestra legislación, que limita severamente las posibilidades de Interpretación del juzgador” (el resaltado es nuestro)

En el procedimentalismo, al ser la ley la que guíe todos los poderes del Estado y el actuar de todos los ciudadanos, la ideología y la creencia que se forjó y se difundió desde Francia, estaba centrada única y exclusivamente en la ley. Todo estudioso del derecho estaba obligado a leer, conocer y analizar el contenido de la ley vigente en su ordenamiento jurídico, lo cual se hizo más fluido a raíz de las grandes tareas codificadoras de la época.

Finalmente, el tercer paradigma conocido como “procesalismo científico” se consolida a mediados del siglo XIX en Alemania, con los aportes de Ihering y posteriormente sería difundido en Italia por autores como Calamandrei y Carnelutti, quienes dedicaron muchas obras al estudio dogmático de las instituciones jurídicas. En esta etapa ya se puede hablar del derecho procesal como una disciplina. Una disciplina por encima de la ley dedicada a elaborar principios dogmáticos (Montero 1999: 17-20).

Monroy Gálvez y Monroy Palacios describen la gestación de este paradigma de la siguiente forma:

“Así como la Revolución Francesa es fundamentalmente un movimiento burgués y no popular, la ciencia del proceso - nos referimos a su gestación en Alemania durante el siglo XIX - tiene un marco filosófico e ideológico que es importante destacar para comprender el sendero de su desarrollo. La comprensión de los estudios procesales, como de cualquier otra disciplina jurídica, exige al jurista un empeño adicional: es necesario que se libere de los límites impuestos por el objeto de estudio de su disciplina y, de ser posible, del Derecho, para contemplar su objeto de investigación con un mayor panorama y más claridad” (2001:168).

Como bien señalan Monereo Perez y Fernández Áviles, en esta época, el derecho procesal transitó:

“Desde la exégesis de los textos legislativos, al estudio histórico dogmático de las instituciones y a la elaboración sistemática de las nuevas leyes sobre la base de los resultados críticos de estos estudios” (2007: 263).

Según Atienza, la dogmática jurídica es una expresión que se consolidó a partir de la escuela histórica, desde comienzos del siglo XIX:

“El que los juristas suelen hablar hoy comúnmente de “dogmática jurídica” viene a ser pues, fundamentalmente, una herencia del positivismo jurídico (...). Y, en ese sentido, puede resultar curioso el hecho que Ihering entendió por “dogmática jurídica” la parte más alta de la jurisprudencia que según él, tenía un carácter eminentemente constructivo” (2015:170)

Se debe tener en cuenta que el dogmatismo de la época no fue un reemplazo del positivismo forjado a partir de la Revolución Francesa, sino que los dogmas que se enseñaban partían de la norma y, por ende, el positivismo vendría a ser un presupuesto para este dogmatismo.

Abordando este tercer paradigma como “derecho procesal”, Apolín afirma que se parte del concepto de proceso como una relación jurídica, conjunto de normas reguladoras de los supuestos o condiciones, contenido, forma y efectos de la tutela jurídica procesal. Este se caracteriza por el método y por la propia autonomía. Mientras los procedimientos estudian la ley y desarrollaban procedimientos: los procesalistas elaboran sistemas científicos complejos entorno al proceso, realizando pura teoría del proceso (2005:20).

Al desarrollar el divorcio entre el derecho procesal con el derecho material, Priori explica los cambios en el pensamiento jurídico en este tercer paradigma de la siguiente forma:

“el procesalismo científico se esforzó por construir una disciplina autónoma, esto es, alejada de cualquier interferencia de otra; buscaba la pureza de la disciplina. Esto distanció los estudios del derecho procesal de los de derecho material y permitió la construcción de una estructura conceptual abstracta, pura, desprovista de valores y de su contenido esencial: el derecho material al que el proceso buscaba proteger (...) A partir de allí, el paso al dogmatismo fue muy fácil” (2019:34)

Producto de la marcada distancia entre el derecho material y los principios dogmáticos, es que el derecho se torna muy abstracto. Y ello no es de menor importancia porque las doctrinas que se enseñaron en esta época estaban alejadas de los problemas de los ciudadanos y únicamente se centraban en discusiones teóricas.

Tuvo que ocurrir un nuevo acontecimiento histórico para que cambie radicalmente la forma de comprender: La Segunda Guerra Mundial iniciada en 1939 hasta 1945. ¿La razón? Fue en respeto de la ley, que se llevaron a cabo diversos episodios de violencia a nivel mundial. En efecto, la aplicación de las Leyes de Nuremberg adoptadas en 1935, de carácter racista y antisemita de Alemania, para el exterminio de miles de judíos, reflejó una deshumanización completa de la ley.

Toda vez que en este momento la tarea judicial estaba subordinada a la ley, en los juicios por crímenes de guerra que las autoridades estadounidenses llevaron a cabo en Nuremberg una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, los jueces alemanes que fueron procesados se defendieron alegando que lo único que hicieron fue cumplir sus roles de jueces, es decir, “aplicaron la ley”.

Todo esto condujo a una necesaria reflexión y a criticar la forma de comprender el derecho de aquella época. Era necesaria una solución distinta de aplicar, estudiar y entender el derecho, de las formas propuestas en el positivismo y en el dogmatismo.

Una reflexión muy marcada en este sentido la encontramos en Calamandrei. La educación que recibió Calamandrei en la universidad a inicios de 1900 estaba predominantemente marcada por el dogmatismo que venía explicando y desarrollando Chiovenda en Italia. Por ello, en sus primeras publicaciones, Calamandrei busca continuar con los estudios forjados en la escuela italiana.

Sin embargo, con el paso del tiempo, como bien señala Priori, Calamandrei cuestionó el posicionamiento de la ley como elemento más importante en un Estado de Derecho y el exagerado dogmatismo en el que había caído el derecho procesal (2016:90-105).

Después de la Segunda Guerra Mundial, Calamandrei cambia radicalmente la visión que tenía del derecho, a tal punto de llegar a ser calificado como un anti dogmático, con raíz en la conciencia de necesidad de profundas reformas en la legislación y en la administración de justicia (Ibáñez 2009:15).

A partir de ello, se dejó de lado el divorcio entre el derecho procesal y el derecho material, llegándose a una reconciliación de ambos institutos, al constatarse que el derecho procesal se había divorciado de su propia finalidad y esencia, de su propia razón de ser: la de brindar

a las personas una tutela adecuada para la protección de las situaciones jurídicas materiales al interior del proceso. En palabras de Priori:

“Lo trascendente era la existencia de una relación procesal válida, aun cuando para conseguirla se violaran derechos fundamentales de las partes en el proceso. Por eso se dice que la noción del proceso como relación jurídica concibió un proceso neutro, pues se quedó en los conceptos antes que en los valores que el proceso debería realizar. (...) La crítica que recibe esta concepción es que piensa en un proceso sin tener en cuenta los derechos fundamentales, base del Estado constitucional” (2019:35)

Estas críticas reclamaban una visión valorativa del proceso. Se había olvidado por completo que detrás del proceso está el ser humano, están los problemas y las necesidades de los ciudadanos y, por tanto, que estos elementos necesariamente debían ser tomados en cuenta al momento de impartir justicia.

Con el paso del tiempo se empezó a evidenciar una constitucionalización del proceso. La dignidad del ser humano se posicionaría como el factor determinante en todo Estado y sobre esta giraría la ley y su aplicación. Ya no estamos frente a un proceso neutro. En este nuevo proceso, existen diversos valores que prevalecen frente a los formalismos, se produce una adecuación del proceso a las necesidades de la población y el juez tendrá un rol más protagónico al que tenía en un Estado de Derecho, pues será quien determine las necesidades principales de los ciudadanos y la forma adecuada de tutelarlas al interior del proceso.

Desarrollando el concepto de constitucionalismo, Aragón señala lo siguiente:

“El constitucionalismo es la técnica de la libertad, es decir, es la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos individuales y, al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no poderlos violar. El constitucionalismo, que fue ciertamente, aunque no solo, una ideología, puede ser entendido también como un fenómeno jurídico: la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el derecho” (2015:92-94).

Este constitucionalismo generó, por un lado, una revisión de todas las instituciones dogmáticas difundidas en el procesalismo científico – como por ejemplo la nulidad procesal – a fin de que sean adecuadas a los valores centrales del Estado y, por otro lado, que las reglas procesales se hagan más flexibles para que los jueces tengan discrecionalidad y puedan otorgar una protección más adecuada a los valores del Estado.

Estos valores los encontraremos en la Constitución y esta será la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la cual tiene como premisa principal el respeto por la dignidad de la persona humana, generando que la tutela jurisdiccional efectiva desplace, como principio primordial, al procedimiento preestablecido por ley del Estado de Derecho. En sus últimos años, Calamandrei estudió el necesario vínculo entre el derecho procesal y la Constitución partiendo de los siguientes aspectos:

“1) La prohibición de la autodefensa, al punto de decir que ella es “en forma general y absoluta, como una de las premisas fundamentales sobre las cuales se basa, no solo el ordenamiento de la justicia, sino, en absoluto, el edificio constitucional del Estado de derecho”

2) Los principios fundamentales de la organización del sistema de justicia, la pluralidad de órganos instituidos para el ejercicio de la función jurisdiccional

3) La vinculación del juez a las reglas del ordenamiento jurídico, al momento de resolver.

4) Pero esencialmente, en el hecho que el proceso está unido al hombre. (...) Todas las libertades son vanas sino pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres, cultos y humanos, si el ordenamiento del juicio no está fundado él mismo, sobre el respeto de la persona humana, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única responsable de sí y, por esto inviolable” (Priori 2016:106-108)

Así es cómo se aprecia un tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho. Como bien señala Morales Godo:

“Del Estado de Derecho, pasamos hoy al Estado Constitucional, haciendo descansar en la Constitución, ley fundamental indiscutible, la referencia para la regulación de la relación entre gobernantes y gobernados. Entiéndase que en una Constitución se recogen las instituciones que van a articular el ejercicio del poder, pero, además, los valores preeminentes que una sociedad decide privilegiar, para poder construir una sociedad auténticamente democrática. De la misma forma, surge la justicia constitucional, orientando su labor, precisamente, a hacer valer la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. (...) En esta perspectiva, el poder se somete a la Constitución, no sólo a la ley, donde existen mayores dificultades de manipulación para los gobernantes de turno. La Constitución, como norma suprema de un Estado democrático, fija los contenidos a través de prescripciones de conducta, recogiendo los valores que la sociedad quiere privilegiar” (2010:11-15).

Este tránsito o transformación desde un Estado de Derecho, es abordado por Zagrebelsky citado por Correa, en los siguientes términos:

“La importancia de la transformación [de Estado de derecho a Estado constitucional] debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la

fórmula del «Estado constitucional». La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución” (2019:15)

La consecuencia práctica de este tránsito es la subordinación de las leyes a las Constituciones Políticas. Los derechos fundamentales, inherentes a la persona humana, serán determinantes al momento de analizar la validez de las normas y el Estado estará obligado a velar por la adecuada protección de los mismos en todo momento.

A fin de que los Estados brinden una adecuada protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se fue forjando la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales: La dimensión subjetiva, la cual concibe a los derechos fundamentales como derechos subjetivos de libertad, y la dimensión objetiva, la cual concibe a los derechos fundamentales como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad política⁷⁶.

Mientras que de la primera dimensión se deriva un derecho de los ciudadanos para garantizar la libertad, de la segunda se deriva un deber del Estado, al ser concebidos como valores supremos del ordenamiento jurídico⁷⁷:

“(sobre los derechos fundamentales) por un lado desarrolla una función en el plano subjetivo, actuando como garantía del individuo y por otro lado desarrolla una función en el plano objetivo asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado constitucional (...) El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un deber especial de protección (...) Y es que si sobre los derechos constitucionales, en su dimensión objetiva, solo se proclamara un efecto de irradiación por el ordenamiento jurídico, pero no se obligara a los órganos estatales a protegerlos de las asechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado” (Priori 2005:177-185)

El respeto por los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho adquiere un mayor grado de relevancia, al ser estos la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Son el fundamento del orden jurídico y de la paz social⁷⁸.

⁷⁶ Sentencia No. 0976-2001-AA/TC. Fundamento jurídico 5.

⁷⁷ Sentencia No. 3330-2004-AA/TC. Fundamento jurídico 9.

⁷⁸ Sentencia No. 53/1985. Sentencia del 18 de mayo de 1985 del Tribunal Constitucional Español.

Al describir las características de un Estado Constitucional de Derecho, Cárdenas cita la siguiente observación de Prieto Sanchís:

“En el Estado Constitucional se reelaboran conceptualmente muchas de las categorías jurídicas tradicionales: la ciencia jurídica, la validez jurídica, la relación entre norma y caso, el papel de los operadores jurídicos, la nueva concepción de la interpretación y la argumentación, y sobre todo, el carácter cúspide que tienen ahora, en el sistema jurídico, los derechos humanos, sus garantías y los fines y valores superiores del ordenamiento, que irradian y conforman a todas las instituciones y norma jurídicas” (2017:108)

En un Estado Constitucional de Derecho evidentemente el juez tendrá un papel muy distinto al que tenía en un Estado de Derecho. En este caso su actuación cobrará preponderancia y será de vital importancia en el ordenamiento jurídico. La norma ya no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. Ahora, esta será una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser analizados e interpretados por el juzgador en cada caso concreto.

El actor principal en el derecho será la función jurisdiccional y ya no la legislativa (Morales Godo 2010:15) toda vez que será el juez y no el legislador quien corroborará que el proceso se adecúe a las necesidades propias de los ciudadanos, siempre guiándose por el respeto a la dignidad humana recogida en la Constitución:

“el Estado constitucional es aquel que reconoce ciertos valores que giran en torno a la dignidad de la persona, en la forma democrática de gobierno y en el respeto de los derechos fundamentales. No basta, entonces con tener una Constitución para que un Estado sea considerado constitucional. Se hace preciso, además, que se respeten una serie de valores fundamentales sin los cuales dicho Estado (...) no puede ser considerado como un Estado constitucional (...) el Estado constitucional confía a la jurisdicción la protección de sus más trascendentales valores. Le ha confiado la elevada misión de protegerlos frente a los demás poderes del Estado” (Priori 2019:39-43)

Bajo esa apreciación, la función jurisdiccional es mirada con ojos diferentes en nuestro ordenamiento jurídico puesto que será el órgano jurisdiccional el encargado de brindar “justicia” a los ciudadanos. Y esa “justicia” no es sencilla de encontrar ni sencilla de dictar. La tarea de los jueces es ahora mucho más compleja que la de ser simplemente “boca de la ley” y lo que los ciudadanos esperan del órgano jurisdiccional es el dictado de una resolución inspirada en los valores propios de un Estado Constitucional de Derecho. Ahora lo que esperamos, en palabras de Calamandrei, son “*jueces con alma, jueces comprometidos, que sepan llevar con humano y vigilante empeño el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia*” (2020:47).

Debemos precisar que el tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho no implica que se haya dejado de lado por completo todos los estudios y análisis del derecho propios de los tres primeros paradigmas antes descritos. En la actualidad es posible identificar rasgos propios de los paradigmas pasados como la práctica forense reflejada en los cursos de técnicas de litigación oral, el respeto por el procedimiento preestablecido por ley, la importancia del delito de prevaricato y el estudio dogmático de las instituciones jurídicas reflejada en la teoría pura del derecho.

Todas estas características se han mantenido con el paso de los años y han sido incorporadas en distintos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el rol que tenían como elementos determinantes en la forma de comprender y estudiar el derecho ya no es el mismo. Ahora, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, todos los poderes del Estado deberán guiar sus actuaciones al respeto de los mandatos constitucionales recogidos en nuestra Constitución Política.

Teniendo presente la doble dimensión de los derechos fundamentales, resulta claro que toda persona es titular de derechos fundamentales los cuales deben ser respetados en todo Estado Constitucional de Derecho y el Estado Peruano tiene la obligación de realizar todas las acciones posibles y dirigir toda su actividad al respeto de los derechos fundamentales.

Ese es el contexto que debemos tener en cuenta al momento de pretender ampliar el ámbito de aplicación de instituciones jurídicas como la actuación de la sentencia impugnada. Partiendo de la premisa de que el proceso no puede servir de igual forma para la protección de todos los derechos ante todas las situaciones que se presenten, se hace necesario adecuar el proceso a las necesidades de protección propias de cada uno de los derechos.

Una aplicación diferenciada - dependiendo de los derechos cuya tutela se soliciten al interior del proceso – de la actuación de la sentencia impugnada se justificará cuando existan causas objetivas para hacer dicha diferenciación. De constatarse esas causas será de vital importancia implementar una regulación que adecúe la aplicación de la institución objeto de estudio al interior del proceso a fin de brindar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva, derecho fundamental que debe ser protegido en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Toda vez que ya no estamos frente a un proceso neutro, se hace necesario revisar y adecuar las instituciones procesales a las nuevas exigencias del proceso en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, partiendo siempre del respeto de la dignidad de la persona.

Una de las instituciones que, a nuestro criterio, requiere una revisión y una regulación más adecuada a los fines del proceso, es la actuación de la sentencia impugnada. El Estado Constitucional de Derecho es el contexto en el cual se busca una adecuada aplicación de la institución objeto de estudio.

2.2. Objetivos en común: Eficacia de las sentencias y mitigar el impacto del tiempo que dura el proceso

Partiendo de la premisa de que el Perú es un Estado Constitucional de Derecho⁷⁹, en resguardo del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva antes desarrollado, resulta necesario que el proceso cuente con una estructura adecuada que permita tutelar de mejor forma los derechos al interior del mismo.

Esa estructura impactará directamente en el respeto por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los ciudadanos. Con una estructura adecuada se puede otorgar una tutela idónea, oportuna y efectiva.

Toda persona que acude al Poder Judicial espera principalmente que el tercero imparcial ponga fin a la controversia de una manera “justa”. Para Calamandrei, entender que los jueces son “justos” implica no reducir la función judicial a una simple actividad de silogismos, sino que la justicia es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante y humana (2020:46).

Es válido afirmar que todo ciudadano cuenta con que la controversia sometida al Poder Judicial se resuelva en un tiempo razonable y que lo resuelto por el órgano jurisdiccional se cumpla. El respeto de esos dos elementos podría generar la satisfacción de los ciudadanos con el sistema de justicia de su país. Caso contrario, la desconfianza en el sistema de justicia de parte de la población incrementaría notoriamente.

Así es como llegamos a dos objetivos en común que deben ser prioridad en todo Estado Constitucional de Derecho y, por consiguiente, que deben ser tomados en cuenta al momento de pretender ampliar el ámbito de aplicación de la institución de la actuación de sentencia

⁷⁹ **Constitución Política del Perú**

“Artículo 1.- Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. (...) “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”

impugnada: El respeto por la eficacia de las sentencias y mitigar el impacto del tiempo que dura el proceso en las situaciones jurídicas de los particulares. Precisamente ambos objetivos se desprenden del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Veamos las implicancias de cada uno y el rol determinante que tienen en nuestro sistema de justicia.

La eficacia de las sentencias

Uno de los principales retos al que se afronta el proceso en la actualidad es la eficacia de las sentencias judiciales. No tendría sentido que una persona litigue durante varios años para que al final del proceso se encuentre con una sentencia que no podrá ser eficaz. Si esto ocurre, el proceso perdería sentido y los intereses de los particulares quedarían totalmente desprotegidos.

La pretensión no quedará satisfecha con la sola emisión de la sentencia que declare si es fundada o no, sino cuando el contenido del fallo sea cumplido (González Perez 1998:109). En palabras de Calamandrei, *“el epílogo del drama, el último acto del rito, es la sentencia. Ite missa est. Ite undicatum est”* (2020:32). En ese contexto, el concepto de eficacia de las sentencias judiciales adquiere mucha importancia en todo ordenamiento jurídico.

Este concepto está estrechamente vinculado con el derecho a la efectividad de las sentencias desarrollado en el primer capítulo, el cual es abarcado por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como bien señala Priori:

“otros derechos fundamentales integrantes de la tutela jurisdiccional efectiva, como (..) el propio derecho a la efectividad de las decisiones judiciales. (...) El proceso se ha iniciado con la finalidad de proteger un derecho. Lo que se espera es que, cuando el proceso concluya, la sentencia dictada tenga una incidencia directa en el derecho material por cuya protección fue iniciado el proceso. En eso consiste la efectividad. La efectividad exige que la decisión jurisdiccional dictada sobre la pretensión que ha sido planteada tenga eficacia en el ámbito de la realidad” (2005:179-180)

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional precisó lo siguiente:

“La tutela solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. Dicha ejecución es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional⁸⁰” (el resaltado es nuestro)

“El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional (...) El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido⁸¹” (el resaltado es nuestro)

Para desarrollar el concepto de eficacia de sentencias, es necesario previamente hacer dos precisiones: i) la tutela jurisdiccional efectiva no es equiparable a la eficacia de las sentencias y ii) que una sentencia sea eficaz no significa necesariamente que ésta deba ser ejecutada.

En primer lugar, y como ya fue adelantado en el primer capítulo, la tutela jurisdiccional efectiva engloba a su vez a la idoneidad, a la oportunidad y a la realización plena de todos los efectos del mandato judicial (Priori 2019:65-68).

Cuando uno desarrolla el concepto de eficacia de las sentencias, únicamente se está enfocando en uno de los tres conceptos englobados por la tutela jurisdiccional efectiva: la realización de los efectos de la sentencia, lo cual puede concretarse a través de la ejecución o a través de la efectividad propiamente dicha. Una sentencia será eficaz cuando esta sea capaz de producir modificaciones o ratificaciones sobre el mundo exterior (Monroy 2001:41).

En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, es deber del Estado proveer al ciudadano con todos los medios adecuados para que la sentencia sea eficaz, es decir, para que la sentencia despliegue todos sus efectos (Priori 2019:134).

Sin embargo, esto no basta para afirmar que se está garantizando la efectividad de la tutela jurisdiccional ya que, además, se deberá tomar en cuenta la idoneidad y la oportunidad de la tutela jurisdiccional.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que existen tres tipos de sentencia: las declarativas, las constitutivas y las de condena. Bajo esta clasificación, la cual fue difundida en el mundo hispanohablante gracias a Chiovenda, se entiende por (Nieva 2015:263-264):

⁸⁰ Sentencia No. 1546-2002-AA/TC. Fundamento jurídico 2.

⁸¹ Sentencia No. 0015-2001-AI/TC. Fundamento jurídico 11.

- (i) sentencia declarativa: Aquella que declara un derecho preexistente en virtud del interés de la parte demandante en acabar con una perturbación o inseguridad extra jurisdiccional de su derecho;
- (ii) sentencia constitutiva: Aquella que crea el derecho a través del pronunciamiento jurisdiccional; y
- (iii) sentencia de condena: Aquella en virtud de la cual el condenado estará obligado a la realización de una actividad de dar cosa específica o fungible, o de hacer o de no hacer una determinada actividad⁸².

Partiendo de que lo ideal en todo Estado Constitucional de Derecho es buscar la eficacia de las sentencias, se debe tener presente que las únicas sentencias que requieren ser ejecutadas para que surtan efectos son las sentencias de condena.

En estos casos, la satisfacción del derecho no se produce con la sentencia. Las sentencias de condena necesitan de una materialización posterior de las obligaciones determinadas en la misma, que se concreta en su ejecución, de no producirse el cumplimiento voluntario (Nieva 2015:264). Por su lado, las sentencias declarativas y constitutivas no requieren de ejecución alguna, pero, de todas formas, el ordenamiento jurídico debe garantizar que estas surtan plenos efectos, es decir, que se garantice la efectividad propiamente dicha:

“Dado que esos dos tipos de sentencia (declarativas y constitutivas) confieren un remedio que proviene del sistema jurídico para la protección de un determinado derecho (...) se hace preciso que dicho remedio despliegue todos sus efectos. En ello radica la efectividad propiamente dicha, en dictar o disponer las acciones necesarias para que dichos efectos se produzcan en el ámbito de la realidad pues solo así el derecho material habría sido satisfecho” (Priori 2019:136)

A pesar de que estemos frente a sentencias declarativas o constitutivas, el Estado debe velar porque estas sean eficaces tomando las medidas necesarias de acuerdo con el tipo de sentencia.

⁸² Conviene precisar que, para el caso de las sentencias que condenan al pago de una suma de dinero, el artículo 689 del Código Procesal Civil exige que, además de que la obligación sea cierta, expresa y exigible; sea líquidas para proceder con la ejecución. En estos casos, podemos estar frente a condenas líquidas, liquidables e ilíquidas (condena genérica o con reserva) y al momento de la ejecución, deberá procederse con la liquidación.

Contrastando estas dos precisiones, es válido afirmar que, al buscar una tutela jurisdiccional efectiva, bien estemos frente a una sentencia declarativa, constitutiva o de condena, lo que se busca es que el ordenamiento jurídico otorgue una tutela idónea, oportuna y que garantice la concretización de todos los efectos de las sentencias, independientemente de si necesitan ser ejecutadas o no.

Los órganos jurisdiccionales no deben perder de vista que lo resuelto en un proceso sería en vano si los efectos de la sentencia expedida no se concretan en la realidad y precisamente son ellos los únicos que pueden tomar las medidas necesarias para que una sentencia sea eficaz.

Al respecto, en el caso *Hornsby c/ Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó acertadamente que sería ilusorio que el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes⁸³. Si bien esta conclusión se derivó de un análisis del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el mismo razonamiento aplica para todo Estado Constitucional de Derecho. La pregunta es ¿qué pueden hacer los órganos jurisdiccionales para conseguir la eficacia de las sentencias? Todo lo que esté a su alcance:

*“La capital importancia que para el interés público tiene el cumplimiento de las sentencias **obliga a los jueces y tribunales a adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales**, lo mismo que a la parte vencida al cumplimiento oportuno de los fallos judiciales”⁸⁴ (el resaltado es nuestro)*

Bajo esa apreciación, no debe sorprendernos que en nuestra Constitución se hayan regulado los siguientes preceptos que están dirigidos a velar por la eficacia de las sentencias judiciales:

“Artículo 44°. - Son deberes primordiales del Estado: (...) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Artículo 139°. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2. (...) Ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en

⁸³ Arret “Hornsby c/ Grecia”. Sentencia de fecha 13 de marzo de 1997. En este caso se abordó la ejecución de las resoluciones judiciales partiendo del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁸⁴ Sentencia No. 01797-2010-PA/TC. Fundamento jurídico 14.

autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”

Como bien precisó nuestro Tribunal Constitucional:

*“El incumplimiento inmediato de un mandato judicial, por el contrario, puede afectar no solo a quien es la parte vencedora en el proceso (esfera subjetiva), sino también afectar gravemente a la efectividad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva), **pues de qué serviría pasar por un largo y muchas veces tedioso proceso si, al final, a pesar de haberlo ganado, quien está obligado a cumplir con el mandato resultante, no lo cumple**”⁸⁵ (el resaltado es nuestro)*

Es suma importancia que los órganos jurisdiccionales velen por el respeto a la eficacia de las sentencias judiciales en todo ordenamiento jurídico. Si una persona somete una controversia al Poder Judicial y el órgano jurisdiccional acredita que su derecho debe ser amparado por el ordenamiento jurídico, una forma de otorgar satisfacción al mismo será con la emisión de un pronunciamiento que concrete sus efectos en la realidad.

Reiteramos. La tarea judicial no acaba con la emisión de la sentencia. En muchos casos, ese documento escrito sería inútil y perdería todo valor si es que no es eficaz, sea a través de una ejecución u otro mecanismo que adopten los órganos jurisdiccionales. Esto tendrá un impacto directo en la percepción que tengan los ciudadanos de su sistema de justicia. A mayor eficacia, mayor satisfacción y, por ende, mayor aceptación. Este es un primer objetivo que debe guiar la aplicación de la institución objeto de estudio.

Mitigar el impacto del tiempo que dura el proceso

Garantizar la eficacia de las sentencias no basta para afirmar que se está respetando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Existe otro enemigo del proceso que puede generar que esa sentencia, la cual desplegó todos sus efectos, sea totalmente obsoleta y no pueda brindarle satisfacción a la parte vencedora: el tiempo que dura el proceso.

Por poner un ejemplo: Dos personas están litigando por varios años. Luego de un arduo debate frente a los órganos jurisdiccionales y luego de haber sustentado su posición por escrito durante un tiempo prolongado, al final ya se tiene a un vencedor. Existe una sentencia de condena firme y por fin se podrá otorgar satisfacción al titular del derecho. Sin embargo, en la etapa de ejecución, el vencedor se encuentra con que ya no tiene sentido ejecutar la

⁸⁵ Sentencia No. 01797-2010-PA/TC. Fundamento jurídico 15.

sentencia, ya sea porque perdió interés en la ejecución, porque el daño que se le ha generado producto del tiempo se tornó irreparable, etc. Frente a ello, ¿qué puede hacer el vencedor para revertir esa situación? Absolutamente nada. Se va quedar con una sentencia que sólo le sirve como recordatorio de todo el tiempo, dinero y salud perdido a lo largo del litigio que al final resultó en vano.

Como bien apunta Monroy:

“Dado que el proceso, instrumento esencial para hacer efectiva la tutela jurisdiccional, supone necesariamente el transcurso de un lapso de tiempo para que pueda producir satisfacción, tal duración puede determinar que, en el ámbito de la realidad, los acontecimientos diarios produzcan modificaciones que bien podrían convertir en ilusoria la eficacia de la sentencia firme cuando ésta se obtenga” (2001:28).

Muchas veces el tiempo resulta ser el peor enemigo del proceso. Las dilaciones indebidas son constantes y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva queda notoriamente vulnerado puesto que la respuesta del órgano jurisdiccional se concretó muy tarde, es decir, se tuteló el derecho tardíamente.

Así, dentro de las garantías que engloba la tutela jurisdiccional efectiva encontramos que el Estado está obligado a brindar una tutela jurisdiccional oportuna. La oportunidad hace referencia al momento en el que debe darse esa respuesta del órgano jurisdiccional. El proceso debe estar en condiciones de asegurar que la protección que el sistema jurídico ha prometido llegue a tiempo. Por tanto, se exige dotar a los ciudadanos de remedios procesales dirigidos a evitar que el tiempo que tome el proceso genere daños a quien se ve en la necesidad de acudir a él (Priori 2019:67).

El otorgamiento de una tutela oportuna implica garantizar, entre otros factores, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Las dilaciones indebidas al interior de un proceso pueden comprometer el otorgamiento de una tutela oportuna, sin embargo, también puede ocurrir que el sólo transcurso del tiempo, sin perjuicio de que se incurra o no en dilaciones indebidas, afecte directamente la situación jurídica del titular del derecho, generando que la tutela que se otorgue no sea oportuna⁸⁶.

⁸⁶ Para afrontar estas situaciones, es viable que el órgano jurisdiccional otorgue una medida cautelar para resguardar la pretensión del sujeto y para asegurar que la tutela que se otorgue posteriormente califique como oportuna.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es definido por Gimeno Sendra, citado por Apolín, como:

“un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos de Derecho Privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de sentencias” (2007:83)

Este derecho alude a un ideal temporal en la estructuración del sistema procesal y al reconocimiento de una garantía constitucional que protege la eficacia del mismo (Apolín 2007:83). Si bien este derecho no está reconocido expresamente en nuestra Constitución, nuestro Tribunal Constitucional reconoció que se deriva del inciso 3 del artículo 139, al ser una manifestación implícita del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y es aplicable a todos los procesos⁸⁷:

“El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas parte del supuesto que el proceso es un instrumento necesario para que se actúe la tutela jurisdiccional, pero dicha necesidad no puede convertir el proceso en un instrumento que desnaturalice a la propia tutela jurisdiccional, es decir, que la convierta en no efectiva. Por ello, el proceso debe durar un plazo razonable” (Priori 2003:290)

Al desarrollar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, diversa doctrina y jurisprudencia hacen referencia a que el proceso debe durar un plazo razonable. Precisamente, es común abordar (mayoritariamente en el ámbito penal) el problema de las dilaciones indebidas al interior del proceso como una vulneración del derecho al plazo razonable⁸⁸:

“El derecho a un plazo razonable o, también conocido por muchos como derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es una de las garantías del proceso de mayor envergadura. Si la eficacia es una garantía, la efectividad de la tutela judicial depende de esa eficacia, la misma que únicamente puede lograrse si el proceso se lleva a cabo en un plazo razonable” (Nuñez del Prado 2015:87)

Es necesario hacer una distinción entre la duración del proceso en términos de temporalidad y en términos de razonabilidad.

⁸⁷ Sentencia No. 549-2004-HC/TC. Fundamento jurídico 3.

⁸⁸ La referencia al plazo razonable también la encontramos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

En el primer caso, para analizar el contenido del derecho al plazo razonable, bastaría solo enfocarnos en el mandato legal para identificar el tiempo de máxima duración de un proceso. Es decir, este derecho sería entendido como una condición de tiempo, previsto por la ley, dentro del cual deba realizarse el proceso. De constatarse que el tiempo previsto en la ley ha sido excedido, una solución propuesta es que el proceso cese anticipada y definitivamente (Pastor 2004:57-76).

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que establezca el tiempo máximo de duración de un proceso penal, civil, constitucional, etc. No existe una norma que establezca que “un proceso penal debe durar máximo 2 años” o “un proceso de ejecución debe durar máximo 720 días calendario”. Nuestro legislador optó por fijar plazos para las actuaciones al interior de un proceso mas no para la duración de un proceso per se.

Por poner un ejemplo, en el Capítulo II, Título III del Código Procesal Constitucional, al regular el trámite del proceso de amparo - en el hipotético supuesto que estemos frente a un caso en donde no se dedujeron excepciones u otras defensas, no se iniciaron incidentes y en donde el demandante obtiene un pronunciamiento favorable tanto en primer como en segundo grado - el legislador estableció los siguientes plazos que deben ser respetados por los órganos jurisdiccionales: 5 días para contestar la demanda, 5 días para que se emita sentencia de primer grado, 3 días para que se eleve el expediente si se interpone recurso de apelación, 3 días para expresión de agravios, 3 días para fijar fecha para la Vista de la Causa, 5 días para expedir sentencia de segundo grado y 2 días para que la sentencia sea acatada.

Si quisiéramos forzar la duración máxima del proceso en nuestro ordenamiento jurídico e hiciéramos el ejercicio de sumar los plazos fijados para cada actuación procesal, tendríamos que son 26 días - sin contar los tiempos de notificación y el tiempo que tome la ejecución de la sentencia - para la duración del proceso de amparo antes descrito.

Si interpretáramos que el respeto de ese plazo máximo es la única forma de entender el respeto por el derecho al plazo razonable es claro que en ningún caso se cumpliría. No tendría ningún sentido realizar esta interpretación ya que en todos los procesos se habría vulnerado el derecho al plazo razonable entendido estrictamente en términos temporales ¿Cuál es la realidad? Pueden transcurrir más de 3 años para que una sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada en un proceso de amparo.

Frente a ello, al analizar el derecho al plazo razonable en el ámbito penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos planteó la teoría del “no plazo”, esto es, tomar en cuenta otros factores distintos al tiempo establecido en la ley para analizar el respeto por el derecho al plazo razonable, puesto que muchas veces resulta imposible para las autoridades judiciales cumplir con dichos plazos⁸⁹. Bajo esta premisa:

“el plazo razonable no se mide en días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso — terminado el caso— para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, (...) y otras circunstancias relevantes”
(Pastor 2004:57)

Así, el derecho al plazo razonable, dejando de lado la temporalidad del proceso, genera que los órganos jurisdiccionales velen porque en el proceso - ya sea penal, civil, constitucional, etc. - no se configuren anomalías injustificadas o arbitrarias⁹⁰. De constatarse ello, la solución adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una compensación al sujeto por el perjuicio ocasionado⁹¹.

Los criterios de razonabilidad desarrollados por la jurisprudencia nacional e internacional para analizar el derecho al plazo razonable no se enfocan en los plazos establecidos en la norma, lo cual para algunos puede implicar una derogación fáctica de la norma. Sin embargo, los plazos establecidos por el legislador para cada actuación procesal, deben ser una guía para desarrollar los criterios de razonabilidad en un caso concreto.

Cada proceso tiene sus propios procedimientos, distintas etapas y la duración o número de actuaciones en uno puede diferir notoriamente de otro; por tanto, el plazo de cada actuación y el número de actuaciones legalmente establecidas para cada proceso son factores que - a criterio del legislador - se adecúan a la naturaleza del tipo de proceso. En un proceso de amparo los plazos son más cortos y el número de actuaciones más reducidas a comparación

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Serie C No. 30. Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 77; Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrafo 57; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrafo 143.

⁹⁰ Nuestro Tribunal Constitucional siguió la misma línea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al abordar el derecho al plazo razonable partiendo de criterios de razonabilidad sin centrarse en los plazos legalmente establecidos (Sentencia No. 618-2005-HC/TC. Fundamento jurídico 9).

⁹¹ No obstante, al constatarse una vulneración al derecho al plazo razonable, además de las consecuencias compensatorias, podrían derivarse consecuencias sancionatorias (disciplinarias, administrativas o penales) y procesales (nulidad del proceso o terminación anticipada del proceso) (Apolín 2007:86-89).

de un proceso civil de conocimiento. Ello se debe a que la propia naturaleza del proceso de amparo exige una estructura sumaria del mismo.

A partir de la estructura establecida por el legislador para cada tipo de proceso se deberá analizar el derecho al plazo razonable, identificando si se incurrió o no en dilaciones indebidas al interior del mismo y así constatar una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

A fin de mitigar el impacto del tiempo que dura el proceso en las situaciones jurídicas de los particulares, se debe buscar que los órganos jurisdiccionales adopten todas las medidas necesarias para otorgar una respuesta célere y oportuna, respetando los plazos fijados por el legislador al interior del proceso, sin incurrir en demoras injustificadas.

