

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA DEL PERU**

ESCUELA DE POSGRADO



La sumariedad en el proceso de desalojo por
cláusula de allanamiento a futuro

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en
Derecho Procesal que presenta:

Hugo Jurgen Granados Manzaneda

Asesor:

Luis Genaro Alfaro Valverde

Lima, 2022

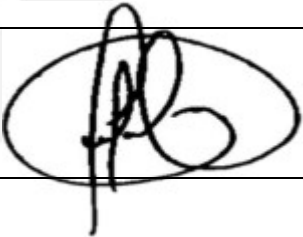
Informe de Similitud

Yo, Alfaro Valverde Luis Genaro, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis La sumariedad en el proceso de desalojo por cláusula de allanamiento a futuro, del autor Granados Manzaneda Hugo Jurgen dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 17%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 14/marzo/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 21 de marzo a las 5:45 am

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Alfaro Valverde, Luis Genaro</u>	
DNI: 40036838	Firma: 
ORCID: 0000-0001-8433-4099	



Este esfuerzo es fruto de la inspiración que es mi hija Noelia. Solo en su alegría y al verla crecer día a día puedo encontrar la explicación a la única fuerza que da sentido a este mundo: el amor.

Dedico también este trabajo a la memoria del doctor Jorge Miguel Miranda García, a quien siempre recuerdo con gratitud y admiración.

Agradezco a mi familia por la fortaleza y cariño que siempre me ha brindado y porque me dieron el regalo más importante que llevo conmigo: me permitieron soñar.



“Ojalá que, más allá de todo, sigan insistiendo. De eso se trata la vida ¿no? De insistir...”

Javier Mascherano.

Resumen

La presente investigación se centra en identificar el rol de la denominada “cláusula de allanamiento a futuro” en el proceso de desalojo como técnica de sumarización insertada por la nueva regulación del artículo 594 del Código Procesal Civil dispuesta por la Ley 30201. También tiene el propósito de analizar su contraste con otras instituciones del derecho procesal como la acumulación procesal, el derecho de defensa y el derecho a la prueba. Para ello, se busca establecer las formas y características que la sumarización de procesos adopta sobre el derecho de contradicción en la doctrina y legislación comparadas, así como analizar la estructura del proceso de desalojo establecida por la Ley 30201 y su aplicación conforme a la judicatura de nuestro país.

La línea de investigación a la que corresponde este trabajo es la establecida como “Tutela jurisdiccional diferenciada y procesos especiales” y el criterio para recoger y seleccionar la información es afín al método histórico –dogmático, con análisis de las instituciones procesales referidas a nivel doctrinario, de legislación comparada y de su aplicación por nuestra judicatura.

Luego de finalizada la misma, se consigue comprobar que el texto establecido en el artículo 594 del Código Procesal Civil, refleja una falta de precisión por parte del legislador en cuanto a la sumariedad aplicada a través de la cláusula de allanamiento a futuro en los contratos de desalojo; asimismo, se ha encontrado que las interpretaciones del artículo 594 del Código Procesal Civil efectuadas por la judicatura otorgan a la referida cláusula de allanamiento a futuro es de distinta naturaleza jurídica, lo que repercute en la efectividad de la decisión final.

Palabras clave: efectividad, sumariedad, autonomía de la voluntad, cláusula de allanamiento, desalojo.

Abstract

This investigation focuses on identifying the role that the rule 594 of the Peruvian Civil Procedure Code -that introduced since 2014 a so-called prospective submission clause for eviction- plays for summary remedies theory and to comprehend its application and influence onto other aspects of procedural law. To fulfill this goal, first we seek to establish the common specialists' consensus regarding how summary remedies should be elaborated, the basis and the accepted ways how fundamental rights, as the right of defense, can be legitimately affected when looking for efficiency; then, we analyze the new structure of the eviction procedure established since the 2014 amendment and the way how the judicial branch applies it in real cases.

This work can be labeled as a research in "Differentiated judicial protection and special procedures" issues, and the criteria for collecting and selecting the information is akin to the historical-dogmatic method, with an analysis of procedural issues in specialists' opinion, comparative law and judicial branch's applying.

Concluding this research, it is possible to assure that the new rule 594 of the Civil Procedure Code represents a regulation lacking of precision about how summary procedures principles should be applied; likewise, it has been found that there is an unclear interpretation of the submission clause for eviction by the judicial branch, which affects its efficiency.

Palabras clave: efficiency, summary remedies, submission clause, eviction.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I: LA TUTELA SUMARIA EN EL DERECHO PROCESAL

1.- TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y GARANTÍAS DEL PROCESO	4
1.1. Sentido de la constitucionalización en el Derecho Procesal	4
1.2. De las garantías procesales a las técnicas procesales.....	13
1.3. Efectividad en el proceso como paradigma de nuevo pensamiento procesal	22
2. TÉCNICA PROCESAL DE SUMARIZACION.....	27
2.1. Nociones de Sumariedad en el Derecho Procesal.....	27
2.2. Sumariedad sobre la cognición	34
2.2.1. Sumariedad y urgencia.....	34
2.2.2. Cognición sumariada del objeto del proceso.....	37
2.3. La simplificación procedimental.....	48

CAPÍTULO II: AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD FRENTE A LA NORMA PROCESAL

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO CIVIL.....	64
1.1. Principio dispositivo y construcción de la teoría del proceso.....	64
1.2. Principio dispositivo en la actualidad del derecho procesal.....	68
2. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE DEFENSA.....	77
2.1. Actos procesales y acuerdos jurídicos procesales.....	77

2.2. Sobre la limitación del derecho de defensa.....	93
2.2.1. Noción y contenido del derecho de defensa.....	93
2.2.2. Noción del contradictorio respecto al derecho de defensa.....	97
2.2.3. ¿Limitaciones o exclusión el contradictorio?	100
3. SOBRE EL ALLANAMIENTO COMO ACTO DE VOLUNTAD EN EL PROCESO	107

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA DENOMINADA CLAUSULA DE ALLANAMIENTO A FUTURO COMO EXPRESION DE SUMARIEDAD

1. PROCESO DE DESALOJO EN EL PERÚ: TUTELA DIFERENCIADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	114
1.1. Precisiones sobre el tratamiento legislativo del contrato de arrendamiento y el proceso de desalojo	114
1.2. Tutela jurisdiccional para el desalojo en el Sistema Procesal Civil peruano.....	124
2. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ALLANAMIENTO INTRODUCIDA POR LA LEY No. 30201 EL SISTEMA PROCESAL PERUANO.....	130
2.1. De la cláusula de allanamiento en la Ley número 30201.....	130
2.1.1. Actividad legislativa respecto de la Ley número 30201.....	131
2.1.2. Naturaleza de cláusula de allanamiento	136
2.2. Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del año 2017.....	149
2.3. Aplicación casuística de la cláusula de allanamiento a futuro en contratos de arrendamiento.....	155
CONCLUSIONES	169
BIBLIOGRAFÍA	172

INTRODUCCIÓN

Desde el siglo XIX en adelante los estudios procesales procuraron la sistematización del conocimiento sobre el proceso, y de ello derivó la tendencia de desarrollar el proceso de cognición ordinaria o plena como respuesta universal para todo tipo de controversia y como preferente modelo procesal. Sin embargo, a la par del proceso de cognición ordinaria se plantearon en la legislación procesal vías jurisdiccionales alternativas que buscaban paliar los posibles efectos nocivos de la demora que implica una discusión jurisdiccional completa y exhaustiva. Ello sucede desde tiempos del derecho romano hasta nuestros días.

Incluso, aun cuando se ha volcado la atención –siempre insuficiente, desafortunadamente- a otros aspectos del Sistema de Administración Justicia, como pueden ser los aspectos económicos y sociales, la sumarización continúa siendo una técnica procesal relevante a la que el legislador recurre a fin de ofrecer opciones acordes a las exigencias impuestas por el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, por lo que resulta importante la reflexión respecto a los intentos legislativos más recientes.

La cognición jurisdiccional, que es mayormente –aunque no solo- un acto intelectual del juez para considerar, analizar y valorar las alegaciones y pruebas producidas por las partes respecto a cuestiones de hecho y derecho, se convierte en técnica procesal vinculada al tratamiento legislativo que se hace del contradictorio y a la construcción de procedimientos según las necesidades de la situación litigiosa, resultando también un elemento del derecho a la tutela efectiva la existencia de un derecho a la cognición adecuada para cada caso.

En el Perú, con la Ley No. 30201, del 28 de mayo del 2014, se dio lugar a la incorporación de un procedimiento especial, dentro del Título III de las Sección Quinta (Procesos Contenciosos) que regula el procedimiento declarativo en vía sumarísima;

ello a partir de la figura de la sentencia de condena a futuro que ya se preveía el artículo 594 del Código Procesal Civil. De dicha nueva regulación se tiene que existe una vía procedimental especial para el desalojo, distinta a la prevista como vía sumarísima, para el caso de contarse con contratos de arrendamiento que hayan estipulado una cláusula de allanamiento previo, suscrita ante notario por ambas partes.

En mérito a dicha “cláusula de allanamiento a futuro”, se presenta una alteración del procedimiento sumarísimo general en el Código Procesal Civil: el objeto de cognición se limita porque el demandado solo en el plazo de seis días, debe acreditar dos situaciones, según la pretensión planteada por el demandante: 1) que el contrato de arrendamiento está aun vigente o 2) la cancelación de la renta adeudada. Vencido ese plazo sin acreditarse ello, el Juez debe ordenar el lanzamiento.

Con ello, además de la limitación de materias de defensas que puedan ser alegadas, se tiene que hay una limitación en cuanto al ofrecimiento de medios probatorios porque, estando a ese plazo perentorio para la defensa (“...dentro del plazo de seis días...”), y al mandato de la norma (“Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, el Juez ordena el lanzamiento...”), se deberá obviar la audiencia prevista en los artículo 554 y siguientes del Código Procesal Civil para los procesos sumarísimos, lo cual también implica que solo puede recurrirse a medios probatorios de actuación inmediata, dejando de lado otros (por ejemplo, la inspección judicial para identificar plenamente el bien).

Esta búsqueda de una decisión sobre el desalojo y el lanzamiento del inmueble en un plazo perentorio se vio además reforzada desde la judicatura por el pleno jurisdiccional nacional civil y procesal del año 2017, en el cual se acordó por mayoría que “No proceden las excepciones y defensas previas planteadas por la parte demandada en el proceso sobre desalojo con contratos de arrendamiento que contengan cláusulas de allanamiento; por ello, el Juez debe declarar de plano su improcedencia”. Esto, en la práctica genera también que el demandante espere un pronunciamiento jurisdiccional definitivo incluso desestimando *in limine* los argumentos de la defensa del demandado.

Sin embargo, si bien resulta necesario recurrir a estos procedimientos especiales y sumarizados, no puede dejarse de lado que la garantía del debido proceso se optimiza en el debate amplio de las posiciones contradictorias. La limitación al contradictorio constituye un mecanismo utilizado por el legislador en muchas partes del mundo, pero no es común que aquella sumarización corresponda a un acuerdo previo entre las partes, como sería lo que ocurre con la cláusula de allanamiento a futuro que debe constar en los contratos de arrendamiento según lo dispone la norma, siendo que al optarse por ello y no por establecer una estructura procedimental especial sumarizada como vía dispuesta por el legislador, la referida cláusula de allanamiento, más que un requisito de procedibilidad hacia un procedimiento especial, pueda recibir una función distinta, afectando los argumentos y medios probatorios que podría efectuar en un eventual proceso pleno.

El objeto de esta investigación, a raíz de la problemática expuesta, será el de analizar la naturaleza jurídica de la denominada cláusula de allanamiento a futuro dentro de la teoría del proceso y su aplicación por la judicatura a partir del mismo. En mérito a ello, se formula la pregunta principal de esta investigación: ¿Permite el artículo 594 del Código Procesal Civil una aplicación correcta de sumariedad en el proceso de desalojo? La respuesta a la misma permitirá establecer no solo los propios alcances de la referida norma como se encuentra consagrada (interpretación judicial), sino también establecer principios o lineamientos que deberían tomarse en cuenta al momento de estructurarse nuevos procedimientos en nuestro país. Para dar respuesta a ello, se elabora la presente investigación que consta de tres capítulos: en el primero, se buscará establecer las formas y características que la sumarización de procesos adopta sobre el derecho de contradicción, tanto en la doctrina como en la legislación comparada; en el segundo, se procurará delimitar los alcances de la autonomía de la voluntad sobre el contenido de las normas procesales; y, en el tercero, se procede analizar la estructura del proceso de desalojo establecida por la Ley 30201 y de su aplicación conforme a la jurisprudencia de nuestro país. Finalmente, se procederá a realizar las conclusiones de esta investigación.

CAPÍTULO I

LA TUTELA SUMARIA EN EL DERECHO PROCESAL

I.- TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y GARANTÍAS DEL PROCESO

1.1. Sentido de la constitucionalización en el Derecho Procesal

Dentro de la imprecisión conceptual que, como fenómeno jurídico rodea al proceso, y partiendo su análisis con una mirada apenas superficial, se le presenta como el método “institucional” –existiendo otros, conocidos como alternativos- que propone el Estado para resolver controversias (Comoglio 2006: p.17). Pero esa caracterización requiere ser precisada, porque el proceso tiene elementos cualitativos que le son inherentes.

Está claro que el proceso no puede comprenderse correctamente sino se le sitúa en el contexto de la función jurisdiccional, en su sentido más amplio, es decir, aquel que responde a las nuevas situaciones y cambios paradigmáticos de su concepción tradicional¹.

Siendo que la función jurisdiccional es una manifestación del poder estatal – específicamente, en una situación concreta, proporcionada por cada conflicto interindividual- el proceso resulta la categoría jurídica mediante la cual se racionaliza su ejercicio como potestad de administrar justicia frente a quienes lo solicitan.

Asimismo, ese sentido garantista de comprenderlo se completa cuando se acepta que el proceso tiene un contenido ético, toda vez que la disciplina jurídica que lo regula no se

¹ En el pensamiento occidental existe una vocación de nuestro tiempo hacia la “Jurisdicción” -como antes la hubo por la Legislación (en la Codificación) o la Administración- que resalta la importancia no solo de la fuente del poder estatal (de quien emana) sino de quien cumple el rol garantista de controlarlo y hasta “flexibilizarlo”, con su adecuación a la realidad histórica y social, por lo que hay una revaloración del momento jurisprudencial del Derecho, lo que ha significado una constatación de mayor espacio para las labores de integración normativa o de control de constitucionalidad por parte de jueces, así como también para el control de la labor administrativa o de su omisión o inactividad (Picardi 2008a: p. 6).

limita a estructurar un complejo normativo de carácter técnico dirigido solo a llegar al fin predeterminado por el legislador –tradicionalmente, la solución de una controversia-, sino que es, a su vez, un espacio en el cual se manifiestan e influyen distintos valores axiológicos autónomos que configuran las denominadas garantías procesales, en el sentido de exigencias mínimas e inderogables con carácter fundamental, que promueven su carácter participativo y justo.

De esta manera, se ha señalado con razón que “uno de los grandes servicios que el procesalista prestó al derecho y a la justicia en las últimas décadas fue la afirmación enérgica del compromiso axiológico de las instituciones procesales: repensó el sentido y la medida de la indiferencia inicial a la que se ve obligado el juez, que en realidad necesita ser iluminado por la visión de los resultados socioeconómicos y políticos a los que su decisión puede conducir”² (Dinamarca 2009: p. 25, volumen I).

Adoptamos la posición doctrinaria que afirma que un “Derecho a la Justicia” es consustancial, por exigencia lógica, a todo tipo de Estado, por lo que existe por sí mismo y es anterior a cualquier canonización positiva. Ello en el sentido que:

“La organización del Poder público de modo que quede garantizada la Justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a recogerlos, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales” (Gonzales 2001: p. 25).

² Traducción libre de: “um dos grandes serviços que o processualista prestou ao direito e à justiça nas últimas décadas foi a enérgica afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da *indiferença inicial* a que obrigado o juiz, o qual na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que a sua decisão poderá conduzir”.

Aun así, desde un punto de vista general, es pacífico el entendimiento respecto a que hubo una marcada transformación en la metodología jurídica a partir de la segunda parte del siglo XX, la misma que repercutió sobre la Teoría General del Derecho y se manifestó sobre el Derecho Constitucional, sobre la teoría de la norma jurídica y sobre la hermenéutica jurídica (Didier 2012: p. 149). Incluso teniendo raíces históricas diferentes a lo sucedido en varios sistemas procesales europeos³ –evidentemente influenciados por la segunda Guerra Mundial- también se presentó el fenómeno de la “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos en los países latinoamericanos, a través de un proceso complejo de cambios, en los cuales, dentro de la revaloración de la Constitución⁴, surge una formulación más consciente y sustancial de nociones como el debido proceso y/o el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, con una posterior adhesión a instrumentos internacionales que también han emergido globalmente⁵.

³ Si bien la constitucionalización del proceso – y, también, del Sistema de Justicia- es más tangible en los países de Europa del Oeste, es débil en varios de los países de Europa del Este aunque existe, por lo menos, un reconocimiento normativo de dicho fenómeno, que se espera logre implementarse e internalizarse en la propia sociedad, operadores jurídicos y los integrantes del servicio de Justicia (Gilles 2014: p. 50).

⁴ Recuérdese que en el Perú, el Tribunal Constitucional ha señalado sobre la Constitución que: “La Constitución es una norma jurídico-política *sui generis*. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir. Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, *prima facie*, una norma *política*. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo. Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma *jurídica*. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema. La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella” (Fundamento 2 de la Sentencia emitida por el Tribunal constitucional en el expediente 00014-2003-AI/TC).

⁵ “Al concluir la Segunda Guerra Mundial comienza la Guerra Fría, que tuvo evidentes repercusiones en Iberoamérica. La división entre potencias antagónicas e ideológicas enfrentadas fue una de las causas del predominio de gobiernos militares en América Latina. Entre los múltiples efectos de la finalización de la Guerra Fría producida en los años ochenta se destaca la inauguración de un escenario favorable para el surgimiento de gobiernos democráticos en Latinoamérica. Los procesos democráticos surgidos en ese contexto generaron dos importantes repercusiones. La primera consistió en la revalorización de los textos constitucionales que mayoritariamente fueron reformulados. Las Constituciones comenzaron a ser entendidas efectivamente como textos claves para la vida democrática de los Estados. La segunda fue la adhesión de los Estados latinoamericanos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Oteiza 2018a: p. 39).

Ello alcanzó, del mismo modo, al estudio del proceso, pues, se aprecia una evolución en su reflexión doctrinaria, que va desde su análisis prevalentemente empírico, como una sucesión de actos necesarios para el ejercicio de derechos, pasando por su sistematización conceptual, con la teorización autónoma de instituciones jurídicas propias⁶, para dar un paso hacia su cuestionamiento frente a la exigencia de respuestas efectivas de tutela a los ciudadanos en una cada vez más evidente divergencia entre el avance del pensamiento procesal y sus resultados prácticos.

Sin embargo, no podría decirse que este cambio de paradigma propuesto por la “constitucionalización” del proceso genere una ruptura total entre su objeto de estudio anterior y el que se plantea en nuestros días, así como tampoco podría entenderse que por la insuficiencia que adolecen las metodologías jurídicas formales devengan ahora inútiles, pues bien será posible que el intérprete, en algunos casos, con toda razón, limite su análisis al texto normativo procesal, en su estructura formal sin recurrir al análisis de los valores axiológicos en conflicto (Cappelletti 2010b:p. 53). Es palpable, también que “las garantías constitucionales han derivado estrictamente de núcleos conceptuales que ya se hallaban presentes en la elaboración de la cultura procesalística, aunque no habían sido completamente desarrollados en cuanto al aspecto de su efectividad” (Comoglio 2017; pp. 65 y 66).

Cobra por ello relevancia la noción del proceso como fenómeno cultural, implícito a su naturaleza institucional y, sobre todo, el hecho de encontrarse históricamente condicionado. Las propias investigaciones iniciales sobre el proceso –desde las alemanas del siglo XVI en adelante y las propias italianas de las primeras décadas del

⁶ Para Dinamarco, existen tres fases metodológicas en la historia del proceso civil: sincrética, autónoma y de instrumentalidad (2010: p. 124, Volumen II); y, para Montero, por su parte, se deben tener en cuatro fases: de la práctica forense, del procedimentalismo, del derecho procesal y del derecho jurisdiccional (2010: p. 11, volumen I). No puede entenderse, sin embargo, que es solo a partir del inicio de la llamada “etapa científica del derecho procesal” –desde la última parte del siglo XIX, con la *Prozessrechtswissenschaft*- que hay estudios de la materia. Así, el propio término “proceso” ya es de uso, en contraposición a la noción de mero “juicio”, en obras como la de Giovanni Altusio, en el siglo XVI, en su obra “*Dicaeocritica*” (parte de la *Dicaeologica*), en la que ya reflexionaba sobre temas procesales como: i) sujetos del proceso (*personae*: con distinción entre *iudex* y litigantes, con análisis de la competencia, continencia y conexión) y ii) objeto del proceso (respecto de la *quaestio*: con análisis de *actio* y *exceptio* y forma) (Picardi 2008b: p. 34).

siglo XX- han recurrido a una reflexión metodológica que nunca pudo desligarse de la búsqueda de una reivindicación o redescubrimiento de una identidad cultural -por ejemplo, en el clásico debate sobre germanismo o romanismo de las instituciones procesales- y aun superadas esas iniciales disquisiciones en versiones historicistas totalizadoras⁷.

En ese sentido, la nueva etapa del derecho procesal a la que hicimos referencia incluye la atención puesta en otras perspectivas que alcanzan al sistema de justicia en su conjunto, como organización a cargo del Estado y que sobrepasa el análisis teórico del proceso y su sistemática. Así, se ha señalado que:

“Incluso un análisis superficial de la situación en los principales sistemas procesales ‘occidentales’ demuestra la existencia de una necesidad común, con una contradicción común: la necesidad de administrar justicia con rapidez, eficiencia y eficacia; la contradicción de que esta necesidad debe ser satisfecha en un contexto que ha salido (si es que se ha salido...) de una devastadora crisis económica mundial y en todo caso con recursos cada vez más escasos incluso en los ordenamientos jurídicos que han sufrido de forma menos dolorosa esta crisis o que han podido reaccionar mejor”⁸ (Lupoi 2018: p. 6).

Las garantías procesales a las que se hizo referencia, en principio, pueden ser entendidas como todo instrumento o mecanismo técnico-jurídico, que esté en capacidad de convertir un derecho permanente reconocido o atribuido en abstracto por las normas, en

⁷ “En efecto, toda **colectividad** humana, grande o pequeña, inscrita o no sobre un territorio con contornos precisos, tiende a desarrollar la propia tradición jurídica: de ello deriva que infinita fue la variedad de las formas y de las aplicaciones. Y en esta dirección no puede entonces no ponerse el problema de la multiformidad de las experiencias jurídicas y de su imposible *reductio ad unitatem*, operación que, en cambio, es presupuesta y requerida por el debate sobre romanismo y germanismo en el proceso como fue tradicionalmente definido” (Chizzini 2013: p.199).

⁸ Traducción libre de “Un’analisi anche superficiale della situazione nei principali ordinamenti processuali “occidentali” dimostra l’esistenza di una comune esigenza, con una comune contraddizione: l’esigenza quella di amministrare giustizia in modo rapido, efficiente ed efficace; la contraddizione che tale esigenza deve essere soddisfatta in un contesto uscito (se pur ancora uscito...) da una devastante crisi economica globale e comunque con risorse sempre più scarse anche negli ordinamenti che tale crisi hanno subito in modo meno doloroso o alla quale hanno saputo reagire meglio”.

un derecho efectivamente protegido en concreto y, por tanto, susceptible de plena actuación o reintegración siempre que resulte violado (Comoglio 2008: p. 17).

Antes que construcciones netamente jurídicas, debe tenerse en cuenta que la mayoría de estas garantías devienen, hoy en día, en nociones con carga histórico-política (Denti 2004: p. 71) y es posible reconocer un núcleo esencial de principios irrenunciables para la Administración de Justicia, los cuales pueden determinarse en algunas líneas básicas. Un sector de la doctrina se refiere a concepto de principios de la *natural justice* o derecho natural procesal civil que sería aquel que resulta intrínseco a la naturaleza humana. Por ello, en cada actuación jurisdiccional se debe establecer un proceso en el cual el juez no tenga interés en el resultado (*nemo iudex in re sua*); en el cual el juez no pueda iniciarlo por sí mismo (*nemo iudex sine actore*); en el cual está suficientemente garantizada la posibilidad de defensa de las partes (*auditur et altera pars*); en el cual el juez juzga el caso recurriendo a los cánones previamente constituidos y no actuando arbitrariamente (*jura novit curia*)” (Guasp 1997: p. 55).

También se consideran como garantías propias de la *natural justice* que la decisión del juez considere solamente los argumentos presentados por las partes y que la misma se extienda específicamente a aquello que fue pedido (*ne eat iudex ultra petita e alligata partium*); y que el juez procure afectar los intereses de las partes solamente después de propiciado el contradictorio (*nemo indautirs damnari potest*) (Comoglio 2008: p. 15).

De la propia revisión de la enunciación de esas garantías, resulta claro que existe un decidido reparo respecto a que el concepto del “Derecho de Justicia” incluye una aspiración de llegar a una decisión lo más correcta posible. Así, por ejemplo, la doctrina italiana, al analizar la fórmula del artículo 111 de la Constitución italiana, que contiene el enunciado de la noción de proceso justo en dicho ordenamiento jurídico, ha señalado que su análisis no puede excluir el vínculo de sus elementos componentes con la justicia (Chiarlioni 2013: pp. 177 y 178).

Las garantías, entonces, no pueden presentarse solo como aspectos de tipo estructural que refuerzan desde el exterior la estabilidad y la oponibilidad de los principios y de los derechos garantizados frente a cualquier poder ordinario del Estado, así como su preferente inmutabilidad en el tiempo, lo que sucede, por ejemplo, con la rigidez de las normas constitucionales y las reservas de la ley. En ese caso, se estaría hablando de garantías en sentido formal o estático. Pero, de la denominación adoptada y de su configuración normativa, no puede perderse de vista la naturaleza funcional y dinámica que deben tener como fundamento del servicio de justicia. (Comoglio 2008: pp. 17-18).

Entonces, si bien se manifiestan las garantías como reconocimiento de la posibilidad (derecho) otorgada a los ciudadanos de solicitar al poder público la solución de sus conflictos, los cuales no pueden resolver por sí mismos atendiendo a la prohibición de autotutela, no se puede perder de vista el cómo el Estado cumple con ese fin (Garberi 2009: p. 116).

Estas garantías procesales se encuentran reunidas bajo diversas denominaciones, entre ellas, el “debido proceso” y el “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, lo que permite que se presenten como conceptos firmes, pero en constante evolución.

Las nociones más conocidas se manifiestan con evidente evolución histórica:

- a) El debido proceso constituye una noción originada en el *common law*, mencionada por los constitucionalistas ingleses a partir del apartado XXIX de la Carta Magna de 1215, que establecía la prohibición de afectar los derechos de los ciudadanos sin justificación en “el juzgamiento legítimo de sus pares” o por la “*law of the land*”, concepto último que fue equiparado al de “debido proceso”, como expresión de restricción al soberano, pensamiento que influenció la Enmienda V de la Constitución estadounidense. Sobre esta noción se entiende que incluye el denominado *procedural due process*, por obra de Sir Edward Coke, en sus

comentarios a los estatutos ingleses recogidos en su obra *Institutes of the Laws of England*: (Orth 2003: p.8)⁹.

b) El Derecho a la Tutela Jurisdiccional -o Judicial- efectiva resulta noción propia del derecho español, pero que ha irradiado a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Constituye el derecho de toda persona a que le sea hecha justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas (Gonzales 2001: p. 33).

En el ámbito normativo, para nuestra región, se ha entendido que el artículo 8 de la Convención Americana es un el eje de transformación del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, fijándose los parámetros mínimos de las garantías procesales cuando señala que debe garantizarse el derecho a ser oído por un tribunal, independiente, competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, dentro de un plazo razonable, para la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Oteiza 2018a: p. 41).