Este objetivo no se agota en una sentencia que obtiene la calidad de cosa juzgada, sino que implica garantizar que los efectos de la misma se concreten en la realidad en un plazo razonable, otorgando satisfacción al derecho invocado. Este es un segundo objetivo que debe guiar la aplicación de la institución objeto de estudio.

Este objetivo se complementa con lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en donde se recoge el principio de celeridad procesal. Monroy Gálvez lo define de la siguiente forma:

“este principio se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a través de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes. El hecho trascendente e indiscutible es que una justicia tardía no es justicia. Para ratificar esta concepción, el sistema publicístico busca proveer a los justiciables, a través de las instituciones reguladas, de una justicia rápida. Si es buena o mala, esta calidad será responsabilidad de todos sus protagonistas” (1993:41-42)

Debemos precisar que no existe el derecho a una justicia “rápida” sin embargo sí existe un derecho a que el proceso sea rápido cuando existan razones de urgencia que ameriten una decisión jurisdiccional sin demora (Priori 2019:116-117). El principio de celeridad debe coadyuvar a esa tarea, buscando una armonía entre la prontitud con la que debe responder el órgano jurisdiccional y los derechos fundamentales de las partes como, por ejemplo, el derecho de defensa o al contradictorio.

El principio de celeridad lo vemos reflejado en diversas instituciones recogidas a lo largo de nuestro Código Procesal Civil como lo son, la perentoriedad de los plazos, el impulso del

proceso, entre otras. ¿Cuál es el propósito de estas instituciones? Que el proceso no se prolongue por mucho tiempo. De lo contrario se pueden llegar a casos como el descrito anteriormente en donde la sentencia expedida sólo servirá como un recordatorio de todo el tiempo invertido en el litigio.

Teniendo claros los dos objetivos antes desarrollados, el Estado debe hacer todo lo posible por mitigar el impacto del tiempo que dura el proceso en las situaciones jurídicas de los particulares y por resguardar el derecho a la efectividad de las sentencias.

El vínculo entre ambos objetivos es notorio puesto que no se puede hablar de tutela jurisdiccional efectiva si se excluye alguno de ellos. Es decir, de nada sirve una sentencia que no es dictada oportunamente pero que se ejecuta y de nada sirve una sentencia que es dictada oportunamente pero que nunca se ejecuta. Tanto en el primer como en el segundo supuesto, se habría constatado una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En ese punto radica la importancia de proteger ambos derechos para que así los particulares vayan forjando una mayor confianza en el sistema de justicia. Como bien señaló el Tribunal Constitucional:

“el derecho a la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales firmes, constituye una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional y que no se agota allí, pues por su propio carácter tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal como es el caso del derecho al plazo razonable”⁹² (el resaltado es nuestro)

Comentando la sentencia No. 0015-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional en la cual el máximo intérprete afirmó que los órganos jurisdiccionales deben adoptar las medidas necesarias y oportunas para el estricto cumplimiento de las resoluciones judiciales, Priori señala:

“Lo trascendente es que los efectos de la sentencia con autoridad de cosa juzgada se produzcan cuando deban producirse, y que cuando deban producirse puedan hacerlo, siendo esa la razón por la cual el Tribunal Constitucional ha señalado que es preciso adoptar de medidas oportunas” (el resaltado es nuestro) (2005:180-181)

En la misma línea, Monroy Gálvez resalta la importancia de lograr la eficacia de las sentencias en el momento en que sea importante que la tengan (2001:41).

⁹² Sentencia No. 03515-2010-PA/TC. Fundamento jurídico 11.

Toda reforma que se pretenda incorporar en un Estado Constitucional de Derecho y toda modificación de los alcances de las instituciones jurídicas, debe tener en cuenta dichos objetivos, para así garantizar el otorgamiento de una tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos. Todo sistema de justicia que tenga esos objetivos claros y agote sus esfuerzos en resguardarlos, tendrá una mayor aceptación de la ciudadanía en general.

2.3. La necesidad de revalorizar el primer grado judicial

Teniendo claro cuáles son los objetivos que debe perseguir todo Estado Constitucional de Derecho, previamente a identificar la situación actual del sistema de justicia peruano de cara a cómo es percibido por los ciudadanos, es necesario hacer una reflexión respecto del valor e importancia que le dan los ciudadanos al primer grado judicial.

Como bien fue adelantado, en nuestro ordenamiento jurídico, el proceso en general está diseñado para pasar por distintas etapas que involucran a distintos órganos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, en un proceso civil de conocimiento uno debe pasar por dos grados judiciales, un Juzgado Civil y una Sala Superior Civil, quienes serán los encargados de analizar el conflicto, resolverlo y revisar lo resuelto para enmendar cualquier vicio u error.

Posteriormente, es posible acudir a la Corte Suprema en caso se haya incurrido en alguna infracción normativa para así ponerle fin definitivo al conflicto. Por su lado, un proceso constitucional cuenta con una estructura similar a la antes descrita: son dos grados judiciales, Juez y Sala Constitucional y posteriormente, es posible acudir al Tribunal Constitucional quien resolverá la controversia de manera definitiva.

Esta estructura, que es similar en la mayoría de procesos regulados en nuestro ordenamiento jurídico, viene de la mano con las herramientas que nos brinda nuestro sistema de justicia, como lo son los recursos impugnatorios para, a partir de ellos, buscar que un órgano jurisdiccional revise lo resuelto en un grado judicial previo. En líneas generales, es válido afirmar que la estructura de los procesos judiciales en nuestro sistema de justicia está dirigida a proteger el derecho a la pluralidad de instancias, descrito en el primer capítulo.

Ahora bien, durante largos años la estructura de los procesos antes descrita se ha mantenido vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Los ciudadanos ya se acostumbraron a tener que pasar por distintas etapas del proceso para finalmente obtener una sentencia con la calidad de cosa juzgada.

Para muchos sería descabellado pretender cambiar la referida estructura a estas alturas. Y es que una reforma judicial muchas veces es criticada por el miedo a lo desconocido. ¿Se imaginan cómo sería litigar única y exclusivamente ante un órgano jurisdiccional? Este órgano sería el único que analizaría los hechos, las pruebas y las alegaciones que enmarcan la controversia para llegar a sus propias conclusiones. Esto, que es totalmente desconocido en nuestro sistema de justicia, generaría muchas dudas en los operadores jurídicos y los cuestionamientos no se harían esperar: ¿Y si este órgano jurisdiccional se equivoca? ¿Cómo saber quien o quienes están realmente capacitados para tomar tan importante decisión? Si errar es humano, ¿por qué yo no tendría la posibilidad de cuestionar la decisión del órgano jurisdiccional?

Pongámonos en el supuesto contrario y partamos de la premisa que durante largos años en nuestro sistema de justicia únicamente hemos tenido un único grado judicial. En este empieza y en este termina la controversia. No existe un órgano jurisdiccional que revise la decisión en segundo grado. Si esto fuera así y se pretenda plantear una reforma judicial para implementar una doble instancia, ocurriría exactamente lo mismo que en el primer supuesto, es decir, los cuestionamientos no se harían esperar: ¿Cuál es la necesidad de una doble instancia? ¿Por qué tengo que litigar más tiempo si un órgano jurisdiccional ya me dio la razón? ¿De qué sirve un primer pronunciamiento si igual este no será el definitivo?

Nótese que en ambos supuestos los cuestionamientos surgen por el miedo a lo desconocido. En ambos supuestos, los ciudadanos sólo conocen y se han desenvuelto ante una estructura del proceso que, si bien no está libre de críticas, se mantiene vigente a lo largo del tiempo. Uno ya se acostumbró a dicha estructura y, por consiguiente, cualquier cambio que se pretenda implementar será automáticamente criticado.

Hacer este ejercicio de analizar la actual estructura del proceso en nuestro sistema de justicia que privilegia la doble instancia y analizar la estructura del proceso en un sistema de justicia en donde se haya instaurado una instancia única, no hace más que demostrar que ambos pueden ser fácilmente criticados y las respuestas a las preguntas anteriormente formuladas no son sencillas. En ambos modelos existen dificultades que no son fáciles de superar y ello se ve reflejado en la gran cantidad de críticas que pueden formularse.

Un ejemplo lo vemos en Chamorro, quien sostiene que la doble instancia no debe ser concebida como un derecho constitucional y que es posible prescindirse de la misma,

abriéndose las puertas a la instauración de una instancia única en un ordenamiento jurídico (1994:80). Asimismo, Priori cuestionó la doble instancia dejando expresa constancia que:

“La desesperada búsqueda de una supuesta justicia basada en la corrección de las resoluciones, es decir, en la insaciable búsqueda de decisiones infalibles (...) ha terminado por lapidar una decisión oportuna y efectiva y, en consecuencia, por matar a la justicia” (2003:408)

Una crítica a la doble instancia, es decir, a la actual estructura del proceso civil peruano, fue desarrollada en el año 2015 por Fabio Nuñez del Prado en su tesis para obtener el título de abogado.

En la tesis, el autor criticó la función de la doble instancia en nuestro ordenamiento jurídico, identificando las falencias de la misma, haciendo un análisis costo-beneficio y señalando que esta debe ser desacralizada al ser parte de la historia de los mitos.

Veamos algunas de sus conclusiones:

“La doble instancia no es un principio constitucional (...) La doble instancia no minimiza los costos de error. No hay nada en la doble instancia que garantice un mejor “decision making” (...) Con la doble instancia se ha condenado a dictar el fallo final a la persona que cuenta con menos información (...) La apelación se presenta como una panacea para la mala fe procesal (...) Sin embargo, a diferencia de las garantías procesales mencionadas, es perfectamente posible pactar en contra de la doble instancia. Como se puede apreciar, implícitamente el legislador cuestiona la constitucionalidad de la doble instancia. Se trata a todas luces de una opción legislativa (...) la doble instancia implica una exigencia al Juez no solo que el propio proceso dure más, sino que todos los procesos alternos también lo hagan (...) La doble instancia contribuye a la sobreexplotación del Poder Judicial (...) podemos advertir que el diseño del proceso ha resultado ser un despropósito (...) Si es que verdaderamente los vocales de segundo grado son más experimentados que los del primero, nuestra propuesta cae por su propio peso: que se suprima la primera instancia y que se consagre como principio constitucional la unidad de instancia mediante un órgano colegiado conformado por tres vocales” (2015:258-265).

Como se puede apreciar, todas las conclusiones a las que arribó el autor están dirigidas a acreditar que, en realidad, la doble instancia convierte al proceso en un instrumento poco efectivo.

Un punto que nos llamó mucho la atención de la tesis de Nuñez del Prado es cuando desarrolló el error como un riesgo permitido. Para el autor, el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico se conciba a la doble instancia como un principio constitucional demuestra que el mismo está diseñado para mitigar el error judicial:

“conviene indagar cuáles son los mecanismos diseñados por los sistemas jurídicos para mitigar el riesgo de error judicial. Los diversos ordenamientos jurídicos han decidido lidiar contra esta contingencia diseñando una cadena de revisiones con el propósito de subsanar los errores que pudieran –muchas veces con frecuencia– cometer los Jueces. En tal sentido, en nuestra Constitución Política se ha previsto a la doble instancia como principio constitucional con el propósito de mitigar el riesgo de error” (2015:102)

El autor advierte que la idea de que el órgano jurisdiccional incurrirá en error se genera producto de que las partes no son quienes eligen a los jueces que resolverán la controversia, premisa derivada del principio del juez predeterminado por ley. Si las partes del proceso eligieran a los jueces que resolverán la controversia, como ocurre en el arbitraje, se generaría mayor confianza en la decisión que adopte el órgano jurisdiccional:

“Si es que las partes pudiesen designar a sus Jueces, no existiría necesidad de apelar. Reiteramos que la doble instancia busca corregir las externalidades negativas que se derivan de la pre-determinación legal de los Jueces. Como se puede apreciar, a diferencia del sistema judicial, el arbitraje ofrece la excelente oportunidad de que la controversia sea resuelta por una o más personas especializadas en la materia de conflicto, lo que se traduce en una expresión de confianza en los árbitros” (2015:63-64)

Núñez del Prado reconoce que errar es humano y que la finalidad de mitigar el error judicial nunca se va conseguir. Así, a fin de no sacrificar el tiempo y la efectividad del proceso, el error judicial debe ser un riesgo permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

La propuesta del citado autor radica en eliminar la doble instancia de nuestro ordenamiento jurídico e implementar una instancia única mediante un órgano colegiado conformado por tres vocales y que la Corte Suprema, vía recurso de casación, sea la encargada de controlar el exceso de poder.

El análisis y las conclusiones a las que arribó el autor son sólidas y contundentes. Nos llevan necesariamente a cuestionar los fundamentos de la vigencia de la doble instancia en nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, a efectos de adoptar un camino distinto al propuesto por el autor y siempre buscando una verdadera tutela jurisdiccional efectiva, debemos formular una serie de observaciones a su propuesta.

Primero. Partiendo del análisis propuesto por el autor, toda vez que las partes no eligieron a los jueces que resolverán la controversia que llevaron al Poder Judicial, la cantidad de

recursos de casación incrementaría considerablemente en nuestro ordenamiento jurídico y la Corte Suprema no se daría abasto.

Se debe tener presente que, a través de la interposición de recursos, en muchos casos las partes lo único que buscan es que el fallo “se acomode mejor a sus necesidades”. Las partes siempre estarán en una constante búsqueda de una sentencia “perfecta”:

“Los recursos, en realidad, existen como garantía de acierto de la jurisdicción. El Estado aprovecha el propósito de las partes de obtener un mejor fallo, es decir, una sentencia que les acomode mejor sus pretensiones, para abordar nuevamente lo actuado en mayor o menor medida, con la finalidad de que el trabajo jurisdiccional sea lo más perfecto posible” (Nieva 2015:307)

Así, muchas veces las partes terminan apelando porque únicamente no se les dio la razón. Ello se ve reflejado en el gran número de sentencias que son apeladas:

“Lo que es más, imagínense que estas apelaciones –en la mayor parte de los casos– tienen efecto suspensivo, con lo cual la apelación se presenta como una panacea para la mala fe procesal. La realidad descrita demuestra que más allá de los propósitos bienintencionados que puedan justificar a la doble instancia, hoy se ha convertido por antonomasia en la institución reconocida por el ordenamiento jurídico mediante la cual se puede dilatar el proceso, sin ninguna consecuencia opresora destinada a sancionar dicha conducta maliciosa. En otras palabras, se trata del mecanismo institucionalizado para la mala fe procesal” (Nuñez del Prado 2015:173)

Esta panacea para la mala fe procesal que identificó Nuñez del Prado en la interposición de recursos de apelación, partiendo de su propuesta, se derivaría ahora del recurso de casación, puesto que, sin perjuicio que este es un recurso extraordinario, de conformidad con el artículo 393 del nuestro Código Procesal Civil, este también suspende los efectos de la sentencia impugnada⁹³.

Si bien Nuñez del Prado está de acuerdo con un recurso de casación que permita una revisión restringida, equiparándolo al recurso de anulación de laudo en el arbitraje; de todas formas, nada detendría a las partes de interponer recursos de casación y, utilizando sus propias palabras, dicho recurso se terminaría convirtiendo en un “*mecanismo institucionalizado para la mala fe procesal*”.

⁹³ **Código Procesal Civil**

“Artículo 393.- La interposición del recurso suspende los efectos de la resolución impugnada. En caso de que el recurso haya sido presentado ante la Sala Suprema, la parte recurrente deberá poner en conocimiento de la Sala Superior este hecho dentro del plazo de cinco días de interpuesto el recurso, bajo responsabilidad”.

Esta primera observación demuestra que no toda reforma judicial será perfecta. Siempre existirán aspectos por mejorar y el debate respecto a qué es lo más adecuado para nuestro sistema de justicia no cesará. Como bien fue reiterado al inicio de este sub-capítulo, siempre existirán cuestionamientos a toda nueva propuesta por el “miedo a lo desconocido”, sin embargo, aportes como el de Nuñez del Prado, nos ayudan a tener una visión más amplia de nuestro actual sistema de justicia y así explorar nuevos caminos.

Segundo. El autor sostiene que la doble instancia en todo ordenamiento jurídico lleva consigo una desvalorización de los jueces de primer grado puesto que, finalmente, la decisión que adopten será revisada por un órgano colegiado, el cual tendrá la última palabra antes de acudir a la Corte Suprema. Así, el autor propone eliminar la doble instancia y quedarnos con una instancia única conformada por tres vocales.

Partiendo de la premisa del autor de que el error judicial es inevitable, es válido afirmar que el número de vocales que conformarán el órgano jurisdiccional en esta instancia única deviene en irrelevante ya que nada puede asegurar que tres personas tomarán una decisión más acertada. Puede ocurrir que un vocal tenga la razón respecto a cómo debe ser resuelto el caso, analizando correctamente los hechos del caso y las normas aplicables, pero que sus ideas se vean influenciadas por la de los otros dos vocales y al final, terminando incurriendo en error.

Es claro que son muchas las variantes que pueden conducir a que un órgano jurisdiccional incurra en error. Siendo que, para el autor, el error judicial debe ser un riesgo permitido, su propuesta no está dirigida a mitigar el error judicial y con la implementación de una instancia única conformada por tres vocales tampoco se asegura que el órgano jurisdiccional tomará la decisión más acertada.

Sin embargo, un elemento que debió ser tomado en cuenta al momento de desarrollar este punto es que no todos los órganos jurisdiccionales de primer grado incurrirán en error. ¿Cuántas veces nos hemos encontrado con decisiones impecables en primer grado? En muchas ocasiones, una sola persona puede tomar la decisión más acertada. Y es tan acertada esa decisión que finalmente un órgano jurisdiccional conformado por tres vocales terminó confirmando la decisión del primero sin mayor reparo.

En muchos casos, cuando una decisión en primer grado está bien fundamentada, todo recurso de apelación cae por su propio peso. El supuesto agravio del apelante en realidad es

una forma de decir “no estoy de acuerdo con lo resuelto porque no se me dio la razón”, pero la manera en cómo el juez analizó los hechos y aplicó el derecho, fue acertada.

No debemos olvidar que en el Perú existen una gran cantidad de jueces de primer grado muy bien preparados que desempeñan correctamente la labor judicial. Bajo esa apreciación, una variante al camino propuesto por el autor es quedarnos con una instancia única pero que esta esté conformada por un solo magistrado. Siendo que la decisión que adopten los órganos jurisdiccionales de primer grado ya no será revisada, la exigencia a dicho órgano jurisdiccional deberá ser mayor y los ciudadanos esperarán decisiones más consistentes y coherentes.

Con esta segunda observación, podemos constatar que en el camino adoptado por el autor también es posible identificar ciertas variantes a partir de las cuales la decisión de un órgano jurisdiccional conformado por un magistrado adquiera un rol determinante en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no afectaría las ventajas para nuestro sistema de justicia que se derivan de la propuesta del autor. En este hipotético esquema, el primer grado judicial – como hoy lo conocemos – sería revalorizado notoriamente.

Tercero. Al desarrollar su propuesta, el autor identificó correctamente que el órgano jurisdiccional que tiene mayor conexión con las partes y con los hechos del caso es el de primer grado pero que, paradójicamente, no es tan experimentado como el órgano jurisdiccional de segundo grado:

“En efecto, es el Juez de primera instancia quien experimenta una serie de vivencias y experiencias que lo colocan en una situación privilegiada para resolver la controversia. Es claramente la persona que se encuentra en mejores condiciones para resolver el conflicto. Sin embargo, el constituyente ha dispuesto que el fallo final va a ser dictado por la persona que cuenta con menos información (...) No negamos que estas personas son las más experimentadas, pero definitivamente son las menos informadas (...) Si fuese cierto que los vocales de segunda instancia son más experimentados que los de primera instancia, entonces resulta pertinente preguntarnos: ¿no sería más eficiente abolir la primera instancia para que así los vocales de segundo grado resuelvan la controversia sin posibilidad de apelar? La alternativa parece contundente” (2015:191-204)

Esta reflexión no hace más que acreditar la importancia de la labor de los órganos jurisdiccionales de primer grado. Son ellos quienes realmente están en capacidad para comprender el caso a cabalidad. Son ellos quienes están en mejor posición para tomar la decisión más acertada.

Si ello es así, entonces un camino distinto al de instaurar una instancia única, es quedarnos con la actual estructura del proceso en nuestro sistema de justicia, es decir, con la doble instancia; pero adoptando medidas que fortalezcan y le den mayor relevancia al primer grado judicial.

La pregunta formulada por Nuñez del Prado respecto de “¿qué sentido tiene contar con una primera instancia de “ensayo” o “experimento” cuando lo que está en juego son derechos?” puede ser abordada desde una forma distinta que no nos obligue a necesariamente a concluir que la única solución es la instauración de una instancia única.

La pregunta que debemos hacernos es: ¿qué nos impide dejar de ver al juez de primer grado como un “ensayo” o “experimento”? Al parecer, el sólo hecho de existir una doble instancia es lo que genera que el primero sea visto de esa forma. Sin embargo, teniendo en cuenta que ellos son los que están mejores informados, otro camino lógico y coherente es darle mayor importancia a la decisión del órgano jurisdiccional de primer grado, sin prescindir de una revisión posterior.

No consideramos que la eliminación de un grado judicial sea la única solución a las falencias identificadas por Nuñez del Prado en nuestro sistema de justicia. Existen formas de potenciar nuestro ordenamiento jurídico con herramientas que pueden mejorar la efectividad de nuestro sistema de justicia y así buscar un equilibrio entre los partidarios de una instancia única y los partidarios de una pluralidad de instancias. Una de esas herramientas es la institución de la actuación de sentencia impugnada.

Si mantenemos la estructura actual del proceso en nuestro sistema de justicia, es decir, si mantenemos la doble instancia; reforzar y potenciar la institución objeto de estudio debe ser una prioridad puesto que coadyuva “a mirar con ojos diferentes” al órgano de primer grado judicial. El segundo grado ya no sería el protagonista porque ahora la decisión de primer grado podrá ser ejecutada bajo determinadas circunstancias sin perjuicio de la interposición de un recurso de apelación.

Citando a Federico Arce, quien comenta las ventajas de la institución objeto de estudio, abordándola como una “ejecución provisoria”:

“La resolución de primera instancia se obtiene mediante un debido proceso legal, con la aportación de argumentos y pruebas de ambas partes y con reglas concebidas para obtener una decisión judicial de calidad (...) El juez de primera instancia es el que conoce plenamente la causa, dado que la cámara o el

tribunal superior sólo revisa la parte de la sentencia recurrida y no el proceso. Paralelamente la ejecutabilidad evita un cierto relajamiento de la impartición de justicia en dicho estadio procesal, dado que actualmente tanto el juez como los litigantes conocen de antemano que la ejecución no será instada hasta que se alcance la firmeza del decisorio. En definitiva, la posibilidad de ejecutar provisoriamente una sentencia debe descansar en la seriedad de la primera instancia” (2017:129)

En ese contexto, la exigencia en los jueces de primer grado deberá ser mayor. En realidad, no existe ninguna justificación para que los órganos jurisdiccionales de segundo grado deban tener mayor experiencia que los órganos de primer grado. ¿Acaso el examen para ser magistrado de una Sala Superior necesariamente debe ser más complicado que para ser magistrado de un Juzgado? Si ambos serán terceros imparciales que resolverán una controversia, ¿por qué la Ley de Carrera Judicial – Ley No. 29277, exige a los jueces de segundo grado tener más experiencia que los de primer grado?

A ello se le suma el hecho que, en nuestro sistema de justicia, el recurso de apelación es restringido, realizándose una *revisio prioris instantiae* y no un *novum iudicium*. Ello implica que a partir del mismo (en un sistema donde esté consagrada la doble instancia) no se juzgará todo nuevamente, sino que única y exclusivamente se revisará lo ya juzgado, lo cual restringe las posibilidades alegatorias, como realizar nuevas peticiones y limita notoriamente la posibilidad de presentar prueba nueva (Nieva 2015:312-313).

Entonces, si el juicio no será renovado en el segundo grado y el órgano jurisdiccional de primer grado es quien está más informado del caso, no existe razón alguna para que este órgano jurisdiccional tenga menos experiencia que el de segundo grado.

Sostenemos que los jueces de primer grado no deben ser los menos experimentados. Al contrario, al reforzar la actuación de sentencia impugnada en un Estado Constitucional de Derecho y teniendo presente que la decisión que adopten los órganos jurisdiccionales de primer grado podrá ser eficaz antes que esta adquiera la autoridad de cosa juzgada, resultará necesario que estos magistrados sean personas experimentadas en la materia, siendo más rigurosos con ellos en la carrera judicial, monitoreando el rendimiento profesional de los mismos y otorgándoles todos los recursos necesarios para que estén en capacidad de adoptar decisiones más acertadas:

“La evaluación del desempeño judicial se explica en la medida que sirva como herramienta para optimizar la idoneidad del juez, para mejorar sus prácticas, crear mejores condiciones para el acceso a la justicia y propiciar un escenario que favorezca a la aceptación social del sistema judicial. El objetivo que se

persigue es mejorar la oferta del sistema judicial globalmente considerada”
(Gonzales 2009:465)

Con todo esto, tendríamos en primer grado un órgano jurisdiccional mejor informado del caso y con una amplia experiencia en la materia.

Estas tres observaciones a la propuesta de Nuñez del Prado no son críticas. El análisis que esbozó y las conclusiones a las que llegó el autor aportan mucho al debate. Probablemente una reforma judicial que adopte su propuesta funcione correctamente y se logre otorgar una tutela más adecuada a los derechos. De la misma forma, una propuesta dirigida a eliminar el efecto suspensivo de los recursos de apelación puede conducirnos a las mismas ventajas que identificó el autor en su trabajo.

Sin embargo, sostenemos que existen otros caminos que, al igual que el trabajo realizado por Nuñez del Prado, están dirigidos a otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. Si partimos de la idea que es más complicado lograr una reforma judicial tan drástica en la estructura del proceso civil peruano como lo es la instauración de una instancia judicial única, por el miedo a lo desconocido; entonces quedémonos con la actual estructura del proceso, pero tomemos decisiones para mejorarla.

A modo de ejemplo, en la última propuesta de reforma del Código Procesal Civil, el Grupo de Trabajo presidido por Giovanni Priori Posada abordó la institución objeto de estudio al modificar los artículos donde se regulaba el efecto suspensivo del recurso de apelación instaurando la eficacia inmediata de las sentencias de condena de primer grado en el proceso civil y al modificar el efecto suspensivo del recurso de casación en caso de sentencias de condena⁹⁴, condicionando la eficacia inmediata de la sentencia al otorgamiento de una

⁹⁴ **Modificaciones al Código Procesal Civil elaboradas por el Grupo de Trabajo:**
“Artículo 356.- Recursos específicos y eficacia de la resolución impugnada. *Proceden los siguientes recursos: 1. Reconsideración 2. Apelación 3. Casación 4. Queja Ningún recurso suspenderá la eficacia de la resolución impugnada, salvo los casos expresamente previstos en este Código, bajo responsabilidad del juez”.*
Artículo 368.- Sentencias que ordenan prestaciones y suspensión de efectos. *Salvo en los casos expresamente establecidos en este Código, el recurso de apelación contra sentencias que ordenan una prestación de dar, hacer o no hacer, o aquellas que ordenan la restitución de la posesión de bienes, no suspende su eficacia. La eficacia de la resolución impugnada se mantiene incluso para el íntegro cumplimiento de esta, bajo responsabilidad del juez cuya resolución fue apelada. Solamente tratándose de sentencias, el apelante puede solicitar directamente al juez de apelación que se suspendan los efectos de la resolución impugnada. El pedido deberá estar fundamentado en la posibilidad de un daño de difícil o imposible reparación y puede formularse en cualquier momento del procedimiento en segunda instancia”*
Artículo 368-A. Sentencias declarativas y constitutivas y suspensión de efectos. *El recurso de apelación contra las sentencias declarativas y constitutivas suspende la eficacia de estas. Sin embargo, el vencedor en primera instancia puede solicitar al juez de apelación.*
Artículo 368-B. Garantía para suspender la eficacia de la resolución apelada que ordena prestaciones. *Tratándose del supuesto previsto en el artículo 368, el juez de apelación, bajo responsabilidad, suspenderá los efectos de la resolución si el apelante ofrece carta fianza, garantía dineraria, real u otra que permita asegurar al vencedor en primera instancia el pago en la ejecución en caso de la sentencia apelada sea*

garantía de parte del solicitante. En la exposición de motivos del proyecto se justifican las modificaciones implementadas de la siguiente manera:

“c. Apelación. Eficacia inmediata de la sentencia de condena de primera instancia y posibilidad de su alteración. Atendiendo al bajo porcentaje de decisiones revocadas en segunda instancia, y favoreciendo una tutela más pronta para los justiciables, se ha incorporado una regla que muchos ordenamientos ya vienen consagrando: la eficacia inmediata de la sentencia de primera instancia. Es verdad que este régimen existe en los procesos constitucionales en nuestro país, sin embargo, en este caso, hay un doble régimen dependiendo del tipo de sentencia: si es condenatoria (que impone una prestación de dar, hacer o no hacer) la eficacia es inmediata; si es declarativa o constitutiva, la eficacia queda sujeta a la firmeza de la resolución. En el primer caso, las reglas aplicables son las de la ejecución provisional de la sentencia. No obstante, es posible que las sentencias condenatorias sean inmediatamente ineficaces y, de la misma manera, que las sentencias declarativas y constitutivas sean inmediatamente eficaces. En el primer caso se debe demostrar la posibilidad de un daño de difícil o imposible reparación; el segundo caso se requiere demostrar una necesidad impostergable de tutela. Ambas solicitudes se formulan ante el juez de la demanda y deben acompañar de una garantía suficiente. Excepcionalmente, el juez puede exonerar al solicitante de esta garantía. Asimismo, a fin de fomentar la autonomía de voluntad de las partes, es posible que acuerden cuál será la garantía y su valor a fin de que se puedan suspender los efectos. La regla de la eficacia inmediata de la sentencia condenatoria se sustenta en aquellos casos en donde el perdedor se vale de los recursos de apelación y casación para prolongar un caso que tiene pocas posibilidades de éxito. Por su parte, la regla excepcional de eficacia inmediata de las sentencias declarativas y constitutivas se sustenta en aquellos casos en donde se existe situaciones muy graves que pueden presentarse, las cuales deberán ser merituadas por el juez. (...) 19. Medios impugnatorios: casación. Efectos no suspensivos del recurso: Una reforma igualmente importante se refiere a los efectos del concesorio. Cuando se trata de sentencias de condena, el recurso se concede sin efecto suspensivo, pudiendo procederse a la ejecución provisional de la sentencia. Sin perjuicio de ello, la parte impugnante está facultada para solicitar la suspensión de los efectos de la sentencia, cumpliendo ciertos requisitos”.

Es claro que el Grupo de Trabajo adoptó un camino distinto al propuesto en el trabajo de Nuñez del Prado. En este caso, se invirtió la regla general y se propuso que excepcionalmente el recurso de apelación tenga efecto suspensivo. Reiteramos. Este camino, al igual que otros,

confirmada, total o parcialmente. El monto de la garantía deberá equivaler al valor de la prestación ordenada en la sentencia de primera instancia. Si la sentencia no es valorizable en dinero o si requiere liquidación o determinación que no sea mediante operación matemática simple, el juez de apelación señala un monto razonable para la constitución de la garantía.

Artículo 368-C.- Garantía para ordenar la eficacia de las sentencias declarativas y constitutivas. *Tratándose del supuesto previsto en el artículo 368-A, el juez de apelación autoriza las medidas provisionales adecuadas si el vencedor ofrece garantía suficiente que permita asegurar a la contraparte un resarcimiento por los daños que pudiera causar la ejecución, en caso la sentencia de segunda instancia revoque, total o parcialmente, la resolución apelada.*

Artículo 386.- Suspensión de efectos de la resolución impugnada. *Cumplido el trámite previsto en el inciso 6 del artículo 385, la Sala concede el recurso, debiendo remitir el expediente a la Corte Suprema en el plazo de tres días. Tratándose de sentencias de condena, el recurso se concede sin efecto suspensivo, conservando copia de las partes pertinentes para los efectos de la ejecución de la sentencia impugnada por el juez de la causa. Tales copias no serán necesarias si el expediente está digitalizado. La parte puede solicitar a la Sala Superior la suspensión de la eficacia de la resolución impugnada de conformidad con los artículos 368, 368-A, 368-B, 368-C y 368-D de este Código”.*

puede coadyuvar a otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos peruanos.

Como veremos en el siguiente capítulo, el camino que adoptamos en el presente trabajo es mejorar la actual regulación de la institución de la actuación de sentencia impugnada, estableciendo lineamientos al momento de su aplicación, delimitando los procesos en donde conviene y donde no conviene aplicarse, para así potenciar una institución recogida en nuestro ordenamiento jurídico que, como ya fue explicado anteriormente, puede traer muchos beneficios para nuestro sistema de justicia en general.

Con una adecuada regulación y aplicación de la institución objeto de estudio, el primer grado judicial sería revalorizado notoriamente puesto que las decisiones que adopten estos órganos jurisdiccionales, quienes estarán mejor informados del caso y quienes deberán tener una amplia experiencia en la materia, serán de vital importancia al tener una incidencia inmediata en la esfera jurídica de los particulares, logrando así una tutela más oportuna y efectiva de los derechos en el proceso.

2.4. Realidad peruana: La crisis del sistema de justicia

Llegados a este punto, ya tenemos claro que el contexto en el cual se aplica la institución de la actuación de sentencia impugnada en el Perú es un Estado Constitucional de Derecho.

Partiendo de ese contexto es que analizamos algunos de los objetivos que deben ser prioridad en nuestro ordenamiento jurídico, como la eficacia de las sentencias y un proceso sin las dilaciones indebidas; para finalmente corroborar que, si pretendemos mantener la actual estructura del proceso civil peruano, es necesario revalorizar el primer grado judicial, reforzando las instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico.

Siendo ello así, conviene preguntarnos ¿estamos cerca de conseguir todo lo antes señalado? La respuesta es un rotundo no. Lamentablemente, la realidad del sistema de justicia peruano es muy distinta a la que debería ser en un Estado Constitucional de Derecho. Debido a la poca eficiencia de la administración de justicia en nuestro país, cada vez vemos más lejos la tan anhelada tutela jurisdiccional efectiva.

Todo el tiempo que tiene que esperar un ciudadano que acude al Poder Judicial para ver satisfecho sus derechos termina por alejarnos completamente de los objetivos antes identificados, propios de un Estado Constitucional de Derecho. Tomemos como ejemplo el

trámite de un proceso civil de conocimiento. Uno iniciará este proceso con la interposición de una demanda civil, formulando una serie de pretensiones que serán analizadas por un órgano jurisdiccional y, en caso de estar correctamente fundamentadas, serán declaradas fundadas.

Desde que se admite la demanda, se presenta la contestación a la demanda, se convoca a una audiencia y se presenten alegatos, aproximadamente transcurrirá un año y medio para obtener el pronunciamiento del juzgado de primer grado.

Sin embargo, el pronunciamiento favorable del juzgado sólo pondrá fin a una primera etapa del proceso. En tanto en nuestro ordenamiento jurídico está regulada la doble instancia, la parte contraria está facultada para interponer un recurso de apelación para que la Sala Superior revise el pronunciamiento. ¿Qué ocurre en este lapso de tiempo? De conformidad con el artículo 371 del Código Procesal Civil, los efectos de la sentencia de primer grado serán suspendidos.

Con el trámite del segundo grado judicial, podemos sumarle aproximadamente un año más al tiempo que dura el proceso.

Ahora bien, el trámite del segundo grado judicial concluyó con un pronunciamiento de la Sala Superior que confirmó el pronunciamiento favorable del juzgado. Uno pensaría que el hecho que dos grados judiciales te den la razón es suficiente para poder ejecutar la sentencia estimativa, sin embargo, ello no es así. La parte contraria está facultada para interponer un recurso de casación contra la sentencia emitida por la Sala Superior denunciando infracciones normativas que serán analizadas por la Corte Suprema, lo cual, de conformidad con el artículo 393 del Código Procesal Civil, suspende – nuevamente - los efectos de la sentencia estimativa.

Con el trámite del recurso de casación en la Corte Suprema, podemos sumarle aproximadamente un año más al tiempo que dura el proceso.

Hasta que concluya el proceso en la Corte Suprema y la sentencia finalmente adquiera la calidad de cosa juzgada, habrían transcurrido aproximadamente 3 o 4 años desde que el titular del derecho solicitó tutela al Poder Judicial con la interposición de la demanda.

Lo que es peor, en este plazo no estamos considerando determinadas circunstancias al interior del proceso que podrían prolongar más el trámite y que no son poco frecuentes.

Puede ocurrir que las partes deduzcan excepciones u otras defensas, formulen pretensiones reconventionales o formulen tachas u oposiciones. También puede ocurrir que se solicite la intervención de terceros, que el órgano jurisdiccional declare la nulidad de todo lo actuado, que revoque un pronunciamiento u ordene a otro órgano jurisdiccional renovar un acto procesal, entre otros.

Todo ello, sumado al tiempo perdido producto de la poca eficiencia en la Central del Notificaciones Judiciales del Poder Judicial, conduce a que tengamos procesos judiciales que tengan una duración de más de 7 años, tiempo en el cual el titular del derecho no ha podido ver satisfecho sus intereses.

Adicionalmente, debemos precisar que si estamos frente a sentencias estimativas de condena con autoridad de cosa juzgada la tarea aún no está completa toda vez que, para ejecutar el mandato judicial, será necesario seguir el trámite regulado para el Proceso Único de Ejecución del Código Procesal Civil⁹⁵, lo cual podría conducir nuevamente a litigar hasta la Corte Suprema.

En tanto la interposición de los recursos de apelación y de casación suspende los efectos de la sentencia, se genera un incentivo perverso: Todos van a apelar o interponer recursos de casación contra las sentencias porque sencillamente el Poder Judicial “no les dio la razón”.