Así, se entiende que constituyen derechos continentes de otros, que deben también ser protegidos, a fin de encontrar una coordinación entre la efectividad de los medios procesales de acción y defensa para postular el proceso, para permitir el desenvolvimiento dinámico del mismo y para obtener realmente aquello que se pretende. Sin embargo, aunque se refieren al mismo fenómeno, estas garantías se manifiestan en una evidente abstracción y heterogeneidad por lo que pueden cumplir diferentes objetivos y, más allá de las definiciones antes mencionadas, es necesario entender algunas características de las mismas¹⁰.

⁹ Asimismo, este es, tradicionalmente, un concepto flexible. Así, en el caso *Murray vs Lessee*, decidido en 1856, siguiendo el parecer del Juez Benjamin R. Curtis, la Corte Suprema de Estados Unidos, manifestó dos componentes del *procedural due process*: i) que implica, generalmente, un demandante, un demandado, un Juez, alegaciones regulares oportunidad de contestarlas, y un juicio acorde a reglas preestablecidas; y, ii) el concepto de debido proceso no es una verdad universal (Eberle 1987: p. 341).

¹⁰ En el Perú, ambos conceptos se encuentran contenidos en la Constitución Política, cuando en el inciso 3 del artículo 139 se señala que es un principio de la función jurisdiccional la observancia del debido

A veces, mediante una visión política, cumplen con un objetivo reivindicatorio en favor de los derechos fundamentales ejercidos por el privado frente al poder estatal, por la cual en el proceso se presentan determinados principios como la independencia e imparcialidad del juez, del acceso a la justicia, de la posibilidad de ejercer la defensa o el deber de motivación. Pero sucede también que las garantías pueden corresponder a la visión del proceso como instrumento que asegure una rápida y satisfactoria solución de las controversias que pueda contribuir a la circulación de la riqueza, con el funcionamiento del mercado y con la protección de la propiedad, del crédito, entre otras; función conocida como económica, que se expresa en garantías propias de la eficiencia y funcionalidad del proceso, como a su duración razonable y la efectividad en la ejecución de las sentencias (Taruffo 2009: pp. 66 y 67.).

Entendemos que esta convergencia dinámica de exigencias al proceso, se reúne y explica en el fenómeno de la “constitucionalización del derecho procesal”. Las primeras reflexiones al respecto, se dirigieron a saber si los códigos procesales y leyes complementarias reglamentan la garantía de Justicia y al pensamiento democrático de la Constitución¹¹. En adelante hay un gran componente del cambio metodológico en el pensamiento procesal y se encuentra en el reexamen que se efectúa del sistema procesal y de los institutos procesales bajo la égida de la Constitución, en cuanto impone

proceso y la tutela jurisdiccional. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que existe una convivencia de ambas nociones, explicando que *“mientras la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”* (fundamento 6 de la sentencia emitida en el expediente 8123-2005-HC/TC).

¹¹ Así, concluye Couture en su estudio “Las garantías constitucionales del proceso civil”, publicado en 1948, sobre este vínculo que: El problema del derecho procesal es, pues, el problema de sus leyes. Cuanto tienda a hacer que ellas sean fidelísimas normas reglamentarias de la Constitución significa acercar el problema de la justicia hacia su solución. (...) la tesis que cada uno de los institutos del proceso civil, aun aquellos aparentemente más pequeños, significa el desenvolvimiento de un precepto constitucional, expuesta ampliamente a lo largo de este trabajo, no significa una idea totalmente nueva ni un plan político a desenvolver en el futuro. Significa una elemental apreciación dogmática del derecho vigente y una observación directa de la realidad actual. Esta doctrina contribuye, naturalmente, a dar a todo el derecho procesal civil una coloración política, institucional, que no es frecuente en los libros que nos son familiares. Esta rama, que por tanto tiempo fue considerada el simple menester de la rutina forense es, en sí misma, el instrumento más directo de realización de la justicia (2010b: p. 67).

padrones de política jurisdiccional que deben reconocerse y aceptarse (Dinamarco 2009: pp. 194 y ss, volumen I). Debe precisarse que es un cambio metodológico, y aunque siempre debe recurrirse a las instituciones procesales formadas desde mucho tiempo atrás –piénsese, por ejemplo, en las nociones procesales de acción o en la de cosa juzgada- no es extraño que se deba recurrir a una nueva lectura que los haga acorde a valores constitucionales.

1.2. De las garantías procesales a las técnicas procesales

Entonces, ¿cómo opera el proceso bajo la influencia del constitucionalismo? En principio podría afirmarse que mientras el derecho sustancial es un sistema de normas dirigidas a resolver conflictos de intereses contrapuestos, determinando los intereses prevalentes a través de la previsión de poderes, deberes y facultades, el derecho procesal está constituido, en cambio, por un sistema de normas que disciplinan estructuras (procesales) más o menos complejas, dirigidas a garantizar que la norma sustancial sea actuada también en la hipótesis de la falta de cooperación espontánea (Proto 2006: p. 4).

Sin embargo, las relaciones entre derecho material y derecho procesal no se agotan en esta instrumentalidad, en el sentido de que el segundo solo puede existir como vía predeterminada para la actuación del primero. Antes bien, esa noción, que ya fue en su momento entendida como una expresión de autonomía en el sentido de distanciamiento y neutralidad del proceso frente a su objeto material¹², progresa hacia una relación de interdependencia, pues, como lo señala la doctrina, en un ordenamiento jurídico en el que se prohíbe la autotutela, el derecho material tampoco podría existir plenamente sin vías que garanticen su cumplimiento (Proto 2006: p. 4.).

El derecho procesal no solo se limita, entonces, a elaborar, de forma arbitraria, una estructura procesal en razón de normas procesales predeterminadas, sino que, en la

¹² Esta postura crítica sobre la neutralidad del proceso en mérito a la ideología racionalista ha sido explicada y desarrollada por la doctrina brasileña (Silva 2005: p. 147).

interpretación e integración de las mismas, utiliza principios generales propios que permiten su aplicación con sujeción a una orientación de política jurisdiccional.

Como lo señala De la Oliva Santos, los principios son:

(I)deas y reglas que constituyen *puntos de partida* para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el muy preciso sentido de poseer una virtualidad *originaria* (...) determinando que los procesos sean sustancialmente lo que son (...). [Estos principios, pues, se encuentran abocados a dos necesidades] “En primer lugar, la de superar de verdad una situación o ‘justicia privada’, para lo que ha de darse satisfacción a unos pocos criterios que concretan aspiraciones de justicia universalmente sentidas. En segundo lugar, la de ajustar máximamente el instrumento procesal a la finalidad de tutelar *eficazmente* los diversos tipos de derechos subjetivos y las muy diferentes parcelas del Derecho objetivo (2012: p. 20).

Si bien existe mucha imprecisión respecto a qué se debe entender por principio procesal, por ser esta una noción innegablemente polisémica¹³, parece más útil superar su caracterización como simple elemento descriptivo de los lineamientos más representativos de un determinado cuerpo normativo y tenerla como una herramienta práctica de hermenéutica jurídica, sobre todo en cuanto a su interacción con las reglas normativas, cuya aplicación rígida pueda llevar a situaciones poco razonables¹⁴.

¹³ Siguiendo a Carrió, Oteiza encuentra hasta once acepciones de la palabra principio en el ámbito jurídico (Oteiza 2018b: p. 20).

¹⁴ Téngase presente, por ejemplo, en el ámbito argentino, la existencia de una cultura procesal muy dada a las construcciones “pretorianas” a cargo de la jurisprudencia, como pueden ser: “la medida autosatisfactiva, el recurso indiferente, la reposición *in extremis*, la llamada tutela anticipatoria, la medida cautelar innovativa, la medida conminatoria, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, el llamado recurso ad infinitum entre tantos otros. Tales creaciones han venido a reforzar –por vía pretoriana, aunque muchas de ellas ya tienen sanción legislativa- el cúmulo de potestades de los tribunales civiles nativos; contribuyendo a proporcionar una respuesta al interrogante de rigor ¿‘qué hacer’? que aqueja al juez en la soledad de su despacho cuando se le presenta una situación diferente no contemplada por el catálogo de respuestas jurídicas habituales” (Peyrano 2000: pp. 29 y 30).

La cuestión más relevante de la relación entre derecho material y derecho procesal tiene que ver con la efectividad de lo decidido en el proceso, pues como se ha señalado doctrinariamente, no basta con conceder a los interesados la posibilidad de acceder a la tutela jurisdiccional a través del proceso, sino que deben establecerse las técnicas procesales concretas que resulten idóneas para que sus posiciones de ventaja sean protegidas en la práctica (Ricci 2015: p. 17).

El pensamiento procesal se enfocó en el reconocimiento del binomio derecho material-proceso como una noción clave para comprender las formas efectivas en las que la función jurisdiccional debe ejercerse en el Estado Constitucional¹⁵. Así, resaltando la inevitable influencia del primero (derecho material) sobre el segundo (proceso) se descubre la necesidad de que a cada tutela jurídica que otorgue y regule el ordenamiento jurídico (función) le corresponda una técnica procesal (estructura) que le permita satisfacerla plena y oportunamente. Ello, en conjunto, constituye la efectividad reclamada para la solución de cualquier conflicto y, es por ello, también, que el análisis del proceso puede hacerse desde esas dos perspectivas: la función que se busca cumplir y la estructura ideada -y seguida- para ello.

En esa línea, aun las posturas doctrinarias más entusiastas con una visión garantista y conceptual del proceso ("garantismo" como metodología de su estudio), reconocen la importancia de una estructura procedimental como elemento de tecnificación mecanicista y adjetiva con aspiraciones axiológicas, a fin de conseguir que esas nociones no conformen solamente una realidad conceptual, inaplicable en la práctica, carente de lógica y sentido técnico (Lorca 2011: p. 41).

¹⁵ Por Estado Constitucional debe entenderse "organización política ya típica de los Estados Unidos desde su fundación, pero que ha terminado por imponerse en Europa y Latinoamérica precisamente después de la Segunda Guerra Mundial. Cabe señalar que el Estado constitucional se caracteriza por tres rasgos distintivos: constituciones rígidas modificables por la ley ordinaria solo con la mayoría reforzada; tribunales constitucionales que anulan o al menos inaplican las leyes contrarias a la Constitución; y, en esencia procesos de irradiación de los principios constitucionales en todo el derecho de un país" (Barberis 2015: p. 19)

El proceso, pues, constituye un contexto jurídico peculiar que se muestra, por tanto, diferente al desarrollo de otras funciones estatales, contexto formado y limitado por un caso en concreto y en un sentido único, como una actividad cualificada que responde a las exigencias de la jurisdicción, la misma que solo puede manifestarse procedimentalmente (Cappelletti 2010a: p. 113). Como ha señalado la doctrina, el procedimiento es una figura de combinación de actos, los mismos que están ligados entre sí hacia la producción de un efecto jurídico unitario, por lo que se identifican como una serie o sucesión temporal y predeterminada de actos, entre los que existe también un vínculo de necesidad jurídica, en el sentido de que el cumplimiento de uno es indispensable para que exista el supuesto que da lugar al otro (Denti 2004: p. 161).

De ahí que, resulta indivisible el binomio proceso/procedimiento, lo cual contradice anteriores tentativas teóricas por separarlos completamente, las mismas que llegaron, incluso, a suprimir este último en la teoría del proceso por considerarlo un dato vetusto cuando no sin relevancia. En ese sentido, entiende Marinoni que toda definición del proceso debe incluir al procedimiento (parcela de realidad), porque desde la perspectiva abstracta (como ley o módulo legal) o en el plano dinámico (secuencia de actos), ese también adquiere compromiso con la jurisdicción (fines) y con los derechos de los ciudadanos (2008: p. 417)¹⁶. Ello siempre dentro de la nueva perspectiva impuesta por el contexto jurídico venido con el reconocimiento de la dignidad humana y las garantías procesales como categorías fundamentales. Entonces, con razón se ha afirmado que:

Esta nueva dimensión alcanzada por el procedimiento se deriva del derecho del demandante a la protección jurisdiccional efectiva y del deber del juez de

¹⁶ Marinoni explica esa tendencia señalando que: “El procedimiento, antes considerado mero rito hacia la realización judicial del derecho, dejó de tener importancia cuando los juristas pasaron a preocuparse por la autonomía del derecho procesal. Cuando surgen las teorías del proceso fundadas en el derecho público, como la teoría de la relación jurídica procesal, el concepto de proceso se desligó de la figura del procedimiento, que entonces fue visto como mera forma, sin interferir sobre la realización del fin del proceso, que sería la de la actuación de la voluntad de la ley” (2008: p. 417, volumen I). Traducción libre de: “O procedimento, antes considerado mero rito voltado à realização judicial do direito, deixou de ter importância quando os juristas passaram a se preocupar com a autonomia do direito processual. Quando surgem as teorias do processo fundadas no direito público, como a teoria da relação jurídica processual, a conceituação do processo se desligou da figura do procedimento, que então foi visto como mera forma, sem interferir sobre a realização do fim do processo, que seria o da atuação da vontade da lei”.

proteger los derechos o brindar la protección jurisdiccional adecuada al caso específico. Es decir, además de que el proceso ya no está ligado a la función limitada de dar efecto a la ley -de acuerdo con el principio de legalidad del derecho liberal-, la importancia del procedimiento para el ejercicio de la jurisdicción o para que la jurisdicción cumpla con el rol que le reserva el Estado Constitucional¹⁷ (Marinoni 2008; p. 404, volumen I).

De esta manera, en cuanto al proceso, se advierte que constituye, en ese binomio con el procedimiento, una línea directriz de carácter sustantivo, comprometida actualmente con la realidad constitucional, apoyada en el sistema de garantías que se debe ofrecer al ciudadano. Si el proceso es el pensamiento elaborado, el procedimiento es la palabra que lo expresa.

También ha sido afirmado por Morello y Quevedo que el proceso, incluso, constituye un instrumento o técnica de la teoría procesal, obtenido a partir de otros conceptos contruidos sobre la base de la observación del devenir concreto de la actividad judicial cotidiana, para conocer, por sus causas, los fenómenos vinculados con la actividad deservuelta para otorgar justicia en la sociedad, lo cual cumple el rol de base segura para asentar la aplicación de las reglas jurídicas (2004: p. 205). En esa línea de pensamiento, el procedimiento cumpliría una tarea relevante para el derecho procesal, aplicando en la práctica el concepto del proceso.

De lo expuesto en cuanto al binomio proceso/procedimiento, surgen dos consecuencias. Por un lado, se desprende que el proceso, como elemento conceptual antes que práctico, califica al procedimiento, e influye sobre él, por lo que los elementos culturales que toma en consideración, los fines que persigue y que orientan su formación, alcanzan a aquel. Por consiguiente, el procedimiento no puede permanecer neutro o indiferente

¹⁷ Traducción libre de: “Essa nova dimensão alcançada pelo procedimento decorre do direito do autor à tutela jurisdiccional efetiva e do dever do juiz de dar proteção aos direitos ou de prestar a tutela jurisdiccional adequada ao caso concreto. Ou seja, *além de o processo não estar mais preso à limitada função de dar atuação à lei –nos moldes do princípio da legalidade do direito liberal-, tornou-se visível a importância do procedimento para o exercício da jurisdição ou para que a jurisdição possa cumprir o papel que a ela foi reservado pelo Estado Constitucional*”.

frente a las exigencias de la jurisdicción y de la propia noción de proceso, y no cumple su rol simplemente garantizado la participación de las partes en el debate procesal sino resultando idóneo para que las partes puedan utilizarlo y obtener efectiva tutela de los derechos de conformidad al derecho sustancial según el caso concreto. En esa línea, por ejemplo, es distinto el procedimiento que concretiza solamente el derecho de la parte de influir sobre el convencimiento del juez del procedimiento adecuado a la tutela del derecho material y del caso concreto; ello, en cuanto el procedimiento no solo debe permitir la simple intervención (formal) de la parte, predispuesta por la norma en abstracto, sino una participación concreta y efectiva, según las propias circunstancias del caso en concreto.

Por otro lado, esa conclusión implica un cambio de perspectiva del conocimiento del derecho procesal, desde que el proceso, como categoría conceptual, no continuaría siendo el objeto del estudio procesal, sino un instrumento de esa ciencia para comprender el fenómeno de la administración de justicia, lo cual está relacionado con la regulación normativa procedimental previa y el desarrollo práctico posterior. De allí la propia metodología que se aplica al proceso deja el ámbito dogmático para proyectarse más allá de esos límites jurídicos y procurar extender su influencia en el ámbito práctico.

Para eso, se debe recurrir a la técnica procesal, como enlace entre teoría y práctica. Como fue indicado por Bedaque:

El proceso es el método estatal de resolución de conflictos verificados en el ámbito del derecho material. Al regularlo, el legislador busca establecer los medios que permitan que este instrumento alcance su finalidad mayor. Intente encontrar los mecanismos más eficientes. Crea, en fin, la técnica procesal, la cual debe ser concebida a la luz de los principios que rigen el ordenamiento

jurídico del país, especialmente los de carácter constitucional¹⁸ (2008: pp. 72 y 73).

El aspecto formal del proceso se encuentra definido por el formalismo entendido, en un sentido no peyorativo, como el orden coordinado de las formalidades, de los poderes, facultades y deberes de las partes y del Juez, buscando la obtención de sus fines. Sobre este concepto se ha dicho que supera la forma individual de los actos procesales, y es “más extenso e inclusive indispensable, al implicar la totalidad formal del proceso, comprendiendo no solo la forma, o las formalidades, sino especialmente la delimitación de los *poderes, facultades y deberes* de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso, con miras a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales” (Oliveira 2007: p. 31).

Pero, el formalismo no consigue establecer esa orden de una forma lineal o simplemente deductiva porque se manifiestan diversos conflictos entre los valores jurídicos. Es preciso, entonces, que el sistema procesal se erija con equilibrio entre exigencias, incluso antagónicas, pues conviven normas tendientes a agilizarlo y a ralentizar su marcha, en búsqueda de ponderación (Marinoni 2008: p. 145). Por ello, se ha concluido en la doctrina que “para la mejora del sistema y para que este pueda cumplir adecuadamente sus funciones en los planos social, político y jurídico, es necesario tener conciencia cabal de todos sus fines, (...) lo que obviamente no debe llevar a desestimar las preocupaciones sobre la técnica procesal sino a enriquecerla con los datos así obtenidos”¹⁹ (Dinamarco 2009: p. 141, volumen I).

¹⁸ Traducción libre de: *Processo é o método estatal de solução das crises verificadas no plano do direito material. Ao regulamentá-lo, o legislador procura estabelecer os médios destinados a possibilitar que esse instrumento atinja seu escopo maior. Tenta encontrar os mecanismos mais eficientes. Cria, enfim, a técnica processual, que deve ser concebida à luz dos princípios que regem o sistema jurídico do país, especialmente aqueles de natureza constitucional.*

¹⁹ Traducción libre de: “(...) para o aprimoramento do sistema e para que ele possa cumprir adequadamente suas funções no plano social, no político e no jurídico, é preciso ter consciência integral de todos seus escopos, (...) o que obviamente não deve conduzir a afastar as preocupações pela técnica processual mas a enriquecê-la com os dados assim obtidos.”

De esa manera, el orden sobre la formalidad y la actuación de las partes, precisa de medios y elementos idóneos para producir resultados útiles a sus fines. Generalmente, para alcanzarlos el legislador establece un conjunto de reglas que rigen el procedimiento y deben ser observadas por los sujetos procesales, las cuales constituyen la técnica procesal (Bedaque 2008; p. 80).

Sin embargo, se puede encontrar en la doctrina una concepción más amplia de técnica jurídica procesal. Así, Podetti entendía por técnica procesal el conjunto de procedimientos idóneos para la realización del proceso, desde la elaboración y formulación de las normas y su conocimiento, hasta su interpretación. De esa forma, ha afirmado el profesor argentino que existe una técnica en la elaboración de la norma procesal, una técnica para la interpretación de la norma procesal y una técnica para la enseñanza del derecho procesal (1963: p. 303).

La técnica procesal, pues, debe entenderse, también, desde la idea de tutela de los derechos; y es que, superada la prohibición de referirse a la tutela de los derechos como fin de la función jurisdiccional, y retomada la cuestión de la tutela jurisdiccional desde una perspectiva del usuario de los servicios jurisdiccionales, pueden entenderse que algunos de los institutos procesales constituyen elementos para obtener la satisfacción del derecho sustancial. En ese sentido, "los procedimientos, las sentencias, los medios de ejecución y la posibilidad de anticipación son técnicas para la prestación de la adecuada tutela de los derechos"²⁰ (Marinoni 2010: p.31).

En la expresión de la función jurisdiccional, pues, existe la necesidad de establecer un equilibrio razonado entre diferentes exigencias (justicia o seguridad, contradictorio amplio o celeridad, etc.) y, con ello, surgen dos grandes objetivos: por un lado, conferir la seguridad al instrumento, garantizando una absoluta igualdad de tratamiento a las partes; y, por otro lado, garantizar que a través de la tutela jurisdiccional, en la medida

²⁰ Traducción libre de: "os procedimentos, as sentenças, os meios de execução e a possibilidade de antecipação são técnicas para a prestação da adequada tutela dos direitos"

de lo posible, otorgue al reclamante una respuesta lo más acorde posible a la actuación espontánea del derecho sustancial (Bedaque 2008: p. 77).

De esa manera, la técnica procesal se forma desde las diversas construcciones dogmáticas elaboradas con el fin de entender la fenomenología del proceso, pero orientadas para un aspecto dinámico, influyendo en el desarrollo del procedimiento. Se piensa, entonces, en la técnica de la cognición judicial, la técnica del contradictorio, la técnica da cosa juzgada, entre otras. Esas técnicas no solo permiten preestablecer la actividad a ser desarrollada en el proceso (en la función legislativa), sino también permite comprender ese desarrollo de actividades a fin de integrarlo y lo dirige de la forma más conveniente para lograr sus fines.

Después de esa aproximación conceptual, debemos realizar ciertas precisiones. Por un lado, la referida técnica procesal parte de la elaboración de las normas procesales, pero también se manifiesta en los comportamientos de los destinatarios de estas; por lo que, en el ámbito legislativo, acaba promoviendo una selección de los argumentos más convincentes, razón por la que incluso puede dejar de adoptar algunos con coherencia analítica para enfocarse en los que promuevan una mayor practicidad de los resultados. Con eso, la técnica procesal permite, entonces, el examen de la problemática del proceso desde un “cúmulo de formulaciones integrales, extraídas sistemáticamente de la experiencia forense, que permitan a todo y cualquier operador procesal el poder de intervenir de forma planificada en los hechos en juicio”²¹ (Costa 2012: p. 68).

Por otro lado, la técnica procesal se manifiesta a través de la actividad normativa preestablecida, pero también a través de la labor del juzgador, como un recurso vinculado a su entendimiento y comprensión de la normativa procesal para poder aplicarla. Las normas se presentan como elementos conceptuales que describen la fenomenología del proceso, sin embargo, su principal valor se encuentra en que permiten su aplicación según sus fines, más en un contexto donde se plantea una

²¹ Traducción libre de: *acúmulo de formulações compreensivas, sistematicamente extraídas da experiência forense, que permitem a todo e qualquer operador processual o poder de interferir planejadamente nos acontecimentos em juízo*”.

complejidad en las normas procesales frente a las tendencias del derecho sustantivo que deben hacer efectivo y las garantías y valores que deben estar presentes en su cotidiano ejercicio.

Con lo hasta aquí expuesto, se ha encontrado que la constitucionalización del proceso debe entenderse no solo como la presencia de garantías estáticas, que deben permanecer inalterables en la norma procesal para estatuir un debido proceso ideal sino que, en mérito a la nueva perspectiva del proceso, como instrumento de protección del ciudadano con contenido ético y cualitativo, debe desarrollarse una técnica procesal – palpable a través del procedimiento- que permita la convivencia dinámica de todos los valores y principios que permitan efectividad de la tutela jurisdiccional.

1.3. Efectividad en el proceso como paradigma del nuevo pensamiento procesal

En esa misma línea de la búsqueda de la efectividad en las relaciones de derecho material y procesal surge la denominada tutela jurisdiccional diferenciada, que resulta un concepto de difícil precisión. La expresión surgió como una noción poco recordada de Cappelletti al analizar el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, cuando trataba sobre los instrumentos jurisdiccionales integrantes de los procesos enmarcados dentro de lo que denominó “la justicia constitucional de la libertad”; siendo que en dicho análisis criticaba la poca precisión de las versiones francesa e italiana de dicho artículo que se referían a un “*droit à un recours effectif*” y de un “*diritto ad un’effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali*”, con las que si bien se hace referencia a la garantía de efectividad en el contexto del proceso, se calla respecto a la importancia de las formas de tutela de los derechos afectados, lo que sí reconocía en las fórmulas inglesa y alemana, que se referían a “*right to an effective remedy*” y “*Recht auf wirksamen Rechtsschutz*”, resaltando dicho autor, entonces, la estrecha correlación entre estructura del derecho y forma de tutela procesal (Trocker 2015: p. 447).

Este enfoque habría sido apreciado también por los tribunales supranacionales europeos que han cuestionado a los estados miembros sobre la idoneidad de remedios e institutos predeterminados para proteger convenientemente determinados derechos, llegándoles a indicar el tipo y forma de tutela que deberían otorgar. Posteriormente, la expresión vendría a ser utilizada de forma distinta: “En la cultura procesal civilista la expresión ‘tutela jurisdiccional diferenciada’ vendrá utilizada en una acepción diversa, referida a la diferenciación de ritos, o a la protección procesalmente diferenciada y no a las formas de tutela”²² (Trocker 2015: p. 449).

Así, la lección tradicional de Proto Pisani que, dentro de la tutela jurisdiccional diferenciada, inicialmente, consideraba tanto la proliferación de procesos de cognición ordinaria según las necesidades de las situaciones sustanciales controvertidas (como en el proceso de trabajo italiano) como la existencia de formas típicas de tutela sumaria:

“una cosa es la tutela jurisdiccional diferenciada donde por tal término se entienda la predisposición de varios procedimientos con pleno y exhaustivo conocimiento, algunos de los cuales se modelan en la particularidad de cada situación sustancial controvertida: sobre la legitimidad (y pertinencia) de la prestación de una tutela diferenciada de tal especie con referencia al conflicto laboral, tuve la oportunidad de entretenerme en 1973 en un extenso artículo (...) otra cosa es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde este término significa la preparación de formas típicas de protección sumaria (cognitiva o incluso puramente ejecutiva): para quienes no están adscritos a los misterios sagrados del proceso civil, la distinción tal vez pueda parecer bizantina, pero no lo es en absoluto, y es de gran importancia donde se quiera desarrollar un discurso técnicamente correcto (y por tanto políticamente utilizable desde una perspectiva de reforma)”²³ (2003: p. 229).

²² Traducción libre de: “Nella cultura processualcivilistica, l’espressione ‘tutela giurisdizionale differenziata’ verrà usata in un’accezione diversa, riferita alla differenziazione dei riti, ovvero alla protezione processualmente differenziata e non alle forme di tutela”.

²³ Traducción libre de: una cosa è la tutela giurisdizionale differenziata, ove con tale termine si intenda la predisposizione di più procedimenti a cognizione piena ed esauriente, taluni dei quali modellati sulla particolarità delle singole situazioni sostanziali controverse: sulla legittimità (ed opportunità) della

Aunque, posteriormente, parece haberse enfocado más en los procesos sumarios. De ese modo, debe tenerse en cuenta su reflexión sobre la denominada tutela diferenciada en procesos ordinarios:

5. Diferenciación, en consecuencia, de los procesos de cognición plena, pero no en consideración de las situaciones jurídicas controvertidas (relaciones de trabajo, relaciones societarias, cuestionamiento de decretos que imponen una sanción administrativa, relaciones de arrendamiento, etc.) sino más bien en base a la distinción transversal entre controversias complejas y controversias que no resulten ser tales en concreto. Abandono en consecuencia de la diferenciación de ritos de cognición plena en consideración de la peculiaridad sustancial de la controversia, y previsión de un único rito destinado a diferenciaciones en cuanto a modalidades de desarrollo de la fase preparatoria según la complejidad o no de controversia declarada en concreto por el juez, previo contradictorio, el término de la primera audiencia de disertación (Proto 2014: p. 179).