El recurso de apelación está pensado para denunciar vicios u errores de la sentencia de primer grado y el recurso de casación está pensado para denunciar infracciones normativas de la sentencia de segundo grado.

Sin embargo, muchas veces esa finalidad es dejada completamente de lado porque lo único que se buscará es dilatar más el trámite del proceso, frustrando la eficacia de la sentencia.

Las partes buscarán calzar su denuncia a como dé lugar en un “vicio”, “error” o “infracción normativa” para que los efectos de la sentencia sean suspendidos. Así, los órganos jurisdiccionales se encontrarán con recursos que no cuentan con ningún sustento fáctico ni jurídico, lo cual demuestra que lo único que se buscó fue dilatar el trámite del proceso.

⁹⁵ En la práctica, la ejecución de una sentencia de condena se tramita como una etapa final del proceso principal, siguiéndose las reglas recogidas en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

Lo afirmado podemos verlo reflejado en cierta medida en las estadísticas de los últimos 2 años de la Corte Suprema, en donde se aprecia la gran cantidad de recursos de casación que son declarados improcedentes a comparación de los pocos que sí ameritaron un análisis de fondo de parte de las Salas Supremas (Poder Judicial 2019):

Año 2019													
Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema													
EXPEDIENTES SEGÚN RECURSO Y/O RESUELTO	RESUELTOS AÑO 2019												TOTAL RESUELTOS
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	
Recursos													
Apelación	4		3	16	4	0	0	7	5	0	11		50
Nulidad	0		0	0	0	0	1	0	0	0	0		1
Queja	2		6	0	3	0	0	9	0	3	0		23
Casación													0
-Auto de calificación (Improcedente)	142		103	168	198	188	253	265	279	304	277		2177
-Sentencia Casatoria (Fundado)	17		16	22	32	31	40	24	24	30	25		261
-Sentencia Casatoria (Infundado)	14		20	20	34	19	26	23	28	17	21		222

Año 2018													
Tercera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema													
EXPEDIENTES SEGÚN RECURSO Y/O RESUELTO	AÑO 2018												TOTAL RESUELTOS
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	
Recursos													
Apelación			59		53	79		78					269
Queja					1								1
Queja Laboral													0
Casación Contencioso Administrativo (organismos reguladores)													0
-Casación Contencioso Administrativo (Improcedente)			74		47	56		28					205
-Casación Contencioso Administrativo (Fundado)			10		19	20		7					56
-Casación Contencioso Administrativo (Infundado)					22	11		7					40

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema													
EXPEDIENTES SEGÚN RECURSO Y/O RESUELTO	RESUELTOS AÑO 2018												TOTAL RESUELTOS
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	
Recursos													
Casación													0
-Auto de calificación (Improcedente)	142	0	116	141	204	203	214	232	182	133	97	155	1819
-Sentencia Casatoria (Fundado)	28	0	17	17	19	19	21	16	20	26	11	67	261
-Sentencia Casatoria (Infundado)	11	0	17	21	21	13	16	13	24	20	7	64	227

Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema													
EXPEDIENTES SEGÚN RECURSO Y/O RESUELTO	RESUELTOS AÑO 2018												TOTAL RESUELTOS
	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	

Casación N° 29497 - Nueva Ley Procesal de Trabajo												
Autos de Calificación - NLPT (Procedente)	64	0	95	143	79	115	150	176	135			957
Casación Laboral - NLPT (Improcedente)	209	0	291	364	266	376	519	401	363			2789
Casación Laboral - NLPT (Fundado)	49	0	64	58	75	63	59	76	55			499
Casación Laboral - NLPT (Infundado)	8	0	28	17	16	20	25	42	39			195
Ley N° 26636												
Casación Laboral Ley N° 26636 (Improcedente)	81	0	0	39	310	84	0	0	129			643
Casación Laboral Ley N° 26636 (Fundado)	5	0	0	3	20	6	0	0	13			47
Casación Laboral Ley N° 26636 (Infundado)	4	0	0	3	4	0	0	0	1			12

En el contexto expuesto no es posible afirmar que los ciudadanos peruanos reciben una tutela adecuada, oportuna y efectiva de parte del Poder Judicial. Al respecto, se han desarrollado distintas razones que explicarían la deficiencia de nuestro sistema de justicia. Para algunos, la principal razón la encontramos en la excesiva carga procesal que tienen los órganos jurisdiccionales.

No es un secreto que la carga procesal de los jueces en el Perú es abrumadora. Hace dos años, en el curso de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el profesor encargado consiguió que un juez a cargo de un juzgado constitucional de Lima nos haga un recorrido a todos los estudiantes del curso por su despacho, para así identificar la ruta que suele seguir una demanda de amparo en el Edificio Alzamora Valdez.

Al ingresar al despacho, el magistrado nos llevó a una especie de almacén que estaba conformado por diversos estantes y cada uno estaba rebalsado por expedientes físicos cosidos. La inimaginable cantidad de expedientes almacenados, la abrumadora carga derivada de los casos pendientes de resolver y la antigüedad de algunos, hicieron que los estudiantes de Derecho nos cuestionemos si entre nuestros planes debía estar acceder a un cargo judicial en el Perú.

Esta carga procesal evidentemente genera que la función judicial no sea tan atractiva para las nuevas generaciones. Si ser juez en el Perú implica tener que cargar “todo ese peso en la mochila”, entonces nadie querría serlo.

Muchas veces, es producto de ese peso que los magistrados no terminan otorgando una verdadera tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos. Para algunos, la solución al problema está en reorganizar los órganos jurisdiccionales para reducir dicha carga procesal.

Para otro grupo de personas, sin desconocer la excesiva carga procesal de los órganos jurisdiccionales, la deficiencia de nuestro sistema de justicia se deriva producto de una inadecuada regulación de las instituciones jurídicas y del proceso en general en nuestro país.

Se hacen comparaciones con otros ordenamientos jurídicos en donde el sistema de justicia ha sido reformado, buscando una mejora en la regulación de distintas instituciones jurídicas y adecuando la estructura del proceso a las necesidades de los ciudadanos.

Por poner un ejemplo, con el nuevo Código de Proceso de Brasil del 2015 se reformó el sistema de justicia brasileño, regulándose distintas formas de tutela que, como hemos visto en el primer capítulo, se adecúan mejor a las necesidades de los particulares. Si bien esta reforma es relativamente reciente, lo más probable es que contribuya a que en dicho ordenamiento jurídico se otorgue una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

Siguiendo este ejemplo, en nuestro país se han propuesto diversas reformas dirigidas a superar los obstáculos que se presentan al interior del proceso, como lo son, el tiempo del proceso, la poca eficacia de las sentencias, entre otros factores, que han sido una constante a lo largo de los años.

La última propuesta de reforma de nuestro Código Procesal Civil fue publicada mediante Resolución No. 070-2018-JUS del 05 de marzo de 2018 y fue elaborada por un Grupo de Trabajo constituido mediante Resolución Ministerial N° 0299-2016-JUS, presidido por el profesor Giovanni Priori Posada. Sin embargo, a la fecha, dicha reforma aún no se concreta.

Finalmente, otro grupo de personas denuncian abiertamente que nuestro sistema de justicia es un sistema corrupto lo cual condujo a una crisis general. Los agentes de nuestro sistema de justicia están involucrados con alguna mafia, ayudan a la perpetración de delitos o reciben sobornos a cambio de resolver de una u otra forma.

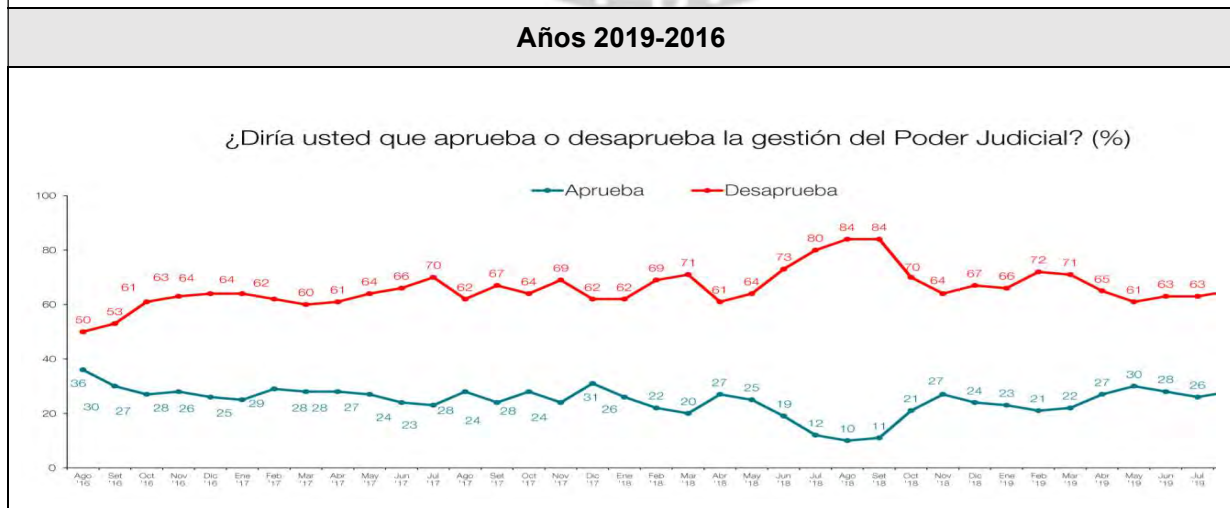
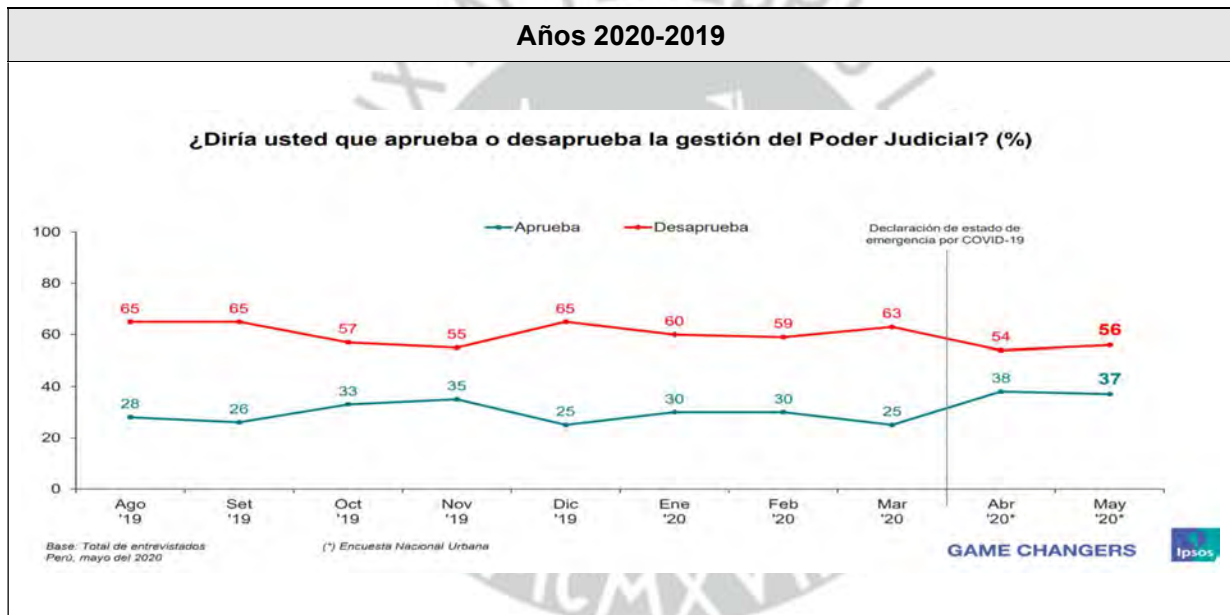
Ello no deja de ser cierto puesto que no es ninguna sorpresa ver en los noticieros escándalos que salen a la luz en los cuales están involucrados jueces, fiscales, abogados, y muchas veces, altas autoridades del aparato estatal.

Un sistema corrupto no funcionaría en ninguna sociedad y la vulneración a los derechos fundamentales de los ciudadanos sería una constante. En ese sentido, para muchos, la solución al problema vendría por erradicar todo rastro de corrupción en el sistema de justicia, retirando de los cargos a toda persona que tenga algún antecedente o vínculo con la

corrupción, para de esa forma quedarnos con las personas que “no están contaminadas”, quienes tomarán decisiones consistentes, no arbitrarias y coherentes con un Estado Constitucional de Derecho.

Dejando de lado esa búsqueda por identificar cuál es la principal deficiencia de nuestro sistema de justicia, en todas las posturas antes reseñadas podemos constatar que todos llegan a una misma conclusión: la población peruana no confía en su sistema de justicia y desaprueba la gestión del Poder Judicial.

Esta desconfianza del pueblo peruano, lejos de ser una simple especulación, es una realidad irrefutable. Las siguientes encuestas realizadas por IPSOS en los últimos años no nos dejarán mentir (Ipsos 2019 y 2020):



Como se puede apreciar, desde finales del año 2019 hasta mediados del año 2020, la desaprobación de los ciudadanos peruanos de la gestión del Poder Judicial osciló entre un 65% y un 56%.

Es decir, más de la mitad del país desconfía de su sistema de justicia. Lo alarmante es que este rango porcentual es “relativamente bajo” ya que tenemos años, como el 2018, en donde la desaprobación de la gestión del Poder Judicial de parte de la población peruana llegó hasta un 84%. Como bien comentó sobre el sistema de justicia peruano el doctor Luis Pásara en una reciente entrevista:

“El desprestigio de la justicia nos acompaña desde siempre. Si miramos la literatura peruana, el tema de la justicia es de terror. En las encuestas, el nivel de aprobación está entre el 15 y 20 por ciento, y no creo que haya ocurrido una transformación de su imagen. Estamos en un momento en que la aprobación ha subido un poco, pero una cosa es la imagen que transmiten los titulares y otra es la experiencia directa, y todos tenemos un familiar que tiene un problema con la justicia que no logra resolver” (2019)

Si analizamos la disgregación de los porcentajes recogidos por IPSOS en el año 2020 nos encontraremos con que en Lima existe una mayor desaprobación del Poder Judicial comparado con el interior del país y que, cuanto más edad tenga la persona encuestada, mayor desaprobación del Poder Judicial tendrá. ¿Es que acaso cuanto más experiencia tengas lidiando con el Poder Judicial, mayor desaprobación del mismo tendrás? ¿Cuántos más años tengas litigando, tu concepto del sistema de justicia peruano se va deteriorando? Nuevamente, las encuestas no nos dejan mentir (Ipsos 2020):

Año 2020											
¿ Diría usted que aprueba o desaprueba la gestión del Poder Judicial? (%)											
Desagregado por ámbito y región											
Respuestas	TOTAL %	ÁMBITO			REGIÓN						
		Lima %	Interior %	Norte %	Centro %	Sur %	Oriente %				
Aprueba	37	34	39	47	24	34	48				
Desaprueba	56	59	54	45	68	62	42				
No precisa	7	7	7	8	8	4	10				
Base Real (Abs)	1022	561	461	170	60	161	70				
Distribución Ponderada (%)	100	43.3	56.7	20.8	8.4	17.9	9.7				
Desagregado por NSE, edad y género											
Respuestas	TOTAL %	NSE					GÉNERO		EDAD		
		A %	B %	C %	D %	E %	Mas %	Fem %	18 a 24 %	25 a 39 %	40 a más %
Aprueba	37	20	35	35	40	46	34	40	59	39	26
Desaprueba	56	67	61	58	53	49	60	52	37	54	67
No precisa	7	13	4	7	7	5	6	8	4	7	7
Base Real (Abs)	1022	57	264	364	236	101	507	515	197	404	421
Distribución Ponderada (%)	100	2.8	15.4	37.5	33.4	10.9	48.3	51.7	19.4	39.4	41.2

A nuestro parecer, todas las deficiencias de nuestro sistema de justicia que hemos reseñado anteriormente no dejan de ser ciertas. Y el acumulado de ellas ha producido que nuestro Poder Judicial esté tan desprestigiado, opacándose por completo la enorme responsabilidad de los jueces y la tan respetada función del Poder Judicial de:

“constituir una importante fuente de estabilidad social y una vía para demostrar la identidad de los ciudadanos con el sistema legal y con la democracia como un todo (...) en la actualidad los jueces deben producir acuerdos en medio de profundas contradicciones sociales y pluralismo político. Como los conflictos o litigios son la expresión de ese contexto, entonces, las respuestas judiciales a los mismos, se vinculan de modo inevitable a los principios políticos fundamentales de la sociedad” (Gonzales 2009:88)

Paradójicamente, estamos en un Estado Constitucional de Derecho en el cual no es posible afirmar que se otorga una tutela adecuada, oportuna y efectiva, vulnerándose constantemente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Esto genera un rechazo total de la población peruana hacia el sistema de justicia y lo que es peor, genera que los ciudadanos pongan en tela de juicio la legitimidad del proceso en sí. Citando la interrogante formulada por Monroy Gálvez y Monroy Palacios:

“¿Por qué debo cumplir con mis obligaciones jurídicas si esta sociedad "premia" al incumplidor con un proceso de reconocimiento del derecho tan largo, complicado y moroso que, en la eventualidad de que alguna vez me den la razón, es seguro que habrá desaparecido en mí el interés por tal satisfacción?” (2001:167)

En efecto, nadie acudiría al Poder Judicial si es que este es el panorama con el que tendrá que lidiar durante largos años. Uno no acudiría al Poder Judicial si es que desde el inicio le anticipan que su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no será respetado.

Como hemos visto anteriormente, son muchos los objetivos a los que debe apuntar todo Estado Constitucional de Derecho. En el caso del Estado Peruano, se tiene un largo camino por recorrer. A tales efectos, no debemos perder de vista la importancia de la ejecución de sentencias y de lograr que el tiempo que dura el proceso no termine afectando los derechos de las partes.

Sin perjuicio de que los procesos constitucionales, por la naturaleza de las pretensiones, deben responder de forma más oportuna que otro tipo de procesos, existen una serie de problemas al momento de ejecutar las sentencias, generando que el tiempo que dura el

trámite de la ejecución en los términos del artículo 59 del Código Procesal Constitucional, termine afectando notoriamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes.

Como bien identificó el profesor Abad sobre el trámite de la ejecución en el proceso de amparo:

*“al final cuando el afectado llega a la meta lo hace cansado y, si obtiene una sentencia favorable, aún debe transitar una larga ruta para poder ejecutarla, lo cual resulta más difícil si el demandado es una entidad del estado o hay una huelga judicial (...) en caso que se declare fundada la demanda, el expediente deberá volver al Juzgado para su ejecución, que en muchas ocasiones suele demorarse por las diversas articulaciones que efectúa la parte demandada especialmente si la sentencia ordena pagar una suma de dinero, por ejemplo una pensión, con intereses y devengados, los cuales deberán liquidarse en el propio proceso. Además, si se trata del estado, éste suele decir que carece de presupuesto y, por tanto, programará el pago en fechas posteriores. **De esta manera, puede afirmarse que en la realidad peruana el proceso de amparo, no ha logrado convertirse en una verdadera tutela de urgencia. Si a ello agregamos el fenómeno de la corrupción o sencillamente un criterio judicial equivocado, la situación se torna mucho más grave**” (el resaltado es nuestro) (2014:245)*

Más complicada es la situación para los procesos civiles, puesto que en el artículo 688 del Código Procesal Civil se establece que las resoluciones judiciales firmes son títulos ejecutivos y como tales, tienen que seguir el Proceso Único de Ejecución regulado en el título V de dicho cuerpo normativo⁹⁶. Es decir, además de litigar contra una persona por varios años, a pesar de obtener una respuesta favorable del órgano jurisdiccional con autoridad de cosa juzgada, el interés del titular del derecho no será satisfecho inmediatamente pues tendrá que litigar en otro proceso (el de ejecución) que, si bien será más corto que el principal, puede llegar a tomar bastante tiempo.

En este contexto surgen dudas respecto a si el diseño de los procesos en el Perú está orientado a la protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ¿Por qué esperar tanto tiempo? ¿Por qué no existe una vía más rápida? ¿Valdrá la pena litigar por tanto tiempo? Preguntas que se quedan en el aire y que generan mucha preocupación en un país que desconfía cada vez más de su sistema de justicia.

Reiteramos lo señalado en el primer capítulo: en un sistema de justicia en donde se vele por el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, los ciudadanos tendrían la esperanza

⁹⁶ En la práctica, la ejecución de una sentencia de condena se tramita como una etapa final del proceso principal, siguiéndose las reglas recogidas en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

de que todos los años litigando valieron la pena. Verían tutelados sus derechos y sentirán que se “hizo justicia”.

Definitivamente una adecuada protección de este derecho influirá sustancialmente en cómo los ciudadanos percibimos la administración de justicia en el Perú. Así, tendríamos un sistema de justicia coherente con los valores constitucionales y, por lo tanto, la población aprobaría el rol de Poder Judicial.

Como veremos más adelante, una adecuada regulación de la institución de la actuación de sentencia impugnada en nuestro ordenamiento jurídico puede contribuir a mejorar la percepción que tienen los ciudadanos peruanos del Poder Judicial, al ser una institución que tiene como trasfondo la protección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.5. Aplicación de la institución en la ciudad de Lima desde la publicación de la sentencia No. 607-2009-PA/TC: Entrevista a los Jueces Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima

En el primer capítulo, corroboramos que diversos autores coinciden en que la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada puede traer muchos beneficios para el proceso en general. Las funciones que cumple la institución objeto de estudio van desde evitar que el tiempo que dura el proceso termine afectando la situación jurídica de las partes hasta evitar que el recurso de apelación sea utilizado como un instrumento de mala fe.

Ahora bien, sin perjuicio de que en su momento existió una discusión respecto a si la institución objeto de estudio fue incorporada en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional del año 2004, hoy no queda duda de ello. Bajo esa apreciación, en teoría serían aproximadamente 16 años desde que, en materia constitucional, los jueces aplicaron la institución de la actuación de sentencia impugnada. Sin embargo, esa afirmación no es correcta.

El profesor Javier Villa García, en su tesis para optar por el grado de magíster del año 2009 corroboró que, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en el año 2004, hasta el año 2007, los Jueces Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima⁹⁷ desconocían la institución de la actuación de sentencia impugnada. Ello conllevó a que,

⁹⁷ Antes de la publicación de la Resolución Administrativa No. 319-2008-CEPJ del 17 de diciembre de 2008, en estos juzgados se tramitaban los procesos constitucionales.

durante todo este tiempo, la institución objeto de estudio no tenga una aplicación práctica (2009:87).

Posteriormente, al entrevistarse con los jueces civiles y constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima en el año 2009, el profesor Villa García corroboró que, si bien los jueces ya se encontraban familiarizados con la institución objeto de estudio, esta tenía poca aplicación práctica debido a que (i) el amparo es residual, (ii) los litigantes y los abogados desconocían la aplicación de la institución objeto de estudio y (iii) el artículo 22 del Código Procesal Constitucional era muy ambiguo. Así, el autor afirmó que era conveniente que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto, dando pautas generales para la aplicación de la institución objeto de estudio (2009:87-88).

Un año después de publicada la tesis del profesor Villa García, el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto. Como señalamos en el primer capítulo, mediante sentencia No. 607-2009-PA/TC del 15 de marzo de 2010, nuestro máximo intérprete fijó los presupuestos para la aplicación de la institución objeto de estudio.

Siendo ello así, corresponde analizar si, posteriormente a los referidos presupuestos fijados por el Tribunal Constitucional en el año 2010, la institución objeto de estudio tuvo una mayor aplicación práctica en la ciudad de Lima.

Para ello, en primer lugar, debemos tener presente cuales han sido las principales modificaciones en la estructura y en la distribución de los Juzgados Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima puesto que, según lo señalado en la sentencia No. 607-2009-PA/TC⁹⁸, es el órgano jurisdiccional de primer grado el único facultado para aplicar la institución objeto de estudio en los procesos constitucionales⁹⁹. Veamos:

- (i) El 17 de diciembre de 2008, mediante Resolución Administrativa No. 319-2008-CEJ, publicada el 28 de enero de 2009, se instauró la especialidad constitucional y se dispuso la creación de 10 Juzgados Constitucionales en la Corte Superior de Justicia de Lima.

⁹⁸ Sentencia No. 607-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 63.

⁹⁹ Debemos precisar que, para el caso del proceso de amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento, es el Juzgado Constitucional el facultado para aplicar la institución objeto de estudio. En el caso de un proceso de hábeas corpus, es el Juzgado Penal de primer grado el facultado para aplicar la institución objeto de estudio. No obstante, a efectos de identificar la aplicación práctica de la institución objeto de estudio en la ciudad de Lima, únicamente nos enfocaremos en los Juzgados Constitucionales.

En específico, la referida resolución dispuso la conversión del 21, 30, 32, 42, 46, 52, 56, y 61 Juzgados Especializados en lo Civil, en el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 Juzgados Especializados en lo Constitucional, respectivamente. Desde esta fecha, empezaron a funcionar 10 Juzgados Constitucionales en la Corte Superior de Justicia de Lima.

- (ii) El 24 de octubre de 2012, mediante Resolución Administrativa No. 206-2012-CE-PJ, publicada el 27 de octubre de 2012, se creó el 11 Juzgado Constitucional de Lima con especialidad tributaria para que se encargue del trámite de los procesos de amparo que se interpongan sobre asuntos tributarios y aduaneros donde sea parte el Tribunal Fiscal o la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), así como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Recién desde el 16 de julio de 2013, mediante Resolución No. 102-2013-CE-PJ del 12 de junio de 2013, publicada el 21 de junio de 2012, se dispuso que el referido juzgado entre en funcionamiento.

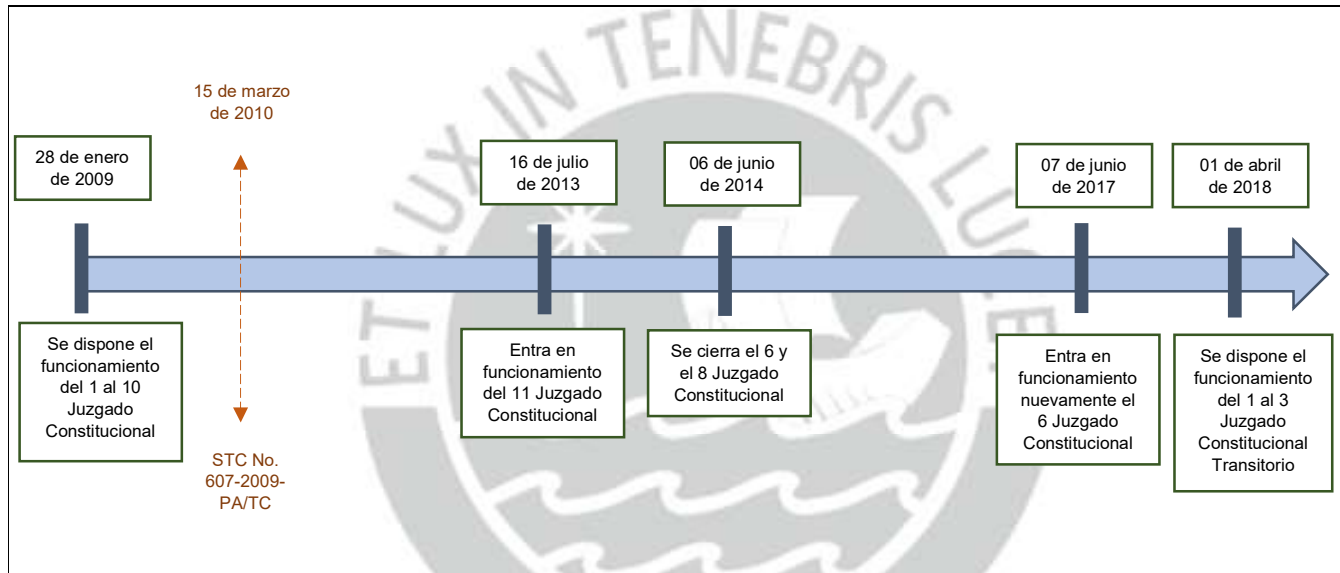
Debido a la carga procesal que tenían los Juzgados Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución Administrativa No. 421-2014-CE-PJ del 17 de diciembre de 2014 y mediante Resolución Administrativa No. 157-2015-CE-PJ del 6 de mayo de 2015, la función del 11 Juzgado Constitucional de Lima fue ampliada a otras materias constitucionales.

- (iii) El 29 de mayo de 2014, mediante Resolución Administrativa No. 201-2014-CE-PJ, publicada el 06 de junio de 2014, se dispuso el cierre del 6 y 8 Juzgado Constitucional de Lima para convertirlos en el 7 Juzgado Penal de San Juan de Lurigancho y 2 Juzgado Civil de Ate.
- (iv) El 31 de mayo de 2017, mediante Resolución Administrativa No. 193-2017-CE-PJ, publicada el 6 de junio de 2017, se dispuso nuevamente la conformación del 6 Juzgado Constitucional. En específico, se dispuso convertir el 2 Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, el cual tenía plaza vacante de juez, en el 6 Juzgado Constitucional.
- (v) El 07 de febrero de 2018, mediante Resolución Administrativa No. 060-2018-CE-PJ, publicada el 7 de marzo del 2018, se dispuso la conformación de 2 Salas Constitucionales de Lima y 3 Nuevos Juzgados Constitucionales de Lima. En específico, la referida resolución dispuso la conversión del 8, 18 y 20 Juzgados de

Trabajo Transitorio, en el 1, 2 y 3 Juzgados Constitucionales Transitorios¹⁰⁰, respectivamente.

Desde esta fecha, la Corte Superior de Justicia de Lima cuenta con 13 órganos jurisdiccionales de primer grado especializados en materia constitucional.

Las fechas antes señaladas las podemos graficar de la siguiente forma:



De un análisis de este gráfico, es válido afirmar que – después de los presupuestos fijados por el Tribunal Constitucional de la institución objeto de estudio – excluyendo los juzgados penales, 8 órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima (1, 2, 3, 4, 5, 7, 9 y 10 Juzgado Constitucional de Lima) tuvieron 11 años¹⁰¹ para aplicarla y tanto el 6¹⁰² como el 11¹⁰³ Juzgado Constitucional de Lima tuvieron 8 años para aplicarla. Finalmente, otros órganos jurisdiccionales – si bien en menor tiempo – también pudieron aplicar la institución objeto de estudio¹⁰⁴.

¹⁰⁰ El funcionamiento de estos Juzgados fue prorrogado mediante Resolución Administrativa No. 257-2019-CE-PJ del 26 de junio de 2019 y Resolución Administrativa No. 200-2020-CE-PJ del 31 de julio de 2020.

¹⁰¹ Desde el año 2010 al año 2020.

¹⁰² Desde el año 2010 al año 2013 y desde el año 2017 al año 2020.

¹⁰³ Desde el año 2013 al año 2020.

¹⁰⁴ El 8 Juzgado Constitucional tuvo 4 años para aplicar la institución objeto de estudio mientras que el 1, 2 y 3 Juzgado Constitucional Transitorio tuvieron 3 años para aplicarla.

En segundo lugar, debemos identificar qué magistrados han tenido o tienen a su cargo los Juzgados Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima después de los presupuestos fijados por el Tribunal Constitucional de la institución objeto de estudio, es decir, desde el año 2011 a la fecha.

A tales efectos, hemos elaborado el siguiente cuadro con toda la información que pudimos recabar de las resoluciones administrativas publicadas por la Corte Superior de Justicia de Lima en el Diario “El Peruano”¹⁰⁵:

Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima	Juez a cargo
1 Juzgado Constitucional	2011 – 2020: David Suarez Burgos
2 Juzgado Constitucional	2011 – 2013: Henry Antonio Huerta Saenz 2014: Henry Antonio Huerta Saenz y Jorge Luis Ramirez Nino de Guzmán 2015: Jorge Luis Ramirez Nino de Guzmán 2016: Jorge Luis Ramirez Nino de Guzmán y Jhonatan Jorge Valencia Lopez 2017 – 2020: Jhonatan Jorge Valencia Lopez
3 Juzgado Constitucional	2011 – 2017: Ricardo Chang Racuay 2018: Ricardo Chang Racuay y Jhon Javier Paredes Salas (provisional) 2019 - 2020: Jhon Javier Paredes Salas
4 Juzgado Constitucional	2011 – 2012: Juan Ricardo Macedo Cuenca 2013: Juan Ricardo Macedo Cuenca Lizy Magnolia Béjar Monge (supernumeraria) 2014 – 2015: Juan Ricardo Macedo Cuenca 2016: Juan Ricardo Macedo Cuenca y Cesar Adolfo de la Cruz Tipian (provisional) 2017 – 2020: Juan Ricardo Macedo Cuenca
5 Juzgado Constitucional	2011: Raúl Rosales Mora 2012 – 2017: Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta 2018: Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta y Leonor Astete Chambilla (supernumeraria) 2019 – 2020: Leonor Astete Chambilla (provisional)
6 Juzgado Constitucional	2011 – 2012: Roddy Saavedra Choque 2013: Roddy Saavedra Choque y Luisa Rossana Cano Freitas (supernumeraria) 2014 – 2016: Cierre 2017: Cesar Adolfo de la Cruz Tipian (provisional) 2018 – 2020: Rocio del Pilar Rabines Briceño
7 Juzgado Constitucional	2011 – 2020: Malbina Saldaña Villavicencio
8 Juzgado Constitucional	2011 – 2012: Andrés Fortunato Tapia González 2013: Andrés Fortunato Tapia González y Maria del Rosario Matos Cuzcano (supernumeraria)

¹⁰⁵ No estamos considerando los magistrados que estuvieron a cargo de un Juzgado Constitucional - por un periodo muy corto - a causa de vacaciones, licencias o promociones de los magistrados titulares.

	2014 – 2020: Cierre
9 Juzgado Constitucional	2011 – 2012: Juan Fidel Torres Tasso 2013: Juan Fidel Torres Tasso y Luisa Rossana Cano Freitas (supernumeraria) 2014 – 2020: Juan Fidel Torres Tasso
10 Juzgado Constitucional	2011: Roberto Vílchez Dávila 2012: Roberto Vílchez Dávila y Luisa Rossana Cano Freitas (supernumeraria) 2013: Luis Oscco Coarita (supernumerario) y Amanda Lina Magallanes Carbajal 2014 – 2015: Amanda Lina Magallanes Carbajal 2016 – 2020: Ivan Alfredo Cabrera Giurisich
11 Juzgado Constitucional	2013 – 2015: Silvia Ysabel Núñez Riva 2016: Silvia Ysabel Núñez Riva y Cesar Adolfo de la Cruz Tipian (provisional) 2017 – 2020: Jorge Luis Ramirez Niño de Guzmán (provisional)
1 Juzgado Transitorio	2018: Amanda Lina Magallanes Carbajal (supernumeraria) 2019 – 2020: Lizy Magnolia Béjar Monge (supernumeraria)
2 Juzgado Transitorio	2018 – 2020: Elisabeth Noemi Salas Fuentes
3 Juzgado Transitorio	2018 – 2020: Soledad Amparo Blacido Báez

Finalmente, en tercer lugar, de esta lista nos hemos podido entrevistar con (i) los jueces que actualmente se encuentran laborando en los mismos Juzgados Constitucionales y (ii) jueces que, si bien ya no ostentan el cargo de juez titular de primer grado, tuvieron un tiempo prolongado como Jueces Constitucionales¹⁰⁶.

La entrevista a estos magistrados estuvo dirigida a recoger sus experiencias con la institución objeto de estudio, regulada en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, en el tiempo en que estuvieron o están a cargo de un Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima después de la publicación de la sentencia No. 607-2009-PATC y así corroborar si efectivamente existe una mayor aplicación práctica de la institución objeto de estudio en la ciudad de Lima.

Fueron tres las preguntas que les formulamos:

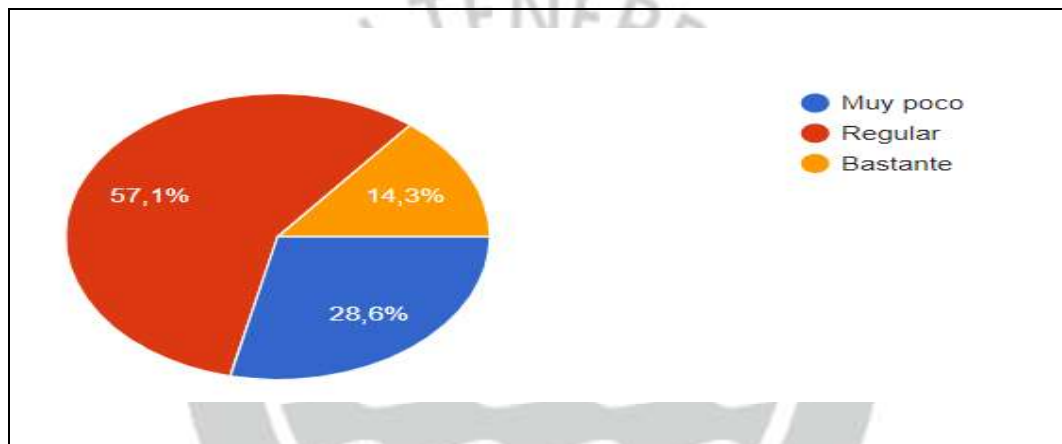
- (i) Primera pregunta: Después de los lineamientos fijados por el Tribunal Constitucional respecto de la institución de la actuación de sentencia impugnada en el año 2010, ¿en el tiempo que estuvo (o sigue estando) a cargo de un Juzgado Constitucional, recibió muchas solicitudes de aplicación de la institución?

¹⁰⁶ Hemos entrevistado a un total de 7 actuales jueces o ex jueces constitucionales de Lima. Si bien las preguntas podían responderse de forma anónima, los magistrados Henry Antonio Huerta Saenz, Soledad Amparo Blacido Báez y Andrés Tapia González consignaron sus nombres en las respuestas.