Es innegable la presencia de esta categoría en un contexto de difusión de reformas sociales propia de los fines de la década de los sesenta en Italia, que daban cuenta de algunas categorías de derechos o sujetos titulares de los mismos que requerían –incluso– una pérdida de neutralidad en las normas procesales que permitan restablecer un equilibrio en sus situaciones sustanciales (Lupo 2018: p. 175). Desde un punto de vista teórico, la tutela jurisdiccional diferenciada podría ser entendida como “aquella variada protección que otorgan los órganos jurisdiccionales a través de un conjunto de instrumentos y técnicas procesales alternativas que, valorando la naturaleza peculiar de

previsione di una tutela differenziata di tale specie con riferimento alle controversie in materia di lavoro io ebbi occasione di intrattenermi nel 1973 in un lungo articolo (...) altra cosa è la tutela giurisdizionale differenziata, ove con tale termine si intenda la predisposizione di forme tipiche di tutela sommaria (cognitiva o anche meramente esecutiva)): per chi non è addetto ai sacri misteri della procedura civile la distinzione può forse apparire bizantina, ma non lo è affatto, ed ha una grandissima importanza ove si voglia svolgere un discorso tecnicamente corretto (e quindi politicamente utilizzabile in una prospettiva di riforma)”.

los derechos y las circunstancias que se presentan en su afectación, adecuan el procedimiento para procurar una prestación jurisdiccional efectiva y oportuna” (Granados 2008: p. 49).

Pero esa identificación de la técnica procesal con la situación jurídica material existente en la pretensión planteada no resulta algo novedoso, sino que -aun de forma deficiente- se encuentra en las codificaciones procesales más tradicionales, expresado en alguna tutela sumaria o en los procesos especiales, que son legislados desde antigua data.

Siendo así, ¿dicha noción agrega algo más a la técnica procesal? Parece que la noción de tutela jurisdiccional diferenciada ayuda, en principio, en el ámbito teórico. Ello en cuanto permite revalorar, desde el énfasis en el principio de efectividad, la lección de Chiovenda sobre la importancia de evitar el daño a la parte reclamante que tiene la razón por mantenerse su situación tal como se encontraba en la postulación, lo cual también da lugar a la noción de “adecuación” en la prestación jurisdiccional, por la que se ha señalado que debe existir “una relación empírica entre el medio adecuado para un fin, ya que el medio debe ser capaz de llevar a realización el fin” (Oliveira 2008: p. 220). Recuérdese que, en cuanto al principio de efectividad, se ha señalado que:

La exigencia de tutela puede considerarse implícitamente reconocido en el mismo principio de efectividad que caracteriza a un sistema determinado. Un ordenamiento que se dice que es efectivo no solo cuando está formalmente vigente, es decir, colocado (*positus*) de conformidad con las reglas que gobiernan la producción del derecho (reglas sobre las fuentes de producción), sino cuando encuentra correspondencia concreta en el realidad económico-social, esto es, en los hechos, como comúnmente se dice, en el seno que los comportamientos, individuales y colectivos, y a estos (al menos en general) se adaptan espontáneamente o en todo caso son medidas operativas de tipo

coercitivo que consiguen esa adaptación o introducen resultados 'sustitutos'”

²⁴ (Di Majo 2003: pp. 1 y 2, volumen 3)

La doctrina ha señalado cómo las formas de las tutelas genéricas en el derecho material fueron la de restitución y del resarcimiento, que responden a una lógica de “pertenencia”, mayormente acorde al ámbito del derecho de propiedad, como reparto de intereses ya asignados que buscan defenderse y, al no poderse realizar plenamente, se presenta la posibilidad una compensación de la pérdida, pero aquellas pueden resultar insuficientes cuando se es titular de situaciones que requieren la imposición de nuevos órdenes o conductas (Di Majo 2003: p. 50 , volumen 3).

Y eso nos lleva a una conclusión respecto a la efectividad y la técnica procesal: la tutela diferenciada no implica, por sí misma, una innovación de las técnicas procesales que pueden conocerse, sino un replanteamiento de las mismas, sobre todo en cuanto a las medidas sumarias y a la tutela de condena²⁵. Entonces, la efectividad a la que aspiran las garantías del proceso deben encontrarse mayormente en técnicas ya revisadas por el Derecho procesal, lo que hace necesario su entendimiento.

Tampoco debe olvidarse que “efectividad” no puede entenderse como tempestividad irracional o arbitraria para emitir decisiones jurisdiccionales, a cualquier costo. Frente a la necesidad de pronunciamientos que procuren evitar por su demora excesiva, existen nociones procesales que dan cuenta de criterios racionales para determinar el actuar jurisdiccional y su extensión temporal, la misma que no puede suprimirse totalmente.

Así, la noción de economía procesal, catalogada como regla metodológica, responde, desde el lado técnico, a una búsqueda de que la estructura interna del proceso y la

²⁴ Traducción libre de: “L’esigenza di tutela può considerarsi implicitamente riconosciuta nello stesso principio di effettività che caratterizza un determinato ordinamento. Un ordinamento dicessi effettivo non solo quando è formalmente in vigore e cioè posto (positus) in conformità delle regole che presiedono alla produzione del diritto (regole sulle fonti di produzione) ma quando trova concreta rispondenza nella realtà economico-sociale, e cioè nei fatti, come volgarmente si dice, nel seno che i comportamenti, singoli e collettivi, ad esso (almeno nella generalità) spontaneamente si adeguano o comunque sono operanti misure di tipo coercitivo che quell’adeguamento realizzano o introducono risultati ‘sostitutivi’ di esso”.

²⁵ Así también Lupoi 2018: p. 176.

actuación de los sujetos procesales favorezca el ahorro de actividades y esfuerzos, con la racionalización de técnicas de aceleración y concentración de actos (Denti 2004: p. 85), pero siempre en un sentido de eficiencia, con un análisis de utilidad y de esencialidad de las actuaciones procesales, con un ejercicio de ponderación casuístico. A su vez, superada una visión en exceso publicista del proceso y del cuidado del interés público en el eficiente uso de recursos sobre otros aspectos del fenómeno procesal, se presenta una concepción favorable a quien procura la tutela jurisdiccional, la misma que da lugar a la noción de derecho al plazo razonable en la duración del proceso, el mismo que resulta una valoración cronológica del proceso, caso por caso, teniendo en cuenta diversos aspectos, no solo como la duración global o las peculiaridades estructurales de cada procedimiento individual, sino también la complejidad de las causas y la misma conducta dilatoria de los sujetos procesales. (Comoglio 2004: p. 86).

La efectividad de la tutela jurisdiccional, que es exigencia también del Estado constitucional de Derecho, responde, entonces, siempre e innegablemente a criterios racionales de ponderación complejos que, entre otras atinencias, deben incluir la participación de los sujetos procesales y respeto de derechos fundamentales, no existiendo una alguna noción o definición de la misma que pueda asegurarla de forma enunciativa, sin el recurso de técnicas procesales determinadas.

2. TÉCNICA PROCESAL DE SUMARIZACION

2.1. Nociones de sumariedad en el Derecho Procesal

En nuestra región, la aproximación a la sumariedad se da principalmente a través del proceso cautelar y, con ello, no es extraño que en razón a la urgencia de solución que demandan ciertas situaciones jurídicas, las principales tipologías de tutela sumaria se encuentran elaboradas en mérito al grado de verosimilitud del derecho que sea posible encontrar.

Sin embargo, esa aproximación merece alguna precaución, toda vez que, frente a la presencia de un proceso de cognición ordinaria, se han contrapuesto en el pensamiento

procesal otros proveimientos distintos a la ejecución y a la provisionalidad cautelar. Así, aun cuando se tiene por ordinaria la existencia de un binomio cognición-ejecución en la tutela de los derechos, que mantiene ese orden a fin de permitir el esclarecimiento de los fundamentos de la demanda antes de su materialización mediante la actuación del juzgador, no se excluye que haya situaciones en las que se permita dejar de lado o diferir la cognición para empezar con la ejecución, con un cambio de la relación lógico temporal.

Entiéndase así, por ejemplo, que existen distintas técnicas que, identificadas con la sumariedad, propugnan la formación anticipada de títulos ejecutivos, aunque sean provisionales (Arieta 2010: p. 6, volumen X), siendo que en estos casos se buscaría conseguir llegar a la ejecución forzada, con los efectos atribuidos por la norma o que pueden ser conferidos a la valoración que hace el juzgador sobre las defensas deducidas por el demandado²⁶.

En una lección de gran arraigo en nuestra región, se ha señalado, pues, que los motivos por los cuales puede acudir a la tutela sumaria en general son principalmente tres: a) la exigencia de economía en los procesos, es decir, evitar el costo del proceso de cognición plena cuando este no se encuentre justificado por una contestación efectiva; b) la exigencia de evitar el abuso del derecho de defensa (de los instrumentos de garantía previstos para el proceso de cognición plena) de parte del demandado que no

²⁶ Como lo explica Calamandrei en su libro *Il Procedimento Monitorio nella legislazione italiana*: “Nuestra doctrina se refiere, en cuanto a estas formas especiales, a ‘declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva’: pero no en el sentido, entiéndase bien, de que estos procesos sean ya, por sí mismos, inicio de ejecución (ya que ejecución no hay sin aquel título ejecutivo que es el producto y el resultado final de estos procesos), sino en el sentido de que estos procesos especiales de cognición resultan particularmente idóneos para construir con celeridad el título ejecutivo, sin el cual el acreedor no puede dar principio a la verdadera y propia ejecución. ‘Predominante función ejecutiva’, significa entonces que, en estos procesos, *predomina sobre la función de declaración de certeza la función de preparación del título ejecutivo*” (2019: p. 12, volumen IX). Traducción libre de: “La nostra dottrina parla, per queste speciali forme, di ‘accertamenti con prevalente funzione esecutiva’: ma non nel senso, intendiamo bene, che questi processi siano già, essi stessi, inizio di esecuzione (ché esecuzione non si dà senza quel titolo esecutivo, che di questi processi è il prodotto e il risultato finale); sebbene nel senso che questi processi di cognizione sono particolarmente idonei a costruire con celerità il titolo esecutivo, senza il quale il creditore non può dare inizio alla vera e propria esecuzione. ‘Prevalente funzione esecutiva’, significa dunque che questi processi *prevalere alla funzione di accertamento la funzione di preparazione del titolo esecutivo*”.

tiene razón; y, c) La exigencia de efectividad de la tutela cada vez que la misma se vea comprometida por el tiempo consumido por proceso de cognición plena (Proto 2006: p. 548).

Y ello no es una idea nacida en estos días, sino que ya se presentaba desde mucho tiempo atrás, sobre todo en períodos en los que existía un contexto con mayor libertad para determinar los derechos ligados a una economía naciente y desprovista de un Estado centralista que la regulara, como era ya el Medioevo²⁷. Recuérdese, por ejemplo, que la letra de cambio ya existía para finales del siglo XIII (Scarselli 1989: p. 27).

No resulta difícil reconocer que ello no solo puede ser aplicado por un motivo de urgencia calificada, sino que también en el caso de los objetos simples o simplificados, en los que nos encontramos ante situaciones o controversias que tienen, como de su denominación se infiere, una suerte de sencillez²⁸.

La lección inicial fundante sobre la sumariedad resulta la de Briegleb, que en 1859 entendía precisamente la existencia de procesos sumarios “determinados”, que son los que cuentan con una cognición sumariada, en cuanto es incompleta en algún aspecto, y los procesos sumarios “indeterminados”, en cuanto la cognición es inalterable, pero se opera sobre la extensión estructural del procedimiento (Scarselli 1989: p. 231), siendo que esta clasificación parece vigente aun hoy, como lo ha entendido la doctrina, que

²⁷ “Por otra parte, en ese momento, como ya se ha señalado, existían todos los requisitos para la realización de tal proyecto: el enorme poder que tenía la burguesía dentro de la comuna medioeval, la posibilidad de dotarse de estatutos y crear jurisdicciones propias; la ausencia de un poder público que pudiera entorpecer de manera incisiva el desarrollo del sistema además de la ausencia casi total de principios públicos o constitucionales que deban ser respetados en cada caso” (Scarselli 1989: pp. 14 y 15). Traducción libre de: “Vi erano d'altronde in quell'epoca, come già sottolineato, tutti i presupposti per la realizzazione di un tale progetto: l'enorme potere che la borghesia aveva all'interno del comune, la possibilità di darsi degli statuti e di crearsi delle giurisdizioni proprie; l'assenza di un potere pubblico che potesse incisivamente ostacolare lo sviluppo del sistema oltre alla pressoché totale assenza di principio pubblici o costituzionali che andassero in ogni caso rispettati”.

²⁸ Es una lección clásica de Fairen Guillén que en el derecho medioeval “en un principio, los juicios ‘sumarios’ civiles, se aplicaron por cuatro razones, determinantes a su vez de la casuística en que se abrió la vía para ellos; *ratione parva quantitatis*; *ratione parvii prejudicii*; *ratione urgentia necessitatis* y *ratione miserabilium personarum*; pero paulatinamente, su ámbito se fue ampliando” (Fairen 1953: p. 46).

señala que la “sumariedad del proceso” se debe o a una sumarización de la cognición o a una simplificación del procedimiento²⁹.

Así, podríamos ensayar dos precisiones sobre la sumariedad:

- 1) La idea que se tiene de sumariedad en el ámbito procesal, reúne diversos conceptos, a veces de lo más heterogéneos entre sí, en cuanto hay la costumbre de identificarlos en torno a una contraposición a la cognición ordinaria o plena (Tiscini 2010: p. 1). Se incluye dentro de la sumariedad, usualmente, también, a los procedimientos que denoten una propensión a la flexibilidad o desautorización del formalismo. Es más, debe tenerse en cuenta que esta indeterminación se genera porque tanto las nociones de cognición plena y cognición sumaria son contextuales, en cuanto depende del momento histórico en que se aprecien (Caponi 2010: p.3.); además, no puede dejarse de lado el hecho de que en muchas regiones existe una necesidad de unificar el análisis de sistemas procesales en mérito a la integración política regional que se presenta, dando lugar a la incorporación de distintas categorías en conjuntos afines³⁰.

²⁹ Así, por ejemplo: Arieta (2010: p. 5, volumen X); Carrata (2012: p.26) y, Perez (2017: p. 141). En contra de esta posición abaricante, se ha señalado “Con esta exposición, se aprecia claramente el error de MITTERMEIER, reuniendo a procesos sumarios y a procedimientos abreviados o rápidos; error en él, pero proveniente de confusas regulaciones y exposiciones doctrinales de siglos atrás. BRIEGLEB, que somete a dura crítica a MITTERMAIER, distingue por dos diversas pautas a los juicios realmente sumarios y a los simplemente acelerados, con respecto a los ordinarios. Los procedimientos rápidos se diferencian del ordinario simplemente por su forma; en tanto que los sumarios, lo son por el contenido. La base de la confusión estaba en que las formas de unos y otros pasaron en muchas ocasiones a ser las mismas, pero profundizando algo más sobre este punto emerge clara la diferencia: la forma específica – acelerada por lo regular- de los sumarios, depende de que se trate de un camino específico para obtener una finalidad específica, a fin de alcanzar la cual es precisa la citada forma especial; pero en los procedimientos rápidos –plenarios-, su forma específica – también acelerada – se justifica sin necesidad de que tengan una finalidad diversa de la que se quisiera obtener por medio del procedimiento declarativo ordinario”. (Fairen 1953: p. 55).

³⁰ Sobre la sumariedad en la perspectiva europea, por ejemplo, se ha señalado: “Respetando esta impostación, la definición propuesta abraza, además de procedimientos sumarios, procesos especiales de cognición plena *procédure d’urgence a jour fixe* en la experiencia francesa; *fast track* en la experiencia inglesa; *juicio verbal* en la experiencia española. Abraza también los procedimientos y las sentencias contumaciales: *jugement par défaut, judgment by default, Versäumnisurteil*” (Caponi 2010: p. 7). Traducción libre de: Rispettando questa impostazione, la definizione proposta abbraccia, oltre ai procedimenti sommari, processi speciali a cognizione piena: *procédure d’urgence a jour fixe* nell’esperienza francese; *fast track* nell’esperienza inglese; *juicio verbal* nell’esperienza spagnola. Abbraccia poi anche i procedimenti e le sentenze contumaciali: *jugement par défaut, judgment by default, Versäumnisurteil*”.

Pero, como ya la señalamos a propósito de la noción de tutela diferenciada³¹, deberíamos contextualizar la noción de sumariedad en el pensamiento procesal.

¿Solo podríamos hablar de urgencia – y, por tanto- en medio de la constitucionalización actual del Derecho? La respuesta sería negativa desde ya. Solo para recordar ello podemos recordar dos lecciones históricas relevantes.

Por un lado, la sumariedad en sí, es una técnica a la que se recurre desde mucho antes de los primeros esbozos de la teoría del proceso, partiendo de una mera contraposición a la denominada cognición ordinaria. Ya en la Edad Media, cuando no existía aun un poder político central, en sociedades democrático-oligarcas, con total autonomía y una clase muy dominante, se generó una necesidad de fórmulas aceleradas de tutela, sobre todo, en el ámbito comercial (Scarselli 1989: pp. 14 y ss.). En aquellos tiempos ya se encuentran presentes: i) procesos documentales-ejecutivos, utilizando la popularidad de la clase notarial ii) el valor de la confesión y contumacia en el propio proceso de cognición ordinaria; iii) la creación de una tutela sumaria, en sentido estricto procedimental, como la *Clementina Saepe contingit*. Siendo que no es ya común que aquella sumariedad corresponda a un acuerdo previo entre las partes, como sí era posible en los procedimientos regulados en la Baja Edad Media, antes de la aparición de los primeros Estados absolutos o principescos (Scarselli 1989: pp. 12 y ss.).

Por otro lado, no puede enervarse la lección de Fairen Guillén, que da amplia cuenta de medios ofrecidos en el derecho romano para acelerar el reconocimiento de la deuda en documentos condicionales. Así, señalaba que ya en el derecho romano: i) había un aligeramiento o disminución de presupuestos exigidos a la fundamentación de demanda o del ataque por medio de la misma, ii) y se procedía facilitando el éxito de la demanda por exclusión o limitación de alegaciones procesales o derecho de defensa: y iii) se recurría a la creación de presunciones para facilitar la dirección de la prueba (2006: p.47).

³¹ Ver punto 1.3. de este mismo capítulo.

2) No siempre los procesos especiales recurren a la sumariedad de la cognición y esto porque que no hay una correlación entre cognición y *accertamento*, que constituyen dos planos distintos de análisis: de medio y resultado³². En mérito de ello, se tiene que se encuentra la dificultad de distinguir entre procedimientos con cognición sumaria, procedimientos con tratamiento de causa acelerada y proceso de cognición especial, sobre todo en cuanto las finalidades tradicionales de la tutela sumaria se les puede agregar la función de declarar un derecho. Así, se ha explicado que:

“La dificultad de la distinción radica en el hecho de que, con frecuencia, los modelos simples de tratamiento y los procesos especiales de cognición combinan la función de determinar definitivamente quién tiene razón y quién no entre las partes, propósitos adicionales que son en todo o en parte también comunes a los procedimientos sumarios: economía de juicios, urgencia de proveer, neutralización del abuso del proceso”³³ (Caponi 2010: p. 6).

Preferimos el entendimiento de la doctrina italiana que se centra precisamente en sumariedad desde un punto de vista la actividad procedimental antes que solo de los resultados de la cognición. Esta posición doctrinal la encontramos representada por dos autores, cuyas clasificaciones son las siguientes:

Para Carrata debe entenderse la sumariedad en dos planos (2012: p. 27 y 28)

- a) Procesos sumarios como simplificación de las formas procesales, refiriéndose a la simplificación que incida sobre el resultado final de la cognición.

³² “El sustantivo ‘accertamento’ en oposición a ‘cognición’ significa claramente, incluso desde un punto de vista puramente etimológico, la adquisición de ‘certeza’ sobre la situación jurídica en disputa, independientemente de las modalidades (*quomodo*) a través de las cuales se llega a una situación similar resultado y de la eficacia del proveído” (Carrata 2012: p. 280). Traducción libre de: “il sostantivo ‘accertamento’ contrapposto a ‘cognizione’ sta chiaramente ad intendere, anche da un punto di vista meramente etimologico, l’acquisizione della ‘certezza’ in ordine alla situazione giuridica controversa, a prescindere dalle modalità (dal quomodo) attraverso le quali si perviene ad un simile risultato e dall’efficacia del provvedimento”.

³³ Traducción libre de: “La difficoltà della distinzione risiede nel fatto che frequentemente i modelli di trattazione semplici e i processi speciali di cognizione abbinano alla funzione di accertare definitivamente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, finalità ulteriori che sono in tutto o in parte comuni anche ai procedimenti sommari: economia dei giudizi, l’urgenza del provvedere, neutralizzazione dell’abuso del processo”.

- b) Procesos sumarios como cognición cualitativa o cuantitativamente reducida:
 - b.1. Cognición sumaria por no tener instrucción, cuando solo se consideran elementos de admisibilidad, sin *accertamento* de hechos.
 - b.2. Cognición sumaria con instrucción parcial, esto es, que hay *accertamento*, pero solo de los hechos constitutivos de la demanda.
 - b.3. Cognición sumaria con instrucción desformalizada.

Para Taruffo (2009: 276), la limitación al contradictorio constituye un mecanismo utilizado por el legislador en muchas partes del mundo, mediante procedimientos que se presentan:

- a) sin contradictorio previo.
- b) con contradicción pero sin verdadera fase instructiva.
- c) en falta de contradictorio o de determinación de los hechos de la controversia.

Consideramos que esta aproximación puede ayudar a que la identificación o clasificación de la sumariedad no recaiga sobre los resultados o sobre una presunta “calidad” de la cognición, como sucede en algunas nociones sobre las categorías de juicio de verosimilitud o juicio de probabilidad. Esto porque si bien se ha dado lugar siempre a la lección de Calamandrei respecto a la verosimilitud del derecho como elemento de las providencias sumarias, como son las cautelares; ello no solo es una lección más en el pensamiento italiano, sino que además ha recibido cuestionamientos en, por lo menos, dos direcciones (Taruffo 2005: p. 505). Así, por un lado, se ha señalado que existiría un uso equivocado del término, en cuanto verosimilitud, antes que una probabilidad de certeza, constituye una noción más cercana a la máxima de experiencia, en la voz *id quod plerumque accidit* o, mejor dicho, aquello que se refiere a la normalidad de las cosas. Por otro lado, existiría una contravención a la idea de una valoración racional de la prueba, en cuanto a que nociones referentes a como el juzgador interpreta la prueba subjetivamente, como pueden ser las propias máximas de la experiencia, han venido siendo cuestionadas

en pos de un entendimiento del juicio de hecho desde un punto de vista objetivo y controlable, denominado como valoración racional de la prueba³⁴.

Entonces, como se ha señalado “‘probabilidad’ vendría a ser equivalente a una suerte de ‘prueba débil’ o de *probatio inferior* o algo parecido igualmente indeterminado. Está claro, sin embargo, que así se cae en una generalidad tal que solo puede generar equívocos. Aparte del hecho de que ‘probabilidad’ designa propiamente el *grado* de confirmación de una hipótesis (con independencia de cómo se haya establecido, es decir, prescindiendo de la teoría de la probabilidad que se adopte) y, por tanto, también un giro elevado o muy elevado de confirmación, queda absolutamente indeterminado *cuándo* –es decir, por debajo de qué grado de confirmación- se daría la situación de la prueba débil” (Taruffo 2005: p. 504).

2.2. Sumariedad sobre la cognición

2.2.1. Sumariedad y urgencia

El tiempo es un elemento que resulta un componente ineludible del proceso, que es esencialmente diacrónico, no solo en el sentido que este tiene una dimensión temporal que le impone una elección para la organización de las actividades procedimentales, sino también llega a ser un fundamento más de su contenido axiológico. Sin embargo, existe otra perspectiva del tiempo sobre el proceso (“proceso en el tiempo”), que se

³⁴ “En efecto, a priori, no se excluye que también un procedimiento sumario en el *modus procedendi* puede dar lugar, en la práctica, a un esclarecimiento completo y exhaustivo de los hechos del caso, apuntando, sin embargo, que esta eventualidad no implica que el procedimiento pierde su carácter sumario y pase a ser de cognición plena, ya que con ello se confundirían dos planos diferentes. Desde este punto de vista, a efectos de calificación, solo sería relevante el examen de los efectos y de la función de la disposición en cuestión: en esta perspectiva, por lo tanto, una medida cautelar sigue siendo “sumaria” incluso si conduce a un esclarecimiento en profundidad de los hechos, en razón de su función”. (Lupoi 2018: p. 198). Traducción libre de: “Non si esclude, in effetti, a priori che anche un procedimento sommario nel *modus procedendi* possa dar vita, in concreto, a un accertamento completo ed esauriente dei fatti di causa, affermando, per, che questa eventualità non implichi che il procedimento perda la sua natura sommaria e diventi a cognizione piena, poiché in questo modo si confonderebbero due piani diversi⁵⁸. Da questo punto di vista, ai fini qualificatori, rilevarebbe solo l’esame degli effetti e della funzione del provvedimento in esame: in tale ottica, dunque, un provvedimento cautelare rimane “sommario” anche se conduce a un accertamento approfondito dei fatti, in ragione della sua funzione”.

centra en la problemática de la utilidad misma de este instrumento jurisdiccional hacia la efectividad en la realidad. Así, se ha señalado que:

“El tema tratado hasta ahora involucra el problema del tiempo como dimensión diacrónica del proceso, como elemento estructural del propio proceso. Ergo: el tiempo (visto) al interior del proceso, el tiempo en el proceso. Sin embargo, hay otro ángulo desde el cual se debe observar (y estudiar) la relación entre proceso y tiempo. Ya no es el que mira al tiempo que opera dentro del proceso, al tiempo que gobierna el fluir del hecho procesal y la realidad externa a él; entre proceso y realidad jurídica, en perenne e imparable devenir también durante la pendencia del proceso. El objeto de observación e investigación ya no es el tiempo en el proceso, sino el proceso a lo largo del tiempo”³⁵ (Andolina 2009: p. 260).

La denominación de tutela urgente o de urgencia es la que se establece para calificar aquel grupo de proveimientos que utilizan sumariedad a fin de poder tutelar adecuadamente un interés o un derecho sobre el que existe un peligro relacionado a la demora y que no puede esperar una cognición plena para recibir la prestación jurisdiccional, por existir la posibilidad que, de hacerlo, esta resulte inútil.

La aproximación más conocida a la sumariedad viene a través de la tutela cautelar. Pero, la cognición sumaria, como técnica procesal, puede utilizarse en diversas situaciones y no solo para el aseguramiento de una decisión final. El carácter de urgencia ha sido siempre considerado en atención a la tutela cautelar, que está relacionada con la necesidad de una respuesta inmediata a un peligro sobre el proceso y su efectividad, pero no cuando el peligro recae sobre la situación propia del solicitante porque, en este supuesto, lo necesario no es asegurar una situación determinada que

³⁵ Traducción libre de: “Il tema fin qui trattato investe il problema del tempo quale dimensione diacronica del processo, quale elemento esso stesso strutturale del processo. Ergo: il tempo (visto) all’interno del processo, il tempo nel processo. V’è un’altra angolazione, però, dalla quale va osservato (e studiato) il rapporto tra processo e tempo. Non più quella che guarda al tempo operante all’interno del processo, al tempo che governa il fluire della vicenda processuale e realtà ad essa esterna; tra processo e realtà giuridica, in perenne inarrestabile divenire anche durante la pendenza del processo. Oggetto di osservazione e de indagine, non è più il tempo nel processo, quanto –piuttosto- il processo nel tempo”.

restrinja diferentes conductas o variaciones, sino acelerar la prestación de la tutela, lo que puede significar satisfacer la pretensión en forma anticipada, ya sea en forma provisional o en forma definitiva.

La urgencia, en sí, viene a ser una noción que se ha enmarcado dentro de la tutela sumaria en general, la misma que se fue formando desde el Medioevo, pero nunca en un solo sentido o con un único contenido, teniendo claramente diferenciados dos conceptos: el *damnum irreparabile* y el *periculum in mora*. En aquel tiempo, se distinguía un tipo de peligro que no consistía tanto en la demora de la sentencia de fondo (peligro en la demora), sino en que persista el estado de insatisfacción de la pretensión hasta que se obtenga (daño irreparable). Ello se ha explicado así:

En las hipótesis en que se tutelaba sobre la base del *periculum in mora* se cumplía una de las condiciones que determinaron la sumarización procedimental en el derecho medioeval: la disminución del tiempo necesario a la obtención de la tutela satisfactiva, eliminando del procedimiento ordinario todas las formalidades tornadas inútiles; al contrario, en los casos de protección contra el *damnum irreparabile*, la tutela se orientaba en el sentido de otorgar una garantía jurisdiccional ante un estado de emergencia, surgido en razón de circunstancias extraordinarias y que permitían que se protegiese el derecho sin que la providencia judicial lo realizase anticipadamente (Silva 1993: p. 25).

Sin embargo, ambos tipos de “peligro” se fueron mezclando en una sola categoría pese a que el primero se relacionaba a un estado de urgencia, y exigiendo una satisfacción del interés inmediato, y el otro solo como una expresión de economía procesal; pasando a entenderse la tutela cautelar como remedio general contra la morosidad del procedimiento ordinario en general. Pese a ello, no debe perderse de vista que la tutela cautelar tiene por fin solo asegurar la posibilidad de que un derecho sea disfrutado, pero no en ese momento, siendo que la tutela que satisface un derecho, aunque este fundada

en un juicio solo de apariencia, es satisfactiva sumaria, la cual no tiene que ver con la cautelar.

Así, junto a esta tradicional necesidad de aceleración por el peligro en la demora, se tiene también, cada vez con mayor frecuencia, la reflexión respecto a evitar los efectos que puede sufrir el demandante que tiene razón al tener que soportar la carga impuesta de esperar la culminación del proceso a fin de disfrutar totalmente de su derecho.

Desde ya cabe indicar una condición de esta categoría: entendemos que no solo se debe otorgar tutela sumaria (cautelar o no cautelar) por la urgencia, entendida como el peligro inminente de un daño, sino también debido a que puede presentarse una situación dentro del proceso que deviene en injusta y que lleva a que se recurra a técnicas de anticipación de los efectos pretendidos³⁶.

2.2.2. Cognición sumarizada del objeto del proceso

Corresponde analizar la función y estructura procesales de la tutela sumaria y cómo en ello participa la cognición como técnica procesal, indicando desde ya que no existe una sola función ni una sola estructura de las medidas sumarias, por lo que las mismas encuentran varias formas que hacen difícil una clasificación sistematizada.

³⁶ “La técnica anticipatoria permite que se de tratamiento diferenciado a los derechos evidentes y a los derechos que corren riesgo de lesión. El derecho que puede ser evidenciado de plano exige una tutela inmediata y el legislador responde a tal necesidad haciendo viable la anticipación cuando, evidenciado el derecho, la defensa es ejercida con abuso. En el caso de riesgo de lesión, la tutela anticipatoria se funda en la probabilidad de la existencia del derecho y en el fundado recelo de un daño irreparable o de difícil reparación. (...) La tutela anticipatoria produce el efecto que solamente podría ser producido al final. Un efecto que, obviamente, no deja de ser una eficacia que tiene la misma calidad de la eficacia de la sentencia. La tutela anticipatoria permite que se realicen anticipadamente las consecuencias concretas de la sentencia de mérito. Esas consecuencias concretas pueden ser identificadas con los efectos externos de la sentencia, o sea, con aquellos efectos que operan fuera del proceso y en el ámbito de las relaciones de derecho material”. Traducción libre de: “A técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (...) A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito, que óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material”. (MARINONI 2010: pp. 42-43).

En cuanto a la función de la tutela sumaria podría señalarse que, en principio, está vinculada con la efectividad, con lo que debería descartarse que esta tutela busque solo un *accertamento* o esclarecimiento de los hechos, como lo hace la vía de cognición ordinaria.

Por ello, la tutela que recurre a una cognición sumaria agrupa diversas medidas que solo procuran una intervención precautoria y provisional frente a la posible lesión del derecho o interés y aquellas que buscan anticipar satisfactivamente la pretensión del sujeto: tutela sumaria cuatelar y tutela sumaria no cautelares.

En cuanto a la estructura, debe recordarse que la sentencia es el acto final de la instancia³⁷, y si bien es un acto procesal regulado por normas jurídicas de dicha naturaleza, su contenido decisorio tiene como base la emisión de un juicio, que no es completamente una actividad jurídica. Quizás es “la motivación” la actividad jurídica más reconocida sobre dicho acto procesal; sin embargo, su corte eminentemente justificatorio –antes que descriptivo– nos lleva a reconocer que, a la decisión, como acto de la mente humana, le incumben actividades no solo de razonamiento jurídico sino de otros ámbitos del conocimiento. La atención brindada antes a la filosofía por la comunidad jurídica y, más recientemente, hacia los avances de la neurociencia o hacia otros campos de la ciencia, como la Psicología del pensamiento³⁸, da cuenta de esa realidad.

¿Cómo entiende la doctrina procesal a la cognición? De forma muy escueta, se tenía solo como sinónimo de “conocimiento” o “declaración” sin embargo, hoy se resalta

³⁷ Recurrimos a esta afirmación, a fin de reconocer que existen otras etapas del proceso distintas a la que incluye la decisión.

³⁸ “Dentro de las distintas ramas de la psicología, la más adecuada para estudiar los juicios es sin duda la psicología del pensamiento, que estudia los ‘procesos de inferencia en tareas de razonamiento deductivo e inductivo’, así como el ‘marco global en que se insertan estas inferencias’. Es decir, la psicología del pensamiento es la rama que trata de estudiar fenómenos como el razonamiento, la memoria, la comprensión, etc, en diferentes situaciones” (Nieva 2004: p.61).

cada vez más la importancia de dicho concepto, incluso para aspectos metodológicos del estudio del proceso.

Desde los tiempos del derecho romano la jurisdicción estaba ligada -por lo menos- con la declaración de derechos³⁹, lo que implica que el Juez debía conocer los elementos y fundamentos de la pretensión planteada y aquellos que se le contraponen, para emitir una solución al conflicto.

Para la doctrina, la cognición, encuentra su origen en la voz *cognitio* del derecho romano, que una vez producido un largo desarrollo, resultaba en dos situaciones vinculadas al proceso: i) Aquel relativo a la actividad cognoscitiva y valorativa del pretor en el proceso por fórmulas; y, ii) cuando pasa a designar todo el proceso en sí, comprendiendo no solo el acto decisorio (Watanabe 1987; p. 40), siendo que esos dos sentidos del término, como actividad y como resultado que califica al proceso, han prevalecido hasta ahora.

De ese modo, se ha dicho que la cognición jurisdiccional, mayormente –aunque no solo- es un acto intelectual del juez para considerar, analizar y valorar las alegaciones y pruebas producidas por las partes respecto a cuestiones de hecho y derecho (Watanabe 1987; p. 40).

Preferimos entender a la cognición como una actividad neutra y no como el proceso-*rectius*, función- de conocimiento en mérito a que es sabido que la sentencia de conocimiento –por contraposición a la de ejecución- comprende a su vez otros efectos clásicos (declaración, constitutiva y de condena) que hacen que la noción que las reúne

³⁹ Sobre la concepción de jurisdicción en el derecho romano, se ha señalado que: “Pese a demostrar que, en el derecho romano primitivo, el concepto *iurisdictio* tal vez era más amplio de lo que fue en el derecho romano clásico, Francisco de Martino, en obra clásica sobre el tema, indica innumerables textos, particularmente del Digesto, para mostrar que, a partir de un determinado momento de la evolución del instituto, especialmente en el período clásico, el campo de la *iurisdictio* comprendía exclusivamente la función de *declaración de derecho*, quedando excluidas, por tanto, todas las demás atribuciones desempeñadas por el pretor tales como *stiupulationes praetoriae*, los interdictos, la *restitutio in integrum*, la *misio in possessionem*, etc.” (Silva 2005: pp. 34 y 35).

solo sea parcialmente expositiva. Respecto a esta clasificación ternaria sobre los pronunciamientos en el proceso de conocimiento, se ha explicado en la doctrina que:

(E)l criterio distintivo que permite identificar el *quid proprium* de cada una de las tres figuras de sentencia ahora recordadas, no puede correctamente encontrarse en el plano del contenido: en otros términos, la sentencia de condena no difiere de la de mero *ascertainment* en cuanto tiene un contenido diverso de esta última; ni la sentencia constitutiva se diferencia de la declarativa o de condena en cuanto tiene, a su vez, un contenido diverso respecto de la primera y de la segunda. Más bien, la diferencia específica se identifica: a) en el objeto del *ascertainment*; b) en el paradigma funcional que el ordenamiento vincula al *ascertainment* mismo (Andolina 2008: pp. 11 y 12).

Parece también importante resaltar que la cognición, como técnica procesal, no escapa al proceso de constitucionalización antes referido⁴⁰, y se convierte en técnica procesal vinculada al tratamiento legislativo que se hace del contradictorio y a la construcción de procedimientos según las necesidades de la situación litigiosa, resultando también un elemento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al permitir la existencia de un derecho a la cognición adecuada para cada caso, en el sentido de sumarizar el objeto del proceso cuandoa así lo requiera o permita la situación jurídica a tutelar (Watanabe 1987: p. 46). En esta línea, a fin de viabilizar ello, la cognición judicial puede ser alterada en dos planos (Watanabe 1987: p. 83):

i) En un plano horizontal, en el que se debe considerar la extensión o amplitud de la cognición, en cuanto alcance o no el estudio sobre todos los elementos del objeto del proceso (cuestiones procesales, condiciones de la acción y fondo). En este sentido, la cognición puede ser plena o limitada.

⁴⁰ Ver puntos 1.1 y 1.2 de este capítulo.

ii) En un plano vertical, en el que se debe considerar el grado de profundidad de análisis para emitir la decisión. En este sentido, la cognición puede ser completa o incompleta.

Como ha explicado la doctrina, con esta cognición se presentan los juicios de probabilidad y verosimilitud, “conduce a las decisiones que quedan limitadas a afirmar lo probable y, que, por eso mismo, son decisiones provisionales”⁴¹ (Didier 2009: p. 306, volumen I).

Esta actividad debe aplicarse sobre diversos elementos, que en conjunto pueden determinarse como el objeto de conocimiento del proceso. En cuanto a este objeto de conocimiento del proceso, debe tenerse en cuenta algunas precisiones, más allá de la noción intuitiva de entenderlo como aquello sobre lo que esté se desarrollará.⁴²

Si bien el proceso civil exige una postulación a través de la demanda, en esta se encuentra vehiculada y materializada la pretensión procesal. Sobre esta puede señalarse mucho, pero para fines de esta investigación basta con decir que constituye una manifestación de la voluntad, amparada en un fundamento (hechos jurídicos constitutivos), deducido en el contexto de un proceso. Es expresión del principio dispositivo y en mérito de él se determinan distintos aspectos del proceso, como la competencia, la acumulación, la litispendencia, la extensión de la cosa juzgada, entre otras.

Especificando un poco más sobre la pretensión procesal, se tiene presente dos elementos principales: uno subjetivo (sujetos del proceso) y uno objetivo (el pedido y la causa de pedir). El pedido (*petitum*) resulta relevante toda vez que, como fuera señalado, le da concreción a la tutela requerida –elemento determinante para la función

⁴¹ Traducción libre de: “conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias”.

⁴² “el objeto del proceso, en sentido propio, es aquello sobre lo que, en cada proceso, se proyecta la actividad jurisdiccional o procesal: la del juzgador y de las partes. Con términos clásicos, el objeto del proceso es la *cosa* (en sentido amplio y, a la vez, propio) de la que un proceso trata: la *res de qua agitur*, la ‘cosa de que se trata’ que, en los procesos regidos por el denominado principio dispositivo, es, a su vez, la *res in iudicio deducta* (‘la cosa llevada a juicio’): De la Oliva 2005: p. 24.

jurisdiccional- y el segundo interesa en cuanto da lugar del fundamento del pedido y establece lo que se conoce como el objeto necesario del proceso, esto es, aquello sobre lo que el juzgador debe pronunciarse en decisión que busque ser congruente.

Con todo, resulta importante también la actitud del demandado frente a la demanda, que más allá de la mera negación de los hechos constitutivos, puede dar lugar al señalamiento de nuevos hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), consolidando un objeto nuevo objeto, conocido como contingente o accesorio, en cuanto es relevante una vez comprobada la veracidad del objeto principal; el objeto accesorio se conforma por las excepciones materiales (De la Oliva 2005: pp.33 y ss.).

Respecto sobre cuál de estos elementos (el jurídico o el fáctico) resulta más relevante o decisivo para la identificación del objeto del proceso y, creemos, también para la cognición y su sumariedad, se ha señalado que existen dos teorías: la teoría de la individualización y la teoría de la sustanciación. Así, se ha señalado sobre ambas lo siguiente:

“(P)ara algunos autores, esa discusión debe resolverse conforme la denominada teoría de la *individualización*, según la cual lo decisivo es el título jurídico esgrimido: la relación jurídica, el derecho subjetivo, el negocio jurídico, etc., que se aduce por el sujeto de la pretensión (ordinariamente, el demandante). Otros muchos se inclinan decididamente por considerar de primordial relevancia el elemento fáctico, los hechos alegados. A esta postura se le atribuye el nombre de teoría de la *sustanciación*” (De la Oliva 2005: pp. 52 y 53)

Así, si bien se tiene que esa discusión no debe ser excluyente, en el sentido de que la alegación de hechos y fundamentos en la pretensión no requiera una misma profundidad en todos los casos sino que debe resolverse según el tipo de pretensión deducida -por ejemplo, si declarativa o si ejecutiva- resulta innegable que ambos aspectos, las alegaciones jurídicas y fácticas deben ser analizados por el juzgador, como elementos a

ser analizados al practicarse la cognición judicial aun en casos que se señalen de sumariados.

También debe recordarse que sobre la amplitud del objeto del proceso puede presentarse la duda respecto a las implicancias del principio *iura novit curia* y la facultad de actuar pruebas de oficio que recaen sobre el juzgador. Sobre la primera de ellas, se ha señalado que:

“No solo es que el tribunal deba en ocasiones aplicar unas normas de (genuino) orden público que vengan al caso, aunque no hayan sido invocadas. Es que el tribunal no está vinculado por el *modo* en que fundamentan las partes sus pretensiones. Está vinculado, como tenemos dicho reiteradamente, por el *fundamento*, pero no por la *fundamentación*. Y la fundamentación incluye, no solo la forma de presentar los argumentos, sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y los principios jurídicos citados y el entendimiento que de ellos se hace, así como la doctrina jurisprudencial aducida y su pretendida interpretación”⁴³ (De la Oliva 2005: pp.52 y 53).

En cuanto a la segunda, debe tenerse en cuenta que, con el sustento de buscar racionalmente el esclarecimiento de los hechos, como garantía procesal del debido proceso, se da relevancia a la presencia del juzgador, como se explica:

⁴³ Sobre el brocardo, bien señala Ormazábal Sánchez, que representa importante tema sobre la extensión y límite de la actividad enjuiciadora, en cuanto incumbe la fundamentación o base en virtud de la cual se otorga finalmente la tutela jurisdiccional solicitada (2007: p. 16). La expresión en sí no podría decirnos mucho hoy, toda vez que su aparición responde más a la confluencia de dos ordenamientos (*ius commune ius commune* y *ius municipale*) en la Edad Media, en donde el primero se identificaba con el derecho romano, mientras que el segundo correspondía a las costumbres y estatutos locales, presentándose su uso en el ámbito de la prueba de la costumbre y el Derecho extranjero. Lo Explica el autor mencionado señalando: “A diferencia del *ius municipale*, para el *ius commune*, valía la máxima *iura novit curia*. Es decir, quien invocaba a su favor una norma del *ius commune* (o también una norma local escrita, es decir, un estatuto del lugar donde tenía su sede el tribunal) no precisaba probar su existencia ni su vigencia, carga que, en cambio, sí grababa a quien alegase ante el tribunal una costumbre (*consuetudo est facti*) o un estatuto de localidad diferente a aquélla donde tenía su sede el tribunal” (2007: p. 22).

“La prevalencia de la aspiración a una verdadera calidad del resultado jurisdiccional respecto de la autonomía probatoria de las partes implica aun con distintas modalidades en los distintos ordenamientos, transformaciones radicales del derecho de las pruebas. Como se ha expresado, la importancia de tales transformaciones corresponde a la mutación del rol del juez en este sentido. Una mutación que se declina no solo en la atribución a los jueces de una función *managerial* del desarrollo del proceso, también en un rol activo en la determinación concreta de su objeto, mediante una gestión distinta dirigida por el instrumental probatorio” (Ansanelli 2017: p. 212).

Acorde con nuestra posición respecto a la exigencia impuesta en el Estado Constitucional de Derecho de procurar el mayor grado de corrección posible en la decisión judicial, consideramos que ambos elementos también se manifiestan en la cognición judicial aun sumariada.

Una posición doctrinaria excluye del objeto del proceso las cuestiones procesales y solo se enfoca como objeto en lo que atañe al mérito, porque estas cuestiones “no guardan directa relación con lo que justifica el proceso y, en sí mismas o consideradas o planteadas por sí solas, no constituyen el contenido de una pretensión ni de un derecho de los sujetos jurídicos a la tutela judicial ni justifican que la actividad jurisdiccional se ponga en marcha” (De la Oliva 2005: p.24).

Esa posición es contraria a la expresada por Watanabe, respecto a que objeto de la cognición, superando el binomio *iudicium iudicium* y *res in iudicium decucta*, lo conforman un trinomio de asuntos: las condiciones de la acción, los presupuestos procesales y el mérito (1987: p 52.).

En cuanto a lo que es objeto de la cognición del juzgador, consideramos acertada la posición que entiende que ello no solo consta del mérito, sino que también incluye los aspectos de corte procesal preliminares que deben encontrarse presentes para que se

pueda emitir válidamente la sentencia (entiéndase las condiciones de la acción y los presupuestos procesales). Así, explica Dinamarco que:

“En su conjunto, todas las cuestiones resueltas en un momento que lógicamente precede a la conclusión sobre el fondo forman un cuerpo que se denomina objeto de conocimiento del juez (Liebman). Este se compone de cuestiones relativas a la admisibilidad de la sentencia sobre el fondo y las cuestiones de fondo. Objeto de conocimiento del juez es el conjunto de materia lógica que el espíritu de éste capta y elabora para saber si juzgará el mérito y cómo lo juzgará”⁴⁴ (2009: p. 191, volumen II).

Si bien existe un cuestionamiento respecto a la persistencia de las categorías de condiciones de la acción y presupuestos procesales, debe tenerse en cuenta que en su sentido de ser requisitos para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto, resulta innegable que deben formar parte de su consideración previamente al juzgamiento final en cualquier tipo de procedimiento.

La pretensión procesal también resulta un concepto que permite establecer relaciones entre demandas (a través de su contenido, las pretensiones), lo que también atañe a la cognición. Doctrinariamente, se ha señalado que existen diversas especies de relaciones entre demandas: conexidad, continencia, prejudicialidad, mera afinidad, accesoriedad, subsidiaridad y sucesividad; resultando relevante que entre ellas se genera la conveniencia de formar una convicción única para juzgar y, en mérito a ello, se da lugar a la aplicación de distintas técnicas procesales: a la prórroga de la competencia, previsión o no de la reconvencción y la regulación de litisconsorcio a través de la acumulación (Dinamarco 2009: 153, volumen II)⁴⁵.

⁴⁴ Traducción libre de: “Em seu conjunto, todas as questões solucionadas em momento logicamente antecedente à conclusão sobre o mérito formam um corpo que se denomina *objeto de conhecimento do juiz* (Liebman). Este é composto pelas questões relativas à admissibilidade do julgamento de mérito e pelas questões de mérito. *Objeto do conhecimento do juiz é o conjunto de material lógico que o espírito deste capta e elabora de modo a saber se julgará o mérito e como o julgará*”.

⁴⁵ Dinamarco entiende que estas relaciones entre demandas (pretensiones) se dan de distintas formas: la conexidad se presentan cuando tienen uno o más elementos constitutivos (el pedido o la causa de pedir);

Una clasificación⁴⁶ que aclara la forma como se puede determinar la extensión de la cognición, es la que se ciñe en determinar la conexidad entre pretensiones, no solo como objetiva -que implica una identidad en el pedido u objetivo de las pretensiones- sino también la denominada conexidad causal, esto es, cuando comparten idéntica causa de pedir y la conexidad semicausal, cuando se tienen en común solo algunos de sus elementos (Apolín 2005: p. 32).

A partir de estas relaciones entre pretensiones, se recurre desde la legislación a la “acumulación procesal”, la misma que, ya por la búsqueda de evitar decisiones jurisdiccionales contradictorias respecto de situaciones que puedan presentarse similares o ya por manifestación de economía procesal, propone el trámite simultáneo, en un mismo procedimiento, de varios objetos procesales.

En el supuesto de la llamada conexidad causal, se tiene que frente a la comprobación de un mismo hecho (con actividad probatoria sobre hechos constitutivos, modificativos, extintivos) pueden surgir distintas consecuencias jurídicas que pueden dar lugar a la fundabilidad (o no) de distintos pedidos.

Con esto se tiene que, la complejidad de la cognición judicial no siempre está vinculada al número de pretensiones deducidas, pudiendo ser el caso que aun con varias

hay afinidad cuando se presenta una relación tenue de similitud entre dos o más demandas, por una causa de pedir parcialmente igual pero que no llega a ser la misma, siendo común en el fundamento de una determinada regla jurídica o la alegación de un hecho-base; hay comunidad, cuando existe una cotitularidad de un solo derecho u obligación (solidaridad), aun cuando la ley otorgue legitimidad activa a más de una persona; hay una continencia, cuando entre dos demandas existe una con un petitorio más extenso o se funda en razones más amplias, que contienen a la otra; hay prejudicialidad, por una relación lógica entre dos pretensiones, cuando el juzgamiento de una de ellas es apto a influir en el tenor del juzgamiento de la otra: i) relación de dependencia lógica entre dos o más demandas: y, ii) juicios de igual naturaleza; hay accesoriedad, como un reflejo de la existencia de derechos y obligaciones accesorias, que decantan en una prejudicialidad.

⁴⁶ En nuestro país (Ariano 2016: pp. 313 y siguientes), se ha señalado como clasificación de conexidad y acumulación pretensiones, la siguiente: **i)** Conexión subjetiva, en la que se tendrían distintas pretensiones que se plantean por y en contra de los mismos sujetos (demanda con varias pretensiones contra el mismo demandado, la reconvencción del demandado contra demandante, reunión de varios procesos pendientes entre las partes). **ii)** conexión objetiva, si las pretensiones tienen elemento común en el pedido o en la causa de pedir, que puede ser: la conexión objetiva propia (sobre el pedido y petitorio) o la conexión objetiva impropia (cuando se plantea la misma cuestión jurídica).

pretensiones deducidas, la actuación probatoria y el análisis de las alegaciones deducidas pueda implicar ser una misma actividad. Aun en el contexto de un procedimiento de cognición sumario, bien puede existir un mismo pronunciamiento judicial que resulte complejo, en cuanto abarque varios pedidos.

Finalmente, es necesario valorar los límites de la sumarización de la cognición como técnica y la relación que tiene con el procedimiento de cognición ordinaria. Así, habiendo señalado que la cognición sumariada responde a una función distinta a la de otorgar certeza a un conflicto de intereses, confiada a la tutela ordinaria, el proveído que la materializa estaría lejos de ser revista por la autoridad de la cosa juzgada, en razón que ello puede afectar el núcleo esencial del derecho de defensa⁴⁷.

Sobre esto parece existir coincidencia mayoritaria en el sentido de que, aun cuando existan cuerpos normativos procesales que solo se refieran escuetamente a la autoridad de cosa juzgada sobre las decisiones definitivas –como el peruano⁴⁸, debe utilizarse la

⁴⁷ Ver apartado 2.2.3. del Capítulo II.

⁴⁸ **Cosa Juzgada.- Artículo 123.-** Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: 1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o2. 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. En cambio, en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, el artículo 447 prevé que:

Artículo 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales. 1. Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. A continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes. Se exceptúan los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, en que la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del tribunal para recibir la notificación si no estuvieran representadas por procurador o no debiera realizarse por medios telemáticos, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias de condena por allanamiento a que se refieren los apartados 3 de los artículos 437 y 440, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora en que tendrá lugar, en su caso, el lanzamiento directo del demandado, que se llevará a término sin necesidad de ulteriores trámites en un plazo no superior a 15 días desde la finalización de dicho periodo voluntario. Del mismo modo, en las sentencias de condena por incomparecencia del demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada sin más trámite.

2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de

distinción doctrinaria⁴⁹ entre cosa juzgada formal (o firmeza de lo resuelto) y cosa juzgada material (inmutabilidad de efectos materiales de la sentencia), siendo que la primera no se aplica a los procesos de cognición sumaria. La doctrina se refiere a una normal correlación entre proceso a cognición plena y exhaustiva y producción de la cosa juzgada material (Carrata 2012: p. 22), que resulta exigible constitucionalmente, manteniendo la provisionalidad de lo decidido con cognición sumaria.

Adicionalmente a ello, puede afirmarse que el procedimiento que aplique este tipo de cognición incompleta no puede pretender agotar todos los aspectos del conflicto en caso este sobrepase las condiciones establecidas para una discusión sumarizada, lo que también debe ser considerado por el juzgador cuando la controversia que resulte de las alegaciones sobrepase los límites establecidos por la norma. La elección de un procedimiento con cognición sumarizada, entonces, reviste siempre un carácter excepcional que debe ceder su viabilidad a una discusión más amplia cuando no sea posible colmar las condiciones y requisitos señalados. En ese sentido, se ha señalado que toda tutela sumaria debe estar en posibilidad de permitir, posteriormente, una discusión amplia sobre el mérito del mismo derecho o de la relación material conocida sumariamente (Arieta 2010: p. 18).

2.3. La simplificación procedimental

La doctrina da cuenta que la sumariedad surge desde el derecho romano, en donde se presenta una “verdadera ascendencia de los procesos de cognición, no simplemente acelerada, sino *incompleta* (por limitación del campo de las alegaciones o de las pruebas y, por lo tanto, de las sentencias): esto es, de la *verdadera sumariedad* diferenciada de la simple aceleración” (Fairen 2006: p. 39). Para Scarselli, sin embargo, hay también

finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias.

3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito.

4. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos

⁴⁹ En ese sentido, aun reconociendo lo cuestionable de la distinción: De la Oliva (2005: p. 95) y Dinamarca 2009: p. 311, volumen III)

una sumarización procedimental distinta de la reconocida como cautelar, ya en el Medioevo, esto es, un “proceso de cognición normal, con su propio procedimiento completo; solo que se llevó a cabo de manera simplificada y pronta para evitar las dilaciones de las formas y solemnidades del proceso ordinario”⁵⁰ (1989: p. 61).

La necesidad de contar con formas de tutelas distintas a la ofrecida por el procedimiento de conocimiento pleno ha estado siempre presente en el pensamiento procesal, aun cuando no se haya sentado muchos fundamentos teóricos respecto a la especialización.

Como lo explica Caponi

“En realidad, no se ha llegado a un consenso sobre la identificación de los elementos que hacen que la cognición plena sea lógicamente mejor que la sumaria. Tampoco hay acuerdo sobre si la cognición plena significa conocimiento que es lógicamente mejor que el conocimiento sumario. Finalmente, se debate si la cognición difiere cualitativamente entre los distintos procedimientos sumarios, si todos los sumarios llevan en sí mismos un momento de conocimiento e instrucción probatoria o si, en algunos de ellos, la actividad procesal se dirige nada más que a la preparación del título ejecutivo.

Para describir fehacientemente en qué consisten las diferencias entre la cognición plena y los procesos sumarios, es necesario abandonar la idea de tomar la esencia de la cognición plena en una diversidad lógica de la actividad de conocimiento”⁵¹ (2010: p. 3).

⁵⁰ Traducción libre de: “normale processo di cognizione, con una propria procedura compiuta; solo che questa veniva condotta in modo semplificato e sollecito per evitare le lungaggini delle forme e solennità del processo ordinario”.