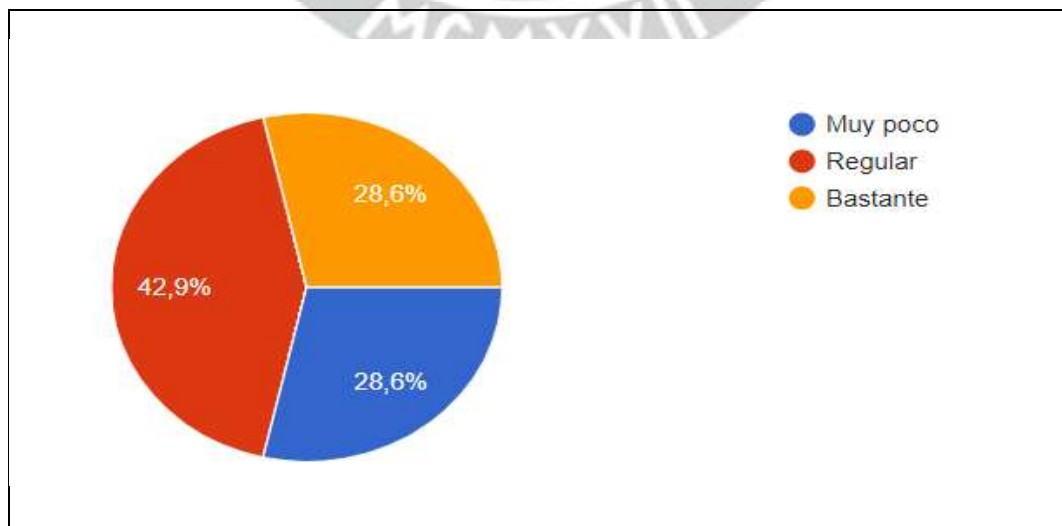
- (ii) Segunda pregunta: De las solicitudes de aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada que recibió como Juez Constitucional, ¿la mayoría prosperaban, ordenándose la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado?
- (iii) Tercera pregunta: En los casos en donde aplicó la institución de la actuación de sentencia impugnada, posteriormente, ¿los efectos de la sentencia ejecutada tuvieron que ser revertidos debido a que la sentencia fue revocada o anulada en segundo grado?

Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

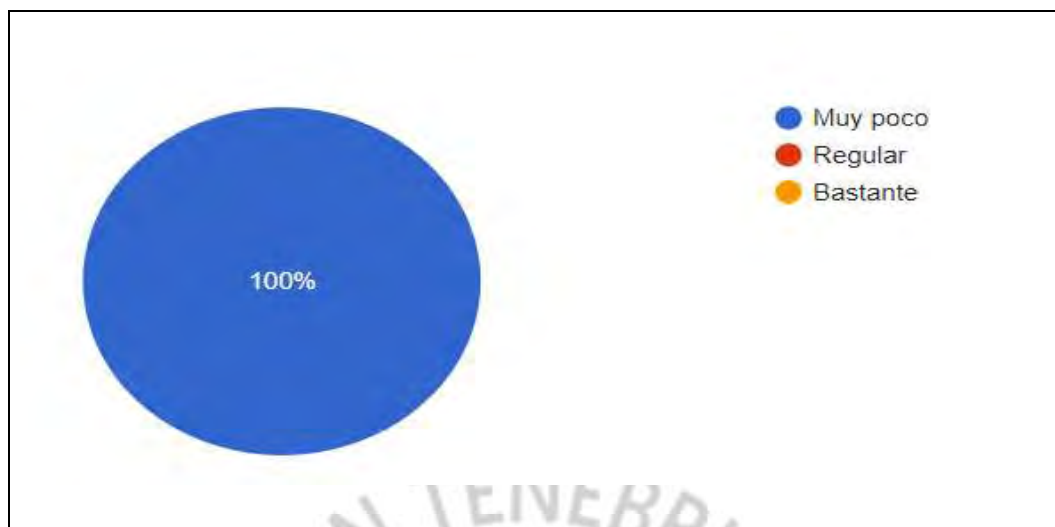
- Primera pregunta



- Segunda pregunta



- Tercera pregunta



2.6. Reflexiones sobre la aplicación práctica de la institución en la ciudad de Lima

Los resultados obtenidos de las entrevistas con los jueces constitucionales de Lima necesariamente nos llevan a una primera reflexión: Es válido afirmar que hoy en día, la institución objeto de estudio tiene una aplicación práctica en la ciudad de Lima.

Como bien identificó el profesor Villa García en su tesis del año 2009, era necesario que se fijaran determinados presupuestos para aplicar la institución objeto de estudio porque hasta ese año, la aplicación de la misma era muy reducida o nula (2009:87-88).

A partir de la publicación de la sentencia No. 607-2009-PA/TC (Caso Jhon Lojas) en el año 2010, el 71.4% de los jueces entrevistados sostienen que recibieron un mayor número (regular o bastante) de solicitudes de aplicación de la institución objeto de estudio y precisamente, de estas solicitudes de aplicación, el 71.5% de los jueces entrevistados sostienen que ordenaron la ejecución de la sentencia estimativa de primer grado (regular o bastante).

Un dato que nos llamó la atención es que el 100% de los jueces entrevistados sostienen que las sentencias de primer grado que fueron ejecutadas muy pocas veces o en ningún caso fueron anuladas o revocadas.

Esto de alguna forma nos demuestra que los jueces, en su mayoría, se aseguraron de que la sentencia de primer grado a ser ejecutada tenga altas probabilidades de ser confirmada y

estuvieron en lo correcto. Así, no hubo necesidad de que el ejecutante responda por los daños y perjuicios generados.

No obstante, esto no quita que puedan configurarse casos en que, a pesar de que la sentencia de primer grado haya sido ejecutada en virtud del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, la Sala Superior revoque la sentencia y tengan que revertirse los efectos de la misma¹⁰⁷.

Es por ello que la regulación de la institución objeto de estudio hace especial énfasis en que, para su aplicación, tengan que verificarse la no irreversibilidad de los efectos de la sentencia y criterios de proporcionalidad.

Uno de los magistrados entrevistados nos comentó su preocupación por la actual regulación de la institución objeto de estudio, manifestando que el hecho que el auto que ordena o deniega la ejecución de la sentencia sea inimpugnable, abre las puertas a que se cometan muchos abusos al interior del proceso. Nos comentó que, por lo general, en su despacho se conceden las apelaciones a las sentencias de primer grado sin efecto suspensivo y en caso esta sea revocada, la parte interesada deberá solicitar que se suspendan sus efectos.

A partir de lo expuesto, y al estar los ciudadanos y magistrados familiarizados con la institución objeto de estudio pues en la actualidad ya tiene una aplicación práctica en la ciudad de Lima, es necesario adoptar una serie de medidas dirigidas a mejorar la regulación actual de la misma, que según vimos en el primer capítulo, no es del todo adecuada y existen distintas posibilidades de mejora.

Una regulación más completa y adecuada de la institución objeto de estudio podría generar que el porcentaje de solicitudes de aplicación de la misma aumente considerablemente, y si partimos de que la institución objeto de estudio traerá una serie de beneficios no sólo para las partes sino para el proceso en general, no cabe dudas que esta podría coadyuvar a otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva y podría mejorar la percepción que tienen los ciudadanos del Poder Judicial.

¹⁰⁷ A manera de ejemplo tenemos el proceso de hábeas corpus, el cual llamó bastante la atención de la opinión pública, seguido entre la Municipalidad Distrital de La Molina contra la Municipalidad de Lima, Lima Expresa y EMAPE. En este proceso, a finales del año 2019, en primer grado se declaró fundada la demanda y se ordenó el retiro de la unidad de peaje ubicada en la Avenida Separadora Industrial. A pesar de que la sentencia fue apelada, el Juzgado Penal accedió al pedido de la Municipalidad Distrital de la Molina de aplicar la institución objeto de estudio y Lima Expresa retiró las casetas de la unidad de peaje. No obstante, en febrero del año 2020, la sentencia de primer grado fue revocada por la Sala Penal (Radio Capital 2020, Perú 21 2020 y Exitosa Noticias 2020).

Como veremos en el capítulo final, con lineamientos adecuados al momento de aplicar la institución objeto de estudio, es posible enfrentar el tiempo que dura el proceso y la poca efectividad de las sentencias, resultando viable ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio en nuestro ordenamiento jurídico.



CAPÍTULO III:

Propuesta de aplicación de la institución para la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas



3.1. Marco general: Tutela jurisdiccional de situaciones jurídicas y los instrumentos recogidos en el Código Procesal Civil Peruano

Este tercer y último capítulo, en el cual llegaremos a conclusiones respecto a una adecuada aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada en el proceso civil peruano, necesariamente debe iniciar con una breve síntesis de lo que implica la tutela de derechos y satisfacción de intereses a través del proceso, puesto que toda institución jurídico-procesal debe girar en torno a los fines del proceso y debe coadyuvar a solucionar de forma definitiva todo conflicto intersubjetivo de intereses.

Detengámonos por un momento a analizar este conflicto de intersubjetivo de intereses. Todo ciudadano tiene necesidades básicas y, por tanto, siempre está buscando bienes para satisfacerlas. A esta relación, que se le denomina “interés”, se le suma el hecho que los bienes son escasos y, como los ciudadanos viven en sociedad, puede ocurrir que más de una persona necesite el mismo bien para satisfacer sus necesidades. Así surge un “conflicto intersubjetivo de intereses”, el cual es una constante en toda sociedad (Priori 2019:61-64).

En una sociedad “perfecta”, en todas las situaciones, los ciudadanos se pondrían de acuerdo para lograr una solución adecuada frente a la escasez de bienes y no habría mayor discusión. Sin embargo, esa sociedad es utópica. El conflicto es por naturaleza inherente a una sociedad y, por consiguiente, inherente al ser humano. Estamos entonces, sin tener conciencia de ello, en una lucha constante por la satisfacción de necesidades. De esta premisa parten y adquieren sentido los conceptos de “tutela jurídica” y “tutela jurisdiccional”.

En toda sociedad es necesario un conjunto de reglas y criterios que establezcan cuál es el interés, el cual puede ser individual o colectivo, que debe prevalecer en determinadas situaciones y así poner fin a los conflictos. Es el legislador quien establece cuál interés es el prevalente y cuál es el subordinado. Con ello, los ciudadanos tendrán claridad respecto a cuando están en una situación jurídica de ventaja y cuando están en una situación jurídica de desventaja. Esta forma de protección de los intereses (“tutela”) que otorga el Estado es concebida como una “tutela jurídica”:

“la tutela jurídica que concede la norma sustancial consiste en el reconocimiento de derechos, con su haz de facultades y deberes correlativos, atribuyéndoles la protección jurídica necesaria para que se pueda afirmar que son derechos” (Priori 2003:280)

Sin embargo, cuando los ciudadanos no respetan los criterios y las reglas establecidas por el Estado en la sociedad, es decir, desconocen la situación jurídica de desventaja en la que se encuentran, generando una crisis de cooperación, el Estado se ve obligado a “tomar cartas en el asunto” a través de la “tutela material”, lo cual implica poner a disposición de los ciudadanos los remedios necesarios para que el interés prevalente pueda ser satisfecho a pesar de la crisis de cooperación. Esos remedios son la autotutela y la heterotutela¹⁰⁸. El primero implica que uno mismo pueda solucionar el conflicto “de mano propia” y el segundo implica acudir a un tercero imparcial para que ponga fin al conflicto (Ovalle 2016:2-3).

Por regla general, en todo ordenamiento jurídico el remedio de la autotutela es excepcional¹⁰⁹ y cobra mucha más relevancia el remedio de la heterotutela, la cual es brindada a través de la “tutela jurisdiccional”:

“la tutela jurisdiccional hace referencia a la función estatal desempeñada por Jueces y Tribunales cuyo cometido es actuar el derecho objetivo, aplicando, en su caso, las sanciones expresas o implícitamente establecidas en éste para el caso de la violación de la norma jurídica” (Priori 2003:280)

En este caso, será un tercero imparcial quien haga cumplir el derecho objetivo. Es decir, si llegamos a esta situación es porque no bastaron las reglas y criterios establecidos por el Estado para solucionar el conflicto y el Estado se ve obligado a interceder a través de los órganos jurisdiccionales. En palabras de Valencia Mirón, citado por Priori:

“En un primer momento, la tutela jurídica comporta la creación de un derecho subjetivo y, en un segundo momento, este derecho subjetivo puede ser protegido mediante la tutela jurisdiccional” (2003:280)

Los órganos jurisdiccionales cumplen una función jurisdiccional, a partir de la cual ellos son los encargados de “administrar justicia”, actuando el derecho objetivo. La referida función consiste en juzgar y en ejecutar lo juzgado, en “decir el derecho y ejecutar lo dicho”. En toda actuación jurisdiccional estará presente el interés jurídico antes descrito. Una actuación jurisdiccional que no afectara a un interés, carecería de razón de ser; un bien de la vida, material o inmaterial, debe estar siempre en juego (Montero Aroca 1999: 59-66).

Partiendo de que estamos situados en un Estado Constitucional de Derecho, y como bien fue desarrollado en el segundo capítulo, el concepto de tutela jurisdiccional debe ser entendido

¹⁰⁸ Debemos tener presente que, al igual que con la autotutela, también es posible ponerle fin a un conflicto a través de la autocomposición, la cual proviene de una de las partes o de ambas partes del conflicto.

¹⁰⁹ En nuestro ordenamiento jurídico también encontramos rasgos de autotutela como en la defensa posesoria extrajudicial y la constitución en mora.

como “tutela jurisdiccional efectiva”, porque – reiteramos – tutela que no es efectiva, no es tutela (Chamorro 1994:276).

Con esta breve síntesis de las formas de buscar solución a los conflictos en sociedad, es que llegamos al proceso. Este es definido por Couture, citado por Ovalle, como un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por actos de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica. Cuando un ciudadano, en ejercicio de su derecho de acción, somete a la jurisdicción de un tercero imparcial el conflicto suscitado y formula una pretensión, el conflicto intersubjetivo de intereses se convierte en un litigio, el cual deberá ser resuelto al interior del proceso (2016:2-29).

El Estado es el encargado otorgar tutela jurisdiccional efectiva a las situaciones jurídicas de ventaja frente una lesión o amenaza a través de un proceso. El proceso se convierte entonces en un instrumento, un medio destinado a otorgar la satisfacción de los intereses que está al servicio de los particulares. Tiene por finalidad componer o arreglar y prevenir los litigios y resolver cualquier incertidumbre que pueda causarlos (Alzamora Valdez 1981:11).

Como bien señalan Ortells, Montero Aroca y Gomez, el proceso entonces debe ser concebido como un “instrumento necesario”:

“Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir la función señalada constitucionalmente, y si no pueden hacerlo de manera instantánea, necesitan, en primer lugar, de un estímulo, de alguien que excite su actividad (acción) y, después, de la realización de una serie de actividades sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales, en consecuencia, de la anterior y presupuesto de la siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por lo tanto, es el medio jurídico, el instrumento, con el que los órganos jurisdiccionales cumplen las funciones asignadas constitucionalmente” (1991:458)

La tutela jurisdiccional puede adoptar distintas formas y ello se ve reflejado en la diversidad de procesos recogidos en nuestro ordenamiento jurídico destinados a brindar una adecuada protección a las situaciones jurídicas:

“si el proceso es el instrumento de los órganos jurisdiccionales, es lógico que ese instrumento se acomode a los distintos ámbitos en que la función de aquellos se ejerce. La variedad de pretensiones que se formulan a los órganos jurisdiccionales y el distinto contenido de la satisfacción que aquéllos deben otorgar, obliga a adecuar el instrumento (el proceso), surgiendo diferentes especies de proceso” (Ortells, Montero Aroca y Gomez 1991:465)

Partiendo de la satisfacción que se busca en cada proceso y la tutela que se otorgará para cada situación jurídica, en nuestro ordenamiento jurídico, de manera general, podemos identificar los siguientes tipos de proceso: civil, constitucional, penal, contencioso administrativo y laboral. Asimismo, centrándonos en la especialidad del órgano jurisdiccional, podemos identificar que existen órganos jurisdiccionales especializados en materia mercantil, tributaria, aduanera, comercial, entre otros.

Si bien, inicialmente se contaba con un solo proceso en el cual se discutían todo tipo de pretensiones, con el paso del tiempo, se vio la necesidad de hacer una distinción, primero, entre el ámbito civil y el ámbito penal, y progresivamente, los tipos de procesos fueron adecuándose a las necesidades de los particulares¹¹⁰. Veamos:

- (i) Proceso civil: Debe ser entendido según Rocco, citado por Alzamora Valdez, como el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de estos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma de que derivan. En este proceso es el interés del individuo el que predomina. La iniciación del proceso civil queda a la voluntad de las partes, las cuales deciden si es oportuno o no para la defensa de sus intereses acudir al proceso. Si bien se dilucidarán intereses privados, se debe tener en cuenta el interés general que existe detrás del proceso civil puesto que es un medio para reestablecer la paz de la comunidad (1981:14-19).
- (ii) Proceso constitucional: La Constitución le confía a la jurisdicción la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a lesiones o amenazas específicas de sus derechos constitucionales, a través de procesos constitucionales específicos como el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data y el proceso de cumplimiento (Priori 2019:43).
- (iii) Proceso penal: Actúa frente a la configuración de un hecho aparentemente delictivo que pondrá en marcha el instrumento procesal, exista o no persona privada que haga uso de su derecho de acción. En este caso, el interés de la colectividad es el predominante. La pena sólo puede ser impuesta por los tribunales a través del proceso. El Estado será el encargado de conducir la persecución del delito, velando por un interés público (Ortells, Montero Aroca y Gomez 1991:467-468).

¹¹⁰ Se debe tener presente que la doctrina no es unánime al definir si el proceso contencioso administrativo, el proceso constitucional y el proceso laboral deben ser considerados como autónomos o, más bien, son abarcados por el proceso civil, entendidos como procesos civiles especiales.

- (iv) Proceso contencioso administrativo: En este proceso interviene siempre la Administración Pública como parte y supone la existencia de un acto administrativo previo que ha de ser analizado en sede judicial, partiendo siempre del tipo de pretensión que se formule (Ortells, Montero Aroca y Gomez 1991:472-476).

La Constitución confía a la jurisdicción el control jurídico de la Administración Pública. Este tipo de proceso es un medio para ejercer el control de constitucionalidad y legalidad de las diversas actuaciones y omisiones de la Administración Pública (Priori 2019:43).

- (v) Proceso laboral: Surge de la necesidad de diseñar una tutela procesal diferenciada para la tutela procesal de los derechos nacidos de una relación laboral, para lo que antes se utilizaba el proceso de amparo, hasta configurar un proceso laboral adecuado que debía ser distinto del proceso civil (Priori 2019:140).

En este caso, la autonomía de la voluntad es el elemento determinante del ejercicio de los derechos; son las partes quienes deciden la defensa más conveniente para sus intereses enmarcados en una relación laboral (Ortells, Montero Aroca y Gomez 1991:470-472).

Los procesos antes descritos son instrumentos que deben tutelar de manera eficiente las situaciones jurídicas de los particulares¹¹¹. A efectos de analizar la aplicación de la institución objeto de estudio, nos centraremos en el proceso civil peruano, tomando como modelo los instrumentos recogidos en el Código Procesal Civil, en concordancia con las disposiciones del Código Civil.

Asimismo, toda vez que los jueces constitucionales están facultados para aplicar la institución objeto de estudio en los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento, reflexionaremos sobre la pertinencia de la misma en estos procesos constitucionales.

De una revisión del Código Procesal Civil y de normas afines que se desprenden del Código Civil y el Decreto Legislativo No. 1071, hemos identificado referencias a los siguientes

¹¹¹ Debemos precisar que el proceso penal no necesariamente es la vía para la protección de situaciones jurídicas subjetivas, salvo que se formule una pretensión civil al interior del mismo.

procesos y a las siguientes pretensiones, las cuales hemos clasificado de la siguiente forma¹¹²:

Vinculados al derecho de familia
<ol style="list-style-type: none">1. Proceso de alimentos2. Proceso de interdictos3. Proceso de divorcio ulterior y separación de cuerpos <p><u>Pretensiones afines</u> Invalidez o nulidad del matrimonio, régimen de visitas, régimen patrimonial del matrimonio, tenencia y cuidado de hijos, suspensión o provisión de patria potestad, filiación matrimonial y extramatrimonial y separación de bienes gananciales.</p>
Vinculados a los derechos reales
<ol style="list-style-type: none">4. Proceso de retracto5. Proceso de prescripción adquisitiva6. Proceso de rectificación de áreas y linderos7. Proceso de título supletorio8. Proceso de expropiación9. Proceso de tercería10. Proceso de desalojo11. Proceso de mejor derecho de propiedad12. Proceso de otorgamiento de Escritura Pública <p><u>Pretensiones afines</u> División y partición judicial, interdictos de retener o de recobrar y acción de reivindicación.</p>
Vinculados al derecho de obligaciones y responsabilidad civil
<ol style="list-style-type: none">13. Proceso de obligación de dar suma de dinero / Proceso de indemnización de daños y perjuicios14. Proceso de responsabilidad civil de los jueces y representantes del Ministerio Público15. Proceso Único de Ejecución <p><u>Pretensiones afines</u> Indemnización derivada de la gestión de negocios, enriquecimiento sin causa, inejecución de obligaciones, mora del deudor y del acreedor, indemnización derivada de la imposibilidad de la prestación por culpa, pago indebido, obligaciones indivisibles, promesa unilateral e indemnización derivada de la resolución por culpa del deudor.</p>

¹¹² Para el análisis de la aplicación de la institución objeto de estudio, no estamos considerando los procesos no contenciosos recogidos en este cuerpo normativo ya que tienen una naturaleza y un trámite distinto al de los procesos de conocimiento, abreviados, sumarísimos y al Proceso Único de Ejecución, toda vez que, de conformidad con el artículo 755 del Código Procesal Civil, la apelación a la resolución que declara infundada la contradicción, es concedida sin efecto suspensivo.

Vinculados a otras materias del derecho civil

- 16. Proceso de nulidad o ineficacia de acto jurídico
- 17. Proceso de anulación de laudo
- 18. Proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta

Pretensiones a fines

Rescisión y resolución contractual

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que existen otros cuerpos normativos en donde están recogidos los demás tipos de procesos descritos y otras pretensiones y acciones que podrían vincularse con el proceso civil peruano¹¹³.

A efectos de delimitar el análisis respecto de la aplicación de la institución objeto de estudio, en la presente investigación nos centraremos en los procesos civiles reseñados en el cuadro previo y llegaremos a reflexiones respecto de otros procesos en donde también podría aplicarse la institución objeto de estudio.

3.2. Un paso previo: Límites en la aplicación de la institución en la tutela jurisdiccional de situaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales a través de las sentencias de condena

En el segundo capítulo explicamos cómo, al estar comprendido por distintas etapas, en el proceso se emiten sentencias que ponen fin a cada una de ellas. Partiendo de la actual estructura general del proceso civil peruano, para que este concluya, se tiene que emitir una sentencia de primer grado y una sentencia de segundo grado, y de interponerse recurso de casación, la Corte Suprema emitirá un pronunciamiento final. Esta es, por lo general¹¹⁴, la estructura de los procesos civiles que hemos identificado en nuestro Código Procesal Civil en concordancia con el Código Civil.

Como hemos visto anteriormente, la regulación actual de la institución objeto de estudio en el Perú, complementada con la sentencia No. 607-2009-PA/TC, establece que únicamente

¹¹³ Estas acciones, pretensiones y procesos las podemos encontrar en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en el Código Procesal Penal, en la Nueva Ley Procesal de Trabajo y otras disposiciones vinculadas. Como bien se mencionó previamente, existe discrepancia de si el ámbito laboral y contencioso administrativo deberían ser considerados como una rama del derecho civil.

¹¹⁴ No podemos afirmar que todos los procesos antes reseñados siguen la misma estructura ya que, por ejemplo, el proceso de anulación de laudo inicia ante una Sala Civil Subespecializada en lo Comercial.

será aplicable en el caso de sentencias de condena, excluyéndose las sentencias declarativas y constitutivas.

Las sentencias de condena imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar, hacer) o en sentido negativo (no hacer). La condena consistirá entonces en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en ordenarle que se abstenga de realizar determinados actos o en deshacer algo que haya realizado:

“Este tipo de sentencias surge en numerosas circunstancias del comercio jurídico. Unas veces nace a raíz de una lesión del derecho ajeno, como en los casos de responsabilidad civil, de pérdida de la propiedad, de privación de la herencia. Otras, como consecuencia del incumplimiento de una obligación mediante una omisión del deudor, como en las situaciones de insatisfacción de los derechos del acreedor, falta de pago, etc. Otras, como consecuencia de acciones por parte de aquellos que se han comprometido a abstenerse, situación relativamente frecuente en las obligaciones de no realizar determinada propaganda, de no implantar cierta industria, de no instalar un comercio en determinado radio, etc.” (Couture 2002:259-260)

Para lograr la eficacia de una sentencia de condena es necesario practicar la ejecución del mandato judicial. Para esto último, en el título V del Código Procesal Civil se encuentra regulado el Proceso Único de Ejecución¹¹⁵.

Bajo esta apreciación, la sentencia estimativa de condena de primer grado, la cual es objeto de la institución de la actuación de sentencia impugnada, al ordenar un dar, hacer o no hacer; puede llevarnos a ejecutar una prestación con contenido patrimonial o sin contenido patrimonial.

En el primer caso, la prestación objeto de ejecución es susceptible de valoración económica mientras que en el segundo caso no lo es. Comúnmente, las prestaciones sin contenido patrimonial están asociadas a situaciones en las cuales se discute afectaciones a los derechos de la personalidad, como el honor y la intimidad, y comúnmente se refleja en mandatos de hacer y de no hacer.

Pueden existir condenas no pecuniarias a partir de las cuales el ejecutado realizará una actuación, o evitará realizarla. Es posible emplearse multas coercitivas para un hacer, sea personalísimo o no, que puede consistir en una emisión de declaración de voluntad o una publicación de una sentencia en los medios de comunicación (típicas en el ordenamiento

¹¹⁵ En la práctica, la ejecución de una sentencia de condena se tramita como una etapa final del proceso principal, siguiéndose las reglas recogidas en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

jurídico español), o para un no hacer, que puede consistir en el permitir el paso si el juez determinó la existencia de una servidumbre o no ejecutar una construcción por ser contraria a la normativa vigente, lo cual implica un deber de tolerancia o abstención del ejecutado (Nieva 2015:494-507).

Por tanto, el efecto práctico de la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada es la ejecución de una sentencia de condena de primer grado. Hemos visto que la aplicación de la misma trae consigo muchos beneficios, no sólo para las partes del proceso, sino para el sistema jurídico en general, al brindarle mayor eficiencia. Sin embargo, y en este punto debemos detenernos, una aplicación indiscriminada de la institución objeto de estudio puede ocasionar una vulneración a los derechos fundamentales de las partes.

Es cierto que, a partir de la aplicación del principio de interpretación constitucional de concordancia práctica, podemos conseguir un equilibrio entre el derecho a la efectividad de las sentencias y el derecho a la pluralidad de instancias (delimitando el contenido constitucionalmente protegido de ambos derechos). Sin embargo, existen situaciones en las cuales no encontraremos ese equilibrio, llegando a vulnerar otros derechos fundamentales y, previamente a desarrollar una propuesta dirigida a ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio, es importante tenerlas en cuenta.

Así como hemos identificado las ventajas que trae consigo la institución objeto de estudio (función preventiva, satisfactiva, agilizadora del proceso y reductora de la carga procesal), se resulta necesario identificar los peligros y los límites en su aplicación.

En muchas ocasiones, los derechos fundamentales de la parte contraria pueden verse afectados si es que la sentencia estimativa de primer grado que es ejecutada, tiene efectos irreversibles, afectando notoriamente su esfera jurídica:

“Es evidente que el litigante victorioso desea que su pretensión se haga efectiva lo más pronto posible, sin embargo, si tal ejecución implica hacer completamente estéril la decisión revocatoria del juez superior, el derecho a recurrir carecería de todo sentido (...) no sería inconstitucional la eficacia de todas aquellas resoluciones recurridas, siempre que quede debidamente garantizada la efectividad de la sentencia que se dicte por el tribunal superior” (Carrasco 2011:26).

Nuestro Tribunal Constitucional entiende el concepto de “irreversibilidad” como “un estado de cosas tal que no se pueda revertir más adelante”¹¹⁶. La cualidad de reversible hace referencia a cuando algo puede volver a un estado o condición anterior. Así, cuando hacemos referencia a efectos irreversibles, debemos entender a los efectos que una vez que son eficaces, “ya no hay vuelta atrás”.

Nótese que el apelante, como parte de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tiene derecho a que lo resuelto por el órgano superior pueda ser ejecutado como consecuencia de su impugnación. Si ello no es garantizado, independientemente del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias, el apelante quedará en un estado total de indefensión. Como bien señala Villa García:

“concibo el derecho del demandante a actuar una sentencia impugnada con ciertos límites, uno de ellos es que dicho derecho no autoriza al actor a ejecutar una sentencia –impugnada- que produzca efectos irreversibles. Si ello fuera permitido, generaría la violación o vulneración del derecho a recurrir y del derecho de defensa del demandado, pues de nada servirá que al demandado se le conceda, formalmente, el derecho a apelar si luego (como consecuencia de la ejecución de actos irreversibles) la sentencia revocatoria que pudiera emitir el superior no puede ejecutarse” (2009:46)

Si los efectos de la sentencia de condena estimativa de primer grado son irreversibles, la sentencia que emita el órgano jurisdiccional superior – revocatoria o anulatorio - no podría ser efectiva y, por lo tanto, se afectaría la esfera jurídica de la parte contraria. Estamos ante dos situaciones inconciliables: o actuar una sentencia que no tiene la calidad de cosa juzgada para brindar una tutela jurisdiccional efectiva al individuo o no actuarla, partiendo del grave daño que generarán los efectos de la misma en la parte contraria.

Pongámonos en el supuesto en donde un juez autorice la demolición de un edificio. El propietario, quien ocupa la parte demandada, viene viviendo en el mismo por más de 20 años y por determinadas circunstancias se encuentra con que la Municipalidad solicitó su demolición. Inicia el juicio y en primer grado, se le da la razón a la Municipalidad. En el supuesto que la institución de la actuación de sentencia impugnada esté regulada para este caso en específico, la Municipalidad no dudará un segundo en solicitar su aplicación. Si el juez actúa la sentencia de primer grado, el edificio será demolido y, por tanto, el demandado despojado de su propiedad.

¹¹⁶ Sentencia No. 607-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 63.

En este ejemplo, es claro el efecto irreversible de la sentencia actuada. Al ser demolido el edificio, “ya no hay vuelta atrás”. La propiedad en la que vivió el propietario ya no existe. Podrán construirse otras más adelante, pero a lo más, serán similares al edificio original. Al propietario sólo le quedará seguir litigando teniendo en cuenta que el lugar en el que vivió durante 20 años, quedó en el olvido. En este caso, por los efectos irreversibles de la sentencia, no sería razonable aplicar la actuación de la sentencia impugnada.

Otro ejemplo puede ser verse reflejado en disputas vinculadas al medio ambiente. Como bien explica Huerta:

“Supongamos que una empresa decide construir una fábrica en una zona considerada como un área protegida para garantizar el medio ambiente, ante lo cual se presenta la respectiva demanda de amparo, con la finalidad de que se ordene el desmantelamiento de la fábrica. En caso el juez de primer grado estime fundada la demanda, le corresponde evaluar si ordenar esto último perjudicaría de manera irreversible a la empresa demandada” (2012:448-449)

Partiendo de esta premisa, nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 607-2009-PA/TC, precisó que la actuación de sentencia impugnada sólo procede cuando los efectos de la sentencia que será actuada no son irreversibles. ¿Quién define cuando una sentencia tiene efectos irreversibles? Todo queda en manos del órgano jurisdiccional, quien tendrá discrecionalidad para esta tarea:

“Ello impone al juzgado que ejecuta de manera provisional una sentencia estimatoria en primera instancia, a medir el impacto con relación a una eventual reversibilidad de lo que dispone sea ejecutado, pues de otro modo, si se ordena la ejecución de algo que no tiene posibilidad de retorno, no se podría hablar de ponderación, sino en cualquier caso del sacrificio del derecho a la pluralidad en favor de la eficacia de una sentencia, lo que sería inconstitucional” (Grandez 2007:80).

La decisión que adopte el órgano jurisdiccional, declarando procedente o no, la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, depende mucho de las circunstancias del caso concreto y del tipo de proceso que se tiene al frente. Como bien fue mencionado, esta decisión puede estar indebidamente motivada y, por consiguiente, no existe justificación alguna para que sea inimpugnable, como lo estableció nuestro Tribunal Constitucional.

Si el órgano jurisdiccional acredita que la prestación a ser ejecutada produce efectos irreversibles, lo conveniente será no aplicar la institución; sin embargo, si los efectos de la sentencia no lo son y las futuras decisiones de los órganos superiores podrán ser eficaces,

aplicando el principio de concordancia práctica, lo conveniente será aplicar la institución objeto de estudio, sin sacrificar derecho alguno de las partes.

Debemos precisar que, en el análisis que realice el órgano jurisdiccional, nada impide que se apliquen otros principios de interpretación constitucional para buscar un equilibrio entre los derechos de las partes.

Es posible que el órgano jurisdiccional aplique el test de ponderación, identificando que la actuación de sentencia impugnada, que tiene como fin constitucionalmente protegido la efectividad de sentencias y brindar una tutela oportuna, es idónea, necesaria y proporcional al caso concreto y sacrificar, de la manera menos lesiva, el derecho a la pluralidad de instancias y viceversa¹¹⁷. No obstante, de acuerdo a lo explicado en el primer capítulo, partiendo del principio de concordancia práctica, la “proporcionalidad” estará dirigida a definir el alcance limitado del contenido de un derecho fundamental dentro de unas circunstancias concretas, de manera que haga posible la determinación del ejercicio razonable del mismo y así lograr una armonía entre los derechos fundamentales

Lo mismo puede ocurrir con el principio de unidad de la Constitución, el principio de corrección funcional, el principio de eficacia integradora, el principio de fuerza normativa de la Constitución y el principio pro homine.

Sin perjuicio de ello, en el primer capítulo constatamos que el test de ponderación, el cual es preferido en la sentencia No. 607-2009-PA/TC, no siempre será la mejor opción para el órgano jurisdiccional. Haciendo un análisis comparativo con el ordenamiento jurídico alemán, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, como regla general frente a una aparente colisión de derechos fundamentales, aplica el principio de concordancia práctica y en caso de que los tribunales ordinarios incurran en un “déficit de ponderación” (inadecuada ordenación de los derechos fundamentales en colisión), ello deberá ser materia de revisión (León y Weil 2010:327-328).

Reiteramos, con la regulación actual en nuestro sistema de justicia, el análisis del órgano jurisdiccional dependerá principalmente de la reversibilidad o irreversibilidad de los efectos que producirá la actuación de la sentencia estimativa.

¹¹⁷ Los pasos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad del juicio de ponderación han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias como la No. 0048-2004-PI/TC.

Adicionalmente a la irreversibilidad de los efectos de la sentencia, y como bien fue precisado por nuestro Tribunal Constitucional, será tarea del órgano jurisdiccional identificar en qué supuestos la actuación de sentencia impugnada generará daños y perjuicios sensibles a la parte contraria o los daños pueden llegar a ser de difícil reparación¹¹⁸. En este caso, el análisis del órgano jurisdiccional partirá del grado de afectación en la esfera jurídica de la parte contraria. Como bien señala Vargas citada por Arce:

“Hay irreparabilidad cuando los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles. En cambio, cuando son reversibles, el daño es de difícil reparación si las condiciones del demandado no autorizan suponer que será efectivamente reparado” (2017:148)

En efecto, puede ocurrir que, con la actuación de la sentencia de condena de primer grado, la parte contraria tenga que tolerar una situación que podría convertirse en insostenible. Durante el trámite en segundo grado judicial y ante la Corte Suprema, la parte contraria podría verse obligada a incurrir en gastos exorbitantes, quedando en un estado total de indefensión.

Para estos casos, en el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, se toma en consideración la solvencia del ejecutante. Es decir, el órgano jurisdiccional deberá constatar si el ejecutante será capaz de indemnizar al ejecutado por los daños y perjuicios generados en caso la sentencia de condena de primer grado sea revocada o anulada (Damián 2009:9). Así, el órgano jurisdiccional deberá constatar si es necesario exigir una fianza al solicitante para que proceda la aplicación de la institución objeto de estudio.

También puede ocurrir que se llegue al punto de que no se pueda indemnizar al ejecutado por los daños causados. En este caso, y partiendo de que, en realidad, todo es indemnizable, Nieva manifiesta:

“hay que entender que el legislador se quiso referir a situaciones catastróficas en las que la indemnización, aunque compense, no es ningún consuelo. Sin embargo, la apreciación de esta situación de desamparo reviste un gran subjetivismo judicial que deber ser combatido por el ejecutado realizando un tremendo esfuerzo de argumentación” (2015:516)

De la misma forma, otro criterio que deberían tener en cuenta los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar la institución de la actuación de la sentencia impugnada está vinculado al grado de certeza o de probabilidad de la confirmación de la sentencia estimativa de primer grado.

¹¹⁸ Sentencia No. 607-2009-PA/TC. Fundamento jurídico 63.

Constatar que existen casos similares o idénticos que han sido resueltos de la misma forma (un ejemplo puede ser amparos laborales), donde se cuente con una amplia jurisprudencia (Huerta 2012:449) o constatar una defensa inconsistente de la parte contraria, que busca únicamente dilatar el proceso sin fundamentos sólidos, pueden servir como indicios para que el órgano jurisdiccional aplique la institución objeto de estudio.

Adicionalmente, otro criterio relevante a tomar en cuenta es la existencia de otros procesos judiciales que estén vinculados al mismo y que la aplicación de la institución objeto de estudio, pueda frustrar o condicionar un resultado en otro proceso. De constatarse ello, lo recomendable será no ejecutar la sentencia de primer grado.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que, en el caso de la ejecución de sentencias de condena no dinerarias, la discusión sobre la irreversibilidad de los efectos de la sentencia de condena es mucho más polémica a comparación de las sentencias de condena dinerarias:

“tratándose de ejecuciones no dinerarias, esto es, de aquellas cuyo contenido suponga una obligación que consista en una prestación de hacer, no hacer o entregar cosa determinada, las posibilidades de restitución son mucho menores, pues muchas veces las conductas objeto de la condena son esencialmente insustituibles” (Damián 2009:10)

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la institución de la actuación de sentencia impugnada amerita un análisis minucioso de parte del órgano jurisdiccional en cada caso concreto puesto que, una aplicación incorrecta de la misma puede generar una vulneración a los derechos fundamentales de las partes.

Los criterios antes mencionados, que pueden estar vinculados o no a la irreversibilidad de los efectos de la sentencia de primer grado, deberán ser evaluados por el órgano jurisdiccional al momento de tomar la decisión de aplicar la institución objeto de estudio. En tanto la decisión del juzgado debería ser apelable sin efecto suspensivo, la Sala Superior también tendrá la tarea de analizar los criterios antes descritos.

Citando a Caballol, quien se inclina por un juicio de ponderación para aplicar la institución objeto de estudio:

“en todos aquellos procesos en que se establezca la posibilidad legal de recurrir, consagrando mecanismos que dejen a resguardo la eficacia de la sentencia del tribunal superior, el derecho a la ejecución provisional debería

primar por sobre el derecho de impugnación de la sentencia con efecto suspensivo, teniendo por fundamento de tal posición, el contenido racional y justo de nuestro proceso que exige una respuesta jurisdiccional dentro de un plazo razonable a través de mecanismos rápidos y efectivos de tutela de los derechos” (1993:69-70).

A diferencia del ordenamiento jurídico español, en el Perú no tenemos un listado de las sentencias de condena que no podrán ser ejecutadas bajo la aplicación de la institución objeto de estudio. Únicamente contamos con una expresión general de “sentencias que no tengan efectos irreversibles”, lo cual puede llevarnos a decisiones distintas dependiendo del análisis de cada órgano jurisdiccional.

Siendo ello así, en la propuesta que esbozaremos en el presente trabajo, será necesario delimitar a qué situaciones es posible ampliar el ámbito de aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada y, en que situaciones, atendiendo a los efectos de la sentencia y a los daños que se podrían generar a la parte contraria, no corresponde ampliarlo.

Si encontramos una armonía entre los derechos fundamentales de las partes en los distintos procesos recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, entonces, lo conveniente será aplicar la institución objeto de estudio, con todos los beneficios que ello conllevaría para un individuo que necesita de una respuesta efectiva del sistema de justicia.

3.3. A modo de propuesta: Aplicación de la institución partiendo de las características y de la naturaleza de los mecanismos de tutela jurisdiccional de situaciones jurídicas

Teniendo claras las ventajas y los límites al momento de aplicar la institución de la actuación de sentencia impugnada, ya contamos con elementos suficientes para esbozar una propuesta de aplicación de la institución objeto de estudio en el proceso civil peruano.

Hemos constatado que la institución de la actuación de sentencia impugnada tiene sus pros y sus contras, puede ser muy beneficiosa para las partes al interior del proceso como también puede llegar a afectar a otras y, si tenemos en cuenta que son los derechos fundamentales los que están en juego al momento de aplicarla, el razonamiento de los órganos jurisdiccionales debe ser muy minucioso y cauteloso.

En el análisis esbozado en el acápite 1.8. del presente trabajo hemos identificado los aspectos positivos de ordenamientos jurídicos extranjeros en donde se encuentra regulada o existen

instituciones similares a la actuación de sentencia impugnada. Precisamente, esos aspectos servirán de guía para esta propuesta a fin de buscar la forma más adecuada para aplicar la institución objeto de estudio en nuestro país.

Es por ello que este último sub-capítulo lo hemos dividido en tres secciones: (i) mecanismos de tutela de situaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales en los cuales sería un riesgo aplicar la institución (ii) mecanismos de tutela de situaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales a los cuales debe ampliarse el ámbito de aplicación de la institución y (iii) lineamientos generales al momento de aplicar la institución.

3.3.1 Mecanismos de tutela de situaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales en los cuales sería un riesgo aplicar la institución

Procesos constitucionales

De una lectura del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, complementado con la sentencia No. 607-2009-PA/TC, podemos apreciar que, en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, es posible solicitar la ejecución de la sentencia de condena estimativa de primer grado, a pesar de que esta haya sido apelada o aún sea posible de serlo.

Desde el año 2004 que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, uno está facultado para solicitar al órgano jurisdiccional la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada en los referidos procesos constitucionales.

Al ventilarse afectaciones o amenazas a derechos fundamentales en un proceso constitucional y al requerirse una respuesta rápida de los órganos jurisdiccionales a través de un proceso sumario (que realidad dista mucho de serlo por el prolongado tiempo que uno puede pasarse litigando), la regulación de la institución objeto de estudio en estos procesos constitucionales fue una decisión adecuada.

Sin embargo, si bien en la sentencia No. 607-2009-PA/TC se dejó constancia que, al momento de aplicar la institución objeto de estudio, los órganos jurisdiccionales deberán corroborar que la sentencia a ser ejecutada no produzca efectos irreversibles y deberán tomar en cuenta criterios de proporcionalidad, sostenemos que para el caso del proceso de hábeas data, por la naturaleza de las posibles pretensiones a ser formuladas, es necesaria una regulación más específica.

De una lectura del artículo 61 del Código Procesal Constitucional podemos constatar que, en el proceso de hábeas data, las pretensiones a formularse pueden estar dirigidas a:

- (i) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.
- (ii) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros.
- (iii) Hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

El mayor problema al momento de aplicar la institución objeto de estudio en el hábeas data es en el primer pedido, es decir, el acceso a la información pública. De ejecutarse una sentencia estimativa de condena que ordene a una entidad pública otorgar las facilidades a un individuo para el acceso a la información, es claro que la continuación del proceso perdería sentido. El ciudadano buscó acceder a determinada información y, de hacerlo antes de emitirse una sentencia con calidad de cosa juzgada, ambas partes perderían interés en el litigio puesto que el ciudadano ya conoció, visualizó e internalizó la información a la que solicitó acceder.

Sería incoherente que la entidad pública continúe litigando luego de ejecutada la sentencia de primer grado puesto que, bajo su postura, el ciudadano no debía acceder a dicha información por determinadas circunstancias y, por tanto, si el ciudadano accede y tiene conocimiento de la misma, el efecto de la sentencia sería irreversible.

Como bien identificó Huerta:

“Otro aspecto a ser considerado se relaciona en los casos en donde la actuación inmediata de sentencia impugnada puede dar lugar a la conclusión

del proceso, sin que tenga sentido alguno esperar el resultado de la apelación. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si se solicita una información sobre temas ambientales ante las entidades públicas y el acceso a ella es denegado, situación ante la cual se presenta una demanda de hábeas data. De declararse fundada la demanda y ordenarse su actuación inmediata, la información solicitada sería entregada al demandante y no tendría mayor sentido esperar la sentencia de segundo grado, salvo para aplicar el criterio interpretativo a similares casos posteriores” (2012:450)

Respecto del segundo y del tercer pedido, sostenemos que el único caso en donde habría un efecto irreversible de la sentencia estimativa es cuando se solicite conocer información o datos personales. Al igual que con el acceso a la información, perdería sentido continuar con el trámite del litigio una vez conocidos los referidos datos.

Para los demás casos abarcados en el segundo y tercer pedido, como pueden ser actualizar, incluir, suprimir, rectificar información personal o hacer suprimir o impedir suministrar información sensible o privada, no existiría en estricto un efecto irreversible al momento de ejecutar la sentencia de primer grado. Al contrario, en un caso donde se pretenda evitar la circulación de información personal, sensible o privada, la aplicación de la institución objeto de estudio resulta muy útil.

En ese sentido, lo aconsejable es que el legislador prohíba expresamente que en los procesos de hábeas data en donde se formulen pretensiones dirigidas al acceso a la información pública o personal (datos personales) no se puede solicitar la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada regulada en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

De igual forma, para el caso de las sentencias emitidas en procesos de amparo relativas al derecho al honor, intimidad, familiar e imagen, consideramos que por la lesividad de los efectos y en ciertos casos, por la irreversibilidad de los efectos, lo aconsejable es que el legislador prohíba expresamente la aplicación de la institución objeto de estudio en dichos supuestos.

Procesos civiles

Partiendo de la clasificación del cuadro recogido en el acápite 3.1 del presente trabajo, en el cual enlistamos los procesos y pretensiones a las que hace referencia el Código Procesal Civil, concordados con las disposiciones del Código Civil y el Decreto Legislativo No. 1071, hemos identificado procesos y pretensiones vinculados (i) al derecho de familia, (ii) a los

derechos reales, (iii) al derecho de las obligaciones y responsabilidad civil y (iv) a otras materias del derecho civil. Abordemos cada uno de ellos.

- *Procesos y pretensiones vinculados al derecho de familia*

En primer lugar, en el artículo 566 del Código Procesal Civil, encontramos regulada la institución objeto de estudio para el proceso de alimentos. Precisamente, por la naturaleza de la pretensión y los derechos fundamentales en juego vinculados al interés superior del niño, el legislador acertó al establecer que la sentencia que fije la pensión de alimentos deberá ser ejecutada de inmediato sin perjuicio de que se interponga recurso de apelación. En este caso, estaremos frente a una sentencia de condena que ordenará el pago de la pensión de alimentos.

Distinta es la situación de los demás procesos vinculados al derecho de familia del Código Procesal Civil. Nos referimos al proceso de interdicción y al proceso de divorcio ulterior y separación de cuerpos.

El proceso de interdicción, de conformidad con el artículo 581 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 44 del Código Civil, puede solicitarse en caso se demuestre que estamos ante un pródigo, ante una persona que incurre en mala gestión, ante un ebrio habitual o ante un toxicómano. Lo que se pretende en este proceso es una declaración judicial de incapacidad absoluta o relativa. Esta declaración tiene como efecto práctico una restricción a la capacidad jurídica de una persona por determinadas circunstancias, sin perjuicio del nuevo régimen de apoyos e igualdad de condiciones derivado del Decreto Legislativo No. 1384 publicado el 04 de setiembre de 2018.

Es claro que este proceso sumarísimo concluye con una sentencia declarativa que tendrá una relevancia significativa en la esfera jurídica de una persona. Al ser una persona declarada incapaz, esta se verá limitada en los actos que realice en su vida cotidiana y estará sujeta a curatela o estará sujeta al régimen de apoyos y salvaguardias. En consecuencia, aplicar la institución objeto de estudio en este tipo de procesos sería un grave peligro antes de obtener una sentencia que tenga la autoridad de cosa juzgada.

Si bien no estamos ante un caso de efectos irreversibles de la sentencia de primer grado, el daño que se puede generar en la esfera jurídica del interdicto, al limitar su vida cotidiana durante el trámite del proceso, es de tal magnitud que lo más adecuado es contar con un pronunciamiento firme en sede judicial.

El proceso de divorcio ulterior y separación de cuerpos recogido en el artículo 480 del Código Procesal Civil, en concordancia el artículo 333 del Código Civil, concluye con una sentencia constitutiva, es decir, con una transformación o extinción de una situación jurídica.

Sin perjuicio de las particularidades y de los intereses ventilados en un proceso de esta naturaleza, los cuales deberán ser analizados con mayor rigurosidad en caso existan hijos en resguardo del interés superior del niño, aplicar la institución objeto de estudio en el mismo generaría un efecto lesivo para las situaciones jurídicas materiales al estar frente a una sentencia constitutiva. Como bien precisa Couture, en estos casos, la sentencia constituye el estado jurídico nuevo, sin ella, el derecho permanecerá incambiado (2002:262).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia No. 607-2009-PA/TC fue acertado – en parte¹¹⁹ – al excluir del ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio a las sentencias constitutivas precisamente para este tipo de situaciones vinculadas al derecho de familia, puesto que una vez adquieran la autoridad de cosa juzgada, la situación jurídica preexistente quedará extinta y, por tanto, lo más aconsejable es condicionar esa extinción al momento en el cual la sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada. De lo contrario, la situación jurídica sobre la cual recaen los efectos de la sentencia sería notoriamente afectada con la sola emisión de la sentencia de primer grado.

Bajo la misma lógica debemos abordar las pretensiones de invalidez o nulidad del matrimonio (artículo 24.2 del Código Procesal Civil), las de filiación matrimonial o extramatrimonial (artículo 834 del Código Procesal Civil), las de suspensión o provisión de la patria potestad (artículos 21 y 24.2 del Código Procesal Civil), las del régimen patrimonial del matrimonio (artículo 573 del Código Procesal Civil), las del régimen de visitas, tenencia y cuidado de hijos (artículo 480 y 677 del Código Procesal Civil), la oposición al matrimonio (artículo 256 del Código Civil), la acción contestatoria de paternidad (artículo 363 del Código Civil) y la acción impugnatoria de maternidad (artículo 371 del Código Civil)

Estas pretensiones, las cuales generarán emisiones de sentencias que tendrán mayoritariamente efectos constitutivos, pero que también podrán contener efectos declarativos (Couture 2002:272), al estar en el campo del derecho de familia, teniendo en cuenta el interés superior del niño y los efectos trascendentales – al modificar o extinguir una

¹¹⁹ Como veremos más adelante, existen determinados supuestos en los cuales, a pesar de estar frente a una sentencia constitutiva, es posible aplicar la institución objeto de estudio.

situación jurídica con la sola emisión de la sentencia - que desplegarán, lo más aconsejable es no aplicar la institución objeto de estudio en las mismas.

Nótese que pueden existir claros indicios de que un padre tiene derecho a visitar a sus hijos y posiblemente uno esté en mejores condiciones para cuidar de ellos, sin embargo, al ser la decisión del órgano jurisdiccional trascendental en la esfera jurídica de los hijos o de la parte contraria, ejecutar la sentencia en primer grado, con el riesgo de que pueda ser revocada o anulada, generaría un perjuicio considerable para ellos.

Como bien precisó el Tribunal Constitucional desarrollando el principio del interés superior del niño en un proceso judicial:

*“Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, **debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso**¹²⁰”*
(el resaltado es nuestro)

Será labor del órgano jurisdiccional velar por otorgar una adecuada protección tanto a las partes del proceso como a los terceros (en este caso serían los hijos) que pudieran verse afectados con un pronunciamiento que no tiene la autoridad de cosa juzgada. Sostenemos que el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio no debe ser ampliado a este tipo de procesos y pretensiones.

- *Procesos y pretensiones vinculados a los derechos reales*

Respecto de esta clasificación, es importante hacer una distinción entre los procesos y pretensiones que tendrán una repercusión en el derecho real de propiedad y los cuales únicamente tendrán una repercusión en el derecho real de posesión.

Siendo que los efectos de una sentencia son más severos cuando estamos en el ámbito del derecho de propiedad, en esta sección estamos considerando los siguientes procesos vinculados con este derecho real: (a) proceso de prescripción adquisitiva, (b) proceso de expropiación, (c) proceso de mejor derecho de propiedad y (d) proceso de rectificación de áreas y linderos.

¹²⁰ Sentencia No. 03744-2007-PHC/TC. Fundamento jurídico 5.

El común denominador en estos cuatro procesos es que, en la práctica, los mismos concluirán con una persona perdiendo el título de propiedad sobre un bien, con un título de dominio que no podrá ser oponible frente a terceros o viendo reducida la extensión del predio sobre el cual recae su derecho de propiedad. Veamos:

- (a) Proceso de prescripción adquisitiva: En los artículos 950 y 951 del Código Civil se establece expresamente que: *“La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”* y *“La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay”*.

Bajo esa premisa, en el artículo 952 del Código Civil se precisa que *“quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño”*. Así, en este proceso (artículo 486 y 504 del Código Procesal Civil), el poseedor solicita al órgano jurisdiccional que declare que adquirió la titularidad de un bien (mueble o inmueble) por haber estado en posesión del mismo cumpliendo con todos los requisitos legales.

En palabras de Avendaño: *“El día que fatalmente se cumplió el plazo de la prescripción, la propiedad dejó de corresponder al propietario anterior y perteneció al que hasta ese día fue poseedor”* (1965:5).

En este proceso el demandante es un poseedor quien recurrirá a la vía judicial para que se declare su titularidad sobre la propiedad mueble o inmueble. Sin perjuicio de que existe una discusión respecto a si este proceso puede ser utilizado por un propietario para sanear su propiedad; en los casos en donde ello fue admitido por la Corte Suprema, se partió de la premisa de que el título de propiedad del “propietario” que utilizó la prescripción era nulo o ineficaz, entonces en realidad, cuando demandó no era un “verdadero propietario”, sino sólo un poseedor¹²¹ y, en un caso en particular, si bien no se identificó un vicio en el título de propiedad, la Corte Suprema sostuvo que al utilizar la figura de la prescripción, el propietario estaría renunciando a su título, al identificarse únicamente como poseedor, con todo el riesgo que ello implica¹²².

¹²¹ Casación No. 672-2001-LIMA, Casación No. 3247-2014-JUNIN y Casación No. 2751-2009-HUANUCO.

¹²² Casación No. 2448-2006-LIMA.

Al declararse fundada la demanda a través de una sentencia declarativa, el propietario original será despojado de su propiedad por el poseedor y, de estar inscrita la titularidad del propietario original, el órgano jurisdiccional ordenará la cancelación del asiento registral.

- (b) Proceso de expropiación: En este proceso (artículo 486 y 520 del Código Procesal Civil), el Estado solicitará que la propiedad de titularidad de un tercero le sea transferida forzosamente por distintas razones y, como contrapartida, se deberá pagar un justiprecio. El fundamento del mismo lo encontramos en el artículo 70 de la Constitución Política, en el cual, después de afirmarse que la propiedad es “inviolable”, se establece que puede expropiarse la propiedad “*por causa de seguridad jurídica o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio*”.

Sin perjuicio de delimitar los conceptos de “seguridad jurídica” y “necesidad pública”, nuestro Tribunal Constitucional hizo énfasis en los “motivos para expropiar”¹²³, lo cual es abordado como *causa expropriandi*, en el sentido de que esta sirve de sustento racional de la expropiación, pues no se justifica por la simple “privación”, sino por el destino posterior a que se afecta el bien luego del proceso expropiatorio. Tan importante es la destinación de los bienes al fin de la expropiación, que esta puede ser objeto de reversión si es que, dentro de doce meses desde la culminación del proceso de expropiación, no se hubiera destinado el bien expropiado a dicho fin (González Barrón 2011:195).

Al declararse fundada la demanda a través de una sentencia de condena, que puede tener efectos constitutivos o declarativos¹²⁴, el propietario original será despojado de su propiedad por el Estado y, de estar inscrita la titularidad del propietario original, se modificará la titularidad dominial a nivel registral.

- (c) Proceso de mejor derecho de propiedad: Este proceso (artículo 475.1 del Código Procesal Civil) se deriva de la afirmación por ambas partes de titularidades dominiales

¹²³ Sentencia No. 3258-2010-AA/TC. Fundamento jurídico 8.

¹²⁴ Debemos precisar que, en realidad, toda sentencia contiene una declaración como antecedente lógico de la decisión principal. Así, la sentencia constitutiva como la de condena contienen una parte declarativa. Así, por ejemplo, en una sentencia de divorcio, pueden intervenir elementos declarativos, constitutivos y de condena (Couture 2002:257-271).

incompatibles. Será el órgano jurisdiccional quien determine qué derecho es oponible frente al otro. Para dilucidar este tipo de controversia, en muchos casos, es determinante el principio de prioridad registral, el cual recoge la expresión latina “*prior in tempore, potior in iure*”, es decir, “*primero en el tiempo, mejor en el derecho*”.

Este principio lo vemos reflejado en el artículo 2016 del Código Civil, según el cual “*la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro*”. Bajo esta apreciación, podemos identificar los siguientes casos:

- Oponibilidad de un derecho real sobre el derecho real de la misma naturaleza que detenta otra persona sobre un mismo bien inmueble: En este caso, el órgano jurisdiccional partirá del artículo 2022 del Código Civil en el cual se establece que: “*Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone*”.
- Concurrencia de acreedores a quienes un mismo deudor se ha obligado a entregar un inmueble: En este caso, el órgano jurisdiccional partirá del artículo 1135 del Código Civil en donde se precisa que: *Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito*”.
- Superposición de partidas registrales: Este caso es muy común en nuestro ordenamiento jurídico porque Registros Públicos carece de un catastro actualizado que evite la creación de dos partidas registrales sobre una misma área. Así, puede ocurrir que nos encontremos con una duplicidad de inscripciones incompatibles.

Para dilucidar esta controversia, la Corte Suprema – partiendo de los artículos 2016 y 2022 del Código Civil antes citados - estableció que cuando concurren dos derechos de propiedad sobre un mismo bien inmueble inscritos en partidas distintas, prevalece el derecho de propiedad que emana de la inmatriculación más antigua sobre la base del principio de prioridad registral¹²⁵.

¹²⁵ Casación No. 2409-98-CALLAO, Casación No. 1320-2000-ICA, Casación No. 3261-2009-PIURA y Casación No. 1832-99-TACNA.

Sin embargo, también puede ocurrir que se demande el mejor derecho de propiedad en casos donde no exista una inscripción registral de por medio. Un ejemplo lo vemos en el caso de concurrencia de acreedores, en el cual, según el mismo artículo 1135 del Código Civil, el órgano jurisdiccional deberá preferir al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. En este caso, se prefiere “*el título que conste de documento de fecha cierta más antigua*”.

En todos los supuestos antes mencionados y así como otros similares¹²⁶, a partir de los cuales pueden formularse distintas pretensiones en un proceso de mejor derecho de propiedad, el litigio inicia con una incertidumbre jurídica respecto a la propiedad de un bien.

Al declararse fundada la demanda, cualquier intención que la parte vencida tenía sobre el bien objeto de litigio será restringida puesto que su título de propiedad no será oponible al del vencedor¹²⁷ y, en caso de duplicidad de partidas registrales, el órgano jurisdiccional ordenará, generalmente, el cierre de la partida menos antigua.

- (d) Proceso de rectificación de áreas y linderos: De conformidad con los artículos 24.1 y 504.3 del Código Procesal Civil, un poseedor o propietario puede solicitar al órgano jurisdiccional que determine correctamente o rectifique el área, los linderos y las medidas perimétricas de un bien, o para que se limiten éstos mediante deslinde.

Debe tenerse presente que por muchos años las exigencias para la inmatriculación de los predios no fueron muy rigurosas, en especial, en el aspecto técnico¹²⁸. No existía una exigencia de hacer una descripción completa del predio a ser inscrito y no era una prioridad la presentación de planos que reflejen la realidad física del mismo. Todo ello condujo a diversas inexactitudes en el registro. Como bien explica Sonia Campos:

“(…) accedieron al registro gran número de predios con una vaga e imprecisa identificación y delimitación de sus características físicas, además sin la evaluación técnica de la documentación presentada y/o confrontación con sus antecedentes gráfico – registrales, a los que se adicionan los casos en que no

¹²⁶ Título no inscrito vs título no inscrito, título inscrito vs título no inscrito, título inscrito vs título inscrito.

¹²⁷ En este proceso, también podría solicitarse que se declare la nulidad del título de propiedad de la parte contraria.

¹²⁸ Actualmente la situación es distinta ya que, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predio del año 2013 (Resolución No. 097-2013/SUNARP/SN), se exige que los títulos que vayan a ser inmatriculados cuenten con un informe previo del Área de Catastro.

existe plano en el título archivado y que, incluso existiendo, no reflejan las características físicas reales del predio” (2014:168)

En ese contexto es que se hace necesario para los propietarios y potenciales adquirentes de los predios corregir dicha situación patológica. Precisamente para ello es que existen los distintos mecanismos de rectificación de áreas y linderos regulados en la Ley No. 27333.

Así, el artículo 13 de la Ley No. 27333 establece que cuando sea necesario determinar el área, linderos y medidas perimétricas del terreno, o cuando existan discrepancias entre el área real del terreno, sus medidas perimétricas y/o linderos, con los que figuren en la partida registral del predio, éstas podrán determinarse o rectificarse vía proceso judicial. Los casos tramitados judicialmente son cuando la rectificación supone una superposición de áreas o linderos, o cuando suja oposición de terceros.

Puede ocurrir que dicha rectificación o delimitación genere una afectación al derecho de propiedad de un tercero, en este caso, al derecho de propiedad de los propietarios colindantes. De ser ello así, ya no estaremos frente a una simple rectificación o delimitación del área, sino que será tarea del órgano jurisdiccional identificar la discrepancia entre la realidad física y el registro, identificar cómo esa discrepancia genera una incertidumbre jurídica respecto a la real dimensión de un bien objeto del derecho de propiedad que afecta la dimensión de otro bien colindante, para finalmente ponerle fin a esa controversia.

Si se acude a la vía judicial para rectificar las áreas y linderos de un predio es porque algún propietario colindante verá afectado su derecho de propiedad por la rectificación o delimitación que se está solicitando, y esto se ve reflejado en una superposición o en que el tercero se haya opuesto a la rectificación. Dicha afectación puede darse en menor o mayor medida dependiendo del grado de superposición en el caso concreto.

El litigio en este caso será con los propietarios de los predios colindantes sobre la real dimensión del predio objeto del litigio, controversia que tendrá una incidencia directa en el derecho de propiedad tanto del titular del predio como de los titulares de los predios colindantes, al existir una discrepancia entre la realidad y el registro.

Como se puede apreciar, en todos los procesos antes descritos existe una incertidumbre jurídica en torno al derecho de propiedad del demandante. Es decir, en el litigio se deberá

definir si el demandante (i) adquirió la propiedad a través de la posesión, (ii) deberá ser propietario por razones de seguridad jurídica y necesidad pública, (iii) tiene un mejor derecho de propiedad que el demandado (oponibilidad); o (iv) deberá delimitarse la real dimensión del bien objeto del derecho de propiedad del demandante. Siendo ello así, será tarea del órgano jurisdiccional, a través de una sentencia que puede tener efectos declarativos, constitutivos o de condena¹²⁹, dilucidar finalmente quien será el propietario del bien objeto del litigio, qué titularidad deberá prevalecer o cuales son los límites del bien objeto del derecho de propiedad.

Bajo esa premisa, las sentencias a emitirse en este tipo de procesos tendrán un efecto lesivo en la parte contraria sobre su derecho de propiedad. En la mayoría de los casos, a partir de la decisión que adopte el órgano jurisdiccional se ordenará la cancelación del asiento registral en donde conste la titularidad del propietario original o alguna titularidad inexacta o se modificará la titularidad dominial a nivel registral.

Pero los efectos de la sentencia no se detienen en ese punto. Los demandantes que acuden al Poder Judicial para solicitar la tutela de sus derechos vía proceso de prescripción, expropiación, mejor derecho y rectificación de áreas y linderos, además de buscar que se reconozca judicialmente su derecho de propiedad, lo hacen con una finalidad práctica: tener la facultad para disponer de todos los atributos derivados del derecho de propiedad que será reconocido en sede judicial, lo cual implica usar, disponer, disfrutar y reivindicar el bien.

Una vez reconocido judicialmente el derecho de propiedad, el vencedor implementará todos los mecanismos posibles para hacer su derecho oponible, lo cual lo conducirá indefectiblemente a acudir a Registros Públicos para inscribir el bien a su nombre y, en un futuro cercano o lejano, disponer de la propiedad.

Bajo esa apreciación, un tercero que busque adquirir la propiedad de un bien, cuya titularidad u oponibilidad fue objeto de análisis en sede judicial a través de un proceso de prescripción, expropiación, mejor derecho o rectificación de áreas y linderos; se guiará por lo que señala el registro y se convertirá en un adquirente de buena fe (artículo 2014 del Código Civil). Pero, ¿qué ocurre si en el trámite del proceso la Sala Superior evidencia que, en realidad, no corresponde amparar la pretensión formulada por el demandante y revoca la sentencia ejecutada? Los efectos de la sentencia ejecutada serían irreversibles. La cadena de

¹²⁹ Debemos precisar que, en realidad, toda sentencia contiene una declaración como antecedente lógico de la decisión principal. Así, la sentencia constitutiva como la de condena contienen una parte declarativa. Así, por ejemplo, en una sentencia de divorcio, pueden intervenir elementos declarativos, constitutivos y de condena (Couture 2002:257-271).

transferencias seguiría su curso y se le habría despojado a un sujeto total o parcialmente de su propiedad sin justificación alguna, ya sea porque no se cumplieron los requisitos para que opere la prescripción o la expropiación, o porque este tenía un mejor derecho de propiedad que el demandante o porque no correspondía la rectificación de áreas y linderos.

Es por estas razones que, en estos cuatro procesos, la aplicación de la institución objeto de estudio afectaría de una forma lesiva el derecho de propiedad de la parte contraria y hasta podrían generarse efectos irreversibles.

A la misma conclusión podemos llegar respecto del proceso de división y partición judicial recogido en el artículo 983 del Código Civil. Haciendo un símil con la rectificación de áreas y linderos, en estos procesos existirá un copropietario que se opone a la división y partición porque considera que se afecta su derecho de propiedad.

Situación similar, mas no idéntica, ocurre con el proceso de tercería regulado en el artículo 533 del Código Procesal Civil. En líneas generales, el demandante inicia este proceso porque (a) su propiedad ha sido afectada por una medida cautelar o va a ser ejecutada o porque (b) tiene un derecho de crédito preferente en una ejecución.

Nieva explica la tercería de propiedad y la tercería de derecho preferente, ambos regulados en nuestro Código Procesal Civil, con los siguientes ejemplos:

“(de propiedad) por error – habitualmente – se embarga un bien que no es propiedad del ejecutado, sino de un tercero, por lo que dicho tercero tiene la facultad de pedir el inmediato alzamiento del embargo. Lo contrario significaría permitir que las deudas del ejecutado fueran pagadas involuntariamente por un tercero que no está obligado a ello, lo que carece de todo sentido.

(de derecho preferente) un postor se ha adjudicado el bien subastado, y obviamente tiene que pagar el precio que lógicamente (...) irá a parar al ejecutante. Sin embargo, justo antes surge un tercero cuyo crédito es preferente según la legislación sustantiva, y reclama, a través de la tercería (...) su derecho a cobrar en primer lugar” (2015:482-486).

Asimismo, Ariano distingue ambos tipos de tercería de la siguiente forma:

“En el caso de la tercería de “derecho preferente”, la posición del tercerista es un tanto distinta de aquel “en propiedad”, pues si el tercerista en propiedad lo último que quiere es convertirse en parte en el proceso en el que se dictó el embargo (porque sólo busca liberar al bien), el tercerista “en preferencia”, en cambio, pretende subirse al carro de la ejecución iniciada por otro, para desplazarlo” (2017:22)

La diferencia entre el proceso de tercería (de preferente o de propiedad) y los otros procesos señalados anteriormente (prescripción, expropiación, mejor derecho y rectificación de áreas y linderos) es que en este caso no existe una incertidumbre respecto del derecho de propiedad o crédito del demandante ni tampoco existe un conflicto para determinar cuál persona tiene mejor título de dominio sobre un bien. Este proceso no concluye con un sujeto perdiendo su derecho de propiedad ni con una declaración de que existe un tercero con un mejor derecho de propiedad ni delimitándose la extensión del bien objeto del derecho de propiedad.

En el proceso de tercería se parte de la premisa que uno es titular de un derecho de propiedad o de crédito y la tarea del órgano jurisdiccional será dilucidar si estos son oponibles o no frente al derecho de crédito del ejecutante en caso de conflicto.¹³⁰

Como bien precisó la Corte Suprema en el VII Pleno Casatorio¹³¹:

“Nótese que no se trata de ventilar si los derechos (en conflicto) efectivamente existen o no. No se trata de establecer si existe o no un derecho de crédito. Tampoco se trata de establecer si existe o no un derecho real de propiedad. (...) Por ende, resulta un error de perspectiva pretender incluir análisis probatorios sobre el derecho de propiedad o la posesión en este problema. No se trata, cabe reiterarlo, de establecer si un derecho existe o no. La cuestión principal es un asunto de oponibilidad de derechos”.

En la misma línea, Nieva precisa sobre la tercería de propiedad lo siguiente:

“recordemos que el embargo no afecta el poder de disposición, y mucho menos a la titularidad del bien por lo que, de la tercería, teóricamente, no surge ninguna reafirmación o conformidad categórica de la propiedad del bien, sino simplemente el pronunciamiento sobre el alzamiento o mantenimiento del embargo. Nada más” (2015:484)

Al declararse fundada la demanda, el bien objeto del proceso de tercería será excluido tanto de la esfera jurídica del acreedor como de la esfera jurídica del deudor del proceso original puesto que la medida cautelar recaída sobre el mismo será levantada o el bien será excluido de la ejecución o el derecho de crédito del ejecutante se verá afectado al no ser preferente.

¹³⁰ Nótese que, a pesar que en ambos se discutirá la oponibilidad de un derecho frente a otro, este proceso no es equiparable a un proceso de mejor derecho de propiedad porque en este último la propiedad en sí es el objeto controvertido

¹³¹ VII Pleno Casatorio Civil del 05 de noviembre de 2015. Página 37.

Más allá de la afectación al derecho de crédito, que como veremos más adelante, no es determinante para decidir si aplicar o no la institución objeto de estudio, la principal razón por la que no consideramos necesario aplicarla en el proceso de tercería es porque, de conformidad con los artículos 536 y 537 del Código Procesal Civil, la sola admisión de la demanda de tercería (de propiedad o de derecho preferente) genera que se suspenda la medida cautelar, la ejecución o el pago al ejecutante.

Si bien estas disposiciones no son equiparables a una ejecución anticipada de la sentencia, a nuestro criterio le dan una respuesta célere y adecuada al demandante en un proceso de tercería. Con esto, ya no sería necesario acudir a la institución objeto de estudio ya que, la demora en el trámite del proceso no afectaría al titular del derecho de una forma severa. Así, se evita que, de ejecutarse la sentencia de primer grado, se ordenen cancelaciones de asientos registrales en donde conste alguna medida cautelar, por ejemplo, un embargo en forma de inscripción, con el riesgo de que en un futuro dicha situación pueda ser revertida.

Finalmente, debemos precisar que es posible que el tercerista y el deudor estén coludidos y únicamente inicien el proceso de tercería a fin de dilatar más el proceso. Para esos casos, el legislador acertó al precisar en el artículo 538 del Código Procesal Civil que, de acreditarse esta colusión, se les impondrá multas y deberán responder por los daños y perjuicios generados al acreedor. En esa misma línea, en el VII Pleno Casatorio se dejó constancia que:

“El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma¹³²”.

Con todas estas pautas sostenemos que, al igual que en los procesos de prescripción adquisitiva, expropiación, mejor derecho de propiedad y rectificación de áreas y linderos, el ámbito de aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada no debe ser ampliado al proceso de tercería de propiedad o de derecho preferente.

- *Procesos y pretensiones vinculados al derecho de obligaciones y responsabilidad civil*

Bajo la clasificación propuesta anteriormente, un proceso al cual no debería ampliarse el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio es al proceso de responsabilidad civil de los jueces o de los representantes de Ministerio Público.

¹³² VII Pleno Casatorio Civil del 05 de noviembre de 2015. Página 93.

De una lectura de los artículos 486.3 y 509 del Código Procesal Civil, podemos constatar que es posible iniciar un proceso de responsabilidad civil contra un juez cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. El daño derivaría de una resolución judicial emitida por el órgano jurisdiccional.

Este proceso es concordante con lo señalado en el artículo 200 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial en donde, además de la responsabilidad disciplinaria de los jueces, se señala que *“los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causan, con arreglo a las leyes de la materia. Son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones”*.

En la misma situación se encuentran los representantes del Ministerio Público quienes, de conformidad con el artículo 118 del Código Procesal Civil, son responsables civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúan con negligencia, dolo o fraude. Este proceso se sujetará a las reglas del proceso de responsabilidad civil de los jueces.

Sin embargo, la responsabilidad civil de los funcionarios del Estado no ha sido una decisión pacífica. Las críticas se levantan principalmente por el lado de que la independencia de los órganos jurisdiccionales pueda verse mellada por una responsabilidad.

De la misma forma, se critica el hecho que existen muchas ocasiones en donde los jueces tienen que aplicar el derecho en una contexto fáctico y jurídico que no es del todo claro, por lo que el error judicial debería ser un riesgo permitido. Se afirma que de implementarse un régimen de responsabilidad civil de los jueces se les “presionaría” en el ejercicio de su función, quitándoles la serenidad que necesitan para resolver de manera objetiva los casos a su cargo (Oliva 2010:6).

Nuestro legislador dejó de lado estas opiniones y en el artículo 516 del Código Procesal Civil, estableció que, tanto los jueces (o en su caso, el representante del Ministerio Público) como el Estado, responderán solidariamente por el pago al agraviado. Sostenemos que el régimen incorporado en el Código Procesal Civil, si bien puede mejorar, coadyuva a una mejor administración de justicia y delimita de una manera adecuada la responsabilidad de los jueces, al establecer supuestos en los cuales existirá una presunción de culpa o dolo inexcusable en el artículo 510. En palabras de Oliva:

“la existencia de unos funcionarios investidos de potestad jurisdiccional y completamente irresponsables frente a terceros en el ejercicio de sus funciones probablemente escandalizaría hasta al más sosegado y apático de los ciudadanos (...) una cosa es que por razones obvias haya que proteger la actuación de los Jueces, respetando su necesaria independencia, y otra cosa es blindarles tanto a ellos como al propio Estado frente a las justificadas y legítimas reclamaciones de los ciudadanos” (2010:9-46)

Pueden ocurrir casos en donde la presunción a la que hace referencia el artículo 510 del Código Procesal Civil puede ser quebrada si existen indicios que el juez actuó conforme a derecho o si no contaba con todas las herramientas para resolver el caso en concreto, y también pueden ocurrir casos en donde, si bien no se configure los supuestos del artículo 510 del Código Procesal Civil, se tendrá que dilucidar cautelosamente si el órgano jurisdiccional actuó conforme a ley.