⁵¹ Traducción libre de: “In realtà non si è formato un consenso sull’individuazione degli elementi che rendono logicamente migliore la cognizione piena rispetto a quella sommaria. Non vi è nemmeno accordo se cognizione piena significhi conoscenza logicamente migliore di quella sommaria. Infine si dibatte se la cognizione differisca qualitativamente tra i vari di procedimenti sommari, se tutti i procedimenti sommari rechino in sé un momento di cognizione ed istruzione probatoria o se piuttosto, in taluni di essi, l’attività processuale non sia diretta ad altro che alla preparazione del titolo esecutivo. Per descrivere in modo attendibile in che cosa consistano le differenze tra processi a cognizione piena e processi sommari occorre abbandonare l’idea di cogliere l’essenza della cognizione piena in una diversità logica dell’attività di conoscenza”.

La doctrina ha apuntado constantemente la problemática sobre la definición del procedimiento especial, no solo por encontrarse con estructuras procedimentales especiales sino también con variantes procedimentales ligeras o, incluso, con simples medidas insertadas en el procedimiento ordinario, todas las cuales pueden caber dentro de la noción común del procedimiento especial: “todo aquel que no es ordinario por el ámbito de su aplicación”, lo cual también genera una complicación en cualquier intento para su sistematización (Guasp 1996: p. 557 y 558).

En base a ello, se afirma que hay por lo menos dos distinciones entre el procedimiento ordinario y su contraposición con el procedimiento sumario y el procedimiento rápido o acelerado (Fairen 1953: p. 55).

- 1) El procedimiento sumario se distingue del ordinario por su contenido, mientras el rápido o acelerado solo por su forma.
- 2) Por su finalidad, se tiene que el procedimiento sumario es una parte específica del derecho procesal, mientras que los procedimientos rápidos o acelerados forman parte del declarativo.

En esa misma línea, se ha señalado que para referirse a sumariedad, aun en el aspecto solo formal o procedimental, esta debe incidir sobre la decisión final que será adoptada por el juzgador, en cuanto no hace posible que a las partes cuenten todas las oportunidades de ejercer facultades o poderes procesales que les permitan orientar el *accertamento* pleno (Carrata 2012: p. 27).

No resulta recomendable recurrir a la especialidad del procedimiento por razones de la materia sobre la que trata su objeto, aun cuando estos casos parecen ser las más recurrentes aun en nuestros días⁵². En la misma línea, se señala que en el derecho

⁵² “Los procesos civiles especiales por razones materiales deben tender a desaparecer en su inmensa mayoría. En realidad, las razones a que deben su existencia resultan en casi todos los casos carentes de verdadera justificación. Surgen estos procesos cuando el legislador jurídico material al tratar de dar la regulación especial ‘completa’ de un cierto problema se propone igualmente incluir en sus disposiciones el tratamiento procesal especial que en su opinión complementa la regulación sustantiva que le preocupa. En realidad se está aquí, en la inmensa mayoría de los casos, ante residuos de la vieja concepción jurídica según la cual no sería el proceso sino un apéndice del derecho material por lo que una especialización cualquiera de éste debería provocar lógicamente otra singularización correlativa de aquél. Pero una vez

español existía una equivocación al no haber reconocido la necesidad que los denominados “plenarios rápidos” reemplacen a los juicios plenarios, usualmente conocidos como de mayor cuantía⁵³ (Fairen 2006: p. 18).

Esta crítica se puede explicar en que existe un innegable carácter excepcional del procedimiento especial, toda vez que el procedimiento ordinario debe ser instrumento que permita conservar el núcleo esencial del debido proceso, sin mayores restricciones ni limitaciones, no debiendo sufrir la paradoja de ser considerado el causante de los males del servicio de justicia, sino que, más bien, debe ser objeto de la aplicación, con mayor exhaustividad del principio de economía procesal, el mismo que debe ser una instrucción para su constante evolución y perfeccionamiento (Calmon 2016: pp.207). Así, se ha explicado ello diciendo que:

“El principio de economía procesal consiste precisamente en esto: puede y debe descartarse cualquier formalidad innecesaria para asegurar lo esencial en el proceso para que haya respeto al debido proceso constitucional. Pero el sentido común también advierte que si esto es posible, esta simplificación que representa una mejora debe realizarse en relación con todos los procesos, es decir, debe ser una simplificación del procedimiento ordinario. Y así debe ser porque el procedimiento ordinario es ese modelo que optimiza la tutela judicial, a través de la tutela judicial, es decir el modelo aplicable a casi todos los casos. El procedimiento ordinario es lo que se traduce en excelente para casi todos los procesos, tanto en términos de garantías como en términos de economía. La pérdida de perspectiva sobre la dimensión democrática del proceso, incluso por parte de quienes utilizan el discurso democrático, pero tienen poca voluntad o destreza en su práctica, es lo que lleva a identificar el

que se supera esta concepción como hoy ya parece estarlo en el campo de nuestra disciplina, se comprende que, a la especialización jurídico material no tiene que corresponder por fuerza una especialización de procedimiento sino que contrariamente al proceso ordinario común puede servir en principio para resolver problemas materiales de cualquier clase” (Guasp (1996: p. 561).

⁵³ Señala Fairen Guillén que en su obra “Juicios Ordinarios y los plenarios rápidos” se desarrolló “la tesis del error histórico en que se cayó en España al escoger como modelo arquetípico de su proceso declarativo, el del *solemne ordo iudicari* -juicio de cuantía-, *plenario lento*, y no directamente un *juicio plenario rápido*, -juicio de menor cuantía verbal-” (2006: p. 29).

procedimiento ordinario como algo negativo. Debe ser el procedimiento por excelencia y si está mal estructurado, la tarea prioritaria será darle la mejor apariencia posible”⁵⁴ (Calmon 2016: p. 207).

Para Dinamarco (2010: p. 870 y ss., volumen I), debe tenerse en cuenta la aceleración de procedimientos, para lo cual señala: que existen:

- a) Técnicas contra las causas indirectas de frustración de la Tutela Jurisdiccional, que se enfocan en la afectación o pérdida de aquellos medios que son indispensables para que el proceso se de, como son algunos bienes y las pruebas. Respecto de estas el autor entiende que deben aplicarse las medidas cautelares.
- b) Técnicas contra las causas directas de frustración de la tutela jurisdiccional, que se centran en las causas que imposibilitan o retardan la obtención del mismo bien de la vida que se pretende. Estas, a su vez, se subclasifican en:
 - b.1) Técnicas consistentes en dispensar actos o procedimientos, entre las que ubica la ejecución provisoria y los títulos ejecutivos extrajudiciales.
 - b.2) Técnicas consistentes en abreviar procedimientos, mediante técnicas endoprosociales, que permiten que llegue antes la tutela requerida, como la anticipación de tutela del anterior Código de Proceso Brasileño de 1973.

La medida histórica más conocida sobre el aceleramiento procedimental es, sin duda alguna, la colección de decretales emitidas por el Papa Clemente V⁵⁵, en el siglo XIV,

⁵⁴ Traducción libre de: “O princípio da economia processual consiste precisamente nisto – toda formalidade desnecessária para assegurar o essencial no processo a fim de que haja respeito ao devido processo constitucional pode e deve ser descartada. Mas o senso comum também adverte que sendo isso possível, essa *simplificação* que representa melhoria deve ser efetivada *em relação a todos* os processos, isto é, *deve ser uma simplificação do procedimento ordinário*. E deve sê-lo porque procedimento ordinário é aquele *modelo* que otimiza a tutela jurídica, mediante a tutela jurisdiccional, vale dizer o modelo aplicável à quase a totalidade dos processos. Procedimento ordinário é o que traduz o excelente para a quase a totalidade dos processos, tanto em termos de garantias quanto em termo de economicidade. A perda da perspectiva da dimensão democrática do processo, mesmo por parte daqueles que utilizam o discurso democrático, mas têm pouca vontade ou pouco traquejo para sua prática, é que leva a se identificar o procedimento ordinário como algo negativo. *Ele deve ser o procedimento por excelência e se por acaso estiver mal estruturado, tarefa prioritária será dar-lhe a melhor feição possível*”.

aunque se dieron otras normas también en el derecho canónico, en las que ya se buscaba una sumariada en las actuaciones procedimentales⁵⁶, pero necesitaban de un documento que explique muchas de sus determinaciones. Para la *Clementina Saepe*, la sumariada para perfeccionar el procedimiento entonces vigente tenía como principios, los siguientes (Fairen 1953: p. 440):

- i) Liberación de la *Litis contestatio*.
- ii) Limitación de las apelaciones interlocutorias.
- iii) Liberación del orden legal de los actos, impuesto con gran amplitud anteriormente en el *solemnis ordo iudiciarius*.
- iv) Acortamiento de los plazos.
- v) Concesión al juzgador de la dirección del proceso para poder repeler actuaciones superfluas.
- vi) Concesión al juzgador del poder de cerrar la audiencia y dictar sentencia cuando encuentre el proceso suficientemente instruido.
- vii) Supresión de formalidades superfluas.

Sin embargo, nada decía respecto de las pruebas y el juicio a emitir, no haciéndose referencia a *semiplena probatio de cognizione prima facie* (Scarselli 1989: p. 64).

Por eso, debe tenerse en cuenta que antes que una base o fundamento de la sumarización contemporánea, esa colección de decretales resulta el prototipo del procedimiento ordinario de cognición completa al que arribaron las grandes familias jurídicas del sistema romano germánico. Así, en cuanto a cómo actúa la *Saepe contingit*, Belda y Coretti (2016: p. 45) explican que:

⁵⁵ “Clemente V tiene en mente llamar a su colección de decretales *Septimum* ya que están destinadas a seguir al *Liber Sextus* de Bonifacio VIII. Los contemporáneos del Pontífice utilizaron de hecho esta denominación, sin embargo, ha sido la de *Clementinae*, utilizada por Johannes Andreae, la que ha prevalecido. Las clementinas siguieron vigentes, como el resto del Corpus Iuris, hasta la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1917, aunque producen algún efecto jurídico, incluso después de la derogación, en los límites de lo dispuesto por el c.6.” (Belda y Coretti 2016: p. 40).

⁵⁶ Así, informa Fairen Guillén que “varios Pontífices (Alejandro III, Inocencio III, Gregorio IX, Inocencio IV) se hubieron de percatar de que el *solemnis ordo iudiciarius* no surtía resultados proporcionados a las fuerzas de toda índole en él invertidas. Se hacía precisa una reforma simplificatoria del proceso, dirigiéndolo preeminentemente a la obtención de la verdad (...). Por su parte, los juristas laicos de las ciudades italianas, aun con anterioridad a este famoso acontecimiento, previnieron nuevos tipos de juicio declarativo, en los cuales se prescindía igualmente de la *litis contestatio*” (1953: pp. 42 y 43).

El adjetivo “sumario”, referido a procedimientos judiciales, es empleado de manera polisémica por la doctrina, la jurisprudencia y por el legislador común de los ordenamientos particulares de la época histórica que tratamos. Por un proceso plenario o sumario (*de plano*) se entiende aquel que se lleva a cabo con el rito abreviado, es decir, sin cumplir con todos los trámites requeridos por el procedimiento solemne. La simplificación del procedimiento, en este caso, no afectará al sistema probatorio, conservando en todos los sentidos que el pleno conocimiento de los hechos. Pero por juicio sumario se entenderá también el procedimiento de breve cognición o *summatim*, que prevé una reducción del *ordo solemnus*, que también afecta a la regulación de las pruebas. En este caso, a efectos de la decisión judicial, basta una prueba incompleta (*semiplena*). La *Saepe contingit* disciplina el proceso plenario: de hecho, por exigencias elementales de la justicia, el papa reduce el número de formalidades que componen el rito, así como los costes y los tiempos, pero siempre por exigencias de la propia justicia, prescribiendo que permanezca intacta (plena) la cognición de los hechos sobre los que se basa la pretensión buscada en el proceso”.

Los problemas pueden presentarse cuando la simplificación procedimental da lugar a la existencia de múltiples procedimientos especiales en un mismo sistema procesal, que también compartan la misma rigidez formal impuesta a uno de cognición completa. Recuérdese que el procedimiento común fue señalado como un proceso padrón para varias situaciones jurídicas, es decir, para la mayoría de pretensiones de derecho material y tenía presente la condición de permitir se agoten todas las fases y defensas irrestrictas, con lo que resulta que dicho modelo era rígido e inflexible (Didier y otros 2022: p. 22).

Para Guasp (1996: pp. 555 y 556)⁵⁷, que criticaba la gran cantidad de procedimientos especiales que existían en 1951 en el sistema procesal español, era evidente la existencia de poca claridad para la definición de la competencia, una complicación en

⁵⁷ En el derecho italiano, la crítica también se presenta por Giovanni Verde (2012: p. 54).

lograr la correcta adecuación del procedimiento escogido a la pretensión deducida y la constante prolongación de la controversia al no culminar en pronunciamientos con autoridad de cosa juzgada. Estos problemas se repiten incluso hasta nuestros días.

Una de las oportunidades de reflexión en el derecho italiano sobre los procedimientos especiales y la sumariedad se presentó a propósito de un programa contenido en la l. n. 69/2009, del 18 de junio de ese año, que trató sobre “Disposiciones para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad así como en materia de proceso civil”⁵⁸, y que, en su artículo 54, contenía un mandato al gobierno para la promulgación de un decreto legislativo que busque reconducir varios de los procedimientos especiales preexistentes a uno de los tres previstos en Código Procesal Civil italiano (al rito ordinario, proceso de trabajo y rito sumario). Si bien, hubo un número considerable de excepciones⁵⁹, se actuó ese programa mediante el d. lgs. 150/2011, del 01 de setiembre del 2011, que recogía treinta procedimientos y los condujo a los tres procedimientos antes señalados, según presentaran, de forma prevalente, alguna de las características: si en el procedimiento prevalece la concentración de la actividad procesal, correspondía tramitarlo en mediante el proceso de trabajo; si prevalecía el carácter de simplificación del tratamiento o instrucción de la causa, correspondía tramitarlo en la vía del rito de cognición sumaria; y ante la ausencia de algún dato característico, correspondía aplicar el proceso ordinario (Verde 2012: p. 55).

Pero eso no fue todo. La misma l.n. 69/2009 agregó un nuevo capítulo III-bis (“procedimento sommario di cognizione), al título de primero que trataba sobre los procedimientos sumarios, el cual fue analizado por la doctrina italiana con rigurosidad frente a algunas vacilaciones en su tratamiento⁶⁰. Así, se tomó en cuenta como si bien se realizó la reconducción de 28 procedimientos recogidos de leyes especiales, se mantuvo la rigidez del formalismo, al ser las tres vías mencionadas estructuras preestablecidas,

⁵⁸ Traducción libre de: “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”. Regía esa nueva distribución procedimental a las pretensiones que fueron iniciadas a partir del 06 de octubre del 2011.

⁵⁹ Fueron excluidos: procedimientos en materia de familia y de menores, procedimientos de insolvencia, con título de crédito, propiedad industrial y consumo.

⁶⁰ Es el caso, por ejemplo, del análisis de Remo Caponi (2010: p.3).

sin flexibilidad casuística, esto es, según la propia controversia, generalizándose, más bien, variantes de nuevos subprocedimientos (Lupoi 2018:p. 159).

Según doctrina brasileña (Didier y otros 2022: pp. 30), aun cuando hay un estudio poco profundo sobre una teoría de los procedimientos especiales, sí pueden identificarse características tradicionales, las mismas que bien pueden ser aplicables a otras realidades:

- i) Legalidad, en cuanto se establecen y estructuran a través de la ley, con pleno control del legislador.
- ii) Taxatividad y tipicidad, en cuanto la ley regula supuestos de hechos determinados, cerrados y excluyentes a los que se aplica la estructura especialmente establecida.
- iii) Excepcionalidad, en cuanto, contrapuesto al proceso común, la estructura especial se aplica ante limitadas situaciones predeterminadas por decisión de política jurisdiccional.
- iv) Indisponibilidad, como consecuencia del interés público aplicado en la regulación procesal a través del legislador que es el que definiría la posibilidad o no de acceder al procedimiento especial según la finalidad que persigue.
- v) Inflexibilidad, en cuanto, en mérito a la legalidad de formas, debía tenerse presente la rigidez de la estructura procedimental determinada, como expresión de seguridad jurídica.
- vi) Infungibilidad, en cuanto no podría sustituirse la estructura predeterminada de un procedimiento especial específico con la de otro o con la del procedimiento ordinario, en razón a los presupuestos procesales específicos predeterminados para cada una de las *fattispecie* y las exigencias de celeridad o simplicidad exigidas.
- vii) Exclusividad, por ser los procedimientos especiales espacios en los que, a diferencia del proceso común, son relevantes técnicas procesales especiales.

Sin embargo, pese a la aceptación teórica de estas características por el pensamiento procesal tradicional, parece de mayor eficiencia centrar diversas técnicas procesales inclusive en un ámbito procedimental ordinario para, sobre esa única estructura principal, perfilar la efectividad requerida. Como se ha destacado anteriormente, la existencia de varios procedimientos especiales es una decisión de política legislativa que resulta muchas veces contraproducente, por el aumento de la complejidad del sistema, tanto para el propio órgano jurisdiccional como para los litigantes, no solo por la necesidad de mantener un conocimiento especializado para tantas materias, sino que, también, exige un alto nivel de coordinación con el resto del sistema procesal, por lo que se entiende mejor “permitir la *vehiculación de una pluralidad de técnicas procesales diferenciadas en un mismo procedimiento, sea este común o especial*” (Didier y otros 2022: p. 102)⁶¹.

Así, se da cuenta de una flexibilidad procedimental a fin de poder dar mejores respuestas a los distintos objetos procesales que se presentan a conocimiento del proceso, ello mediante una reflexión sobre el principio de legalidad de la norma procesal, se plantean otras posibilidades a los procedimientos especiales (Guasp 1996: p. 562)⁶². Resulta relevante que exista lo que se ha denominado un “libre tránsito” de las técnicas procesales aplicables entre procedimientos especiales y comunes (Didier y otros 2022: p. 117), lo que también tiene ya una tradicional aceptación desde la figura de la reconducción de pretensiones que puede disponer el juzgador, tanto por una inadecuación procedimental originaria (casi como la corrección de algún error en la postulación de la demanda⁶³) como por su propia decisión al considerar adecuada

⁶¹ Traducción libre de: “permitir a *veiculação de uma pluralidade de técnicas processuais diferenciadas em um mesmo procedimento, seja este comum ou especial*”.

⁶² Dicho autor explicaba ello, señalando que “si no cabe sostener la extirpación en bloque de esta clase de procesos civiles especiales sí puede tenderse a su simplificación mediante la transformación de los mismos en medidas de carácter más sencillo que vayan incorporándose, eventualmente o no, a la forma procesal común. Es decir, deberán ser desmontados estos procesos civiles especiales de su autónoma categoría actual para fundirlos como piezas instrumentales en la regulación genérica del proceso ordinario. (...) En definitiva se defiende, pues, la simplificación de estos procesos civiles especiales por fusión con la tramitación común a la que en su inmensa mayoría parecen destinados a servir” (1996: p. 561).

⁶³ Por ejemplo, se da cuenta del artículo 254 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala en su artículo 254: “Control de oficio de la clase de juicio por razón de la cuantía. 1. Al juicio se le dará inicialmente la tramitación que haya indicado el actor en su demanda. No obstante, si a la vista de las alegaciones de la

alguna vía procedimental específica, como sucede en el caso del *case management*, que se traduce como la gestión de las controversias y se manifiesta como una solución que aborda una perspectiva individual y colaborativa de cada una de las mismas, frente a las cada vez más escasos recursos económicos en la rama judicial.

Anteriormente, ya hemos señalado nuestra posición respecto a cómo las garantías procesales y la interpretación de las mismas, permite una técnica procesal, que haga viable diversas coordinaciones. Se ha fundamentado ello, también, por la doctrina, señalando que:

“Quizá sea necesario eludir el falso dilema entre la eficacia y eficiencia “o” la seguridad. Ambos integran un derecho fundamental procesal, que es el justo y racional proceso, por un lado. Por el otro, hay otros componentes que se suman a ellos, los que exceden el planteamiento del dilema inicial: el acceso, la eficacia, la eficiencia, la seguridad y otros deben ser observados. El criterio y el examen de proporcionalidad imponen una nueva visión entre la tutela judicial requerida y la técnica procesal para alcanzarla. No hay una única forma de impartir justicia con seguridad, eficacia y eficiencia, a partir del Derecho Sustantivo que impone la adecuación de los medios para su tutela. La flexibilidad del proceso parece ser importante, aunque desde las garantías del debido y justo proceso a veces es vista como inconveniente”. (Pérez 2017: pp. 144 y ss.).

La doctrina europea también ha percibido ello en las reformas más recientes de aquella región en la que hay una indesligable influencia recíproca de experiencias jurídicas Así,

demanda el Letrado de la Administración de Justicia advirtiere que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda. Contra esta diligencia cabrá recurso directo de revisión ante el Tribunal, que no producirá efectos suspensivos. El Tribunal no estará vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda. 2. Si, en contra de lo señalado por el actor, el Letrado de la Administración de Justicia considera que la demanda es de cuantía inestimable o no determinable, ni aun en forma relativa, y que por tanto no procede seguir los cauces del juicio verbal, deberá, mediante diligencia, dar de oficio al asunto la tramitación del juicio ordinario, siempre que conste la designación de procurador y la firma de abogado (...).”

explican esta propensión a la existencia de procedimientos con estructuras que presenten más elasticidad señalando:

“Una primera tendencia puede apreciarse en el hecho de que los legisladores de numerosos países saben que el objetivo de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional a través de un proceso capaz de llevarse a cabo en tiempos razonables, sin sacrificar la exigencia de un adecuado tratamiento de las causas, no puede perseguirse de forma eficaz diseñando un esquema rígido de proceso concebido como universalmente válido para todo tipo de controversias. Dicho objetivo exige estructuras elásticas en cuyo interior haya espacio para la diferenciación de los modelos de tratamiento de las causas en función de sus características peculiares. La elasticidad, pues, como estrategia (o elección) fundamental para conseguir un proceso que funcione” (Trocker 2010: p. 113).

Entonces, a partir de cierto reconocimiento para la discrecionalidad del juzgador, se recurre a un criterio de elasticidad del proceso de cognición plena, con amparo en un análisis del juzgador, según las características del caso que se está conociendo, para estructurar una instrucción acorde, lejos de sostener una única estructura irrestricta, recurriendo a la aplicación del principio de proporcionalidad, que en este caso, se presentaría en la idea que una causa que requiera una cantidad limitada de actividad instructora pueda ser conducida por un irte procedimental menos complejo, en una simplificación instructora que responda a la exigencia de elasticidad y flexibilidad del procedimiento (Lupoi 2018: p. 598). Es lo que Arieta denomina la “técnica del injerto” de la tutela de mérito, respecto a la sumaria⁶⁴, que se manifiesta de dos formas: i) con posible oposición, a ser interpuesta en un plazo perentorio, que da lugar a un procedimiento sobre el mérito, con absorción de lo actuado en el sumario y ii) con la prosecución automática del sumario, que por mandato legal, da lugar a un procedimiento de cognición plena (2010: p. 19).

⁶⁴ Ver apartado 2.2.2. de este capítulo.

El fenómeno presenta alguna manifestación en el derecho comparado. Podría señalarse, como tal, el caso de la técnica de organización del proceso del *case management*; pero también, se materializa en la denominada estabilización de la tutela cautelar, en la cual se da lugar a la conversión de dicha estructura hacia otras, según valoración del juzgador del comportamiento del demandado. Veamos.

En el derecho brasileño la distinción entre tutela cautelar y otras sumarias fue ya realizada por la doctrina, en el entendimiento de reconocer a estas últimas como una tutela anticipatoria. La diferencia estructural entre tutela sumaria cautelar y tutela sumaria no cautelar se encuentra en que estos últimos son idóneos para establecer una disciplina definitiva de la relación jurídica, mientras en aquellos debe instaurarse un proceso principal, y hacia este sentido se orientan las legislaciones en el derecho comparado, relajando el carácter de la instrumentalidad de las medidas cautelares, permitiendo que la solución anticipada con ánimo provisional se vuelva definitiva, quedando como carga de la parte afectada el inicio del proceso (contradictorio eventual) (Bedaque 2009: p. 36).

Los artículos 303 y 304 del nuevo Código Procesal Civil brasileño, dan cuenta ya del fenómeno de *iure condito*. En líneas generales, se trata de una estructura similar al proceso monitorio: se busca convertir en eventual y facultativo el contradictorio y la consecuente discusión del conflicto en un procedimiento de cognición ordinaria. De ese modo, se parte de un pedido antecedente (no aun formalmente una demanda) y expreso de tutela anticipada satisfactiva (no asegurativa) por razones de urgencia (no tutela de evidencias), una vez concedida *inaudita et altera pars*, debe ser impugnada por el demandado en 15 días, caso contrario, la decisión se torna estable y se extingue el proceso, resultando una sumarización de cognición y procedimiento. En cuanto a los efectos de la medida concedida, se señala expresamente que no adquieren la autoridad de cosa juzgada, pudiendo incluso demandarse su revisión, aunque se ha previsto que, transcurrido el plazo de dos años, esa facultad se extingue. La solución supone una influencia de la experiencia francesa e italiana.

En cuanto a la primera, se tiene a los *référé* que son medidas tradicionales del sistema francés para una solución rápida e inmediata de conflictos, que se caracterizan por ser de cognición sumaria, aunque con previo contradictorio. Dentro de la tipología de estas medidas, se destaca el *référé provision*, que lejos de tener una naturaleza cautelar, presenta un carácter netamente satisfactivo, para el que no se requiere el requisito de urgencia, que sí está presente en los otros, adoptando la forma de un procedimiento sumario, simplificado y ejecutivo (Bonato 2012: p.67).

Si bien cuenta con un carácter provisional, su autonomía procesal es innegable, desde que se reconoce la posibilidad de que -en mérito al principio de economía procesal- no sea necesario un proceso de cognición plena⁶⁵, cuando así lo disponga la actitud pasiva de las partes, toda vez que la norma no supedita sus efectos a la existencia de un proceso posterior.⁶⁶

⁶⁵ El punto de inflexión de esta elaboración hermenéutica fue la sentencia de la *Cour de cassation* de 10 de noviembre de 1947 (29), que sancionó la identificación del *préjudice au principal* con el *préjudice au fond*, marcando un límite a la competencia del juez de *référé*. La novedad más importante que introdujo esta sentencia fue, sin embargo, el concepto de "impugnación grave" como factor determinante en las modalidades y límites del ejercicio de las facultades del juez de *référé*. (...) En otras palabras, la falta de (al menos aparentemente) excepciones graves en oposición al derecho exigido en *référé* - cuyo examen y evaluación se deja a la discreción del juez - es utilizada por el derecho francés como una técnica particular de 'evaluación sumaria y provisional' de la situación de protección solicitada" (Silvestri 1998: pp.17-18). Traducción libre de: "Il momento di svolta di questa elaborazione ermeneutica, fu costituito dalla pronuncia della *Cour de cassation* del 10 novembre 1947 (29), la quale sancì l'identificazione del *préjudice au principal* con il *préjudice au fond* marcando un limite alla competenza del giudice dei *référé*. La novità di maggior rilievo introdotta da tale sentenza fu, tuttavia, il concetto di «contestazione seria» quale elemento determinante le modalità ed i limiti dell'esercizio dei poteri del giudice dei *référé*. (...) In altre parole il difetto di eccezioni (almeno apparentemente) serie in opposizione al diritto azionato in *référé* - il cui rilievo e valutazione è rimesso al potere discrezionale del giudice - è utilizzato dall'ordinamento francese quale particolare tecnica di «accertamento sommario e provvisorio» della situazione richiesta di protezione".

⁶⁶ "Por el contrario, el carácter jurídicamente provisional del auto de remisión no impide que la medida adoptada adquiera carácter de hecho definitivo, ya que la continuación de su eficacia no está subordinada temporalmente al establecimiento del proceso de mérito que, por tanto, bien puede nunca seguir, las partes de las utilidades relacionadas con la disposición provisional se cumplen. Esta actitud de estabilidad que asume la medida provisional explica el uso creciente del *référé* como forma alternativa al proceso ordinario de tutela judicial" (Silvestri 1998: pp.17-18). Traducción libre de: "La natura giuridicamente **provvisoria dell'ordinanza di référé non impedisce, al contrario, che la misura adottata possa divenire definitiva di fatto**, dal momento che il perdurare della sua efficacia, non è temporalmente subordinato all'instaurazione del processo di merito il quale, pertanto, ben potrà non seguire mai, accontentandosi le parti delle utilità connesse al provvedimento provvisorio. Questa attitudine alla stabilità che il provvedimento provvisorio assume, spiega la crescente utilizzazione del *référé* come forma alternativa al processo ordinario di tutela giurisdizionale".