A partir de este contexto, no resulta apropiado ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio para este tipo de procesos, precisamente porque el análisis de la responsabilidad en este caso tendrá una connotación distinta a la de un proceso donde se analice la responsabilidad contractual o extracontractual, al desarrollarse en el contexto de la función judicial.

El artículo 518 del Código Procesal Civil faculta al juez para imponer multas en caso se difunda información del proceso que afecte el honor del juez. Precisamente, este tipo de actuaciones podrían convertirse en una constante si aplicamos la institución objeto de estudio en el caso concreto. La parte contraria podría afirmar que: *“Tan cierto es que el juez incurrió en responsabilidad, que ya me pagaron una indemnización al ejecutarse la sentencia”*, mellándose de esa forma la reputación del magistrado.

Por las implicancias de este proceso, deberán adoptarse las medidas necesarias para proteger el honor del juez o del representante del Ministerio Público y una de esas formas es que sólo se les condene cuando exista una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

No sería apropiado implementar una técnica de aceleración procesal en este tipo de procesos, abriendo las puertas a que sentencias que no sean firmes puedan ser ejecutadas, porque se generaría un daño severo a la función judicial y a la tan importante labor que desempeñan los jueces en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Asimismo, otro proceso al cual no debería aplicarse la institución objeto de estudio es el Proceso Único de Ejecución. Sin embargo, las razones son distintas a las explicadas previamente.

Uno puede iniciar este proceso si cuenta con uno de los títulos ejecutivos contenidos en el artículo 688 del Código Procesal Civil a fin de que se ejecute una obligación de dar, hacer o no hacer.

Toda vez que, a diferencia de un proceso ordinario, en el Proceso Único de Ejecución no existe una sentencia de primer grado per se, corresponde evaluar qué pronunciamiento al interior del mismo podría ser equiparable.

Descartamos que lo sea el mandato de ejecución, ya que como bien se precisó en el VI Pleno Casatorio Civil, *“el auto admisorio es al proceso de cognición, como el mandato de ejecutivo o de ejecución es al proceso ejecutivo y de ejecución”¹³³*.

Con el mandato de ejecución se inicia una primera fase del Proceso de Único de Ejecución, fase en la cual el órgano jurisdiccional formulará una intimación de dar, hacer o no hacer al ejecutado de conformidad con el artículo 690-C del Código Procesal Civil bajo apercibimiento. Sin embargo, hasta ese momento, no se ha escuchado la postura del ejecutado.

Notificado con el mandato de ejecución, el ejecutado podrá formular contradicción al mismo alegando alguna de las causales contenidas en el artículo 690-D del Código Procesal Civil, dirigidas a cuestionar los requisitos de los títulos ejecutivos: que contengan una obligación expresa, cierta, exigible y en caso sea una obligación de dar suma de dinero, líquida o liquidable. El juzgado evaluará la defensa del ejecutado y emitirá un auto pronunciándose sobre la contradicción. En el mismo puede ordenar llevar adelante la ejecución (infundada la contradicción) o denegar la ejecución (fundada la contradicción).

Precisamente, el auto que resuelve la contradicción formulada por el ejecutado (demandado) es equiparable a una sentencia de primer grado en un proceso ordinario en tanto en este momento o fase del Proceso Único de Ejecución, el juzgado ya escuchó la postura de ambas partes y decidió si llevar adelante o no la ejecución.

¹³³ VI Sexto Pleno Casatorio Civil. Fundamento jurídico 34.

De conformidad con el artículo 691 del Código Procesal Civil, el auto que resuelve la contradicción poniendo fin al proceso es apelable con efecto suspensivo. Esta redacción de la norma generó controversia ya que, si bien el auto que declara fundada la contradicción, dándole la razón al ejecutado, sí pone fin al proceso; no quedaba claro si el auto que declara infundada la contradicción, ordenando llevar a cabo la ejecución, ponía fin al proceso.

No obstante, el 30 de noviembre de 2018, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil de La Libertad, se aprobó por unanimidad la ponencia que sostuvo que el auto que declara infundada la contradicción no pone fin al proceso y por tanto la apelación al mismo debe concederse sin efecto suspensivo.

A partir de ello, muchos órganos jurisdiccionales¹³⁴ optan por conceder el recurso de apelación sin efecto suspensivo al auto que declara infundada la contradicción, y bajo la premisa de que este auto es equiparable a una sentencia estimativa de primer grado en un proceso ordinario, resulta innecesario regular la institución de la actuación de la sentencia impugnada en el Proceso Único de Ejecución ya que de todas formas la ejecución seguirá su curso a pesar de que el ejecutado interponga un recurso de apelación contra el auto que declaró infundada la contradicción.

Finalmente, sin perjuicio de que como veremos en el siguiente sub-capítulo, sí corresponde ampliar el ámbito de aplicación de la institución a los procesos y pretensiones en donde se solicite una tutela al derecho de crédito y en donde se emitirá una sentencia de condena de dar, hacer o no hacer; existen determinados supuestos en los cuales el órgano jurisdiccional, a pesar de estar facultado para aplicar la institución objeto de estudio, por los efectos que podrían producirse al ejecutar la sentencia, no deberá conceder la aplicación de la institución o deberá analizar detalladamente la solicitud atendiendo a la naturaleza de la obligación de la cual se deriva la sentencia a ser ejecutada. Mayormente ello ocurre con ejecuciones no dinerarias.

- *Procesos y pretensiones vinculados a otras materias del derecho civil*

En primer lugar, abordaremos los procesos en donde se pretenden la nulidad, anulabilidad e ineficacia del acto jurídico. Respecto de la nulidad, en el artículo 219 del Código Civil se establece lo siguiente:

¹³⁴ En nuestra práctica procesal pudimos corroborar que existen órganos jurisdiccionales que conceden el recurso, en ocasiones con y en ocasiones sin efecto suspensivo. No obstante, consideramos que, con el paso del tiempo, los órganos jurisdiccionales seguirán la tendencia del Pleno Jurisdiccional Distrital.

“El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4.- Cuando su fin sea ilícito. 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta. 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7.- Cuando la ley lo declara nulo. 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.

En concordancia con el artículo 220 del Código Civil, la nulidad puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta y no pueda subsanarse por la confirmación.

Respecto de la anulabilidad, en el artículo 221 del Código Civil se establece lo siguiente:

“El acto jurídico es anulable:

1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44. 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero. 4.- Cuando la ley lo declara anulable”

En concordancia con el artículo 222 del Código Civil, *“el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley”.*

Un claro ejemplo de vicio de voluntad lo podemos constatar en la simulación absoluta del acto jurídico (artículos 190 y 193 del Código Civil¹³⁵), la cual está dirigida a crear un acto sin contenido, es decir sin la voluntad de que produzca efectos jurídicos:

“no obstante se ha acreditado que el acto cuestionado sí ha querido realizarse y ha surtido plenos efectos jurídicos entre las partes y terceros; de lo que sigue que no puede haber simulación absoluta, pues en dicho caso no hay ningún acto jurídico que se quiera realizar”¹³⁶

Finalmente, respecto de la ineficacia (en sentido estricto), en el artículo 200 del Código Civil se establece que:

¹³⁵ **Código Civil**

“Artículo 190.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

Artículo 193.- La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso”.

¹³⁶ Casación No. 4693-2016 LIMA. Considerando Décimo Séptimo.

"La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable".

Un ejemplo de ineficacia del acto jurídico lo vemos reflejado en el artículo 195 del Código Civil, en donde se encuentra regulada la acción pauliana conforme a los siguientes términos:

"El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro (...)".

En este caso, el trasfondo de la discusión será la configuración de un fraude en el acto jurídico que pone en riesgo un derecho de crédito y será determinante para corroborar si el acto producirá o no efectos jurídicos. Así, para distinguir la nulidad, la anulabilidad y la ineficacia, podemos hacer referencia a la ineficacia funcional y estructural del acto jurídico:

"En el primer caso, el negocio produce sus efectos, pero deja de hacerlo debido a una causal sobreviniente a su celebración. En cambio, en los casos de ineficacia estructural u originaria, bajo las modalidades de nulidad o anulabilidad, el negocio no produce efectos por haber nacido muerto, o deja de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubiera producido por haber nacido gravemente enfermo (...) En el caso de la nulidad, el defecto obedece a la carencia de un elemento del negocio, o a su contenido ilícito, o la vulneración del orden público o buenas costumbres, o de normas imperativas. En el caso de los actos anulables, el contenido es lícito, pero se presenta un vicio estructural en su conformación, como dolo o violencia, por ejemplo. Una consecuencia natural de la celebración de un negocio nulo o anulable es que no tiene el potencial necesario para producir ningún efecto" (O'Neill 2016:97)

Las normas del Código Civil antes citadas deben leerse en concordancia con el artículo 475.4 y 475.5 del Código Procesal Civil, el cual establece que se tramitan en vía de proceso de conocimiento los casos en donde la materia controvertida será de derecho puro y los demás que la ley señale. De constatar alguna causal de nulidad o anulabilidad del acto jurídico, o ineficacia del mismo, uno estaría facultado para iniciar un proceso judicial solicitando que el órgano jurisdiccional declare la nulidad, anulabilidad o ineficacia del acto jurídico.

Al emitirse una sentencia fundada en un proceso de nulidad de acto jurídico, la sentencia tendrá efectos declarativos porque el acto "nació muerto" y en el caso de la anulabilidad, la

sentencia tendrá efectos constitutivos que se retrotraen a la fecha de celebración del acto que “*nació gravemente enfermo*”.

En los tres supuestos antes descritos (nulidad, anulabilidad e ineficacia) los efectos de la sentencia estimativa son notoriamente lesivos para las partes contrarias que celebraron el acto jurídico, toda vez que los efectos del acto jurídico serán eliminados desde su celebración o desde la declaración del juez.

Es más, si el acto jurídico está inscrito, como consecuencia de la sentencia estimativa, el órgano jurisdiccional ordenará la cancelación del asiento registral. Por estas razones sostenemos que establecer que la sentencia estimativa de primer grado produzca efectos sin que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada no es lo ideal para estas situaciones atendiendo precisamente a los efectos lesivos de la sentencia de primer grado.

A las mismas conclusiones llegamos respecto de las pretensiones vinculadas a la resolución y rescisión contractual, las cuales podemos identificarlas en los artículos 1372, 1428 y siguientes del Código Civil. En estos casos podemos estar frente a sentencias declarativas o constitutivas, pero los efectos de la sentencia serán notoriamente lesivos para la parte contraria en tanto el órgano jurisdiccional ratificará que el contrato nunca surtió efectos o dejó de surtir efectos a partir de determinado momento.

Otro proceso al cual no debería ampliarse el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio es el proceso de anulación de laudo. Para este caso debemos remitirnos al Decreto Legislativo No. 1071.

En el artículo 62 del referido cuerpo normativo se establece que el recurso de anulación se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo y que el órgano jurisdiccional tiene prohibido pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral.

No corresponde hacer un análisis detallado de las causales de anulación recogidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo No. 1071, sin embargo, una lectura conjunta del artículo

63.1.b¹³⁷ y de la Duodécima Disposición Complementaria¹³⁸, abrió las puertas a la interposición del recurso de anulación cuando se constaten vulneraciones a derechos fundamentales.

Como es lógico, siempre que un pronunciamiento no nos dé la razón, uno buscará cuestionar dicho pronunciamiento por todas las vías posibles. En caso de un laudo arbitral, la vía adecuada es el recurso de anulación de laudo. La tarea del órgano jurisdiccional no será sencilla, deberá esbozar un análisis minucioso del contenido del laudo. Muchas veces, producto de la fina distancia entre el fondo de la controversia y las causales de anulación, podría emitir un pronunciamiento que exceda los límites establecidos en el Decreto Legislativo No. 1071, dejando sin efecto todo lo actuado y analizado al interior de un arbitraje y generando que el tiempo que duró el arbitraje sea en vano.

Atendiendo a las consecuencias considerables que trae consigo la anulación del laudo de cara a un arbitraje ya concluido, es que un pronunciamiento que no tiene la autoridad de cosa juzgada en este proceso no debería surtir efectos. En este caso, no existe un pronunciamiento de un juzgado como órgano de primer grado, sino que el recurso será resuelto por las Salas Civiles Superiores Subespecializadas en lo Comercial¹³⁹.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la sola interposición del recurso de anulación de laudo no suspende los efectos del laudo, sin embargo, el recurrente está facultado para solicitar la suspensión de los efectos del laudo si es que garantiza la obligación de cumplimiento del laudo (lo más común es constituyendo una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte)¹⁴⁰.

¹³⁷ **Ley de Arbitraje Peruana**

"Artículo 63.- Causales de anulación. 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos".

¹³⁸ **Ley de Arbitraje Peruana**

"DUODÉCIMA. Acciones de garantía. Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo".

¹³⁹ **Ley de Arbitraje Peruana**

"Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial. 4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje".

¹⁴⁰ **Ley de Arbitraje Peruana**

"Artículo 66.- Garantía de cumplimiento. 1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en

Bajo esa apreciación, no resulta necesario aplicar una técnica de aceleración procesal en este proceso puesto que el propio legislador ya dispuso un procedimiento específico para solicitar la suspensión de los efectos del laudo arbitral. La parte vencedora del arbitraje no se verá perjudicada ya que la obligación de cumplimiento del laudo estará debidamente garantizada, sea cuantificable en dinero o no.

Finalmente, el último proceso en donde sostenemos que no corresponde ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio es el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Este proceso está recogido en el artículo 178 del Código Procesal Civil de la siguiente forma:

“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”

Como podemos ver, nuestro Código Procesal Civil es claro al señalar que uno puede iniciar este tipo de proceso en caso constate fraude o colusión al interior de un proceso ya concluido.

Debemos dejar constancia que la consagración de este proceso en nuestro ordenamiento jurídico no fue pacífica. Muchos se opusieron al mismo argumentando la inmutabilidad de la cosa juzgada. Nótese que entre proceso y cosa juzgada existe la misma relación que entre medio y fin; entre el destino final del derecho de obtener justicia, la paz, la seguridad en la

el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión. 2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo. 3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes”.

convivencia, y el instrumento idóneo para obtenerlos. Sin proceso no hay cosa juzgada, pero sin cosa juzgada no hay proceso llegado a su fin (Couture 2002:335).

Y es que el efecto que tendrá una sentencia estimativa en un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es levantar la autoridad de cosa juzgada de la decisión definitiva, creando las condiciones para una nueva revisión. Si la sentencia anulada se dictó como producto de la influencia de otros actos viciados, corresponderá retrotraer las cosas al estado anterior de cometido el fraude procesal (Arrarte 1996:182). Esto evidentemente generó muchos cuestionamientos porque, como bien señala Nieva:

“el hecho de que las resoluciones judiciales sean modificadas indefinidamente implica que los conflictos nunca cesan en realidad, lo que es inaceptable para el sistema social en su conjunto” (2015:280)

Sin perjuicio de ello, nuestro legislador optó por un punto medio al regular un proceso de extensión limitada, residual y extraordinario. De esa forma, este proceso tendrá un carácter excepcional, precisamente al ir contra la inmutabilidad de la cosa juzgada de conformidad con el artículo 123 del Código Procesal Civil¹⁴¹ y, por tanto, el ámbito de aplicación del mismo es restringido, buscando afectar el menor número de actos posibles y evitando que sea utilizado como un instrumento de mala fe por las personas que “no están de acuerdo” con los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales.

Un ejemplo de ello lo vemos reflejado en que las únicas medidas cautelares permitidas en este proceso son las inscribibles porque el legislador las consideró como las que menos afectan el estado de cosas existente (Arrarte 1996:182).

Como es lógico, se quería evitar que, a través de este proceso, uno pueda automáticamente suspender los efectos de una sentencia con autoridad de cosa juzgada si es que se le concede una medida cautelar temporal sobre el fondo. La afectación a la parte contraria sería muy notoria al dejarse sin efecto la inmutabilidad de la cosa juzgada.

Bajo esa apreciación, no conviene aplicar la actuación de sentencia impugnada en este tipo de proceso. Por las implicancias de la sentencia estimativa, en estos casos es mejor esperar a tener un pronunciamiento firme para recién afirmar que en un proceso, al estar acreditado el fraude, se deben crear las condiciones para una nueva revisión.

¹⁴¹ **Código Procesal Civil**

“Artículo 123.- (...) La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407”.

3.3.2 Mecanismos de tutela de situaciones jurídicas patrimoniales y no patrimoniales a los cuales debe ampliarse el ámbito de aplicación de la institución

Como fue explicado, existen determinados escenarios de tutela de situaciones jurídicas con y sin contenido patrimonial a las cuales no resulta apropiado extender el ámbito de aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada. Hemos visto que las razones son distintas dependiendo del proceso que se tenga en frente y de la naturaleza de la situación jurídica que se pretenda tutelar.

De acuerdo con lo explicado, en nuestro ordenamiento jurídico la institución objeto de estudio únicamente está regulada, en materia constitucional en el proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento y en materia civil, en el proceso de alimentos. Sin embargo, existen una serie de procesos civiles en los cuales es recomendable aplicar la institución objeto de estudio para obtener una respuesta oportuna y efectiva del órgano jurisdiccional.

A continuación, detallaremos los procesos civiles recogidos en el Código Procesal Civil, complementado con el Código Civil, en los cuales la aplicación de la institución objeto de estudio coadyuvaría a otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. Este análisis partirá de la clasificación propuesta en el cuadro recogido en el acápite 3.1 del presente trabajo. Veamos:

- *Procesos y pretensiones vinculados a los derechos reales*

Respecto de esta clasificación, al igual que en el anterior sub-capítulo, haremos una distinción entre los procesos y pretensiones que tendrán una repercusión en el derecho real de propiedad y los cuales únicamente tendrán una repercusión en el derecho real de posesión.

Si bien los efectos de una sentencia son más severos cuando estamos en el ámbito del derecho de propiedad, en los siguientes procesos sostenemos que sí es posible aplicar la institución objeto de estudio sin una afectación lesiva al derecho de propiedad de las partes:

- (a) Proceso de retracto: Este proceso recogido en el artículo 486.1 y 495 del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo 1592 del Código Civil, parte de la premisa de que un bien ha sido enajenado. Es la ley que, en determinados supuestos, reconoce

a determinadas personas un derecho de retracto a ser ejercido cuando opera la enajenación de un bien mueble inscrito o de bienes inmuebles (artículo 1594 del Código Civil). En este proceso, el demandante busca que el órgano jurisdiccional establezca la subrogación del mismo en la posición del comprador, adquiriendo de esa forma la propiedad del bien enajenado.

Como bien señala De la Puente y Lavalle, citando a Jack Bigio, quien fue miembro de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984:

“Bigio dice, con razón, que el retracto no limita el derecho de disposición del enajenante (...). Fundamenta su opinión en que el propietario del bien ejercita libremente su legítimo derecho de transferir su propiedad a un tercero que adquiere la calidad de comprador. Sólo después de adquirido el derecho a la propiedad por el comprador, este derecho se ve afectado por el ejercicio del derecho de retracto por parte del retrayente, cuyo efecto es la subrogación del comprador por el retrayente” (1998:126)

Los supuestos en los que procede el ejercicio de este derecho están contemplados en el artículo 1599 del Código Civil. Los sujetos que tienen legitimidad activa en este proceso son los siguientes: a) el copropietario, en la venta a terceros de las porciones indivisas, b) el litigante, “en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente”, c) el propietario, “en la venta del usufructo y a la inversa”, d) el propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos, e) los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor y f) el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquel y ésta reunidas no excedan de dicha unidad.

En estos casos, de conformidad con el artículo 496 del Código Procesal Civil, la demanda deberá dirigirse contra el comprador y el vendedor del bien que se pretende retraer.

Sostenemos que, en este proceso, a diferencia de los procesos vinculados al derecho de propiedad listados en el anterior sub-capítulo, no existe una afectación lesiva al derecho de propiedad del comprador ya que todo sujeto (comprador) que adquiera un bien que se encuentre en el supuesto de hecho del artículo 1599 del Código Civil, es consciente de que es posible que cualquiera de los titulares del derecho de retracto lo

ejercite. Son determinadas circunstancias las que facultan a una persona a subrogarse en su posición.

Al realizarse la transferencia de propiedad, tanto el vendedor como el comprador deben o deberían tener claro que, por las circunstancias de la relación jurídica que enmarcan la transferencia / enajenación (sea en caso de copropiedad, usufructo, litigio, predios colindantes, predios urbanos, etc.), un tercero estará facultado por ley para “interferir” en la compraventa y hacerse propietario del bien.

En este caso no se está discutiendo la propiedad de un bien. No existe una discusión respecto a si el vendedor es el verdadero titular del bien o si el comprador estaba en capacidad de adquirir el bien. Tampoco se cuestiona la validez o eficacia del contrato de compraventa. El análisis estará centrado en si se configuró alguno de los supuestos recogidos en el artículo 1599 del Código Civil para que proceda el derecho de retracto.

- (b) Proceso de título supletorio: En el artículo 504 del Código Procesal Civil se establece que el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a éste, o sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente; puede iniciar un proceso de título supletorio.

En este proceso se parte de la premisa que el demandante es propietario. Siendo que existe un título imperfecto, por lo general, este proceso lo inicia el propietario de un bien no inscrito quien no cuenta con un título perfecto para acreditar su derecho de propiedad. El órgano jurisdiccional será el encargado de otorgar un título formal que reemplazará al título imperfecto a través de una sentencia con efectos constitutivos¹⁴².

En palabras de Avendaño:

“(sobre los títulos supletorios) caben solamente cuando no hay títulos comprobativos del derecho de propiedad (...) Los solicita el propietario y no el poseedor. Tendrá que probar posesión porque ésta es la materialización y la antesala del derecho de propiedad y además porque este último derecho no se prueba con título originales sino con títulos originales o de lo contrario con posesión” (1965:4)

¹⁴² Debemos precisar que, en realidad, toda sentencia contiene una declaración como antecedente lógico de la decisión principal. Así, la sentencia constitutiva como la de condena contienen una parte declarativa. Así, por ejemplo, en una sentencia de divorcio, pueden intervenir elementos declarativos, constitutivos y de condena (Couture 2002:257-271).

Así, uno buscará acreditar posesión, para a partir del artículo 2018¹⁴³, poder inmatricular (primera inscripción de dominio) el predio no inscrito. De una lectura conjunta de este artículo con el 2013 del Código Civil¹⁴⁴ y del artículo 6.1 de la Ley No. 27333¹⁴⁵, para un sector de la doctrina es válido afirmar que el ámbito de aplicación de los títulos supletorios es sólo el de los bienes no registrados porque para los bienes registrados ya existe una titulación conforme al artículo 2013 del Código Civil y con los títulos supletorios se busca la primera inscripción de dominio¹⁴⁶. La prueba de tal posesión suple la prueba que debiera ser aportada por los títulos y la sentencia estimativa se convierte en el título que suple al título que no se podía probar (Arata 2012 6-8).

Asimismo, la Corte Suprema dispuso que, si en el transcurso del proceso el órgano jurisdiccional evidencia que en realidad no eras propietario sino sólo poseedor, la demanda puede ser declarada improcedente¹⁴⁷.

El hecho que en el artículo 504 del Código Procesal Civil se haga referencia que la demanda se interpone contra “el inmediato transferente o los anteriores a este” para autores como Arata, permitiría que este proceso sea utilizado por el propietario para regularizar su propiedad inscrita, con la ventaja de que existiría una persona cierta a ser demandada, esto es, quien aparece como titular en la partida del inmueble (Arata 2012:9).

Sin perjuicio de esta discusión y de cómo se utilice el proceso de título supletorio, en el mismo no existe una incertidumbre jurídica sobre el derecho de propiedad del demandante. El órgano jurisdiccional primero identificará si el demandante es

¹⁴³ **Código Civil**

*“Artículo 2018.- Para la primera inscripción de dominio, se debe exhibir títulos por un período ininterrumpido de cinco años o, en su defecto, **títulos supletorios**” (el resaltado es nuestro)*

¹⁴⁴ **Código Civil**

*“Artículo 2013.- El contenido del asiento registral **se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme**. El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes. La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes” (el resaltado es nuestro)*

¹⁴⁵ **Ley 27333**

“Artículo 6.- Del trámite para la primera inscripción de dominio

*6.1 La declaración notarial de formación de títulos supletorios para **solicitar la primera inscripción de dominio** a que se refiere el Artículo 22 de la Ley No. 27157 se sujetará al mismo procedimiento establecido en el artículo precedente, en cuanto sea aplicable” (el resaltado es nuestro)*

¹⁴⁶ Casación No. 736-2002-CAÑETE.

¹⁴⁷ Casación No. 364-2001-CAMANA-AREQUIPA.

propietario para que sea procedente la demanda y posteriormente analizará la posesión en el caso concreto. No existe un cuestionamiento respecto a la titularidad del bien (inscrito o no inscrito partiendo de las dos posturas antes explicadas). Sea que un propietario busque inscribir el bien o busque sanear su titularidad, el objeto controvertido del presente proceso no es el derecho de propiedad y no concluirá con alguna persona siendo despojado de su propiedad.

- (c) Proceso de otorgamiento de Escritura Pública: En el artículo 1412 del Código Civil se establece lo siguiente:

“Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente”

Sobre este proceso, la Corte Suprema precisó lo siguiente:

*“Quinto. – (...) los procesos de **otorgamiento de escritura pública** están destinados a la **formalización de un acto jurídico** cuya finalidad es **otorgar seguridad al tráfico jurídico**, y, si bien es cierto no es un elemento necesario para que se perfeccione la transferencia, constituye una formalidad establecida por ley o por convenio entre las partes, **en el cual no se discute el derecho que emana, sino que solo se exige el cumplimiento de la formalidad pactada por ley o por convenio entre las partes.** (...) Sétimo. – Que, el proceso de **otorgamiento de escritura pública** no es **exclusivo para contratos de compraventa** en el cual, por prescripción del artículo 1549 del Código Civil, es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad, sino a **todo acto jurídico**, salvo aquellos para los que la norma exija formalidad alguna bajo sanción de nulidad, ello por respeto a la libertad de contratación¹⁴⁸” (el resaltado es nuestro)*

La Corte Suprema fue enfática en aclarar que en este proceso no se discutirá el derecho de propiedad, sino que la materia controvertida gira en torno al cumplimiento de una formalidad pactada por ley o entre las partes. Bajo esa apreciación, el órgano jurisdiccional no tiene que emitir pronunciamiento sobre la validez o eficacia del acto jurídico.

Centrándonos en una transferencia de propiedad de bien inmueble, es preciso indicar que de conformidad con el artículo 949 del Código Civil, la propiedad se transfiere con

¹⁴⁸ Casación N° 1032-2015-HUARA.

la sola obligación de enajenar. Siendo ello así, el demandante que solicite la formalización del acto jurídico de transferencia en este proceso, en realidad ya es propietario porque nació la obligación de enajenar que se plasmó en el acto jurídico. Lo único que queda pendiente es que la minuta sea elevada a Escritura Pública.

Este proceso no derivará en una persona siendo despojada de su propiedad puesto que el demandado ya no es propietario al haber transferido la propiedad por la sola obligación de enajenar.

Una vez firme la sentencia estimativa, en ejecución de sentencia, se ordenará al demandado que cumpla con formalizar el acto jurídico, caso contrario, será el Juez quien lo haga en su nombre¹⁴⁹. En la ejecución deberán seguirse e trámite recogido en el artículo 709 del Código Procesal Civil para lograr la ejecución de una sentencia de condena de obligación de hacer (formalizar).

Como se puede apreciar, si bien estos tres procesos inciden en el derecho real de propiedad, las afectaciones al derecho de propiedad no son lesivas. En ninguno de los tres procesos la materia controvertida radica en verificar la titularidad de un sujeto sobre determinado bien ni el órgano jurisdiccional tendrá que emitir un pronunciamiento al respecto y en dos de ellos (proceso de título supletorio y otorgamiento de Escritura Pública) se parte de la premisa que el demandante es el propietario del bien objeto del litigio.

Partiendo de esa premisa, aplicar la institución de la actuación de sentencia impugnada en estos procesos no genera una afectación lesiva a la situación jurídica de las partes al interior del proceso y, por el contrario, puede ser de mucha utilidad para brindar una tutela oportuna y efectiva a las partes, por todas las ventajas que trae consigo que fueron desarrolladas en el primer capítulo del presente trabajo.

En caso de solicitarse la aplicación de la institución objeto de estudio, será tarea del órgano jurisdiccional analizar la situación jurídica específica que se pretende tutelar y analizar la situación de la parte contraria. Como bien se explicó en el acápite 3.2 del presente capítulo, indicios como la defensa del demandado al interior del proceso, resolución de casos similares o idénticos, entre otros; pueden ser herramientas para inclinarse por aplicar la institución objeto de estudio.

¹⁴⁹ En la práctica, la ejecución de una sentencia de condena se tramita como una etapa final del proceso principal, siguiéndose las reglas recogidas en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

Utilizando como ejemplo el proceso de otorgamiento de Escritura Pública, si el órgano jurisdiccional evidencia una negativa injustificada del demandado para otorgar la Escritura Pública, que no se ha aportado ninguna prueba que justifique su negativa ni esgrimió algún alegato contundente para sostener su postura, lo que corresponde será aplicar la institución objeto de estudio.

Sin perjuicio de ello, si bien no existe una afectación lesiva al derecho de propiedad de la parte contraria con la aplicación de la institución objeto de estudio en estos procesos, la ejecución de la sentencia sí tendrá alguna incidencia en las situaciones jurídicas de las partes. En caso del proceso de retracto, el demandante se subrogará en la posición del comprador, en caso del proceso de título supletorio, un propietario contará con títulos “perfectos” que acrediten su derecho de propiedad y en caso del proceso de otorgamiento de Escritura Pública, una transferencia de propiedad será elevada a Escritura Pública, otorgándosele un mayor grado de seguridad jurídica y abriéndose las puertas para una inscripción en los Registros Públicos.

En ese contexto, dado que estas consecuencias se generarán a partir de una sentencia que aún no tiene la autoridad de cosa juzgada, a efectos de proteger los intereses de las partes, así como de los futuros adquirentes y de los terceros, es necesario implementar medidas para mitigar cualquier incidencia negativa derivada de la aplicación de la institución objeto de estudio en estos tres procesos.

A nivel registral, corresponde hacer un símil con la inscripción de una resolución administrativa recogida en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución No. 097-2013-SUNARP/SN). En el artículo 6 de la referida resolución se establece lo siguiente:

“Artículo 10.- Inscripción en mérito a acto administrativo

En los casos de inscripciones que se efectúen en mérito a un acto administrativo, salvo disposición en contrario, se presentará copia autenticada de la resolución administrativa expedida por funcionario autorizado de la institución que conserva en su poder la matriz. Se exceptúan los supuestos en los que tales actos administrativos, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General, no tengan carácter ejecutorio inmediato (...)

Tratándose de acto modificador de titularidad dominial, en caso de no acreditarse que la resolución ha quedado firme, se extenderá además una anotación, en el rubro de cargas y gravámenes, en la que se dejará constancia de dicha circunstancia” (el resaltado es nuestro)

Como se puede apreciar, cuando la resolución administrativa no es firme y, a partir de ella se modificará la titularidad dominial, lo que dispuso el legislador es extender una anotación, dejando constancia de que la resolución administrativa aún no es firme. Esta medida se ha dispuesto para que toda persona que pretenda adquirir el bien tenga conocimiento que la titularidad dominial aún no es certera ya que está pendiente que sea confirmada y existe la posibilidad de que sea modificada.

Esa situación es muy parecida a cuando los efectos de una sentencia, que no tiene la calidad de cosa juzgada, van a incidir en el cambio de titularidad dominial de un bien y precisamente esto podría ocurrir si es que la institución de la actuación de sentencia impugnada es aplicada a los procesos de retracto, título supletorio y otorgamiento de Escritura Pública.

Siendo que la sentencia estimativa de primer grado va a desplegar todos sus efectos como una sentencia con autoridad de cosa juzgada, cuando a partir de la misma se pretenda inscribir un cambio de titularidad en el Registro, lo que corresponderá, al igual que con las resoluciones administrativas que no son firmes, es extender una anotación, en el rubro de cargas y gravámenes, en donde se deje disponga que la inscripción se efectúa en virtud de una sentencia que aún es susceptible de apelación o que ya ha sido apelada, es decir, una sentencia que no tiene la autoridad de cosa juzgada.

Con esta medida, cualquier tercero que adquiriera la titularidad del bien de quien aparece como titular en el registro, lo hará bajo su propio riesgo. Posteriormente no se podría alegar que uno estaría amparado por el artículo 2014 del Código Civil. Si de esa inscripción se deriva una cadena de transferencias, esta podría ser cuestionada en tanto en el Registro se dejó constancia de que la sentencia no tiene la autoridad de cosa juzgada y los futuros adquirentes no podrían ser considerados como terceros de buena fe.

En caso la sentencia de primer grado sea confirmada, corresponderá levantar la anotación y, en el supuesto se hayan derivado compraventas posteriores, estas quedarían ratificadas. Sin embargo, en caso la sentencia de primer grado sea revocada o anulada, la inscripción derivada de la sentencia de primer grado deberá ser cancelada.

A nivel notarial, corresponde enfocarnos en los procesos de otorgamiento de Escritura Pública y de retracto puesto que las sentencias emitidas en estos procesos conducirán al otorgamiento de una Escritura Pública¹⁵⁰.

Debemos precisar que en el ámbito notarial no existe una anotación similar a la del ámbito registral antes señalada. Así, a pesar de que las sentencias en estos dos procesos - que desplegaron sus efectos vía la aplicación de la institución objeto de estudio - sean revocadas o anuladas, la Escritura Pública otorgada por el notario, la cual está archivada y conservada en el protocolo notarial¹⁵¹, no podría ser anulada. El notario cumplió con otorgarlas por un mandato judicial que, si bien no era firme, podía desplegar todos sus efectos en virtud de la aplicación de la institución objeto de estudio.

Por lo tanto, en caso la sentencia de primer grado sea anulada o revocada, corresponderá a la parte interesada solicitar a la Sala Superior - y realizar las gestiones correspondientes para – (i) que se oficie a la notaria, en donde se elevó la Escritura Pública en virtud a la sentencia de primer grado que ha sido anulada o revocada, con la sentencia emitida por la Sala Superior y (ii) que se le faculte a formalizar en la misma notaria un segundo acto en donde se deje constancia de la anulación o revocación de la sentencia de primer grado.

Emitido el mandato judicial, la parte interesada deberá formalizar en la misma notaria una minuta que sea elevada a Escritura Pública con una declaración unilateral en donde se precise que el mandato judicial, que condujo al otorgamiento de la Escritura Pública en dicha notaria, ha sido anulado o revocado, indicando el número de Kardex de esta última e insertando el mandato judicial de la Sala Superior que anuló o revocó la sentencia de primer grado.

De la misma forma, en la notaria deberá efectuarse una anotación marginal (en los márgenes del instrumento protocolar) en la Escritura Pública que fue otorgada en virtud de la sentencia que fue anulada o revocada, similar a la contemplada en el inciso f del artículo 59 del Decreto Legislativo No. 1049¹⁵², en donde se deje constancia de que el mandato judicial fue anulado

¹⁵⁰ En caso del proceso de retracto, será el retrayente quien suscribirá la Escritura Pública en lugar del comprador original.

¹⁵¹ **Decreto Legislativo No. 1049 – Ley del Notariado**
Artículo 25.- Instrumentos Públicos Protocolares. *Son instrumentos públicos protocolares las escrituras públicas, instrumentos y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial; que debe conservar y expedir los traslados que la ley determina*. (el resaltado es nuestro)

¹⁵² **Decreto Legislativo No. 1049 – Ley del Notariado**
Artículo 59.- Conclusión de la Escritura Pública

o revocado y se haga expresa referencia al número de Kardex de la Escritura Pública en donde está contenida la declaración unilateral. Esta medida es concordante con el artículo 48 del Decreto Legislativo No. 1049 en donde se establece:

*“El instrumento público protocolar suscrito por los otorgantes y autorizado por un notario no podrá ser objeto de aclaración, adición o modificación en el mismo. **Ésta se hará mediante otro instrumento público protocolar y deberá sentarse constancia en el primero, de haberse extendido otro instrumento que lo aclara, adiciona o modifica.** En el caso que el instrumento que contiene la aclaración, adición o modificación se extienda ante distinto notario, éste comunicará esta circunstancia al primero, para los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en este párrafo” (el resaltado es nuestro)*

Siguiendo ese razonamiento, cada vez que un tercero solicite un testimonio de la Escritura Pública que fue elevada en virtud del mandato judicial que fue anulado o revocado, verificará una anotación marginal que deja constancia de la anulación o revocación del mandato judicial y en la notaria se tendrá que expedir, además, la Escritura Pública donde está inserto el mandato judicial que revocó o anuló la sentencia. Estaríamos ante dos documentos indeliberables y de esa forma, todo tercero tendrá conocimiento de lo acontecido posteriormente al otorgamiento de la primera Escritura Pública.

Es claro que todos los gastos incurridos por la parte interesada podrán ser solicitados en el mismo proceso como daños y perjuicios generados a raíz de la actuación de sentencia estimativa de primer grado.

Con estos dos mecanismos a nivel registral y notarial, y con los lineamientos que deberán seguir los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar la institución objeto de estudio, se estarían protegiendo de forma adecuada los derechos de las partes al interior del proceso. La aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada en estos procesos vinculados al derecho de propiedad coadyuva a otorgar una tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora bien, respecto de los procesos y pretensiones vinculados al derecho real de posesión, en el cuadro recogido en el acápite 3.1 del presente trabajo, hemos identificado el proceso de desalojo, los interdictos de retener o de recobrar y la acción reivindicatoria.

La conclusión de la escritura expresará:

(...)

f) La intervención de personas que sustituyen a otras, por mandato, suplencia o exigencia de la ley, anotaciones que podrán ser marginales.

En el proceso de desalojo, regulado en el artículo 585 del Código Procesal Civil, en caso la pretensión sea amparada, el juez ordenará al demandado desalojar el inmueble objeto del litigio. Estamos ante una sentencia de condena de una obligación de hacer.

Este proceso parte de la premisa de que la persona demandada no es propietaria del bien objeto del litigio, sino que es poseedor. El análisis del órgano jurisdiccional girará en torno a la posesión debida o indebida del bien.

Utilicemos como ejemplo la celebración de un contrato arrendamiento de un bien inmueble siguiendo la misma lógica expuesta en el acápite 2.4 del presente trabajo. Vencido el plazo contractual y habiéndosele requerido desalojar el inmueble vía carta notarial, el arrendatario hace caso omiso al requerimiento. En ese sentido, a fin de que se le restituya la posesión, el arrendador inicia un proceso judicial de desalojo. Hasta este momento, el arrendatario sigue en posesión del inmueble y no está pagando la renta porque ya venció el contrato.

En primer grado judicial se emite una sentencia estimativa y el arrendatario apela y, de acuerdo a ley, esta es concedida con efecto suspensivo. Hasta este momento, ha pasado más de un año y medio y el arrendatario continúa en posesión del inmueble sin pagar renta. Llegamos al segundo grado judicial, y la Sala Superior confirma la sentencia de primer grado. El arrendatario interpone recurso de casación y, de acuerdo a ley, se suspenden los efectos de la sentencia. Nuevamente, hasta este momento han pasado dos años y medio¹⁵³ y el arrendatario continúa en posesión del inmueble y no paga la renta.

En todo este tiempo, el arrendador (i) perdió tiempo litigando, (ii) perdió la oportunidad de arrendar el inmueble de su propiedad a otras personas y (iii) no puede gozar de un predio que es de su propiedad.

Al igual que este ejemplo de un contrato de arrendamiento fenecido, puede ocurrir que un propietario tenga que litigar con otros usurpadores de su predio que utilizan títulos falsos para quedarse con la posesión del inmueble o que simplemente ingresaron por la fuerza al inmueble. Ni el proceso de desalojo regulado en el Código Procesal Civil ni el mal llamado “desalojo judicial express” recogido en el Decreto Legislativo No. 1177 dan una solución adecuada a este problema.

¹⁵³ En este trámite no estamos haciendo referencia a que el sistema de notificaciones del Poder Judicial no es del todo idóneo, y las notificaciones de resoluciones judiciales puede tomar bastante tiempo, dilatándose el trámite del proceso.

Cabe precisar que el 24 de abril de 2019 se publicó la Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial – Ley No. 30933, en virtud de la cual, las partes pueden pactar en un contrato de arrendamiento que el desalojo del inmueble pueda solicitarse ante un notario.

Sin embargo, esta Ley actualmente es materia de un arduo debate porque precisamente una de las características de la función notarial es la ausencia de litis, es decir, las partes que acuden al notario no deben estar en conflicto. Sin embargo, en un desalojo, por lo general, siempre habrá alguien desconforme, en este caso, lo será la persona desalojada.

La norma en cuestión sostiene que sólo procede oposición al desalojo notarial cuando se acredite (i) la renovación o prórroga del contrato de arrendamiento, (ii) el pago de la renta y (iii) el incumplimiento de ciertas formalidades. Pero ¿qué ocurre cuando la oposición se formula por otras razones como, por ejemplo, imposibilidad de pago, caso fortuito, entre otras? ¿Las partes deberán probar esos hechos ante el notario? ¿El notario se convierte en una suerte de juez que decidirá en base a las pruebas y alegaciones si procede o no el desalojo? La Ley No. 30933 no dice nada al respecto.

Hasta donde tenemos conocimiento, si bien ya se están incorporando cláusulas de desalojo notarial en contratos de arrendamiento, a la fecha no se ha concretado ningún desalojo con la intervención notarial. Es claro que todas las críticas formuladas a la Ley No. 30933 generan muchas dudas respecto a cuál realmente será el rol del notario en un desalojo y posiblemente las partes terminen acudiendo en el Poder Judicial para solucionar sus diferencias.

Sostenemos que la solución tampoco va por este camino. Como bien mencionamos en la introducción del presente trabajo, los ciudadanos están evitando a como dé lugar llegar al Poder Judicial porque este es concebido como un mecanismo heterocompositivo poco efectivo y esto se ve reflejado en la promulgación de normas como la Ley No. 30933, que les brindan nuevas alternativas a los ciudadanos peruanos.

Frente a ello, y a efectos de coadyuvar a una tutela oportuna y efectiva de las situaciones jurídicas al interior de los procesos de desalojo, resulta necesario ampliar el ámbito de aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada a estos. Con ello, muchas de las contingencias del arrendatario en el ejemplo antes descrito, serían superadas. El arrendatario podría recuperar la posesión del inmueble con anterioridad y ya no vería afectado su patrimonio producto de rentas impagas a lo largo del litigio.

A la misma conclusión podemos llegar respecto de los procesos de interdicto de retener o de recobrar recogidos en los artículos 603 y 606 del Código Procesal Civil y en el artículo 921 del Código Civil y la acción reivindicatoria de propiedad recogida en el artículo 927 del Código Civil.

En los primeros, a través del interdicto de retener se pretende que se ponga fin a las perturbaciones de la posesión y a través del interdicto de recobrar se pretenden recobrar la posesión de la que uno fue despojado. En estos procesos el bien objeto de litigio tienen que ser bienes muebles inscritos o bienes inmuebles, siempre que no sean de uso público¹⁵⁴. Sin perjuicio que de conformidad con el artículo 603 del Código Procesal Civil, es posible solicitar la posesión provisoria del bien con la admisión de la demanda, esta solicitud seguirá el trámite de una medida cautelar y, por consiguiente, no es equiparable a la institución de la actuación de sentencia impugnada.

En el segundo, al igual que en los interdictos, no se discute el derecho de propiedad puesto que la calidad de propietario del demandante es un presupuesto para que se dicte una sentencia válida sobre el fondo. Palacios afirma que en realidad entre un proceso de desalojo y un proceso de reivindicación hay mucha semejanza, pero en tanto se requiere de un análisis más minucioso para discutir el título por el cual el demandado ejerce la posesión, deberá acudir a un proceso de reivindicación (2002:90-91).

Así, al igual que en el proceso de desalojo, la materia controvertida en estos casos girará en torno al derecho real de posesión y, por consiguiente, no podría afirmarse que los efectos de la sentencia de primer grado tienen el mismo grado de afectación que en los procesos donde está en juego el derecho de propiedad de alguna de las partes en el proceso. Reiteramos. Ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio en estos procesos puede traer consecuencias muy beneficiosas de acuerdo con lo explicado en el primer capítulo.

Al igual que con los procesos y pretensiones vinculados al derecho real de propiedad antes descritos a los cuales corresponde ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio, al amparar la solicitud de actuación de sentencia impugnada en estos procesos y pretensiones vinculados al derecho real de posesión, los órganos jurisdiccionales deberán guiarse de una serie de lineamientos que serán detallados en el siguiente sub-capítulo.

- *Procesos y pretensiones vinculados al derecho de obligaciones y responsabilidad civil*

¹⁵⁴ Artículo 599 del Código Procesal Civil y artículo 921 del Código Civil.

Para esta última clasificación, debemos centrarnos en el artículo 1219 del Código Civil, en donde se establece lo siguiente:

*“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.
Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2”*

De esta norma se desprende que nuestro ordenamiento jurídico, en el marco de los efectos de las obligaciones, otorga una serie de remedios / herramientas a los ciudadanos para proteger su derecho de crédito.

El derecho de las obligaciones es un derecho de contenido patrimonial. Como bien señalan Osterling Parodi y Castillo Freyre, citados en el VI Pleno Casatorio Civil¹⁵⁵:

*“la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponda al acreedor el “poder” o **“derecho de crédito” para exigir la prestación**” (el resaltado es nuestro)*

Así, de conformidad con el artículo 1132 y siguientes del Código Civil, en concordancia con el inciso 1 del artículo 1219 del mismo cuerpo normativo y los artículos 24.4 y 45 del Código Procesal Civil, uno puede acudir al Poder Judicial para solicitar que se ordene al demandado cumplir con sus obligaciones de dar, hacer o no hacer a las que se comprometió en el marco de una relación obligacional.

En palabras de Priori:

*“si la relación obligatoria ha nacido para satisfacer el interés del acreedor, resulta evidente que éste sólo podrá verse satisfecho en la medida que se cumpla con aquella conducta debida. Por ello, **si el ordenamiento jurídico protege el interés del acreedor, resulta claro que le debe permitir al***

¹⁵⁵ VI Pleno Casatorio Civil. Fundamento jurídico 50.

acreedor exigir al deudor esa conducta a la que se había obligado, para obtener con ello la satisfacción de su interés (...) si dicho comportamiento no proviene de un acto voluntario del deudor, se hace preciso acudir a un órgano jurisdiccional a fin de exigir la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor; (...) esta exigencia del acreedor puede viabilizarse a través de una pretensión de condena planteada en un proceso de cognición o en una pretensión planteada en un proceso ejecutivo o de ejecución, dependiendo de si la prestación incumplida se encuentra contenida en un título ejecutivo o de ejecución, respectivamente. La exigencia de cumplimiento de la obligación puede darse tanto para las prestaciones de dar (suma de dinero o cualquier otro bien), como para las de hacer y las de no hacer” (el resaltado es nuestro) (2004:133-134)

En estos casos la protección del derecho de crédito será a través de una sentencia de condena con contenido patrimonial derivada de una relación obligacional. En muchos casos, los acreedores pasarán años litigando sin ver satisfecho su derecho de crédito derivado de la relación obligacional. En muchos casos, el paso del tiempo genera que los acreedores pierdan el interés en conseguir la satisfacción de su derecho.

En ese contexto sostenemos que debe ampliarse el ámbito de aplicación de la actuación de sentencia impugnada a este tipo de pretensiones dirigidas a que se ordene la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor, formuladas en un proceso de conocimiento. Si bien es posible solicitar una medida cautelar en estos procesos, al solicitar la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, uno ya no tendría que acreditar un peligro en la demora ya que la sola emisión de la sentencia de primer grado, lo facultaría para solicitar la ejecución de la sentencia.

No obstante, en estos casos, el análisis del órgano jurisdiccional para aplicar o no la institución objeto de estudio deberá partir estrictamente de la naturaleza de la obligación de dar, hacer o no hacer; puesto que puede ocurrir que la sentencia a ser ejecutada llegue a tener efectos irreversibles. Como bien precisa Damián Moreno:

“Por ese motivo hay determinadas sentencias que, aun cuando gocen de eficacia ejecutiva, en ningún caso pueden ser susceptibles de ser ejecutadas de forma interina, tal como ocurriría por ejemplo con las condenas consistentes en publicar la sentencia en un medio de comunicación, (...) En estos casos, la suspensión de la ejecución provisional debe ir precedida de la constitución de la correspondiente fianza (..) tratándose de ejecuciones no dinerarias, esto es, de aquellas cuyo contenidos suponga una obligación que consista en una prestación de hacer, no hacer o entregar cosa determinada, las posibilidades de restitución son mucho menores, pues muchas veces las conductas objeto de la condena son esencialmente insustituibles, razón por la cual la ley utiliza como criterio subsidiario el de la imposibilidad de compensar. Si la obligación es ejecutable provisionalmente,

habrá que tener en cuenta entonces si el ejecutante está en condiciones de resarcir al ejecutado de los daños y perjuicios que ocasione la eventual revocación de las sentencias” (el resaltado es nuestro) (2009:10)

Será tarea del órgano jurisdiccional analizar las circunstancias de la relación obligatoria y de las partes al interior del proceso teniendo en cuenta que existen distintos factores que podrían mitigar la dificultad de restitución del solicitante de la actuación de la sentencia impugnada.

En algunos casos podría funcionar solicitar una garantía y en otros no será necesario. Del siguiente ejemplo propuesto por Monroy Gálvez se desprende el detallado análisis que tendrán que esbozar los órganos jurisdiccionales en torno a la irreversibilidad de los efectos de la sentencia de condena:

“podría establecerse como regla que la actuación anticipada no puede consistir en la ejecución forzosa de un bien, dado que luego de su transmisión su retorno resulta jurídicamente imposible. Sin embargo, tal irreversibilidad es menos categórica de lo que parece. Así, si se trata de un bien que existe en el comercio actual no podría afirmarse que hay irreparabilidad. Entonces, el criterio no debe ser la prohibición de enajenar un bien en actuación anticipada, sino la fungibilidad de éste” (2001:42)

Por otro lado, bajo el inciso 3 del artículo 1219 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1321 y 1322 del mismo cuerpo normativo y el artículo 24.5 del Código Procesal Civil, uno podría iniciar un Proceso de Obligación de Dar Suma de Dinero o de Indemnización por Daños y Perjuicios, los cuales estarían dirigidos a que el órgano jurisdiccional ordene al demandado pagar determinado monto por concepto de indemnización derivada de una relación contractual o extracontractual. Como bien explica Priori:

*“Si el deudor no cumple con la prestación a su cargo o la cumple defectuosamente, además de las facultades antes comentadas, **surge en el acreedor un nuevo derecho de crédito consistente en que el deudor el resarza los daños sufridos a consecuencia de la lesión de su interés (...)** El objeto de la indemnización, siguiendo a Diez Picaso, es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido perfectamente realizado” (el resaltado es nuestro) (2004:134-135)*

En nuestro Código Civil encontramos una serie de pretensiones dirigidas a que se condene a una indemnización de daños y perjuicios, en las cuales será importante realizar un test de responsabilidad para que se condene a pagar una indemnización al demandado (obligación de dar suma de dinero).

A modo de ejemplo tenemos la indemnización derivada de la gestión de negocios (artículo 1953 del Código Civil), enriquecimiento sin causa (artículo 1954 del Código Civil), pago indebido (artículo 1270 del Código Civil), inexecución de obligaciones (artículos 1152, 1159 y 1321 del Código Civil), mora del deudor y del acreedor (artículos 1336 y 1339 del Código Civil), indemnización derivada de la imposibilidad de la prestación por culpa (artículos 1154 y 1165 del Código Civil), obligaciones indivisibles (artículo 1180 del Código Civil) e indemnización derivada de la resolución por culpa del deudor (artículos 1432 y 1563 del Código Civil).

Como se puede apreciar, en estos casos la protección del derecho de crédito será a través de una sentencia de condena dineraria y en estricto no podría afirmarse que las sentencias en estos procesos tendrían efectos irreversibles. Siendo ello así, sostenemos que la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada será de mucha utilidad para los acreedores en todos los casos antes señalados y para otros casos en donde también se busque la tutela del derecho de crédito a través de condenas dinerarias.

Como bien mencionamos anteriormente, será tarea del órgano jurisdiccional analizar la posición del solicitante de la aplicación de la institución objeto de estudio para verificar si será necesario solicitar una garantía al ordenarse la ejecución de la sentencia¹⁵⁶.

Debemos precisar que el hecho de ampliar el ámbito de aplicación de la institución objeto de estudio a estos procesos y pretensiones vinculados al derecho de obligaciones no necesariamente significa que el órgano jurisdiccional ordenará la actuación de la sentencia impugnada. Como veremos en el siguiente sub-capítulo, el órgano jurisdiccional deberá contar con determinados lineamientos que guíen el análisis al momento de aplicar la institución objeto de estudio.

Los procesos y pretensiones antes mencionados, al culminar con una sentencia de condena, deberán transitar por una etapa de ejecución siguiendo las reglas del Proceso Único de

¹⁵⁶ En los procesos que se deriven de los incisos 2 y 4 del artículo 1219 del Código Civil también es posible aplicar la actuación de sentencia impugnada teniendo en cuenta los lineamientos que será detallados más adelante, en tanto en un caso el acreedor reclamará el deudor los gastos incurridos por procurarle la prestación a un tercero y en otro, el acreedor solicitará el cumplimiento de una obligación o la indemnización por daños y perjuicios al deudor de su deudor. Así, el análisis esgrimido para los artículos 1 y 3 del artículo 1219 del Código Civil también sería aplicable para estos dos supuestos.

Ejecución regulado en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil, para que los efectos de la sentencia se concreten en la realidad¹⁵⁷. Como bien explica Couture:

“el derecho entra aquí en contacto la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante la transformación de las cosas (...) Hasta el momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras, a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos” (2002:439)

En la misma línea, Ariano explica:

“(refiriéndose a la tutela del derecho de crédito) En todos aquellos casos pues, en que la sentencia es susceptible de ulterior ejecución, la fase de cognición no es un fin en sí misma. El ciudadano pide al Estado la sentencia porque sabe que podrá después, en base a la misma, pedirle una ulterior prestación jurisdiccional, que es la ejecución forzada. (...) El proceso de cognición se presenta como un estadio de tutela jurisdiccional antecedente al de tutela de ejecución, como un momento previo necesario y legitimante de la satisfacción de los derechos del acreedor, destino a que se establezca con certeza la existencia misma del derecho y el incumplimiento del obligado” (2000:166)

Lo señalado es concordante con el artículo 379 del Código Procesal Civil en donde se indica que: *“Consentida la sentencia de segunda instancia y, devuelto el expediente al Juez de la demanda, la sentencia adquiere la calidad de título ejecución judicial, procediéndose conforme a lo regulado en el Capítulo V, Título V de la Sección Quinta de este Código”*.

Precisamente en el VI Pleno Casatorio Civil se dejó constancia que a través del Proceso Único de Ejecución *“se procederá a la invasión en la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los interesados de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia”*¹⁵⁸.

No tendría sentido aplicar la institución objeto de estudio en los procesos y pretensiones vinculados al derecho de obligaciones antes referidos, si es que de todas formas no podrías promover la ejecución de la sentencia de condena que no es firme y por tanto no estarías habilitado a iniciar un Proceso Único de Ejecución, de conformidad con el inciso 1 del artículo 688 del Código Procesal Civil.

¹⁵⁷ En la práctica, la ejecución de una sentencia de condena se tramita como una etapa final del proceso principal, siguiéndose las reglas recogidas en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil. Es decir, no se presenta una “demanda” de ejecución en un nuevo proceso.

¹⁵⁸ Sexto Pleno Casatorio Civil. Fundamento jurídico 21.

En ese sentido, es necesario que el legislador prevea que, en caso en el proceso principal se solicite la aplicación de la institución objeto de estudio, la sentencia de condena de primer grado que fue impugnada o que es susceptible de serlo, deberá ser tratada como un título ejecutivo al igual que todos los que se encuentran listados en el artículo 688 del Código Procesal Civil. Sólo de esa forma la aplicación de la institución objeto de estudio en un proceso principal que después deberá transitar por una etapa de ejecución¹⁵⁹, tendría relevancia porque efectivamente el solicitante podrá ver satisfecho su derecho.

En estos casos, el ejecutante asumirá el riesgo por llevar adelante el trámite del Proceso Único de Ejecución con una sentencia que aún no tiene la autoridad de cosa juzgada y es claro, que el juzgado de primer grado del proceso principal deberá evaluar las circunstancias que rodean el caso para definir si solicitar o no una garantía al ejecutante.

En caso la sentencia de primer grado del proceso principal sea dejada sin efecto por un pronunciamiento posterior, el trámite de la ejecución vía Proceso Único de Ejecución deberá de igual forma dejarse sin efecto. El órgano jurisdiccional del proceso principal deberá oficiar al juzgado a cargo del Proceso Único de Ejecución y el ejecutante deberá responder por los daños y perjuicios generados a la parte contraria.

Dotar a los procesos civiles - en donde se solicite la tutela del derecho crédito - con una institución que otorgará una solución y una protección más efectiva al acreedor, coadyuvaría bastante a la defensa del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Las bondades de la institución objeto de estudio para la efectiva tutela del derecho de crédito ya habían sido identificadas por la profesora Ariano hace más de 20 años:

“Si la regla es que para ingresar a la ejecución se requiere la previa cognición total, plena y definitiva, se puede hacer una excepción y regular un proceso en el que sólo se analicen ciertas cuestiones, dejándose para un momento ulterior otras, y mientras tanto, la ejecución se puede iniciar en base a un título ejecutivo judicial provisional (...) La ejecución provisional es, por cierto, otra de las instituciones procesales que contribuirían a hacer más efectivos los derechos de crédito ya reconocidos como existentes en una resolución judicial que aún no es firme” (2000:175-177)

Finalmente, haciendo una síntesis de este sub-capítulo, tenemos que los procesos civiles - y pretensiones vinculadas - a los cuales corresponde ampliar el ámbito de aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada son los siguientes:

¹⁵⁹ En la práctica, la ejecución de una sentencia de condena se tramita como una etapa final del proceso principal, siguiéndose las reglas recogidas en el artículo 688 y siguientes del Código Procesal Civil del Proceso Único de Ejecución. Es decir, no se presenta una “demanda” de ejecución en un nuevo proceso.

- ✓ *Procesos y pretensiones vinculados a los derechos reales: **Proceso de retracto, proceso de título supletorio, proceso de otorgamiento de Escritura Pública, proceso de desalojo, proceso de interdicto de retener o de recobrar y acción reivindicatoria de propiedad.***

- ✓ *Procesos y pretensiones vinculados al derecho de obligaciones y responsabilidad civil: **Pretensiones dirigidas a que se ordene la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor, formuladas en un proceso de conocimiento y pretensiones dirigidas a que se condene a una indemnización de daños y perjuicios / dar suma de dinero.***

Debemos dejar constancia que es posible que, en los procesos y pretensiones antes señalados, se acumulen pretensiones a las cuales, de acuerdo con lo explicado previamente, no corresponde ampliar el ámbito de la aplicación objeto de estudio. Ello deberá ser evaluado por el órgano jurisdiccional al momento de aplicar la institución objeto de estudio en cada caso concreto para evitar que se desvirtúe la naturaleza de lo pretendido al aplicarse parcial o totalmente la institución objeto de estudio. Bajo esa premisa, podrían ocurrir casos en que la sentencia de primer grado sea actuada parcialmente¹⁶⁰, dejando a salvo las pretensiones que hemos considerado que sí generarían afectaciones lesivas a las partes al interior del proceso.

Adicionalmente a las pretensiones antes descritas en el proceso civil, es posible llegar a las mismas conclusiones respecto de determinadas pretensiones formuladas en otros procesos, como el contencioso administrativo y el laboral.

En específico, en el proceso contencioso administrativo, en nuestro ordenamiento jurídico tenemos un proceso de plena jurisdicción, es decir, que no sólo está dirigido a revisar la legalidad del acto administrativo (pretensión de nulidad), sino que es posible formular pretensiones dirigidas a que se reconozca, restituya o indemnice un derecho civil o administrativo, conculcado o desconocido por acto, hecho, omisión u operación administrativa (Priori 2009:130-131). En efecto, en el artículo 5 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y su Texto Único Ordenado, se regularon pretensiones dirigidas al

¹⁶⁰ Podemos estar en un caso en donde se haya discutido el mejor derecho de propiedad y la reivindicación del bien, por tanto, el juzgado podría ordenar, vía la aplicación de la institución objeto de estudio, que se devuelva la posesión del bien a la parte beneficiada con la sola emisión de la sentencia estimativa de primer grado. Sin embargo, la declaración de mejor derecho de propiedad aún no surtirá efectos en caso sea impugnada.

reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma¹⁶¹. Precisamente, la plena jurisdicción es un reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, brindándose una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados (Jiménez Vargas-Machuca 2012:23).

Es respecto de las pretensiones de plena jurisdicción en el proceso contencioso administrativo que la institución objeto de estudio puede coadyuvar a otorgar una tutela jurisdiccional efectiva, protegiendo el derecho a la efectividad de las sentencias y brindando una tutela oportuna a los particulares. Sostenemos que, en las pretensiones de nulidad del acto administrativo, la aplicación de la institución podría traer problemas a la Administración¹⁶², ya que esta se vería obligada a entender como “nulo” un acto y emitir un nuevo pronunciamiento, con el riesgo de que, en un momento posterior, en segundo grado judicial, se confirme la validez del primer acto y tendríamos dos actos administrativos emitidos, pudiendo ser contradictorios entre sí.

Al mismo razonamiento podemos llegar respecto de las pretensiones formuladas al interior de un proceso laboral, las cuales pueden estar dirigidas al cumplimiento de obligaciones de dar de naturaleza laboral, formativa o cooperativa y dirigidas a la protección de derechos en el marco de una prestación de naturaleza laboral. En caso estas pretensiones sean equiparables a las pretensiones formuladas en los procesos civiles y constitucionales antes explicadas, y no se generen efectos irreversibles o de difícil reparación, la aplicación de la institución objeto de estudio coadyuvaría a otorgar una tutela jurisdiccional efectiva.

Finalmente, consideramos que el análisis esbozado en el presente trabajo también puede aplicar para las sentencias de segundo grado emitidas por las Salas Superiores que

¹⁶¹ **Ley No. 27584**

“Artículo 1.- Finalidad La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”
Texto Único Ordenado de la Ley No. 27584

“Artículo 5.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

- 1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.*
- 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.*
- 3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.*
- 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.*
- 5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley No. 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores”.*

¹⁶² Dejamos constancia que las pretensiones de plena jurisdicción no necesariamente tienen que ser acumuladas a las pretensiones de nulidad. Es posible formular una pretensión de plena jurisdicción autónoma en este proceso.

confirмен un pronunciamiento estimativo en primer grado o revoquen un pronunciamiento desfavorable en primer grado. Es decir, que, sin perjuicio de la interposición de un recurso de casación, uno esté facultado para solicitar la actuación de la sentencia de segundo grado, con todos los beneficios que ello trae.

Nótese que en este caso se aplicaría una variante de la institución de la actuación de sentencia impugnada ya que, en realidad, esta tiene como objeto una sentencia estimativa de primer grado. No obstante, sea como variante de la institución objeto de estudio o como una medida dirigida a quitarle el efecto suspensivo al recurso de casación, se estaría llegando a la misma finalidad de la institución objeto de estudio.

De acuerdo con lo desarrollado en los capítulos precedentes, la aplicación de la institución objeto de estudio en los procesos civiles descritos (i) no genera una vulneración al derecho fundamental a la pluralidad de instancias y otros derechos conexos como el derecho a impugnar, puesto que en aplicación del principio de concordancia práctica, tanto el derecho a la efectividad de las sentencias como el derecho a la pluralidad de instancias (ambos parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva) conservarían su esencia y (ii) la aplicación de la institución objeto de estudio no será equiparable a una solicitud cautelar tanto por las diferencias en la naturaleza como por el procedimiento a seguir en cada caso.

La aplicación de la institución objeto de estudio en los procesos civiles antes descritos, partiendo de la ficción jurídica de que la sentencia de primer grado es firme, coadyuvaría a otorgar una tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos peruanos, otorgándoles una respuesta oportuna y efectiva del órgano jurisdiccional.

Como ya lo hemos adelantado, regular la aplicación de la institución objeto de estudio no significa que esta será aplicada indiscriminadamente en todas las situaciones. En el siguiente sub-capítulo esbozaremos una serie de lineamientos que deberán tener en cuenta los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar la institución objeto de estudio en cada caso concreto.

3.3.3 Lineamientos generales al momento de aplicar la institución

Finalmente, a efectos de enmarcar la propuesta esbozada en el presente trabajo, corresponde fijar una serie de lineamientos generales que deberán tener en cuenta los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar la institución objeto de estudio.

Estos lineamientos parten de las observaciones formuladas a la regulación actual de la institución en nuestro ordenamiento jurídico, de los aportes de la regulación de la institución en ordenamientos jurídicos extranjeros, de los límites en la aplicación de la institución que hemos identificado y de la propuesta de ampliación del ámbito de aplicación de la institución formulada. Veamos:

Sujetos legitimados	Los sujetos legitimados para solicitar la actuación de sentencia impugnada son los beneficiados con el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, sea parte demandante o parte demandada vía reconvencción.
Órgano jurisdiccional competente	El órgano jurisdiccional facultado para aplicar la actuación de sentencia impugnada es el Juzgado que haya emitido un pronunciamiento estimativo en primer grado.
Forma de otorgamiento	La aplicación de la actuación de sentencia impugnada procede a pedido de parte y excepcionalmente, dependiendo de las circunstancias que identifique el órgano jurisdiccional, podría aplicarse de oficio.
Alcance	<p>La aplicación de la actuación de sentencia impugnada procede respecto del total de las pretensiones o, en caso el pronunciamiento estimativo recaiga sobre algunas pretensiones, puede solicitarse la aplicación de la actuación de sentencia impugnada de forma parcial.</p> <p>Asimismo, en caso se hayan acumulado pretensiones en un proceso y se aborden distintas materias, los órganos jurisdiccionales pueden aplicar la actuación de sentencia impugnada de forma parcial respecto de las pretensiones en donde sí está regulada su aplicación.</p>
Tipos de sentencia	<p>Podrá concederse la actuación de sentencia estimativa tanto de sentencias de primer grado que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas.</p> <p>La actuación de sentencia impugnada procede respecto de sentencias con efectos declarativos y de condena, no descartando que puedan derivarse efectos constitutivos de la misma.</p>
Mandato preciso	Al momento de aplicar la actuación de sentencia impugnada, el órgano jurisdiccional velará por que el mandato contenido en la sentencia sea claro y no genere discusión respecto a su forma de ejecución.

	<p>Para el caso de sentencias de condena en materia civil, deberá verificarse que la obligación sea cierta, expresa, exigible y en caso de ejecución dineraria, que sea líquida o liquidable.</p>
<p>Crterios al momento de aplicar la institución</p>	<p>Al momento de aplicar la actuación de sentencia impugnada, los órganos jurisdiccionales deben verificar que los efectos de la sentencia no tengan efectos irreversibles.</p> <p>De la misma forma, el órgano jurisdiccional deberá evaluar el daño o perjuicio o el grado de afectación que puede causarse a la parte contraria, velando por que los derechos fundamentales de las partes no sean menoscabados.</p> <p>Asimismo, al momento de ordenar o no la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, los órganos jurisdiccionales podrán justificar su decisión en los siguientes criterios:</p> <p>(a) si el ejecutante será capaz de indemnizar al ejecutado por los daños y perjuicios generados en caso la sentencia sea revocada o anulada,</p> <p>(b) el grado de certeza o de probabilidad que exista respecto a la confirmación de la sentencia estimativa, que puede derivarse de la existencia de casos similares o idénticos resueltos en forma similar o que exista una amplia jurisprudencia al respecto,</p> <p>(c) si la parte contraria esbozó una defensa inconsistente al interior del proceso, reflejándose la carencia de fundamentos fácticos o jurídicos y</p> <p>(d) la existencia de otros procesos judiciales vinculados al mismo en los cuales podría frustrarse las pretensiones o el resultado por la aplicación de la actuación de sentencia impugnada.</p>
<p>Contra cautela</p>	<p>El órgano jurisdiccional, atendiendo a las circunstancias del caso e independientemente de si las pretensiones tienen o no contenido patrimonial, estará facultado a solicitar una contra cautela a la parte que solicitó la aplicación de la actuación de sentencia impugnada.</p> <p>Sea que el órgano jurisdiccional solicite o no una contra cautela, la parte perjudicada estará legitimada a solicitar los daños y perjuicios que se le generen a raíz de la ejecución de la sentencia en caso esta haya sido anulada o revocada.</p> <p>Tratándose de procesos civiles, los daños y perjuicios deberán solicitarse al interior del mismo proceso en donde se aplicó la actuación de sentencia impugnada. Tratándose de procesos constitucionales,</p>

	<p>corresponderá iniciar un proceso civil a efectos de solicitar una indemnización.</p>
<p>Cuestionamiento al pronunciamiento sobre la aplicación de la actuación de sentencia impugnada</p>	<p>El auto que ordena o deniega la aplicación de la actuación de sentencia de primer grado es apelable sin efecto suspensivo. Una vez que se ordene o se deniegue la actuación de sentencia, se le correrá traslado a la parte contraria.</p> <p>En caso en segundo grado se deje sin efecto la ejecución de la sentencia, el ejecutante deberá responder por los daños y perjuicios generados.</p>
<p>Efectos de la sentencia de segundo grado</p>	<p>Si la sentencia de segundo grado confirma la sentencia de primer grado objeto de la actuación de sentencia impugnada, no se modificará la ejecución.</p> <p>En caso la sentencia de primer grado ejecutada sea anulada o revocada, se dejará sin efecto la ejecución y el ejecutante deberá responder por los daños y perjuicios generados.</p> <p>Finalmente, en caso se declare la nulidad o revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, respecto de los extremos que no fueron declarados nulos o revocados, la ejecución debe seguir surtiendo efectos siempre y cuando la ejecución sea coherente y no contraponga a los demás extremos de la sentencia.</p>
<p>Sanciones en caso de incumplimiento</p>	<p>Al ordenarse la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, el órgano jurisdiccional deberá adoptar todas las medidas necesarias para que los efectos de la sentencia se concreten en la realidad. De lo contrario, incurriría en responsabilidad penal de conformidad con los artículos 422 y siguientes del Código Penal. Asimismo, la parte beneficiada podrá informar de esta demora a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura-ODECMA, para que se adopten las medidas pertinentes.</p> <p>En el supuesto que la eficacia de la sentencia ejecutada dependa de la actuación de la parte contraria, esta contará con un plazo de 15 días hábiles para cumplir con lo ordenado. Caso contrario, se le aplicarán multas coercitivas.</p>
<p>Ámbito de aplicación de la institución¹⁶³</p>	<p><u>En el ámbito constitucional</u>: Al proceso de amparo, al hábeas corpus, al hábeas data y al proceso de cumplimiento.</p>

¹⁶³ Si bien en este trabajo nos centramos en el ámbito constitucional y civil, de acuerdo a lo expuesto previamente, en el proceso laboral y en el proceso contencioso administrativo respecto de las pretensiones de plena jurisdicción, la aplicación de la institución objeto de estudio también puede coadyuvar a otorgar una verdadera

	<p><u>En el ámbito civil:</u> En los procesos donde se formulen pretensiones relativas a alimentos, retracto, título supletorio, otorgamiento de Escritura Pública, desalojo, interdicto de retener o de recobrar y acción reivindicatoria de propiedad.</p> <p>En procesos de conocimiento donde se formulen pretensiones dirigidas a que se ordene la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor formuladas y en donde se formulen pretensiones dirigidas a que se condene a una indemnización de daños y perjuicios / suma de dinero.</p>
<p><i>Materias específicas en donde no procede la institución</i></p>	<p><u>En el ámbito constitucional:</u> En los procesos de hábeas data en donde se formulen pretensiones dirigidas al acceso a la información pública o personal (datos personales). Asimismo, en los procesos de amparo en donde se emitan sentencias relativas al derecho al honor, intimidad, familiar e imagen.</p> <p><u>En el ámbito civil:</u> En los procesos donde se formulen pretensiones relativas al derecho de familia (excluyendo los alimentos), prescripción adquisitiva, expropiación, mejor derecho de propiedad, rectificación de áreas y linderos, división y partición judicial, tercería de propiedad o de derecho preferente, responsabilidad civil de los jueces o representantes del Ministerio Público, Proceso Único de Ejecución, nulidad, anulabilidad e ineficacia de acto jurídico, la resolución y rescisión contractual, anulación de laudo arbitral y nulidad de cosa juzgada fraudulenta.</p>

Los lineamientos generales esbozados pueden ser incorporados a través de una modificación normativa del Código Procesal Constitucional y del Código Procesal Civil o también podrían ser incorporados a través de un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, en reemplazo de los presupuestos fijados en la sentencia No. 607-2009-PA/TC para la aplicación de la institución objeto de estudio.

De acuerdo con lo explicado en los sub-capítulos precedentes, los lineamientos deben ir acompañados de las siguientes medidas:

tutela jurisdiccional efectiva. Asimismo, adoptar medidas complementarias, como quitarle el efecto suspensivo al recurso de casación, pueden conducir a la misma finalidad que se busca con la institución objeto de estudio.

- Código Procesal Civil: Modificación al artículo 688, dejando constancia que serán considerados como títulos ejecutivos, las sentencias respecto de las cuales el órgano jurisdiccional ordenó su ejecución vía la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada.
- Ley del Notariado – Decreto Legislativo No. 1049: Incorporar un artículo en donde se deje constancia de que los notarios están facultados a elevar una minuta a Escritura Pública con un mandato judicial que, si bien no es firme, se hizo efectivo vía la aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada.

Asimismo, incorporar un artículo en donde se establezca que en caso se otorgue una Escritura Pública en base a un mandato judicial que no es firme y posteriormente este mandato judicial sea anulado o revocado en segundo grado judicial, con la autorización de la Sala Superior, la parte interesada podrá gestionar una declaración unilateral para que sea elevada a Escritura Pública en el mismo despacho notarial, en la cual se detallará lo acontecido.

El notario deberá realizar una anotación marginal en la Escritura Pública que fue otorgada a través del mandato judicial anulado o revocado, precisando la anulación o revocación del mandato judicial e indicando el número de Kardex del instrumento en donde está contenida la declaración unilateral.

- Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios - Resolución No. 097-2013-SUNARP/SN: Incorporar un artículo en donde se deje constancia que proceden las inscripciones en mérito de sentencias judiciales que se hicieron efectivas en virtud de la aplicación de la actuación de sentencia impugnada y que tratándose de actos modificatorios de titularidad dominial, se extenderá además una anotación, en el rubro de cargas y gravámenes, en la que se detallará dicha circunstancia.