En cuanto al derecho italiano, se tiene que el artículo 669-octies del Codice di Procedura Civile italiano, regula la instauración del proceso principal de cognición o ejecución después de concedida la medida cautelar previa, siendo que en mérito al carácter instrumental de la misma, se sanciona con la caducidad de lo dispuesto frente a la falta de interposición de demanda; sin embargo, se prevé que respecto a algunos pronunciamientos cautelares⁶⁷ -dentro de los que destaca las famosas medidas de urgencia del artículo 700⁶⁸- no se impone tal condicionamiento para su vigencia, de donde si bien no se tiene una supresión de la instrumentalidad, sí se aprecia su atenuación.

Entonces, la estabilización de la tutela anticipada, recurre a la estructura monitoria para –en observancia del principio de economía procesal- se evite recurrir a un proceso ordinario cuando las partes no lo promueven, trabajando sobre el concepto tradicional de instrumentalidad de las medidas cautelares.

En el derecho brasileño, se da lugar a la existencia de la denominada *fungibilidade de meios* (fungibilidad de los medios), que se aplica sobre todo en el caso de las medidas de urgencia (cautelar o anticipatoria) y a los medios impugnatorios, en los que puede existir diversas estructuras procedimentales que sin estar del todo esclarecidas pueden generar incerteza en el litigante, debe continuarse con el análisis del fondo obviando una potencial elección equivocada, si no hay un comprobado daño a la contraparte; lo

⁶⁷ “**Art. 669-octies.**- (...) Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’articolo 669-novies **non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito**, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito”. (resaltado nuestro)

⁶⁸ “Nel processo civile l’esigenza di completezza della tutela cautelare è soddisfatta appunto dell’art. 700: questa norma disciplina quel tipo de provvedimento cautelare non riferito a questo o quel tipo di diritto soggettivo – oggettivo della futura o già pendente causa di merito- ma vale ad abbracciare il bisogno di cautela e di assicurazione provvisoria ed urgente della efficacia della futura decisione di merito in relazione virtualmente a qualunque tipo di diritto soggettivo, allorché esso risulti esposto ad un pregiudizio ‘(imminente e) irreparabile’” (Consolo 2015: p. 219, volumen I). Traducción libre: En el proceso civil, la necesidad de completitud de la tutela cautelar es satisfecha precisamente por el art. 700: esta disposición regula ese tipo de medida cautelar no refiriéndose a tal o cual tipo de derecho subjetivo - objetivo de futuro o ya pendiente de mérito- sino que comprende la necesidad de cautela y aseguramiento provisional y urgente de la efectividad de la futura decisión de mérito en relación con prácticamente cualquier tipo de derecho subjetivo, cuando esté expuesto a un perjuicio '(inminente e) irreparable'".

cual incluso se afirma debe extenderse a situaciones no previstas en la ley (Bedaque 2008: p. 121).



CAPÍTULO II

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD FRENTE A LA NORMA PROCESAL

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO CIVIL

1.1. Principio dispositivo y construcción de la teoría del proceso

De la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso se ha encontrado rastros desde siempre. Es más, la doctrina recurrió a una figura como el contrato –instrumento clásico de libertad negocial- para explicar la naturaleza jurídica del proceso, esto es, como la categoría general jurídica en la que se le puede encuadrar a fin de delimitar las normas supletorias a aplicarse frente a las lagunas del ordenamiento jurídico que pudieran presentarse (Montero y otros 2010: p. 294, volumen I). Para entender las distintas teorías planteadas se ha recurrido a clasificarlas según tengan un fundamento privatista (si se incluye al proceso en categorías de otras ramas del ordenamiento jurídico, en especial al derecho civil) o un corte publicista (si se le incluye dentro del derecho público). En nuestros días, es cierto, resultan dominantes las últimas, es decir, aquellas de corte publicista, con plena influencia de una noción de función jurisdiccional como manifestación del poder estatal, destacando entre aquellas las teorías provenientes del pensamiento alemán, como son la de la relación jurídico-procesal y la teoría de la situación jurídica.

Respecto a las primeras teorías, más bien, el componente determinante es la voluntad de las partes. No existiendo aun una potestad jurisdiccional adoptada por un Estado centralista, en la forma como lo conocemos hoy, en las primeras fases del derecho romano se entendía el proceso como un instrumento de justicia privada entre las partes, por lo cual se sometían, por voluntad contractual, entre otras cosas, a acatar lo resuelto por el *judex*.

¿Cómo se manifestaba este supuesto acuerdo voluntario? A través de la *litis contestatio*. En los primeros períodos del proceso romano (período de *legis actiones* y formular) se ha destacado la importancia de dicho acto procesal frente a la estructura en dos etapas que se presentaba: ante el magistrado que autoriza (*in iure*) y ante el juez designado (*apud iudicem*).

El entendimiento de buen sector de la doctrina fue el de encontrar un carácter contractual en dicha figura, sobre todo en el procedimiento formulario, lo cual se respaldó en los efectos que se le atribuyeron. Así, se ha señalado que de la *litis contestatio*, además de los efectos conocidos de interrumpir la prescripción o cesar la buena fe en la posesión, se obtenían otros: i) un efecto conservativo, en cuanto lo que vendría a ser el objeto de pronunciamiento del proceso quedaba establecido en dicho acto, sin poder ser modificado posteriormente; ii) un efecto extintivo o consuntivo, en cuanto se producía una preclusión sobre la proposición de una nueva demanda con la misma relación jurídica como objeto, debido a que esta -al menos en el caso de las *obligatio*- se extinguía o consumía una vez que se presentaba la *litis contestatio*; y, iii) un efecto novatorio, en cuanto extinta la relación obligacional por la *litis contestatio*, nacía una nueva “obligación derivada”. Analizados estos efectos, se tiene que el valor de la *litis contestatio* estuvo vinculado a la influencia sobre el propio derecho material que era objeto del proceso (Cruz y De Acevedo 2013: p. 82.).

Pero esta naturaleza contractual del proceso fue cuestionada, no pudiendo incluso superarse ello con la consiguiente explicación del cuasicontrato, que tampoco pudo prosperar. Paulatinamente, como dijimos, la publicización de la función jurisdiccional, como interés y responsabilidad del detentor de poder, genera un abandono de dichas formas de entender el proceso no solo en el derecho romano sino en etapas sucesivas.⁶⁹

⁶⁹ Así señala Fairen, incluso en épocas posteriores a la caída del imperio romano que “A) (...) aun en la Edad Media, desde el momento en que apareció una organización de la magistratura como organismo público de la administración de justicia, emanado del poder de *imperium* del Príncipe (señor feudal, Orden, Corporación, Iglesia, Rey), el proceso estaba liberado de la idea contractual (y posteriormente cuasicontractual) que gravitaba en torno a la expresión *Litis contestatioci*. B) La investigación histórica nos muestra como en la Edad Media, la jurisdicción correspondía al Señor, sin que bastase una simple explicación contractual o cuasicontractual de la misma” (1953: p. 144).

Actualmente podría únicamente rescatarse la utilidad teórica del concepto como una de las etapas propias de la tarea de preparación de la causa, lo que ha cobrado mucha vigencia. Así, se ha señalado al respecto que si pudiéramos establecer una equivalencia entre la *litis contestatio* romana y la estructura del proceso civil moderno, podríamos sugerir que ese instituto corresponde al acto a través del cual se concluía la fase postulatoria, con la consecuente *inalterabilidad de la instancia*, quedando establecidos por el pretor los límites de la controversia, sea por la fijación del contenido de la acción, sea, eventualmente, por la admisión de excepciones suscitadas por el demandado” (Silva 2005: p.103). Pero solo hasta ahí.

Sin embargo, se tiene que la influencia de la *litis contestatio* -como acuerdo entre las partes- se mantuvo en la estructura del proceso durante mucho tiempo, pese a perder poco a poco un significado determinado, dando lugar a que ya en el Alto Medioevo, como cuentan los estudiosos del derecho canónico e italiano, con el espíritu simplificador del proceso por las urgencias del tráfico mercantil en el Mediterráneo, se llegara a su supresión en los “juicios declarativos” sumarizados, pese a que ya en el período de la *cognitio extraordinem* del propio derecho romano se materializó la publicidad del proceso y la irrupción del *imperium* estatal como fuente de su desenvolvimiento.

La doctrina ha encontrado, además, que en cuanto a la historia de la ejecución procesal existieron dos formas que se contraponían. Una originaria del derecho romano, con la *actio iudicati*, que establecía la necesidad de una previa declaración judicial de certeza del derecho para posteriormente, mediante nuevo proceso, condenar el incumplimiento y obtener el pago; y otra, del derecho germánico, superada la autotutela sobre la propia persona del deudor, en que la discusión sobre la existencia o no del derecho estaba supeditado a la iniciativa del reputado como deudor, y por ello, se permitía el inicio de actos ejecutivos aun sin haberse resuelto la controversia (Marinoni 2008: p. 27, volumen IV)⁷⁰.

⁷⁰ “En la primera situación, existía una doble oportunidad de discusión, una para permitir el dictado de la sentencia -que requería la demostración del derecho al crédito- y otra para otorgar al condenado el

La ejecución resultó también objeto de preocupación para las necesidades comerciales de la Edad Media, en donde se comenzó a establecer una equiparación entre las sentencias de condena y otros títulos ejecutivos, por lo que existía una amplia variedad de títulos ejecutivos extrajudiciales, los cuales no solamente eran documentos previstos de fe pública notarial, sino también lo eran documentos privados que incluso no contenían una declaración expresa, sino que podían deducirse de libros o registros comerciales (Scarselli 1989: p. 31).

La equiparación referida de los títulos ejecutivo extrajudiciales a la sentencia de condena, se destaca en los *instrumenta garantegiata*, en los que se tenía por efectuada una confesión por parte del deudor. Con ello, existía una puesta en valor de lo señalado por la propia parte y se limitaban las opciones frente a esa declaración contenida en el documento. Así, lo explica la doctrina:

En efecto, debiendo preguntarse por qué los documentos relativos a un crédito habían tenido fuerza de títulos ejecutivos e igual eficacia, en este sentido, a la sentencia, la respuesta en términos de derecho, y no meras explicaciones socioeconómicas, solo podía ser la siguiente: 'porque contienen, de manera suficientemente fehaciente, una confesión del deudor sobre la existencia de la deuda'. Y dado que la clase notarial, en aquella época, también ejercía funciones jurisdiccionales (que tampoco se diferenciaban claramente de otras funciones públicas), se podría recordar el brocardo *confessus pro iudicato habetur*, y así considerar la novedad de los

derecho a impugnar la subsistencia del derecho declarado en la sentencia condenatoria. En el otro caso, propio de los pueblos germánicos, la práctica de los registros ejecutivos prescindía de la discusión del derecho al crédito y de la sentencia condenatoria, pues bastaba con una petición regular. La discusión del derecho, en este caso, solo se producía si el deudor, después de los actos de ejecución, negaba el derecho de crédito, exigiendo su discusión” (Marinoni 2008: p. 27, volumen III). Traducción libre de: “Na primeira situação abria –se dupla oportunidade para a discussão, uma para permitir a prolação da condenação- a qual exigia a demonstração do direito de crédito – e outra para dar ao condenado o direito de impugnar a subsistência do direito declarado na sentença condenatória. No outro caso, próprio dos povos germânicos, a prática dos autos executivos dispensava a discussão do direito de crédito e a sentença condenatória, bastando um requerimento regular. A discussão do direito, nesta hipótese, ocorria somente se o devedor, após os atos de execução, negasse o direito de crédito, exigindo a sua discussão”.

títulos ejecutivos de carácter extrajudicial que podría explicarse con las herramientas normales de la hermenéutica jurídica⁷¹ (Scarselli 1989: p.54).

También se ha destacado la importante labor de la clase notarial para la costumbre comercial de aquel tiempo, a través de formularios compuestos por estos profesionales que, salvando el principio *solve et repete*, contenían la renuncia universal e irrestricta del deudor tanto a plantear excepciones y la renuncia de otros beneficios o facultades procesales y algunos privilegios extraprocesales (ventajas por estatus personal)⁷².

1.2. Principio dispositivo en la actualidad del derecho procesal

Como señaláramos, el proceso se sigue estructurando de acorde a una predeterminación a cargo del legislador, con el fin de promover tanto la seguridad como la certeza jurídicas en favor de las partes. Al ser el instrumento o medio dispuesto para acceder a la tutela jurisdiccional deseada por los litigantes, no resulta una mera opción para ellos, sino que les vienen impuestas también exigencias y condiciones a las cuales deben someterse y adecuar sus intereses, por ser la normatividad procesal la forma escogida por el legislador para cautelar los derechos en controversia.

⁷¹ Traducción libre de: “Dovendosi infatti chiedere per quale motivo i documenti aventi ad oggetto un credito avessero avuto forza di titoli esecutivi e pari efficacia, sotto questo aspetto, alle sentenze, la risposta in termini di diritto, e non di mere spiegazioni socio-economiche, non poteva che essere la seguente: ‘perch’essi contengono, in modo sufficientemente rassicurante, una confessione del debitore sull’esistenza del debito’. E dato che la classe notarile, in quell’epoca, svolgeva anche funzioni giurisdizionali (né questa era nettamente distinta dalle altre funzioni pubbliche) si poteva ricordare il brocardo *confessus pro iudicato habetur*, e ritenere così la novità dei titoli esecutivi di natura stragiudiziale spiegabile con i normali strumenti dell’ermeneutica giuridica”.

⁷² “En aquel periodo, los formularios, compendiados e impresos, eran redactados por los notarios de mayor prestigio, que debían ayudar tanto a toda la clase notarial en el ejercicio de su profesión, así como tratar de uniformizar los métodos y términos con los que se redactaban los contratos e instrumentos. Y si algunos, por claras y completas que fueran, eran esencialmente trabajos prácticos y sin una particular profundización de las controversias eruditas, otros estaban dotados de un considerable sustento teórico y se presentaban como sistemas de considerable consistencia incluso desde el punto de vista científico” (Scarselli 1989: pp 41 y 42). Traducción libre de: “In quel periodo furono ovunque redatti, dai notai di maggiore prestigio, formulari, compendi e tabulati, che dovevano tanto aiutare l’intera classe notarile nell’esercizio della professione, quanto cercare di uniformare le modalità e i termini con i quali i contratti e gli strumenti dovevano venire confezionati. E se alcuni, per quanto chiari e completi, erano lavori essenzialmente pratici e senza un particolare approfondimento della dotte controversie, altri erano dotati di un supporto teorico non indifferente e si presentavano come impianti di consistenza notevole anche sotto il punto di vista scientifico”.

Por eso es innegable la presencia constante del principio de legalidad de las formas procesales, principio por el que, para que las actividades procesales realizadas por las partes tengan eficacia jurídica, se les impone cumplir con el modo y el orden que la ley ha señalado, ello en contraposición al confiar las actuaciones procesales a una libertad de forma (Calamandrei 2019: p. 167, volumen IV)⁷³.

Esto también se ha aplicado con naturalidad para el caso del proceso influenciado por el principio “dispositivo”. Así, recuérdese que el principio dispositivo en el proceso puede definirse como:

“el criterio, derivado de la naturaleza eminentemente particular de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando o reconociendo a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional, que al menos uno de ellos ha de pretender y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio de las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica” (De la Oliva 2010: p. 32).

⁷³ Históricamente, la justificación del principio de la legalidad de las formas se encuentra directamente vinculado, también a la estatalización del proceso; así, “se trata de un aspecto de la conquista de la primacía de las fuentes del derecho fundadas en la autoridad política sobre las fuentes culturales: *auctoritas non veritas facit legem*, según la fórmula fecunda de Thomas Hobbes. El diseño tendiente a secar las fuentes culturales del derecho en beneficio de las fuentes políticas encuentra terreno fértil precisamente en los desarrollos relativos a la tutela judicial de los derechos por parte de los órganos del Estado. En las breves consideraciones que los inicios del pensamiento iusnaturalista en el siglo XVII reservaron al proceso civil, éste se entiende, en la perspectiva de la superación del *status naturalis* en el *status civilis*, como la herramienta que sustituye a la autotutela” (Caponi 2016: p. 1443). Traducción libre de “Si tratta di un aspetto della conquista del primato delle fonti del diritto fondate sull’autorità politica rispetto alle fonti culturali: *auctoritas non veritas facit legem*, secondo la pregnante formula di Thomas Hobbes. Il disegno teso ad inaridire le fonti culturali del diritto a vantaggio delle fonti politiche trova terreno fertile proprio negli sviluppi relativi alla protezione giudiziaria dei diritti da parte degli organi dello Stato. Nelle brevi considerazioni che gli inizi del pensiero giusnaturalista nel secolo XVII riservano al processo civile, esso viene colto, nella prospettiva del superamento dello *status naturalis* nello *status civilis*, come lo strumento che prende il posto dell’autotutela”.

Esto significa que, en un primer momento, el nacimiento, el impulso y la disposición de lo que ocurre en el proceso, así como la disponibilidad de las pruebas, los límites de la decisión, la legitimación para recurrir y hasta los alcances de los efectos de la cosa juzgada se encuentran fijados en mérito a lo postulado por las partes; pero esta expresión de la autonomía de la voluntad no resulta un señorío absoluto sobre lo que sobreviene al inicio del proceso, sino que debe tomarse su participación en los términos de un integrante de un sistema más amplio, en el cual deben convivir también otras exigencias o intereses para una respuesta jurisdiccional que sea, en lo posible, justa. (Patti 2011: p. 81).

Asimismo, se ha planteado una crítica respecto al valor técnico del principio dispositivo, en cuanto buscaría asegurar la imparcialidad del juzgador, alejándolo de la labor activa de la averiguación de los hechos con la limitación de sus poderes instructorios ⁷⁴. Contra ello, se ha señalado, en posición que compartimos, que la selección de la información que confirma la propia hipótesis (sesgo de confirmación) no es resultado de una parcialización del juzgador por abusar de esos poderes, sino que responde a un fenómeno propio del conocimiento humano, y no se supera con la prohibición de acceder a la información sino con su análisis crítico y objetivo (Taruffo 2011: p. 114). Entonces, el referido principio solo puede tenerse como “un principio

⁷⁴“La Relazione se ocupa, en efecto, de la 'oportunidad psicológica de no enturbiar la serenidad del juez dotándolo de facultades de iniciativa más adecuadas a la función de parte o de defensor'. Sobre esta base, y retomando una orientación ya presente en Carnacini y Cappelletti, Liebman subraya el carácter técnico del principio del dispositivo, y define su función instrumental en relación con el propósito de 'asegurar psicológicamente la imparcialidad de la persona física a quien está encomendado el juicio' y de procurar que 'esta persona se encuentre (en la medida de lo posible) equidistante, neutral frente a las posiciones opuestas de las partes', 'no pudiendo dudarse que la imparcialidad del juez corre el riesgo de verse comprometida cuando tiene que juzgar un juicio elegido y buscado por él mismo y adquirido por su propia iniciativa en el proceso” (Taruffo 2011: pp. 112 y 113). Traducción libre de: “La Relazione si preoccupa infatti della 'opportunità psicologica di non intorbidare la serenità del giudice col fornirli di poteri di iniziativa più confacenti alla funzione della parte o del difensore'. Su questa base, e riprendendo un orientamento già presente in Carnacini e in Cappelletti, Liebman sottolinea il carattere *tecnico* del principio dispositivo, e ne definisce la funzione strumentale in relazione allo scopo di 'assicurare anche psicologicamente l'imparzialità della persona fisica cui il giudizio è affidato' e di far sì che 'questa persona si trovi ad essere (per quanto possibile) equidistante, neutrale di fronte alle posizioni contrapposte delle parti', 'non potendosi dubitare che imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquisita al processo”.

categorico, o sea como un principio que debería aceptarse en sí mismo, y no en cuanto instrumento para conseguir un fin determinado”⁷⁵ (Taruffo 2011: p. 119).

Siendo así, ¿cuál es la influencia de la autonomía de la voluntad de las partes frente a la estructura procedimental predeterminada o frente a las normas procesales? Si bien, la estructura procedimental que se plantea por el legislador debe tener un contenido ético que se manifiesta en la optimización de la aplicación de las formas, es innegable que, desde su inicio, el proceso impone diversas limitaciones y prevenciones tanto al juzgador como a las partes. Respecto de estas, las limitaciones se presentan en cuanto hay una confluencia de sus intereses particulares, únicamente relevantes en su esfera jurídica propia, con el interés público respecto de la función estatal. Así, se ha explicado que:

“se puede precisar que, si por un lado es la parte quien recurre al proceso civil para obtener la tutela jurisdiccional y a través de ésta la consecución de sus propios objetivos ultraprocesales, del otro, es el proceso el que, a su vez, requiere de la parte misma una contribución esencial y el que, para ser idóneo, debe ante todo manifestarse en las normas propias del tipo de procedimiento escogido. En este sentido específico y a este preciso efecto es apropiado sostener, conciliando así dos extremos sobre otro plano ya discutidos y contrapuestos, que, si el proceso civil sirve a las partes, a su vez las partes sirven al proceso” (Carnacini 2011: p. 14).

Pero esa doble presencia de intereses, analizada con mayor profundidad, evidencia que la actuación de las partes debe darse en conformidad de la vía preestablecida (instrumento) para obtener la tutela requerida. Esto es, una vez ya deducida la pretensión a través de la postulación con la demanda, es necesaria una adaptación del interés material propuesto al plano procedimental, desde que “el uso del instrumento proceso civil [es decir, su acceso] no tiene nada que ver con la estructura del proceso

⁷⁵ Traducción libre de: “un principio *categorico*, ossia come un principio che dovrebbe essere accettato in sé, non in quanto strumento pero conseguire un fine determinato”.

mismo, sino que atañe directamente a la tutela y a la conformación de la tutela que el ordenamiento jurídico asigna a los intereses materiales” (Carnacini 2011: p. 99).

Como lo explica Chizzini, para la doctrina italiana clásica, contrariamente a la alemana, existe poco espacio para la autonomía privada frente a las normas procesales preestablecidas, y frente a alguna casuística que pueda aparecer en la práctica, esta se soluciona con una interpretación restrictiva de la libertad de las partes, en mérito a la naturaleza pública que se presenta en el proceso. Así, ha señalado que:

“De hecho, las reconstrucciones clásicas de Satta y Allorio, no muy diferentes del enfoque estrictamente publicista de Betti y Liebman, dejan muy poco espacio para la autonomía privada en el proceso. Por supuesto, se reconoce que pueden existir negociaciones procesales o contratos, aunque sean muy discutidos en su identificación y disciplina, pero estas negociaciones solo pueden tener un carácter típico y residual, con la consecuencia de que, a falta de una determinada disposición legal, las partes están impedidas de afectar la disciplina procesal. *In apicibus*, entonces todo se resuelve, un poco precipitadamente, con una referencia directa al carácter público indiscutible del derecho procesal, al carácter obligatorio imperativo de su disciplina”⁷⁶ (2015: p. 48).

El principal soporte a este pensamiento vendría a ser el principio de reserva de ley para la norma procesal, que sobre todo en Italia, resulta materia de profunda reflexión, al ser uno de los aspectos expresamente agregados en la reforma del artículo 111 de la

⁷⁶ Traducción libre de: “Invero, le classiche ricostruzioni di Satta e di Allorio, non diversamente dall’impostazione rigorosamente pubblicistica di Betti e Liebman, lasciano ben poco spazio all’autonomia privata nel processo. Certo, si riconosce che vi possano essere negozi o contratti processuali, per quanto poi assai discussi nella loro identificazione e disciplina, ma questi negozi non possono che avere carattere tipico e residuale, con la conseguenza che, in mancanza di una specifica disposizione di legge, alle parti è impedito incidere sulla disciplina processuale. *In apicibus*, poi il tutto si risolve, un poco sbrigativamente, con un diretto riferimento alla indiscussa natura pubblica del diritto processuale, alla imposta inderogabilità della sua disciplina”.

Constitución de aquel país⁷⁷, por lo que existiría una indisponibilidad de la estructura procedimental preestablecida.

Para Verde, es necesario plantear una reflexión sobre la reserva de ley respecto de la norma procesal en cuanto la importancia de ese principio para el ordenamiento italiano - y por qué no, en los ordenamientos continentales y latinoamericanos- responde a la concepción teórica de la judicatura como integrante de la organización del Estado y a su posición respecto a la formación del derecho en la teoría de la separación de los poderes; con lo que en el ámbito de los procedimientos especiales, se tiene la controversia si es correcto que sea el Juez quien supla la labor del legislador decidiendo tareas como la reconducción de las pretensiones así como también determinando la forma y términos de determinados actos procesales, que fuera señalada anteriormente.

Sin embargo, en la doctrina, se han planteado algunos cuestionamientos hacia la indisponibilidad total o absoluta de la estructura procedimental preestablecidas para las partes:

i) Se señala que si bien debe lograrse la plenitud de la observancia del principio de reserva de ley en la norma procesal, ello debe hacerse en concordancia con la noción de “proceso justo”, noción que está desarrollada en los textos constitucionales (por ejemplo, en el propio texto del artículo 111 de la Constitución italiana), con énfasis en el derecho de defensa y el principio del contradictorio pero que también incluye otras aspiraciones como la efectividad de la tutela jurisdiccional; por ello, la limitación de la

⁷⁷ La doctrina ha reflexionado sobre esa reforma, señalando que: “Il novellato art. 111 nel prevedere al suo primo comma che ‘la giurisdizione si attua secondo le forme del giusto processo regolato dalla legge’ - a parte l’evidente imprecisione semantica nel parlare della giurisdizione come ‘attuazione’ e non come ‘esercizio’ di funzioni ed il riferimento ampio a qualsiasi forma di *giurisdizione* (compresa, probabilmente, anche quella *privata* che si esercita attraverso l’arbitrato)- fa emergere con grande incisività la considerazione che il primo elemento che connota il processo ‘giusto’ è nel fatto che sia ‘regolato dalla legge’. In estrema sintesi, si può dire che alla luce del 1° co. dell’art. 111 Cost. il processo è ‘giusto’ soltanto se in esso venga assicurato il principio di legalità” (Carrata 2012: p. 3). Traducción libre: “El nuevo art. 111 al disponer en su primer párrafo que ‘la jurisdicción se actúa conforme a las formas del debido proceso regido por la ley’ -además de la evidente imprecisión semántica al hablar de jurisdicción como actuación y no como ‘ejercicio’ de funciones y la referencia amplia a cualquier forma de jurisdicción (incluida, probablemente, incluso la privada que se ejerce a través del arbitraje)- trae a colación con gran intensidad la consideración de que el primer elemento que connota el proceso ‘justo’ es el hecho de que está ‘regulado por ley’. En pocas palabras, se puede decir que a la luz del 1° co. del art. 111 de la Constitución el proceso es ‘justo’ solo si en él se asegura el principio de legalidad”.

autonomía de las partes no debe extenderse a los supuestos o ámbitos en los que se prevea una mayor desformalización del proceso y, por ello, pueda presentarse una mejora con la colaboración de las partes, señalando también que hay una extensión del principio de buena fe que se transporta desde la ordenación propia de la libertad contractual hacia el ámbito procesal (Angioni 2014: pp. 16 y ss.). Agregándose, además que, en cuanto a la reserva de ley:

“parece así respetarse incluso desde el punto de vista del contenido, ya que las convenciones procesales a las que el ordenamiento jurídico puede reconocer la protección son exclusivamente aquellas signadas por la contribución de la autonomía privada a la mejor realización del debido proceso conforme al art. 111 de la Constitución -especialmente de una mayor eficacia del mismo procedimiento y de un aumento de la probabilidad de obtener una valoración procesal más cercana a la *rei veritas*- como efecto reflejo de la estructura más adecuada a los intereses de las partes. En esta perspectiva, la restricción de contenido expresada por la reserva legal parece imponer la apertura del negocio jurídico procesal a la operación, ya que la regulación privada del procedimiento, dentro de los límites funcionales recién señalados, ayuda a configurar el 'derecho procesal'”⁷⁸ (Angioni 2014: pp. 17 y 18).

ii) Siempre ha existido un lugar para la autonomía de las partes, debiendo aceptarse su influencia cuando sea posible. Basta con recordar la lección doctrinaria respecto a la existencia tanto de normas procesales cogentes como de normas procesales dispositivas, en cuanto las primeras forman parte, indiscutiblemente, del orden público mientras las otras no; ello en mérito que aquellas trascienden la esfera jurídica de los interesados

⁷⁸ Traducción libre de: “sembra così rispettata finanche da un punto di vista contenutistico, dal momento che le convenzioni processuali cui l’ordinamento può riconoscere tutela sono esclusivamente quelle contrassegnate dal contributo dell’autonomia privata alla migliore realizzazione del giusto processo ex art. 111 Cost. –sub specie di una maggiore efficienza dello stesso procedimento ed un incremento delle probabilità di conseguire un accertamento processuale più vicino alla *rei veritas* – quale effetto riflesso dell’assetto più confacente agli interessi delle parti. In questa prospettiva, il vincolo di contenuto espresso dalla riserva di legge sembra imporre l’apertura all’operatività del negozio giuridico processuale, dal momento che la regolazione privata della procedura, nei limiti funzionali ora accennati, contribuisce a 2009: p. 255, volumen II configurare il processo ‘giusto’”.

(partes) y aseguran el correcto ejercicio de la función jurisdiccional (Dinamarco 2009: p. 71, volumen I). Siendo aun conscientes de la dificultad de escindir satisfactoriamente ambos tipos de normas procesales se señala que, a partir de un entendimiento del proceso como solo una de las formas de permitir la tutela de los derechos -finalidad a la que concurre con otros medios, como las propias normas materiales de derecho privado-, y al innegable interés de las partes por el resultado del proceso, pueden dar lugar a un cuestionamiento de la imperatividad de la norma procesal frente a vacíos u omisiones de regulación, como sucede en el derecho alemán. Así, se ha explicado que:

“En efecto, lo contrario será cierto, por tanto, debido a la convergencia de la autonomía y la heteronomía en un mismo fin, el principio según el cual *in dubio pro libertate* debe considerarse vigente, si se quiere tomar prestado el sistema reconstructivo (un poco débil en el nivel estructural) esbozado por Peter Schlosser, cuando esa libertad debe ser entendida -como se especifica más arriba- como expresión de una autonomía coordinada y consecuente con las reglas heterónomas del derecho procesal civil, todo para asegurar en términos más eficientes la instrumentalidad del proceso con respecto a la ley sustancial. Por lo tanto, se cree que, si bien cada norma procesal debe interpretarse con referencia al único contexto específico en el que se inserta, en general se puede afirmar el canon hermenéutico por el cual frente a la duda la norma debe considerarse no vinculante, sino que opera como canon residual en ausencia de un acuerdo diferente de las partes. Los poderes públicos, mediante normas imperativas, y los poderes privados, mediante acuerdos, concurren en la definición de las normas procesales”⁷⁹ (Chizzini 2015: p. 54).

⁷⁹ Traducción libre de: “Invero, varrà proprio il contrario, pertanto in ragione della convergenza ad un medesimo fine tra autonomia ed eteronomia, deve ritenersi vigente il principio per il quale in *dubio pro libertate*, se si vuole mutuare l’impianto ricostruttivo (un poco debole sul piano strutturale) delineato da Peter Schlosser, quando quella libertà deve essere intesa – come sopra precisato – quale espressione di una autonomia che si coordina e coerenza con le regole eteronome del diritto processuale civile, il tutto per assicurare in termini più efficienti la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale. Si ritiene, pertanto, che, sebbene ogni norma processuale dovrà essere interpretata con riferimento al singolo specifico contesto in cui s’innesta, in linea generale può affermarsi il canone ermeneutico per il quale nel dubbio la norma deva essere ritenuta non cogente, ma operi come canone residuale in mancanza di un

La doctrina italiana, entonces, ha señalado que por un reconocimiento de la autonomía privada de las partes no pueden desconocerse los límites del derecho público en general ni el carácter imperativo de muchas de las normas procesales, en cuanto las mismas buscan garantizar a la comunidad “un funcionamiento eficiente de la justicia civil a través de un uso equilibrado de los recursos del Estado, en armonía con el principio del debido proceso regido por la ley”⁸⁰ (Angioni 2014: p. 15).

Ello también puede destacarse en mérito a que, como señaláramos anteriormente, la forma no existe por sí misma. Más aun, siempre la formalidad se ha presentado y defendido en cuanto permite alcanzar distintos fines, distintos a la sola imposición de una autoridad reguladora. Así, recuérdese la lección de Calamandrei al respecto, en cuanto justificaba la predominancia del principio de la legalidad de las formas procesales, en cuanto estas no solo resultaban una metodología fijada por ley para los litigantes, sino que la misma contenía un corte garantista que permitía asegurar el respeto de contradictorio y la igualdad de las partes por lo que tampoco excluía en su análisis la consecuente “degeneración de las formas” cuando la repetición de las mismas permanecía en el paso del tiempo sin reflexión sobre su utilidad (Calamandrei 2019: p. 168, volumen IV).

Teniendo ello claro, se puede entender con relativa facilidad que aun cuando las reformas procesales en los sistemas del derecho comparado apuntan en nuestros días a la reafirmación –aun en sistemas procesales de *common law*- de un rol más activo e

diverso accordo delle parti. Potestà pubbliche, mediante norme cogenti, e potestà private, mediante accordi, concorrono nel definire le regole processuali”.

⁸⁰ Traducción libre de: “*un funzionamento efficiente della giustizia civile attraverso un equilibrato dispiego di risorse statali, in sintonia con il principio del giusto processo regolato dalla legge*”.

incisivo del juez para conseguir un mejor manejo del desarrollo del proceso⁸¹, también se pueda optar por un repunte de la autonomía de la voluntad en dicho contexto.⁸²

La idea de evitar antagonismos ideológicos, que luego se manifiesten en la existencia de nociones doctrinarias pétreas, puede extenderse a varias partes del derecho europeo, sobre todo en cuanto al proceso. Como lo explica Trocker, más que cosa de las partes o del juez, el proceso importa a ambos (2010: p. 112) y, por ello, difícilmente las respuestas a las interrogantes sobre cómo mejorar el servicio de justicia civil pueda encontrarse en la persistencia de una u otra posición.

2. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE DEFENSA

2.1. Actos procesales y Negocios Jurídicos procesales

La estructura del proceso se recorre a través de una concatenación de actos⁸³, orientados en un sentido predeterminado (procedimiento): se orientan, en principio, a la búsqueda de la emisión de la decisión final que otorgue tutela jurisdiccional correctamente.

Cuando estos actos, que conjuntamente conforman una situación jurídica, son ejercidos dan lugar al aspecto dinámico del proceso, siendo que “no pueden ser sino manifestaciones de voluntad (acciones u omisiones) jurídicamente permitidas o autorizadas que constituyen el ejercicio de un particular derecho subjetivo (derecho de

⁸¹ “Si bien con tiempos diversos y con desencuentros, se asiste a un profundo reconocimiento de la exigencia de reformular las categorías existentes en el proceso civil por parte de las distintas culturas jurídicas. En particular, de alcanzar un rol activo por parte del juez (definido de distintas maneras como por ejemplo *judicial management* o *Hinweispflicht*) emblemático de una configuración tradicionalmente pasiva, característica de la cultura precedente. La organización del desarrollo del proceso por parte del juez, correspondiente a la expresión *judicial case management*, no agota, sin embargo, el sentido y las implicancias de esta nueva visión” (Comoglio 2017: p. 61)

⁸² Concluye al respecto Caponi que “La direzione di marcia è verso una equilibrata estensione dell’incidenza dall’autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l’efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia” (2008: p. 102). Traducción libre: “El sentido de marcha es hacia una extensión equilibrada de la incidencia de la autonomía privada en la conformación de la materia procesal, en la medida en que ello no obstaculice la eficacia del proceso respecto de la finalidad de la justa solución de la controversia”.

⁸³ No se entrará a examinar la clasificación anterior a los actos procesales. Consideramos suficiente señalar que la doctrina ha señalado que en el proceso pueden presentarse hechos jurídicos, que pueden ser hechos jurídicos procesales en sentido estricto (hechos jurídicos no humanos), como la fuerza mayor, la muerte, el parentesco, la confusión, etc. (Didier 2009: pp. 246 y 247).

acción o de contradicción, o derecho de jurisdicción del Estado); o también manifestaciones de voluntad (acciones u omisiones) jurídicamente obligatorias, que constituyen el cumplimiento de una obligación jurídica (obligación del Estado de la jurisdicción)” (Rocco 1970: p. 213, volumen II).

Debe recordarse, además, que su finalidad se determina a propósito de un fin preestablecido, pues, “(p)ersiguen siempre la argumentación en torno a una controversia jurídica, el desarrollo de la misma o su finalización, sea mediante una actuación positiva (normalmente) sea mediante inactividad, que excluye la posibilidad de actuar posteriormente” (Hess y Jauernig 2015: p. 202).

Desde el punto de vista del autor de los mismos, se pueden reconocer los actos del órgano jurisdiccional, los actos de las partes y los actos de los terceros. Ingresando al análisis de los actos de las partes, se tiene que, mediatamente, estos se dirigen a ver satisfechos su interés, aunque se ha advertido que, inmediatamente, ello no agota las distintas actividades que se desenvuelven dentro del proceso, el mismo que comprende momentos variados, que van desde la postulación del pedido y conformación del objeto a resolver, a la instrucción para acreditar lo afirmado, a la decisión sobre lo cuestionado y a su cumplimiento (Couture 2010: p. 183, volumen I).

Para el Derecho Procesal, ser parte significa encontrarse en una situación jurídica compleja determinada por la norma (de quien pide la tutela, de contra quien se pide la tutela y de quien presta la tutela), y en mérito de ella, se es titular de situaciones jurídicas simples: poderes, facultades, deberes y carga, que son las más numerosas⁸⁴.

⁸⁴ Sobre las situaciones procesales simples y complejas, se ha explicado que “Las situaciones jurídicas procesales subjetivas que hemos visto hasta ahora pueden denominarse simples en cuanto corresponden cada una de ellas a una sola conducta específica, la cual se realiza con un solo acto, así como también es tenida en cuenta por una sola norma. El proceso, como fenómeno jurídico unitario, es una serie de situaciones simples que se desarrollan en el tiempo. Junto a estas simples situaciones procesales, sin embargo, pueden identificarse ciertas situaciones que, en lugar de referirse a actos individuales del proceso, atañen a la serie completa de esos actos, considerados globalmente; es decir, se refieren al resultado unitario del proceso, ya sea de cognición o de ejecución (situaciones procesales globales o compuestas)” (Mandrioli 2009: p. 44, volumen I). Traducción libre de: “Le situazioni giuridiche soggettive processuali che abbiamo veduto fino ad ora possono essere dette semplici poiché corrispondono ciascuna ad un singolo specifico comportamento, che si realizza con un singolo atto, così come preso in considerazione da una singola norma. Il processo, come fenomeno giuridico unitario, è una serie di situazioni semplici che si svolgono nel tempo. Accanto a queste situazioni processuali semplici, si

Sobre estas situaciones jurídicas procesales, se ha explicado que: “son responsables de orientar las actividades a ser realizadas por las partes en el proceso, sea permitiéndoles realizar actos de su interés (situaciones jurídicas activas), exigiéndoles una conducta (situaciones jurídicas pasivas), impidiéndoles obstruir los actos de autoridad o sus efectos (sujeción)”⁸⁵ (Dinamarca 2009: p. 255, volumen II).

¿Cuál es la influencia de la voluntad de los sujetos procesales sobre los actos en el proceso? La norma procesal, lejos de centrarse en la formación de la voluntad de las partes en los actos procesales, se ocupa más rigurosa y extensamente en predeterminar la forma necesaria y el contenido de los mismos, siendo que la manifestación de la voluntad, para este caso, genera efectos solo, indirectamente, en mérito a que es la norma la que los determina a través de los poderes procesales establecidos (Fazzalari 2006: p. 514).

Es necesario que la validez de los actos procesales, por estar concatenados con cada uno de los que los anteceden, deben ser controlables de forma objetiva y simple por todos los sujetos procesales, lo cual no sería muy viable de ser exigible un análisis de sus aspectos subjetivos (Mandrioli 2009: p. 447, volumen I). De esto también se concluye que exista una tipicidad de los actos procesales que se explica, no tanto por un ánimo garantista o de control sobre la actuación de las partes, sino en mérito a que los actos tienen un sentido en mérito al fin último de la sentencia, ya predispuesto e invariable al concebir ese instrumento de la función jurisdiccional (Ricci 2015: p. 314).

Sea por cualquiera de estas razones, resulta claro que hay una consideración limitada a la autonomía de la voluntad de las partes en la reflexión sobre los actos procesales, por lo que, si bien la voluntad de estas es elemento indispensable para el impulso del íter procedimental, resulta menos determinante para su configuración y estructuración. Y no

possono tuttavia individuare talune situazioni che, anziché riferirsi ai singoli atti del processo, concernono l'intera serie di quegli atti, considerata globalmente; cioè si riferiscono al risultato unitario del processo, sia esso di cognizione o di esecuzione (*situazioni processuali globali o composite*)”.

⁸⁵ Traducción libre de: “Essa situações jurídicas são responsáveis pela regência das atividades a serem realizadas pelas partes no processo, seja permitindo-lhes realizar os atos de seu interesse (situações jurídicas *ativas*), seja exigindo-lhes uma conduta (situações jurídicas *passivas*), seja impedindo-as de obstar aos atos de autoridade ou aos seus efeitos (sujecção)”.

solo eso, sino que, en dicha consideración, debe tenerse presente, además, otro elemento con el que converge irremediamente en su dinámica, que es la propia técnica procesal predeterminada por el legislador.⁸⁶

Sobre cómo se presenta esta convergencia de intereses, esto es, si hay una contraposición o una colaboración, ya hemos adelantado algo anteriormente⁸⁷, siendo que si bien es innegable la contraposición ideológica en que esa discusión se funda⁸⁸ y la evidente importancia de la autoridad estatal sobre la función jurisdiccional,

⁸⁶ De ahí se ha señalado que “por un lado, las formas de los documentos procesales se regulan de forma mucho más minuciosa y rigurosa; mientras que, en cambio, el derecho procesal no se ocupa en lo más mínimo ni de la formación ni de la manifestación de la voluntad, ni configura elementos accidentales, ni se ocupa de la causa de los actos, sino bajo el perfil particular (...) de la finalidad objetiva del acto, y solo como criterio inspirador de la disciplina de las formas de los actos. De aquí se sigue que la validez y eficacia de los actos procesales, si bien depende de la observancia de las formas, no depende, por regla general, de ningún control sobre la formación o manifestación de la voluntad, o de la voluntad para efectos, etc. que ni siquiera es admisible” (Mandrioli 2009: p. 448, volumen I). Traducción libre: “da un lato, le forme degli atti processuali sono disciplinati molto più minuziosamente e rigorosamente; mentre, dall’altro lato, la legge processuale non si occupa minimamente né della formazione né della manifestazione della volontà, né configura elementi accidentali, né si occupa della causa degli atti, se non sotto il particolare profilo (...) dello scopo obiettivo dell’atto, e solo in quanto criterio ispiratore della disciplina delle forme degli atti. Dal che si desume che *la validità e l’efficacia degli atti processuale, mentre dipende dall’osservanza delle forme, non dipende, di regola, da alcun controllo sulla formazione o la manifestazione della volontà, o sulla volontà degli effetti, ecc., controllo che non è neppure ammissibile*”.

⁸⁷ Ver punto 1.2. de este Capítulo.

⁸⁸ Para Caponi hay una tensión entre autonomía privada y disciplina del instrumento institucional de composición de controversias que es un fenómeno condicionado por dos factores: “El primer factor se sitúa en el plano de la historia de los hechos: el designio del Estado moderno, entre los siglos XVII y XVIII, de asumir la función de impartir justicia y reclamar para sí el monopolio de la legislación en materia procesal, en un intento de remediar la degeneración del proceso romano-canónico. Esta propuesta relega al margen una dimensión de una justicia estatutaria, dictada en un juicio medieval -el calvario *iudiciarius*- cuyos principios provienen de las reglas de la retórica y la ética, así elaboradas por la misma comunidad a la que pertenecen los protagonistas del asunto procesal. El segundo factor se sitúa en el plano de la historia del pensamiento jurídico. El origen es un verdadero terremoto ideal, que tuvo su epicentro en Alemania a mediados del siglo XIX y que en pocas décadas supuso un cambio en la naturaleza de la preocupación sobre la tutela judicial de los derechos con respecto a su fundamento de derecho natural: el abandono del *ius privatum* y la clara elección de campo a favor de la colocación del derecho procesal civil dentro del *ius publicum*”. Traducción libre: “Il primo fattore si colloca sul piano della storia dei fatti: il disegno dello Stato moderno, fra il secolo XVII e il secolo XVIII, di appropriarsi della funzione di rendere giustizia e di rivendicare a sé il monopolio della legislazione in materia processuale, nel tentativo di porre rimedio alla degenerazione del processo romano-canónico. Questo proposito relega al margine una dimensione di giustizia statutale, resa in un processo-*l’ordo iudiciarius* medievale – I cui principi provengono dalle regole della retorica e dell’etica, elaborate quindi dalla stessa comunità cui appartengono I protagonisti della vicenda processuale. Il secondo fattore si colloca sul piano della storia del pensiero giuridico. L’origine è un vero e proprio terremoto ideale, che ha il suo epicentro in Germania a metà del secolo XIX e che conduce in pochi lustri ad un cambiamento di natura della riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti rispetto alla sua fondazione giusnaturalista: l’abbandono dell’alveo dello *ius privatum* e la netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile entro lo *ius publicum*”.

manifestada a través del principio de legalidad de las formas, debería entenderse que la crisis evidente de nuestros Sistemas de Justicia debe llevar a reconocer que la solución no puede persistir, irreflexivamente, en conformarse la situación hoy en día⁸⁹.

La doctrina, sin embargo, señala que no debe excluirse la existencia de otras manifestaciones de voluntad. Se ha reconocido la existencia no solo de actos de obtención -actos de petición, de afirmación o de prueba- sino también los actos dispositivos, que se refieren al derecho material cuestionado, en los que se encuentran el allanamiento, el desistimiento y la transacción, que son expresiones plenas de la autonomía de la voluntad presentes desde antiguo (Couture 2010: p. 186, volumen I). Esta es tradicionalmente la forma en que la autonomía de la voluntad ha sido concebida: como elemento que permite que -en la mayoría de casos- las partes puedan decidir sobre el destino del objeto del proceso, incluso ya emitida la decisión final. Así, se ha señalado:

Los juristas conocen desde siempre el compromiso y la transacción, que son conocidos acuerdos sobre el proceso. De la misma forma, el lenguaje de los juristas combina desde hace mucho tiempo las nociones de acuerdo y de proceso a través de expresiones como juicio convenido, contrato judicial y justicia contractual. El Grand Robert de la lengua francesa revela, por lo demás, que el primer significado conocido de la palabra "Proceso" es de 1174: "título jurídico, contrato"; la expresión "proceso verbal" conserva la huella del significado original, e incluso fuera de Francia, por ejemplo, en Holanda, la palabra "proceso verbal" designa, en

⁸⁹ “Llegados a este punto, resulta necesario sacar provecho otra vez de la reciente experiencia europea. No tiene mucho sentido insistir en la enfatización de categorías o nociones como las de ‘privado’ y ‘público’, ‘liberal’ y ‘autoritario’, a fin de dar con las soluciones de los problemas de la justicia civil. Dichas contraposiciones, históricamente fechadas, no son o, por lo menos, ya no son portadoras de valores efectivos y de instrumentos adecuados de solución de los problemas que estamos llamados a afrontar. Y ni siquiera ofrecen una clave correcta de lectura de las experiencias ajenas. Detrás de las expresiones de los reformadores europeos que evitan altisonantes inclinaciones ideológicas, no resulta difícil reconocer los general principios, los valores de referencia; donde, en suma, su trabajo ha tratado de influir de la forma más incisiva: otorgar poder ejecutivo al papel constitucional de la justicia y de la tutela jurisdiccional en una sociedad civil moderna; garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional para conferir pleno valor a las situaciones subjetivas reconocidas de una forma sustancial, así como proporcionar a todos los ciudadanos los instrumentos para conseguir una justa composición de las controversias” (Trocker 2010:pp. 112 y 113).

holandés, el acuerdo concluido ante el juez sobre la solución del litigio. Las convenciones relativas al proceso no son entonces tan nuevas; se inscriben dentro de una antigua tradición contractualista en materia de reglamento de conflictos, se trate del análisis contractual del vínculo de instancia, heredado de la *Litis contestatio* del derecho romano, o del papel que la conciliación, la transacción, la composición o el compromiso han desempeñado siempre en derecho francés desde la Edad Media (Cadiet 2012; p. 4).

Se ha distinguido el acto procesal de los negocios jurídicos procesales, sobre los que habría reflexionado, mayormente, la doctrina alemana por influencia de la pandectística, en particular en labor de Wach y Kohler (Carpi 2008: p. 2) como una influencia del criterio “*in dubio pro libertate*” y por una revitalización de la autonomía privada de las partes (Caponi 2008: p. 102).

Algunos ejemplos de estas expresiones de autonomía de la voluntad son las siguientes:

a) *Pactum de non petendo* que consiste en una obligación de no promover actividad jurisdiccional, que puede ser total o parcial, y se manifiesta en la renuncia. Así, lo explicaba Rocco:

“En efecto, como el contenido de la prestación consiste en un *non facere*, en una *omisión*, esto es, en no pedir la intervención del Estado para que se declare la certeza de determinadas relaciones jurídicas inciertas, o para la realización de las relaciones jurídicas ciertas; y como la intervención de ese mismo Estado se halla subordinada en su comienzo a una petición del particular (demanda judicial), según el principio ya estudiado de iniciativa o de la disposición de las partes, la obligación de no demandar implica el no ejercicio del derecho de acción y, por consiguiente, la renuncia a él” (Rocco 1970: p. 224, volumen II).

b) *Pactum de foro prorrogando*, que se centra en la competencia relativa, esto es, aquella prorrogable. Para el mismo Rocco, esta importaba “la renuncia a la excepción

de *incompetencia territorial*, y por tanto, el derecho a hacer valer, contra la excepción de incompetencia por razón de territorio, promovida por la parte contraria, la renuncia hecha (*excepto fori prorogati*)” (1970: p. 225, volumen II)

También dicho autor se refiere a las renunciaciones procesales, que define como “el abandono de un sujeto o por parte de los dos sujetos (partes) de la relación procesal pendiente, de una ventaja jurídica procesal (derecho o facultad jurídico) que le compete (Rocco, 1970: p. 225, volumen II).

Por estos negocios procesales, se entendería, “aquellas declaraciones de voluntad que *en sí no constituyen actos procesales*, ya que son emitidas *fuera del proceso*, sino que tienen por contenido el reglamento convencional de un proceso, por lo común futuro, o la renuncia, total o parcial, a derechos o facultades procesales que se han de ejercer en el proceso civil” (Rocco 1970: p. 219, volumen II). En ese sentido, tendría una naturaleza mixta, porque es innegable que, más allá de la naturaleza de la norma que lo contenga, tiene una influencia en un determinado proceso, pudiendo afectarlo, “bien mediante la constitución de obligaciones de hacer o no hacer determinados actos procesales relativos a un proceso actual o futuro (*prozessuale Verpflichtungsverträge*) o bien a través de la disposición de situaciones jurídico-procesales permitida por una norma procesal dispositiva (*prozessuale Verfügungsverträge*)” (Schumann 2022: p. 138).

Se ha precisado que lo importante para identificar el negocio jurídico en general es “la circunstancia de que la voluntad se dirija no solo a la práctica del acto, sino también a la producción de un determinado efecto jurídico; en el negocio jurídico, hay una elección de la categoría jurídica, de las normas jurídicas para una determinada situación” ⁹⁰ (Didier 2009: p. 249, volumen I). Como se ha señalado, la diferencia con el acto procesal estribaría en que “el supuesto de hecho de las normas que regulan los actos jurídicos es una conducta humana voluntaria externalizada, *mientras que el supuesto de hecho de las normas que regulan los negocios jurídicos es la voluntad interna de*

⁹⁰ Traducción libre de: “a circunstancia de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico; no negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do reglamento jurídico para uma determinada situação”.

querer producir los efectos jurídicos y la exteriorización de esa voluntad” (Schumann 2022: p. 142).

La doctrina alemana recurre a la expresión *Prozessverträge*, cuya traducción literal es “contratos procesales”, por lo que se ha hecho referencia a que, encontrándose ante dos declaraciones de voluntad con igual contenido y no dos declaraciones diversas, pero correspondientes, debe preferirse otras expresiones, como acuerdos o convenciones procesales (Moreira 1984: p. 88) . Pese a esta y otras objeciones sobre la terminología⁹¹, consideramos que debe mantenerse la distinción antes señalada respecto a actos y negocios procesales tanto por Rocco, Didier Junior y por Schumann, equiparando la distinción civilista entre acto jurídico y negocio jurídico, siendo este último una especie de aquel, en el cual resulta relevante los efectos jurídicos deseados por los contratantes.

Desde un punto de vista del momento en que se celebra el negocio procesal, la doctrina ha encontrado estas clasificaciones:

Para Carpi (2008: pp. 2 y 3) pueden encontrarse hasta tres categorías:

- a) Los efectuados en el proceso, en donde se puede encontrar aquellos emitidos dentro del proceso, pero con contenido sustancial, como podría ser la conciliación.
- b) Los efectuados para el proceso, en donde se encuentran aquellos celebrados fuera del mismo, pero con eficacia sobre el proceso y sobre los poderes del juez, como podrían ser la convención arbitral, sobre la prueba y cláusulas penales.
- c) Los efectuados en el proceso y para el proceso, más en la experiencia francesa y en el *commom law*.

Para Rocco (1970: p. 223, volumen II), puede distinguirse entre:

⁹¹ Se ha negado que en esos casos se presente propiamente un negocio jurídico procesal, en el sentido que no prima la autonomía de la voluntad de las partes como implica la teoría del negocio jurídico general, porque si bien la ley permite la elección entre unos y otros supuestos en el caso de algunos mandatos procesales, ello no implica que pueda presentarse una autorregulación de los negocios jurídicos (Dinamarco 2009: p. 484, volumen II).

- a) Acuerdos procesales extraprocerales.
- b) Acuerdos procesales. Se han señalado algunos ejemplos tradicionales de estos actos:

Desde un punto de vista de los efectos que tienen, la doctrina ha señalado que los acuerdos procesales pueden dividirse en:

Para Caponi (2008: p. 100), los acuerdos procesales serían:

- a) Acuerdos procesales dirigidos a la composición de la litis.
- b) Acuerdos procesales que inciden sobre el desarrollo del proceso.

Para Moreira (1984: p. 97) y Schumann (2022: pp. 147 y ss.), los acuerdos procesales pueden distinguirse en:

- a) Negocios Procesales dispositivos, que son los que tendrían influencia en la ordenación del proceso y la actuación del órgano jurisdiccional. Sobre estos, se ha señalado que su validez depende de “la existencia de un poder de disposición otorgado por una norma procesal” (Schumann 2022: p. 153). Así, la influencia querida por el acuerdo procesal puede centrarse en modificar o alterar la estructura del proceso, esto es, en la elección del foro y en las convenciones sobre la distribución del onûs de la prueba, sobre la suspensión del proceso, sobre la prórroga del plazo, sobre la postergación de la audiencia (Moreira 1984: p. 97).
- b) Negocios Procesales obligacionales, que son los que tendrán influencia en el comportamiento procesal de las partes, creando obligaciones de hacer o de no hacer determinado acto procesal (Moreira 1984: p. 97). La validez de estos depende de la existencia de una válida disposición de los poderes procesales (Schumann 2022: p. 153), esto es, de la posibilidad de disponer de aquella gama de situaciones jurídicas procesales que tienen las partes (facultades, poderes y cargas), a las que hicimos referencia al inicio de este apartado.