Finalmente, debemos reiterar que la propuesta esbozada en este trabajo está dirigida a buscar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva y que también es posible ir por otros caminos, como en los ordenamientos jurídicos de Brasil o España, estableciéndose nuevas formas de tutela o regulando nuevos supuestos en los cuales el recurso de apelación debe concederse sin efecto suspensivo; o como la propuesta por distintos autores dirigida a suprimir la doble instancia en nuestro ordenamiento jurídico.

En este caso, partimos de la premisa que debemos quedarnos con la actual estructura de nuestro proceso civil, pero a efectos de brindar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva es necesario reforzar y mejorar la regulación de instituciones jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico, en este caso, la actuación de la sentencia impugnada.



CONCLUSIONES:

La necesidad de mejorar la actual regulación de la institución en el Perú



1. La institución de la actuación de sentencia impugnada calza en el concepto de ficción jurídica ya que, a partir de la misma, se crea una ficción consistente en considerar a la sentencia de condena estimativa de primer grado como una sentencia firme que desplegará todos sus efectos. A pesar de que estamos frente a una sentencia que es susceptible de impugnación, es decir, que no tiene la autoridad de cosa juzgada; el órgano jurisdiccional estará facultado para ordenar que esta se haga efectiva de manera inmediata.
2. La terminología utilizada para describir la institución objeto de estudio es preferible al de “ejecución provisional” utilizada en otros ordenamientos jurídicos, ya que el término “ejecución” da a entender que la institución está limitada a los procesos de ejecución y además el término “provisional” no es adecuado ya que, al aplicar la institución objeto de estudio, estamos ante una verdadera actuación de sentencia que otorgará satisfacción al titular del derecho. Por otro lado, entre las funciones que cumple la institución encontramos la función preventiva, al evitar el abuso del derecho a recurrir de la parte contraria, la función satisfactiva, al satisfacer total o parcialmente las pretensiones del solicitante y la función agilizadora del proceso y reductora de la carga procesal de los órganos de segundo grado. Estas tres funciones hacen de la institución objeto de estudio, una técnica de aceleración procesal que, de ser aplicada adecuadamente, conduce a otorgar una tutela efectiva a las situaciones jurídicas en el proceso.
3. Con la aplicación de la institución objeto de estudio se busca otorgar una tutela jurisdiccional efectiva, velando por el derecho a la efectividad de las sentencias y porque el órgano jurisdiccional emita una respuesta oportuna a la situación material que se presenta al interior del proceso, previniendo que el tiempo que dura el proceso afecte la situación jurídica del titular del derecho. Así, el riesgo del tiempo del proceso es asumido por ambas partes en igualdad de condiciones, lográndose distribuir de forma equitativa la carga del tiempo.
4. La aplicación de la actuación de sentencia impugnada, en resguardo del derecho a la efectividad de las sentencias y del derecho a una tutela oportuna, no vulnera el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias (o de derechos conexos como el derecho al recurso o a impugnar). La forma de corroborarlo es realizando una interpretación constitucional bajo el principio de concordancia práctica, delimitando el contenido esencial de los derechos, para de esa forma constatar que el efecto suspensivo no es parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias.

5. La institución objeto de estudio se distingue de las medidas cautelares tanto por su naturaleza como por el procedimiento a seguir.

Respecto de la naturaleza, podemos concluir que (i) el derecho alegado en un proceso cautelar, al ser sólo aparente, nunca adquirirá certeza con el otorgamiento de una medida cautelar ya que esta sólo busca asegurar la satisfacción del mismo, mientras que con la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, el derecho invocado sí puede llegar a adquirir certeza porque el mismo se está satisfaciendo en el proceso principal desde un inicio con la concretización de los efectos de la sentencia, (ii) al otorgar una medida cautelar el órgano jurisdiccional sólo ha escuchado a una de las partes para tomar la decisión mientras que con la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, el órgano jurisdiccional ya analizó las posiciones de ambas partes pero no las atendió a plenitud por la propia estructura sumaria de los procesos constitucionales en los cuales está regulada la institución objeto de estudio y (iii) para otorgar una medida cautelar se exige una apariencia en el derecho invocado, mientras que para la actuación de sentencia impugnada se debe acreditar un grado de certeza mayor al de apariencia. Ese mayor grado lo vemos reflejado en que para solicitar la aplicación de la institución objeto de estudio, la sentencia de primer grado debe ser estimativa.

Respecto del procedimiento, podemos concluir que (i) para que se conceda una medida cautelar, además de la apariencia del derecho, se exige acreditar un peligro en la demora y que la medida se adecuada, sin embargo, estos requisitos no son exigibles para la actuación de sentencia impugnada, (ii) una medida cautelar puede ser solicitada antes del proceso y antes de que exista un pronunciamiento de fondo del juzgador mientras que para la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, se necesita que haya concluido una primera etapa del proceso, es decir, que exista un pronunciamiento favorable en primer grado judicial, (iii) una medida cautelar puede solicitarse varias veces en un proceso, puede ser variada o sustituida de acuerdo con las circunstancias que acrediten las partes, sin embargo, esto no ocurre en el caso de la institución objeto de estudio, (iv) en toda medida cautelar es necesaria una contracautela para restar los daños que se le pueda generar a la otra parte, en cambio para la actuación de sentencia impugnada en los procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento), no se ha establecido como requisito obligatorio una contracautela, sino que esta será solicitada de modo excepcional, (v) la actuación de sentencia impugnada puede ser a pedido de parte o de

oficio, en cambio, toda medida cautelar es a pedido de parte y (vi) la actuación de sentencia impugnada sólo se entiende respecto de sentencias de condena, sin embargo, las medidas cautelares pueden también recaer sobre pretensiones de las cuales se deriven sentencias declarativas y constitutivas.

6. En el ordenamiento jurídico peruano la institución de la actuación de sentencia impugnada está regulada para los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento de conformidad con el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, el cual fue complementado con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 607-2009-PA/TC (caso Jhon Lojas). Asimismo, el artículo 566 del Código Procesal Civil abre las puertas para la aplicación de la institución objeto de estudio exclusivamente para el proceso civil de alimentos.
7. De un análisis de la regulación de la institución objeto de estudio y de figuras afines en los ordenamientos jurídicos de Brasil, Bolivia, Colombia, Chile y España, podemos extraer elementos positivos que deben guiar la regulación de la misma en nuestro país.

De Brasil, podemos concluir que el legislador peruano no sólo se debe limitar a incorporar la institución objeto de estudio a más procesos civiles, sino que puede ir un paso atrás y establecer nuevas formas de tutela, como la tutela provisoria, para que el proceso otorgue una respuesta adecuada, oportuna y efectiva a las situaciones materiales. De Bolivia, podemos identificar la vital importancia de reforzar las sanciones penales por no respetar el cumplimiento inmediato del fallo ya que esto genera un incremento del cumplimiento voluntario de sentencias de parte de los particulares y funcionarios. De Colombia, podemos rescatar el procedimiento sancionador de “desacato” para buscar la sanción de todo aquel que no cumpla con la sentencia y en forma paralela, solicitar al órgano jurisdiccional que adopte todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. De Chile, podemos corroborar que aplicar la institución objeto de estudio en los procesos de desalojo es una necesidad ya que en muchas ocasiones nos encontramos con un poseedor precario que, durante todo el trámite del juicio, no paga la renta y se mantiene en el inmueble sin título alguno. Asimismo, en este ordenamiento jurídico se le quitó el efecto suspensivo al recurso de casación, lo cual es una medida que, junto a la aplicación de la institución objeto de estudio, coadyuvaría a otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. De España, podemos quedarnos con la importancia de delimitar supuestos específicos en los cuales no conviene aplicar la institución objeto de estudio y de fijar criterios específicos,

además de los efectos irreversibles de la sentencia, que guíen al órgano jurisdiccional al momento de aplicar la institución objeto de estudio, como la solvencia del solicitante.

8. Partiendo de que hemos transitado de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, lo que implica que ya no estemos frente a un proceso neutro, se hace necesario revisar y adecuar las instituciones procesales a los fines del proceso, partiendo del respeto a la dignidad de la persona. Precisamente, la eficacia de las sentencias y mitigar el impacto del tiempo que dura el proceso son objetivos primordiales en un Estado Constitucional de Derecho a fin de otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.
9. La realidad del sistema de justicia peruano es muy distinta a la que debería ser en un Estado Constitucional de Derecho. Debido a la poca eficiencia de la administración de justicia en nuestro país, cada vez vemos más lejos la tan anhelada tutela jurisdiccional efectiva. Esto genera que la población peruana, en su mayoría, desconfíe de su sistema de justicia y desaprobe la gestión del Poder Judicial.
10. Hasta el año 2009, la institución objeto de estudio no tenía una aplicación práctica en la ciudad de Lima principalmente por la regulación muy general del artículo 22 del Código Procesal Constitucional. Después de entrevistar a distintos jueces constitucionales de Lima, corroboramos que desde la publicación de la sentencia No. 607-2009-PA/TC hasta la actualidad, la solicitud de aplicación de la institución objeto de estudio en los procesos constitucionales incrementó considerablemente y existe un alto porcentaje de jueces constitucionales de Lima que la han aplicado.
11. En ese contexto, resulta necesario reforzar la regulación de la institución objeto de estudio, para coadyuvar al otorgamiento de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva y así contribuir a que la población peruana confíe más en su sistema de justicia. Con una adecuada regulación de la institución objeto de estudio, se lograría revalorizar el primer grado judicial, lo cual es de suma importancia ya que son precisamente los órganos jurisdiccionales de primer grado quienes tienen mayor contacto con las partes y quienes mejor conocen el objeto del litigio.
12. A fin de esbozar una propuesta de regulación o ampliación de la regulación de la institución objeto de estudio es necesario reflexionar sobre los límites en su aplicación toda vez que el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis minucioso al momento de tomar la decisión de declarar procedente o no la aplicación de la institución objeto

de estudio, velando siempre por respetar los derechos fundamentales de las partes al interior del proceso. Este análisis dependerá de las circunstancias del caso concreto y del tipo de proceso que se tenga al frente. Adicionalmente a la irreversibilidad de los efectos de la sentencia, criterios como la solvencia del solicitante, la existencia de casos similares o de jurisprudencia similar, la defensa de la parte contraria, entre otros; deben guiar al órgano jurisdiccional en esta importante tarea.

13. Después de analizar las características propias de los procesos civiles recogidos en nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil y Código Procesal Civil), sostenemos que los procesos civiles - y pretensiones vinculadas - a los cuales corresponde ampliar el ámbito de aplicación de la institución de la actuación de sentencia impugnada son los siguientes: (i) *Procesos y pretensiones vinculados a los derechos reales*: Proceso de retracto, proceso de título supletorio, proceso de otorgamiento de Escritura Pública, proceso de desalojo, proceso de interdicto de retener o de recobrar y acción reivindicatoria de propiedad y (ii) *Procesos y pretensiones vinculados al derecho de obligaciones y responsabilidad civil*: Pretensiones dirigidas a que se ordene la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor, formuladas en un proceso de conocimiento y pretensiones dirigidas a que se condene a una indemnización de daños y perjuicios / dar suma de dinero. A tales efectos, resulta necesario realizar modificaciones normativas en el Código Procesal Civil, en la Ley del Notariado y en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios a efectos de proteger los derechos de las partes al interior del proceso.
14. Asimismo, sostenemos que en las siguientes pretensiones y procesos, la aplicación de la institución objeto de estudio resulta innecesaria y/o podría generar un riesgo para la parte contraria, por lo cual no conviene su regulación: (i) Procesos de hábeas data en donde se formulen pretensiones dirigidas al acceso a la información pública o personal (datos personales), (ii) procesos de amparo en donde se emitan sentencias relativas al derecho al honor, intimidad, familiar e imagen, (iii) procesos civiles donde se formulen pretensiones relativas al derecho de familia (excluyendo los alimentos), prescripción adquisitiva, expropiación, mejor derecho de propiedad, rectificación de áreas y linderos, división y partición judicial, tercería de propiedad o de derecho preferente, responsabilidad civil de los jueces o representantes del Ministerio Público, nulidad, anulabilidad e ineficacia de acto jurídico, la resolución y rescisión contractual, anulación de laudo arbitral, nulidad de cosa juzgada fraudulenta y (iv) Proceso Único de Ejecución.

15. Instaurada la institución en distintos procesos civiles, resulta necesario que los órganos jurisdiccionales tengan en cuenta una serie de lineamientos al momento de aplicarla. Estos lineamientos están enfocados a delimitar (i) los sujetos legitimados, (ii) el órgano jurisdiccional competente, (iii) la forma de otorgamiento, (iv) el alcance, (v) el tipo de sentencia, (vi) la precisión del mandato, (vii) los criterios al momento de aplicar la institución, (viii) la contra cautela, (ix) el cuestionamiento al pronunciamiento sobre la aplicación de la actuación de sentencia impugnada, (x) los efectos de la sentencia de segundo grado, (xi) las sanciones en caso de incumplimiento, (xii) el ámbito de aplicación de la institución y (xiii) las materias específicas en donde no procede la institución.

16. No debe perderse de vista que este trabajo está dirigido a buscar nuevas alternativas a la regulación actual del proceso civil peruano a fin de otorgar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos. Sostenemos que la ampliación del ámbito de aplicación de la actuación de sentencia impugnada es un camino idóneo si es que los órganos jurisdiccionales siguen una serie de lineamientos y criterios que los guíen en esa tarea, velando por el respeto al derecho a la efectividad de las sentencias y otorgando una tutela oportuna a los ciudadanos peruanos. Empecemos por lo menos complicado que es adecuar las instituciones jurídicas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico a las necesidades de las personas y a los fines del proceso y quizá de esa forma, se logre recuperar la confianza perdida en el sistema de justicia peruano. Es labor de todos afianzar y fortalecer dicho vínculo.



DOCTRINA

ABACHE CARVAJAL, Serviliano

2010 “Las presunciones jurídicas”. *Revista de Derecho*. Lima, volumen 11, Universidad de Piura, pp. 372-393.

ABAD YUPANQUI, Samuel

1992 “Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar”. *Themis*. Lima, No 21, pp. 7-15.

2014 “La sentencia estimatoria de amparo: La difícil ruta para su ejecución”. *Ius Et Veritas*. Lima, No. 48, pp. 244-255.

2019 *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1981 *Derecho procesal Civil. Teoría general del proceso*. Séptima edición. Lima. Ediciones Eddili.

ALEXY, Robert

1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

APOLIN MEZA, Dante

2005 “Apuntes iniciales en torno a la acumulación de pretensiones”. *Derecho & Sociedad*. Lima, No. 25, pp. 20-36.

2007 “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”. *Foro jurídico*. Lima, No. 7, pp. 82-88.

ARAGÓN REYES, Manuel

2015 “Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución”. En: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, Tomo IV, Volumen 1, pp. 83-104.

Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/10.pdf>

ARATA SOLIS, Moisés

2012 “Los títulos supletorios y el problema de los segundos actos: Apuntes para una relectura del Código Procesal Civil”. *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, Volumen 169, pp. 17-23.

ARCE, Federico

2017 *Ejecución Provisoria de la Sentencia Civil*. Primera edición. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba / Advocatus.

ARIANO DEHO, Eugenia Silvia María

2000 “La tutela jurisdiccional del crédito: proceso ejecutivo, proceso monitorio, condenas con reserva”. *Cathedra, revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Lima, No. 6, pp. 164-177.

2003 “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”. *Advocatus*. Lima, No. 9., pp. 395-404.

2017 “La tercería de preferencia: ¿un remedio incomprendido?”. En: ARIANO DEHO, Eugenio. *Cómo probar la tercería de propiedad*. Lima: Gaceta Jurídica, pp.11-34.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María

1996 “Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta”. *Ius Et Veritas*. Lima, No. 13, pp. 173-184.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel

2015 “La dogmática jurídica como tecno praxis”. En: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO. *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, Tomo IV, Volumen 1, pp. 169-196. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/10.pdf>

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge

1965 “Los títulos supletorios y la acción declarativa de prescripción”. *Themis*. Lima, No. 1, pp. 3-5

BOTERO MARINO, Catalina

2006 *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá, D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo

2005 “Armando rompecabezas incompletos. El uso de la prueba indiciaria”. *Derecho & Sociedad*. Lima, No. 25, pp. 226-239.

CABALLOL ANGELATS, Lluís

1993 *La ejecución provisional en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.

CABRERA DALENCE, José María

2010 “Desobediencia gubernamental de sentencias tutelares de derechos fundamentales”. *Revista Boliviana de Derecho*. Santa Cruz, No. 9, pp. 50-67.

CALAMANDREI, Piero

2005 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Ara Editores.

2020 *Proceso y Democracia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie de Estudios Jurídicos No. 338. México D.F: Universidad Autónoma de México.

CAMPOS FERNANDEZ, Sonia

2014 “Rectificación y/o determinación de área, linderos y medidas perimétricas de predios en la jurisprudencia registral”. *Fuero Registral*. Lima, No. 12, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, pp. 168-212.

CAIRO ROLDAN, Omar

2006 “La actuación inmediata de la sentencia de primer grado del amparo en la jurisprudencia peruana”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, No. 93. Lima, Gaceta Jurídica, pp. 37-42.

CAIRO ROLDAN, Omar

2014 “El amparo durante la vigencia del Código Procesal Constitucional Peruano”. *Pensamiento Constitucional*. Lima, No. 19, Fondo Editorial PUCP, pp. 251-263.

CARRASCO BRIONES, Javier

2011 *La ejecución provisional de las resoluciones judiciales*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111818/de-Carrasco_javier.pdf?sequence=1

CARRERA SILVA, Liliana

2011 “La acción de tutela en Colombia”. *IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Puebla, Año V. No. 27, pp. 72-94.

CARDENAS GRACIA, Jaime

2017 *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. Universidad Autónoma de México. Primera edición, Serie de Doctrina Jurídica No. 793. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

2005 “¿Existen los llamados conflictos entre los derechos constitucionales?” *Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*. No. 12. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7510>

2008 “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”. *Gaceta constitucional: Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*. No. 8. Versión digital. Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

https://pirhua.udp.edu.pe/bitstream/handle/11042/2107/Hacia_reformulacion_principio_proporcionalidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2014 “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”. *Foro Jurídico*. Lina, No. 13., pp.143-154.

CAVANI, Renzo

2014 “¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil – Un diagnóstico para el Perú”. *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, No. 5, pp. 36-61.

2015 “Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daison Flach y Daniel Midiero”. *Direito Probatório*. No. 5, Editora Jus Podivm, pp.806-825.

CHAMORRO BERNAL, Francisco.

1994 *La tutela judicial efectiva*. Bosch: Barcelona.

CHRISTEN MOLLER, Guilherme

2016 “Considerações sobre o instituto da tutela provisória do Código de Processo Civil (Ley No. 13.105/15)”. *JusBrasil*. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<https://moller.jusbrasil.com.br/artigos/342705126/pare-de-fazer-drama-entenda-a-tutela-provisoria-do-cpc-definitivamente-e-de-show-na-balada>

COUTURE, Eduardo J.

2002 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil “la Sentencia”*. Cuarta Edición. Buenos Aires: B de F

CORREA ONTIVEROS, Luis Carlos

2019 *Prueba de Oficio y Proceso: Una mirada desde el Estado Constitucional*. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho Procesal. Facultad de Derecho. Repositorio de Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/15261>

CUNHA, Walter

2019 “Tutela provisória. Revista Jus Navigandi”. *Teresina*, Año 24, n. 5936. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020. <https://jus.com.br/artigos/74932/tutela-provisoria>

DAMIÁN MORENO, Juan.

2009 “La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil español”. *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*. No. 1. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<file:///D:/Usuario/Jberrospi/Downloads/Dialnet-LaEjecucionProvisionalDeSentenciasEnElProcesoCivil-3040748.pdf>

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

1998 “Derecho de Retracto”. *Themis*. Lima, No. 38, pp. 125-140.

DIDIER JR., Fredie

2018 *CPC Brasileiro. Traduzido para la Lingua Espanhola. Código de Proceso Civil Brasileño de 2015*. Coordinadores Teresa Arruda y Fredie Didier Jr. Traductor Renzo Cavani. Salvador: Editorora Jus Podvm.

ETO CRUZ, Gerardo

2008 “¿Existe Actuación de Sentencia Impugnada en el Código Procesal Constitucional Peruano?” *Gaceta Constitucional*. Lima, No. 4, pp. 17-36.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS

1999 “Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica”. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. Lima, No. 52, pp. 1-72. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF

GRANDEZ, Pedro

2007 “La ejecución de las sentencias en los procesos de tutela de los derechos: las lecciones de la Corte Suprema Norteamericana”. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Lima, Año 2, No. 12, pp. 312-320.

GONZALES MANTILLA, Gorki

2009 *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Primera edición. Lima: Palestra Editores.

GONZALES BARRÓN, Gunther

2011 *Derecho Urbanístico*. Sexta Edición. Lima: Jurista Editores

2015 *Los derechos reales y su inscripción registral*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.

GONZALEZ PEREZ, Jesús

1998 “La eficacia de la sentencia”. En: UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA. *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, pp. 109-135. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9674/CC_34_art_7.pdf?sequence=1&isAllowed=y

2001 *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Tercera Edición. Madrid: Civitas

HAKANSSON-NIETO, Carlos

2009 “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Una Aproximación”. *Dikaio*. Chia, Colombia, No. 18, Universidad de la Sabana, pp. 55-77.

HERNANDEZ MARIN, Rafael

1986 *Ficciones jurídicas*. Doxa. N. 03. Alicante: Universidad de Alicante.

HESSE, Konrad

1992 “La interpretación constitucional”. *Escritos de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto

2012 *Protección judicial del derecho fundamental al medio ambiente a través del proceso constitucional de amparo*. Tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Facultad de Derecho. Repositorio de Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4715>

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana

2012 “Los principios del proceso contencioso administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, No. 11, Círculo de Derecho Administrativo, pp. 21-33.

JORDÁN MANRIQUE, Hernán

2005 “Los Límites al derecho de Impugnación en General y la Apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la Efectiva Tutela Jurisdiccional”. *Foro jurídico*. Lima, No. 4, pp. 70-90.

LEÓN VÁSQUEZ, Jorge y WEIL VON DER AHE, Nicolaus

2010 “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: El examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania”. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, No. 3. Nueva Época, pp. 321-335.

MARANHAO, Clayton

1996 "Execucao 'provisoria' da sentenca civil: a excecao passará a ser regra". *GENESIS Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, No. 10.

MARINONI, Luiz Guilherme

2010 *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*. Lima: Communitas.

2013 "La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva en Brasil". *Revista de Derecho Privado*. Buenos Aires, No. 7. Año II, SAIJ, pp. 101-117.

MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín

2000 "El derecho a la ejecución de las sentencias. El derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales". *Cuadernos de Derecho Público*. Madrid, No. 10. Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 57-71.

MITIDIERO, Daniel

2013 "Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, No. 17. pp. 261-287.

MOISSET DE ESPANÉZ, Luis

1992 "Reflexiones sobre la llamada Escuela de la Exégesis". *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Rosario, No. 15, pp. 78-85. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/425/334>

MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILES, Jose Antonio

2007 "La teoría del derecho en la obra de Piero Calamandrei". *Revista de derecho constitucional europeo*. Granada, No. 8, Año 4, pp. 263-298.

Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<https://www.ugr.es/~redce/REDCE8/ReDCEsumario8.htm>

MONROY GALVEZ, Juan

1992 "Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil". *Ius Et Veritas*. Lima, No. 5, pp. 21-31.

1993 “Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992”. *Themis*. Lima, No. 25, pp. 35-48.

2001 “La Actuación de la Sentencia Impugnada”. *Themis*. Lima, No. 43, pp. 19-43.

MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José

2001 “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, Número IV, pp. 165-208.

MONTERO AROCA, Juan

1999 *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Lima: ENMARCE E.I.R.L.

MORALES GODO, Juan

2010 “La función del juez en una sociedad democrática”. *Revista de la Maestría de Derecho en Derecho Procesal*. Lima, Volumen 4, No. 1, pp. 1-34. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2397/2348>

NIEVA FENOLL, Jordi

2015 *Derecho procesal II. Proceso civil*. Madrid: Editores Jurídicas y Sociales S.A.

NUÑEZ DEL PRADO, Fabio

2015 *Desmitificando Mitos: Análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano*. Tesis para obtener el título de abogado. Facultad de Derecho. Repositorio de Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5897>

OBANDO BLANCO, Roberto

2014 “La actuación de la sentencia civil y las garantías constitucionales”. *Iures Omnes*. Arequipa, Volumen XVI, No. 2, pp. 147-160.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco

2010 “Responsabilidad civil de los jueces y magistrados por ignorancia inexcusable”. *Indret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, No. 4, pp. 1-57. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/763_es.pdf

O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia

2016 “No todo lo que brilla es oro: Apariencia del derecho y protección de los terceros de buena fe”. *Themis*. Lima, No. 70, pp. 95-105.

ORTELLS RAMOS, Manuel, MONTERO AROCA, Juan y GOMEZ COLOMER, Juan Luis

1991 *Derecho Jurisdiccional*. Segunda edición, parte general. Barcelona: Jose María Bosch editor S.A.

OVALLE FAVELLA, José

2016 *Teoría General del Proceso*. Séptima edición. Ciudad de México: Oxford University Press.

PALACIOS PAREJA, Enrique

2002 “La pretensión reivindicatoria: las dos caras de la moneda”. *Ius Et Veritas*. Lima, No. 24, pp. 83-92.

PANDURO PALACIOS, Kepler

2012 “Actuación inmediata de la sentencia en el proceso de amparo ¿Regla general o excepción en el ordenamiento peruano?” *Revista Ita Ius Esto*. Lima, pp. 217-247.

PASARA, Luis

2019 “El desprestigio de la justicia nos acompaña desde siempre”. En: Portal de Noticias de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Punto Edu. Entrevista transcrita por Andrea Burga Villanueva del 12 de noviembre de 2019. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<https://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/el-desprestigio-de-la-justicia-nos-acompana-desde-siempre/>

PASTOR, Daniel R.

2004 “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Santiago de Chile, No. 4, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 51-76, Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15031>

PRIORI POSADA, Giovanni

- 2003 “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. *Ius Et Veritas*. Lima, No. 13, pp. 273-292.
- 2003 “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. *Advocatus*. Lima, No 9, pp.405-422.
- 2004 “Reflexiones en torno al artículo 1219° del Código Civil”. *Foro Jurídico*. Lima, No. 3, pp. 132-137.
- 2005 “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. *Ius Et Veritas*. Lima, No. 30, pp. 171-200.
- 2009 *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Cuarta edición. Lima: ARA Editores.
- 2016 “Las primeras muestras de la constitucionalización”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. Lima, Vol. 6, pp. 86-11. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/16419>
- 2019 *El proceso y la tutela de los derechos*. Primera edición. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170698/42%20El%20proceso%20y%20la%20tutela%20de%20los%20derechos%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

PROTO PISANI, Andrea

1976 *Studi di dirittoprocesuale del lavoro*. Angeli: Milán.

2003 "Chiovenda y la tutela cautelar". *Revista peruana de Derecho Procesal*. Lima, No. 6, Communitas, pp. 407-422.

QUIROGA LEÓN, Aníbal

1985 “La interpretación constitucional”. *Revista de Derecho PUCP*. Lima, No. 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 323-343.

RAFFO LA ROSA, Mauricio

2005 “La Actuación de Sentencia Impugnada en el nuevo Código Procesal Constitucional Peruano”. *Derecho Procesal III Congreso Internacional*. Lima, Universidad de Lima, pp. 140-156.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE)

2015 *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo tercera edición. Versión 23.4 en línea. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<https://dej.rae.es/lema/pr%C3%A1ctica-forense>

RIOJA BERMUDEZ, Alexander

2014 “Los medios impugnatorios en el proceso civil peruano”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Lima, No. 16, pp. 257-265.

SANTANA VÁSQUEZ, Calendario

2008 *Reordenamiento de la práctica jurídica (forense) en el plan de estudios de la carrera de derecho para el fortalecimiento de la formación integral del estudiante*. Trabajo de Grado para optar por el Título Académico de Maestría en Docencia Superior. Universidad de Panamá. Vicerrectoría de Investigación y Post Grado. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<http://up-rid.up.ac.pa/723/1/3400711sa5.pdf>

SANTIAGO SALAME, Fatho Yamil

2011 *Las acciones de libertad y de amparo constitucional ejecución de fallos simples y fallos complejos*. Trabajo en opción al grado de magister en administración de justicia. Sucre: Centro de Estudios de Posgrado e Investigación de la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

https://www.usfx.bo/nueva/Cepi/466_Tesis%20Editadas%20CEPI/255_Maestria/70_ADMINISTRACION%20DE%20JUSTICIA/Las%20Acciones%20de%20Libertad%20y%20de%20Amparo/Las%20Acciones%20de%20Libertad%20y%20de%20Amparo%20Constitucional.pdf

SILVA ÁLVAREZ, Oscar

2008 “La ejecución provisional de las sentencias”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, No. 31, pp. 369-402. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/681/642>

SOTERO GARZON, Martin

2014 “La efectividad de la tutela jurisdiccional como doctrina constitucional”. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Lima, No. 74, pp. 43-51.

2015 “El sistema cautelar tendencialmente atípico del proceso civil peruano”. En: *Sobre la tutela cautelar* (Coordinador Priori Posada, Giovanni). Lima: Editorial jurídica Themis, pp. 39-54.

VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia

2007 *Presunciones y ficciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en México*. Distrito Federal de México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

VILLA GARCIA VARGAS, Javier

2009 *La Actuación de la Sentencia Impugnada en el Proceso de Amparo. Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional*. Repositorio de Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Versión digital. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1141>

ZAVALA TOYA, Salvador

1994 “Las presunciones en el derecho civil”. *Revista de Derecho*. Lima, No. 48, Facultad de Derecho de la PUCP, pp. 97-116.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2001 *Expediente No. 03515-2010-PA/TC*. Sentencia del 09 de noviembre de 2011.

2002 *Expediente No. 014-2002-AI/TC*. Sentencia del 21 de enero de 2002.

2002 *Expediente No. 1042-2002-AA/TC*. Sentencia del 06 de diciembre de 2002.

- 2003 *Expediente No. 1546-2002-AA/TC*. Sentencia: 28 de enero de 2003.
- 2003 *Expediente No. 0976-2001-AA/C*. Sentencia del 13 de marzo de 2003.
- 2003 *Expediente No. 0016-2002-AI*. Sentencia del 30 de abril de 2003.
- 2003 *Expediente No. 1013-2003-HC/TC*. Sentencia del 30 de junio de 2003.
- 2003 *Expediente No. 010-2001-AI/TC*. Sentencia del 26 de agosto de 2003.
- 2003 *Expediente No. 0005-2003-AI/TC*. Sentencia del 03 de octubre de 2003.
- 2003 *Expediente No. 0008-2003-AI*. Sentencia del 11 de noviembre de 2003.
- 2004 *Expediente No. 0015-2001-AI/TC*. Sentencia del 29 de enero de 2004.
- 2005 *Expediente No. 549-2004-HC/TC*. Sentencia del 21 de enero de 2005.
- 2005 *Expediente No. 618-2005-HC/TC*. Sentencia del 08 de marzo de 2005.
- 2005 *Expediente No. 0048-2004-PI/TC*. Sentencia del 01 de abril de 2005.
- 2005 *Expediente No. 1417-2005-AA/TC*. Sentencia del 08 de julio de 2005.
- 2005 *Expediente No. 3330-2004-AA/TC*. Sentencia del 11 de julio de 2005.
- 2006 *Expediente No. 0030-2005-PI/TC*. Sentencia del 02 de febrero de 2006.
- 2006 *Expediente No. 05156-2006-PA/TC*. Sentencia del 29 de agosto de 2006.
- 2006 *Expediente No. 0023-2005-PI/TC*. Sentencia del 27 de octubre de 2006.
- 2008 *Expediente No. 6218-2007-PHC/TC*. Sentencia del 17 de enero de 2008.
- 2008 *Expediente No. 5108-2008-PA/TC*. Sentencia del 16 de abril del 2008.
- 2008 *Expediente No. 03744-2007-PHC/TC*. Sentencia del 12 de noviembre de 2008.

- 2010 *Expediente No. 00607-2009-PA/TC*. Sentencia del 15 de marzo de 2010.
- 2010 *Expediente No. 01797-2010-PA/TC*. Sentencia del 15 de noviembre de 2010.
- 2011 *Expediente No. 4235-2010-PHC/TC*. Sentencia del 11 de agosto de 2011.
- 2014 *Expediente No. 05410-2013-PHC/TC*. Sentencia del 18 de marzo de 2014.

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

- 2001 *Expediente (casación) No. 672-2001-LIMA*. Sentencia del 05 de noviembre de 2001.
- 2007 *Expediente (casación) No. 2448-2006-LIMA*. Sentencia del 03 de setiembre de 2007.
- 2008 *Expediente (casación) No. 2541-2007-AYACUCHO*. Sentencia del 30 de enero de 2008.
- 2010 *Expediente (casación) No. 2751-2009-HUANUCO*. Sentencia del 31 de mayo del 2010.
- 2013 *Expediente (casación) No. 364-2001-CAMANA-AREQUIPA*. Sentencia del 02 de diciembre de 2013.
- 2014 *Expediente (casación) No. 2402-2012-LAMBAYEQUE*. Sentencia del 24 de octubre de 2014 (VI Pleno Casatorio Civil).
- 2015 *Expediente (casación) No. 3247-2014-JUNIN*. Sentencia del 09 de setiembre de 2015.
- 2015 *Expediente (casación) No. 3671-2014-LIMA*. Sentencia del 05 de noviembre de 2015 (VII Pleno Casatorio Civil).
- 2015 *Expediente (casación) No. 736-2002-CAÑETE*. Sentencia del 30 de mayo de 2015.
- 2015 *Expediente (casación) No. 1032-2015-HUARA*. Sentencia del 10 de setiembre de 2015.

2019 *Expediente (casación) No. 4693-2016 LIMA*. Sentencia del 03 de mayo de 2019.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

2018 Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil de La Libertad del 30 de noviembre de 2018. Consulta: 20 de diciembre de 2020.

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Pleno-jurisdiccional-distrital-civil-y-procesal-civil-de-La-Libertad-Legis.pe_.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

1992 Sentencia T-459/92 del 03 de abril de 1992.

1993 Sentencia T-550/93 del 30 de noviembre de 1993.

1994 Sentencia T-445/94 del 12 de abril de 1994.

1997 Sentencia T-420/97 del 01 de setiembre de 1997.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1981 Sentencia No. 11/1981 del 08 de abril de 1981.

1982 Sentencia No. 32/1982 del 07 de junio de 1982.

1985 Sentencia No. 53/1985 del 18 de mayo de 1985.

1998 Sentencia No. 232/1998 del 28 de octubre de 1998.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

2005 Auto No. 2005\110292 del 25 de enero de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1997 Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Serie C No. 30. Sentencia del 29 de enero de 1997.

2001 Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001.

2002 Caso Cantos vs. Argentina. Serie C No. 97. Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

2004 Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Serie C No. 111. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

1999 Auto Constitucional No. 085/99 del 24 de agosto de 1999.

2001 Auto Constitucional No. 04/01 de julio del 2001.

ESTADÍSTICAS Y NOTICIAS

PODER JUDICIAL

2019 *Estadísticas de la Corte Suprema de Justicia de la República de los años 2018 y 2019 / Formulario de carga procesal.* Portal web del Poder Judicial.

Consulta: 20 de diciembre de 2020.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8f2711804b38dba0b921fb2f18ba1176/Salas+civiles+2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8f2711804b38dba0b921fb2f18ba1176>

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/191500004508f2d9bade01a4a5d4c4/Salas+Constitucionales+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=191500004508f2d9bade01a4a5d4c4>

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/af92f2804508f2d4bac8fa01a4a5d4c4/Salas+Civiles+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=af92f2804508f2d4bac8fa01a4a5d4c4>

IPSOS APOYO

2020 *Evaluación de la Gestión Pública. Encuesta Nacional Urbana.* Portal web de Ipsos.

Consulta: 20 de diciembre de 2020.

[https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-05/evaluacion de la gestion publica. encuesta nacional urbana ipsos mayo 20 20 1.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-05/evaluacion%20de%20la%20gestion%20publica.%20encuesta%20nacional%20urbana%20ipsos%20mayo%2020%201.pdf)

2019 *Estudio de opinión El Comercio-Ipsos.* Portal web de Ipsos.

Consulta: 20 de diciembre de 2020.

[https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2019-10/opinion data octubre 2019.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2019-10/opinion_data_octubre_2019.pdf)

EXITOSA NOTICIAS

2020 *Álvaro Paz de la Barra indignado porque se revocó la suspensión del cobro del peaje en la Molina.* Consulta 20 de diciembre de 2020.

<https://exitosanoticias.pe/v1/alvaro-paz-de-la-barra-indignado-porque-se-revoco-la-suspension-del-cobro-de-peaje-en-la-molina/>

PERU 21

2020 *Denuncian celeridad sospechosa en apelación Lamsac contra su suspensión del peaje en la Av. Separadora Industrial.* Consulta 20 de diciembre de 2020.

<https://peru21.pe/lima/la-molina-denuncio-celeridad-sospechosa-en-tramite-de-la-apelacion-de-lamsac-contra-suspension-del-cobro-de-peaje-en-la-av-separadora-industrial-nndc-noticia/>

RADIO CAPITAL

2020 *Paz de la Barra tras fallo que reestablece peaje: "El retiro de las garitas tiene que seguir hasta que el TC se pronuncie".* Consulta 20 de diciembre de 2020.

<https://capital.pe/lima/paz-de-la-barra-tras-fallo-que-restablece-peaje-el-retiro-de-las-garitas-tiene-que-seguir-hasta-que-el-tc-se-pronuncie-separadora-industrial-noticia-1245424>