A nuestro entender, este segundo grupo de clasificación (la referida a los efectos de los acuerdos procesales) es la que mejor permite analizar la influencia de la autonomía privada en el proceso y la posibilidad de afectar la estructura procedimental establecida previamente por el legislador. Ambos tipos de acuerdos procesales, como hemos visto⁹², deben observar los límites impuestos a la autonomía de la voluntad en mérito a la presencia de un interés público en el desempeño de la función jurisdiccional.

Continuando el análisis de los límites de la influencia posible de la voluntad de las partes a través de negocios procesales, debe tenerse en cuenta que si bien su recepción resulta innegable en varias legislaciones, esta tiene distintos alcances.

En Italia, existe un silencio al respecto, aun contando con el artículo 1322 del Código Civil italiano⁹³, que daría lugar a la autonomía privada y libertad contractual, y con el artículo 1462 del mismo cuerpo normativo que permite el acuerdo entre las partes para establecer nuevas formas de condena en reserva⁹⁴, esto es la postergación de determinados argumentos de defensa una vez planteada la demanda; más aun frente a la existencia expresa del principio de legalidad de la norma procesal en la Constitución italiana⁹⁵.

La doctrina italiana ha empezado la reflexión al respecto y ha mencionado que debe seguirse la interpretación extensiva de acuerdos procesales existentes como los ya mencionados *pactum de non petendo* y el *pactum de non exequendo* aplicables en dicho ordenamiento, así como en las experiencias extranjeras, que dan cuenta de la posibilidad

⁹² Ver apartado 1.2. de este Capítulo.

⁹³ **Art. 1322 del Código Civil Italiano:** “**Autonomia contrattuale.**- Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.”

⁹⁴ **Art. 1462 del Código Civil italiano: Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni.**- La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità (1418 e seguenti), di annullabilità (1425 e seguenti) e di rescissione (1447 e seguenti) del contratto. Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se nel caso, una cauzione (att. 167; Cod. Proc. Civ.1 19).

⁹⁵ Así el conocido artículo 111 de la Constitución italiana que refiere en su primer párrafo que “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”, característica considerada como integrante de la garantía del “giusto processo”.

de hacer uso de vías procedimentales varias para distintos tipos de causas, en donde así como se ha dado relevancia al *case management* a cargo del juzgador, podría importar, también, el acuerdo previo de las partes⁹⁶.

En el Derecho Alemán, se da cuenta de una asentada tradición de la “contractualización” en la litigación civil, con acuerdos que pueden afectar litigios futuros o presentes, no solo en supuestos preestablecidos legalmente, sino incluso, en supuestos atípicos según la jurisprudencia de dicho país (Maultzsch y Klingbeil 2022: pp. 1.). Algunos de los supuestos donde priman los acuerdos procesales son las siguientes:

- i) Elección de órganos jurisdiccionales para conocer la controversia, sobre todo para el caso de materia comercial después de alguna experiencia poco grata⁹⁷.
- ii) Influencia, en cierta medida, sobre el formato de los procedimientos jurisdiccionales, sin que llegue a entenderse que se está ante una modificación de los mismos. Por ejemplo, con el acuerdo que excluye la posibilidad de recurrir al procedimiento especial documental para el cobro de deudas, (*Urkundenprozess*⁹⁸), sobre el que, jurisprudencialmente, se

⁹⁶ “Es lo que sucede en el nuevo proceso civil inglés, a través de la elección entre *small claim track*, *fast track*, *multi track*; en el proceso civil francés, a través de la elección entre *circuit court*, *circuit moyen* y *circuit long*; en el proceso civil alemán, a través de la elección de hacer preceder a la audiencia principal de una primera audiencia inmediata o por un procedimiento preliminar escrito” (Caponi 2008: p. 110). Traducción libre de: “È quello che accade nel nuovo processo civile inglese, attraverso la scelta tra *small claim track*, *fast track*, *multi track*; nel processo civile francese, attraverso la scelta tra *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*; nel processo civile tedesco, attraverso la scelta di far precedere l’udienza principale da una prima udienza immediata oppure da un procedimento preliminare scritto”.

⁹⁷ “La competencia territorial y la competencia objetiva podían modificarse considerablemente mediante acuerdos de las partes hasta el 1 de abril de 1974. Esta posibilidad se usó especialmente por los actores económicamente más fuertes, para imponer la competencia de un tribunal que les resultara más cómodo (por ejemplo, centralizando todos los procesos en la sede de la compañía). El legislador reaccionó en 1974 contra este mal uso de la libertad de pactos, eliminando la posibilidad de los acuerdos sobre competencia, con algunas excepciones muy específicas y complejas. (...) Se exceptúa de la prohibición, sin embargo, a los comerciantes. Para ellos existe un principio general de libertad de pacto de la competencia judicial, sin que se someta a especiales requisitos formales” (Hess y Jauernig 2015: pp. 103 y 104).

⁹⁸ “El proceso documental o cambiario es un proceso sumario y acelerado. Solo puede utilizarse para pretensiones de pago de una cuantía dineraria determinada (por oposición, por ejemplo, a la pretensión de liberación de una obligación), y también para pretensiones de prestación o de una cantidad determinada de cosas fungibles (lo que carece de aplicación práctica. Este tipo de proceso constituye una opción para

“adoptó la visión de que depende de la discreción del acreedor y no afecta el interés estatal si se eligen procedimientos ordinarios en lugar del procedimiento documental”⁹⁹ (Maultzsch y Klingbeil 2022: p. 8).

- iii) Inversión de la carga de la prueba, que pese a la prohibición normativa material, podría ser objeto de contrato respecto a pretensiones de naturaleza disponible, ajenas a la responsabilidad civil ¹⁰⁰.
- iv) Limitación a la admisión de algunos tipos de prueba y con ello, incluso, la influencia indirecta sobre la actividad probatoria a obtener, aunque esta no llegue a ser, *per se*, una imposición de las partes al juzgador de un sentido determinado de valoración de la prueba, ello con la prohibición de presentar ciertos documentos o hechos, o también los denominados “acuerdos de confesión” (*Geständnisverträge*) o de presunción (*Vermutungsverträge*).
- v) Renuncia de la impugnación –esto es, respecto de los recursos de apelación, de casación y de queja- que puede ser efectuado incluso antes del proceso, de forma clara y expresa, por la que se pierde la posibilidad de recurrir, generándose la inadmisibilidad del recurso impuesto (Hess y Jauernig 2015: pp. 414 y 415).

En el derecho procesal francés se ha presentado, tradicionalmente, una orientación privatista con valoración de la autonomía privada, siendo que a ello responde la existencia de los contratos de procedimiento (*contrat de procédure*) que permiten la

el demandante, junto con el proceso ordinario, pero solo en caso de demandas de prestación” (Hess y Jauernig 2015: p. 503).

⁹⁹ Traducción libre de “the Supreme Court of the German Reich (*Reichsgericht*) already took the view that it is up to the creditor’s discretion and does not touch upon state interests whether ordinary proceedings are to be chosen instead of proceedings by deed”.

¹⁰⁰ “De acuerdo con la opinión predominante en la jurisprudencia y la literatura, el desplazamiento de la carga de la prueba a través de un acuerdo negociado es admisible en la medida en que las partes puedan disponer del objeto del contrato. Por el contrario, el artículo 309 n.º 12 del Código Civil alemán declara inadmisibles los cambios contractuales de la carga de la prueba a través de términos estándar en transacciones B2C. De acuerdo con la Sección 309 No. 12 lit. a del Código Civil alemán, el usuario de términos estándar no puede cambiar la carga de la prueba por circunstancias que se encuentran dentro de su esfera de responsabilidad” (Maultzsch y Klingbeil 2022: p. 10). Traducción libre de: “According to the prevailing opinion in case law and literature, shifting the burden of proof through a negotiated agreement is permissible insofar as the parties may dispose of the subject matter of the contract. In contrast, Section 309 No. 12 of the German Civil Code declares contractual shifts of the burden of proof through standard terms in B2C transactions to be inadmissible. According to Section 309 No. 12 lit. a of the German Civil Code, the user of standard terms is not allowed to shift the burden of proof for circumstances that lie within his sphere of responsibility”.

decisión cooperativa entre partes y jueces respecto al tratamiento de la causa (calendarización de las actividades).

Superando la perplejidad y dificultad inicial de concebir en el contexto contradictorio del proceso el espacio para acuerdos entre las partes, la doctrina ha reconocido que la técnica contractual, aplicada a la resolución de conflictos puede dirigirse a dos direcciones: “i) antes del litigio, las partes recurren cada vez más a la convención como instrumento de anticipación convencional del reglamento de sus discrepancias; por otra parte, una vez surgida la controversia, el recurso al contrato se opera en el propio seno de la institución judicial como un instrumento de gestión del proceso” (Cadiet 2012: p. 6).

Se presentan, de ese modo, las cláusulas de discrepancia como técnica contractual para la resolución de conflictos, y si bien por un lado pueden buscar evitar que se inicie el proceso, del mismo modo permiten acondicionar el proceso, aunque el poder del juez no resulte exonerado, y muchas cláusulas tienen efectividad relativa, según versen sobre la pretensión (y su ejercicio temporal o espacial, como la prescripción o competencia), la instancia (elección de un juez por ambas partes o la renuncia de la instancia) o a las pruebas (Cadiet 2012: p. 7).

En España existen voces discrepantes de esta posibilidad de dar lugar a los acuerdos o pactos procesales, cuestionando las bases de su fundamento: en la lucha contra la ineficacia y lentitud del proceso. Así, se ha señalado que debe reflexionarse sobre los mismos “en clave de garantía constitucional del justiciable y pensando en el objetivo final de lograr la mejor justicia posible en la resolución judicial de los conflictos” (Pico 2018: p. 668).

Dicha posición se ratifica en que aun cuando hay cierta porción de disponibilidad en el objeto del proceso civil, el desarrollo de este pertenece al Estado, y es este el único titular de la función jurisdiccional, lo cual también sucedería en el extremo del derecho a la prueba, no admitiendo como válidos acuerdos procesales que versen sobre iniciativa probatoria, medios de prueba, carga de la prueba ni, mucho menos, valoración

de la prueba; todo ello en cuanto deberían tener por objeto, más bien, “permitirle al juez la máxima actividad probatoria para facilitarle el enjuiciamiento de los hechos” (Pico 2018: p. 675).

Un aspecto de los acuerdos procesales puede darse en cuanto al ámbito probatorio, siendo que, en mérito a la creciente complejidad del supuesto de hecho, o por la posición contractual de una de las partes, se recurre al reparto de deberes y cargas probatorias, así como a la posibilidad de servirse de determinados medios probatorios, a fin de limitar el riesgo de la prueba y el riesgo ligado a la operación económica regulada mediante el contrato (Patti 2011: p. 83). En Italia, se tiene el artículo 2698 del Codice Civile que sería la base de dichos acuerdos, con el argumento de que las partes pueden disponer de la relación material, por lo que tendrían naturaleza material, con el solo límite de la disponibilidad de los derechos.¹⁰¹

Pero es nuevamente el Nuevo Código Procesal Civil brasileño el que concita la atención sobre el tema que estamos tratando. Así, los denominados negocios procesales tienen cabida en su artículo 190 que señala:

Tratando de derechos que permiten la autocomposición, es lícito que las partes plenamente capaces dispongan cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades del caso y acordar sus cargas procesales, poderes, facultades y deberes, antes o durante el proceso.

Párrafo único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de las convenciones previstas en este artículo, negándose a aplicarlas solo en los casos de nulidad o inserción abusiva en un contrato de adhesión o en

¹⁰¹ **Art. 2698 Codice Civile: Patti relativi all'onere della prova.** Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto. (Traducción libre: **Art. 2698 del Código Civil: Acuerdos relativos a la carga de la prueba.** Son nulos los acuerdos con los que se invierte o modifique la carga de la prueba, cuando se trate de derechos de los que las partes no pueden disponer o cuando la inversión o modificación tenga por efecto hacer excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio del derecho).

que alguna de las partes se encuentre en una situación manifiesta de vulnerabilidad¹⁰².

Esta es la cláusula general atípica de negociación sobre el proceso, que constituye una manifestación innegable de la posibilidad de autorregulación procesal, que vendría a ser la dimensión procesal del principio de libertad (Didier 2015: p. 166); existen sin embargo supuesto típicos de acuerdos procesales en distintos artículos que van desde los conocidos suspensión del proceso o elección concordada del foro hasta los novedosos –al menos para nosotros– como la convención sobre la carga de la prueba o la elección consensual de perito.

Asimismo, la doctrina ha señalado que es posible el supuesto de que las partes negocien sobre los denominados presupuestos procesales, incluso pudiendo “ignorar la cosa juzgada (presupuesto procesal negativo) anterior y pedir nueva decisión sobre el tema: si las partes son capaces y la cuestión permite autocomposición, no existe razón para impedirlo” (Didier 2015: p. 168).

Estos acuerdos procesales también pueden incluir no solo a las partes sino al Juez, o mejor dicho, al órgano jurisdiccional, como se puede desprender de la denominada calendarización del proceso, señalando para ello el artículo 191 lo siguiente:

“De común acuerdo, el juez y las partes pueden fijar calendario para la práctica de los actos procesales, cuando fuera el caso.

§ 1º. El calendario vincula a las partes y al juez, y los plazos ahí previstos solamente serán modificados en casos excepcionales, debidamente justificados.

¹⁰² Traducción libre de: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

§ 2º. Se dispensa la intimación de las partes para la práctica del acto procesal o la realización de la audiencia cuyas fechas hubieran sido designadas en el calendario”.¹⁰³

Así, el juez puede participar concertadamente con las partes para fijar las fechas de ciertos actos, como las audiencias, haciendo incluso innecesario que se tenga que notificar a estas para que se cumpla lo pactado previamente. Es más, podría ser posible negociar el cumplimiento de la sentencia, cuando ello sea necesario, por ejemplo, en los denominados procesos con decisiones estructurales, esto es, aquellos cuyo objeto supera el interés personal y se enfoca en la solución de situaciones gravosas que afectan al interés público de forma sostenida y requieren soluciones que importan implementar políticas públicas.

Sin embargo, también, se entiende que hay restricciones a observar en esta autonomía de la voluntad respecto del proceso. En la experiencia alemana, por ejemplo, se tiene claramente que no puede contravenirse otros principios fundantes del proceso, siendo que si bien puede operarse sobre la estructura del proceso, siempre estos acuerdos de la parte deben implicar una colaboración que mejore aspectos como la razonabilidad de la duración del proceso y no su complicación o entorpecimiento.

Teniendo en cuenta ello, se ha señalado algunas consideraciones que deben observar estos acuerdos (Didier 2015: p. 175):

- a) Debe existir respeto por la reserva de ley, en el sentido de que no pueden afectar las materias que la Constitución ha dispuesto que sean expresadas y determinadas por el legislador.

¹⁰³ Traducción libre de: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1o O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2o Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário”

- b) No pueden vincular las normas procesales imperativas que, por lo general, están relacionadas a garantías o derecho indisponibles, protegiendo alguna finalidad o interés público.
- c) También se ha señalado que debe existir un especial control en el caso de las cláusulas insertadas en contratos de adhesión.

2.2. Sobre la limitación al contradictorio

2.2.1. Noción y contenido del derecho de defensa

Como se ha señalado anteriormente¹⁰⁴, solo puede concebirse un proceso acorde a los requerimientos de un Estado Constitucional cuando –entre otras cosas- se permita plenamente tanto la participación de las partes interesadas en una controversia como la defensa de aquel contra quien se pretende obtener algo.

La formulación más remota de esta realidad se manifiesta en la máxima del proceso penal por la que “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en el juicio” (Nieva 2014: pp.139, volumen I) y esa idea de la intervención de quien puede verse afectado por una decisión judicial está tan ligada a la razón humana que la clásica noción del *auditur et altera pars*, lejos de ser una construcción de algún cuerpo jurídico antiguo, tiene su origen en la literatura romana¹⁰⁵. Al encontrarse en el proceso una pluralidad de sujetos reunidos en torno a un objeto (policéntrico), dicha interacción tiene relevancia tanto para la norma procesal como para el formalismo, procurando que la misma se de en igualdad de armas y con un sentido dialéctico, con la posibilidad para el demandante y para el demandado de influir paritariamente en la convicción del juzgador, equilibrio que es reconocido como principio de contradictorio (Picardi 2006: p. 209).

¹⁰⁴ Ver apartado 1.1. del Capítulo 1.

¹⁰⁵ Así se ha señalado que “è, in realtà, una frase pronunciata dalla protagonista di *Medea* di Euripide. Al tiranno Creonte, che si accinge ad esiliarla in Colchide dopo aver udito le accuse contro di lei, l'eroína senechiana risponde infatti: 'Chiunque formuli una decisione senza aver ascoltato la parte avversa, quand'anche decida in modo giusto, tuttavia giusto non è'” (Manzini 2008: p. 3). Traducción libre: “es, en realidad, una frase pronunciada de la protagonista de Eurípide. Al tirano Creonte, que se quien está a punto de exiliarla en Cólquida después de escuchar las acusaciones en su contra, la heroína senequiana responde de hecho: 'Cualquiera que toma una decisión sin haber escuchado a la parte contraria, incluso cuando decide de manera justa, por más justa que sea no lo es’”.

Entonces, ¿qué puede comprender el derecho de defensa? Desde el punto de vista etimológico se vincula a la oposición o rechazo al peligro de un daño o a una agresión, de donde destaca que la defensa no es una acción determinada sino la posibilidad de reaccionar ante un ataque (Morello 2002: p. 111).

Frente a la citación al proceso, el demandado –en su condición de tal- puede adoptar no solo una sino por distintas posiciones. Así, en general, puede optar por i) no comparecer al proceso, omitiendo señalar cualquier alegación; ii) puede comparecer formalmente al proceso solo para aceptar la pretensión que se contrapone a sus intereses; y, iii) puede comparecer al proceso para negar y contradecir la pretensión. Incluso, analizando las normativas de cada país, se puede entender que además de ello, el demandado puede plantear la reconvencción, introduciendo otra pretensión en el proceso o interponer una denuncia civil, introduciendo una pretensión contra un tercero o provocando un llamamiento en garantía.

La doctrina procesal tenía como medio técnico tradicional para ejercer la defensa a la excepción, que, si bien no podía distinguirse plenamente del concepto de defensa, se entendía como “una particular actividad dirigida a contrastar o el ejercicio de la acción propuesta por el actor, o el derecho sustancial afirmado como existente por el actor” (Rocco 1969: p. 323, volumen I)¹⁰⁶. Es aceptable, entonces, la distinción entre mera

¹⁰⁶ “Excepción es una palabra polisémica en la dogmática jurídica: tiene significados preprocesales, procesales y sustanciales. Estos significados siguen, *mutatis mutandi*, la misma línea de significados dada a la palabra 'acción', lo que permite establecer un paralelismo entre ellos. Cualquiera que sea el significado que se le dé, el uso de la expresión 'excepción' presupone la condición de demandado. En el sentido preprocesal, la excepción puede entenderse como el derecho de defensa abstracto, con fundamento constitucional. En sentido procesal, la excepción es el medio por el cual el imputado se defiende ante el tribunal, representando, en este último caso, el ejercicio concreto del derecho de defensa. La excepción es, por tanto, la propia defensa. En un sentido procesal aun más restringido, una excepción sería un tipo de asunto que no podría ser examinado de oficio por el magistrado. En sentido material, la excepción se relaciona con la pretensión (esta relación entre los institutos es fundamental para su comprensión), siendo un derecho que el demandado utiliza para oponerse a la pretensión, para neutralizar su eficacia - es una situación jurídica que el derecho sustantivo considera capaz de impedir o retardar la eficacia de una determinada pretensión (situación jurídica activa), especie de contraderecho del demandado frente al autor: es una pretensión que se ejerce en oposición a otra pretensión (Didier 2009: p. 479, volumen I). Traducción libre de: “Exceção é palavra polissêmica na dogmática jurídica: possui sentidos pré-processual, processual e substancial. Esses sentidos seguem, *mutatis mutandi*, a mesma linha das aceções conferidas à palavra ‘ação’, o que possibilita desenhar um paralelo entre elas. Qualquer que seja a aceção dada, o emprego da expressão ‘exceção’ pressupõe a condição de demandado. No sentido pré-processual, exceção pode ser entendida como o direito abstrato de defesa, de fundo constitucional. Na

defensa y excepción, resultando que mientras la mera defensa consiste únicamente en la negación del demandado respecto a lo afirmado en la demanda, la excepción puede entenderse como la alegación de este último de un hecho jurídico nuevo que producirá efectos relevantes en contra de lo afirmado en la demanda (Rocco 1970: p. 324, volumen I). Esto, además, resulta una influencia respecto a la carga de la prueba, pues en la primera el demandado se atañe a la actividad probatoria del demandante, mientras que en la segunda asume el deber de probar su dicho; siendo además que existe un límite temporal, existiendo mayor regla de preclusión sobre la excepción que sobre la mera negación (Ricci 2015: p. 166).

La doctrina ha desarrollado el contenido esencial que tiene el derecho de defensa, señalando tres aspectos que no pueden suprimirse (Alfaro 2014: p.103 y ss.): a) el derecho a recibir adecuada y tempestiva información, entendiéndose con ello, que debe disponerse de estructuras procedimentales que permitan a las partes tomar conocimiento oportuno de los actos del proceso y su contenido; b) el derecho de defenderse activamente, que consiste en que se le conceda a las partes la oportunidad real y efectiva de poder alegar hechos y derechos e interactuar con el ejercicio de las facultades procesales correspondientes, y c) el derecho de influencia, por el que el juzgador deberá tomar en cuenta y valorar las alegaciones y pruebas que las partes aporten al emitir su decisión sobre la controversia.

Todos estos aspectos de la defensa, en principio, deben formar parte de la estructura procedimental que sea elaborada por el legislador, y con ello puede tenerse en cuenta que la defensa (contradictorio) también forma parte de las bases propias del formalismo, en el sentido que constituye el modo como se construye internamente (como se estructura) el proceso (Verde 2008: p. 98).

acepção processual, exceção é o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, representando, neste último caso, o exercício concreto do direito de defesa. Exceção é, pois, a própria defesa. Em sentido processual ainda mais restrito, exceção seria uma espécie de matéria que não poderia ser examinada *ex officio* pelo magistrado. Em sentido material, exceção relaciona-se com a pretensão (essa relação entre os institutos é fundamental para sua compreensão), sendo um direito de que o demandado se vale para opor-se à pretensão, para neutralizar-lhe eficácia – é uma situação jurídica que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão (situação jurídica ativa), espécie de contradireito do réu em face do autor: é uma pretensão que se exerce como contraposição à outra pretensão”.

Cabría también señalar algunos apuntes sobre el derecho a la prueba, que es también un aspecto del derecho a la prueba. En esa línea, la doctrina tradicionalmente ha tratado a la prueba como un elemento práctico del proceso. Así, mientras se entendía que en la teoría general del proceso se puede encontrar un estadio teórico filosófico del proceso en el cual se encuentran como instituciones fundamentales la jurisdicción, acción y el proceso, junto a otros problemas actuales como el acceso a la justicia, la teoría del conflicto, de los actos y sujetos procesales; y como un segundo nivel técnico o de aplicación, en el cual se trataban la organización y la estructura judicial; solo como un elemento propio de un estadio práctico, de los casos en particular, se tiene a la prueba, junto con los actos procesales de comunicación (Falcón 2003: p. 14). Posteriormente, la actividad probatoria también ha sido considerada dentro de aquel grupo de garantías que forman parte de las garantías fundamentales del sistema de justicia y, por tanto, de su instrumento, el proceso. Así, el Tribunal Constitucional peruano¹⁰⁷ ha señalado que existe un derecho constitucional a probar, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso, resaltando que el mismo constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa.

Este derecho no solo tiene un carácter objetivo, que conforma una garantía esencial del ordenamiento normativo, para el que se presenta como un valor asumido con fuerza vinculante, sino uno subjetivo que en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercerlo como derecho, y reclamar su protección (Pico 2018: p. 670). En ese sentido, se ha encontrado del contenido mínimo del derecho, el mismo que como se tiene de su variante objetiva, resulta de obligatoria observancia para legislador, juez y partes. Así, se ha señalado (Abel 2012: p. 35), que las partes tienen como parte del derecho a la prueba: i) el derecho a la proposición de medios probatorios que considere idóneos para acreditar sus pretensiones, con las limitaciones de tiempo y forma impuesto por la norma procesal; ii) el derecho a la admisión de las pruebas propuestas o, en su caso, a la no admisión motivada, que no se arbitraria o irrazonable; iii) Derecho

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente 06712-2005-HC/TC, fundamento 15.

a la práctica o actuación de la prueba admitida; y iv) Derecho a la valoración de la prueba en la sentencia, como exigencia de su motivación.

2.2.2. Noción del contradictorio respecto al derecho de defensa

Si no se hubiese superado la tradicional concepción normocentrista de la experiencia jurídica, por la que tiene primacía la Ley, aun podría continuarse reduciendo la decisión judicial a nada más que a una “íntima relación entre el texto legislativo y el magistrado, el único que podía trazar la interpretación que estime adecuada (aplicable) al caso, el proceso -y el contradictorio- tendría un valor puramente pleonástico y no fundacional” (Sommaggio 2008: p. 160)¹⁰⁸, sin importar el cumplimiento del contenido antes señalado. Pero existiendo ya una obligación de corrección en la decisión judicial que será emitida en ejercicio de la función jurisdiccional, no podría afirmarse que la posibilidad de defenderse pueda ser una actividad vacía o meramente enunciativa, en la propia esencia del proceso. En cuanto a la ordenación del proceso, de ser un orden asimétrico, con una estructura procesal lógica-formal basada solo en la participación de las partes (bilateralidad), se ha evolucionado a una concepción isonómica, que involucra la participación de todos los destinatarios del principio partes y juez (*coparticipación*), lo que propicia la lógica del diálogo y el uso de la argumentación aplicada.

En otros tiempos, el “juicio” constituía una sumisión voluntaria de las partes ante el juzgador, lo que evitaba que el proceso se lleve a cabo sin la concurrencia del demandado (Wynes 1945: p. 49). Hasta entrado el derecho romano postclásico, se discutía la cuestión sobre si la comparecencia en el proceso es un derecho o un deber del demandado, permitiéndose, en adelante, la continuidad del procedimiento en contumacia, descartándose que exista una obligación o deber de contar con su participación, dando lugar a una noción formal del contradictorio¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Traducción libre de: “un'intima relazione intercorrente tra il testo normativo e il magistrato, che, solo, poteva trarre l'interpretazione ritenuta consona (applicabile) al caso. Secondo questa concezione il processo, e con esso il contraddittorio, avrebbe un valore puramente pleonastico e non invece fondativo”.

¹⁰⁹ Esta noción no se ve alterada incluso al tenerse dispositivos normativos que puedan dar la impresión de una presencia inevitable del contradictorio, como es el caso del párrafo 2 del artículo 111 de la Constitución italiana, que dispone “Todo proceso se desarrolla con el contradictorio entre las partes, en

Pero hoy se ha revalorado la importancia del contradictorio, también, como método hacia la racionalidad de la decisión. Aun cuando se estima que la participación del demandado sea en “igualdad de armas” que la del demandante, ello no puede cumplirse a cabalidad, porque la posición del demandado tiene un momento lógico y una función distintos, sobre todo cuando ingresa a una discusión en la que el objeto de la discusión se encuentra previamente propuesto por la contraparte (Mandrioli 2009: p. 138, volumen I). De ello, la contraposición de argumentos en los actos postulatorios¹¹⁰, desde un punto de vista metodológico de la dialéctica procesal, no solo sirve para instaurar la afirmación inicial de las posiciones contrapuestas, sino que en ellas mismas –como lenguaje y razonamiento– se encuentra un núcleo fijo que, por ser su propio fundamento, no puede ser negado, posteriormente, por ellas mismas, con lo que en el contradictorio se tiene una regla que reconoce el principio de no contrariedad. Así, se ha explicado que:

“El principio de no contrariedad también es considerado por Aristóteles como el que permite formular cualquier tipo de hipótesis porque no es, a su vez, una hipótesis. El principio de no contrariedad es, por tanto, el principio 'más certificante', porque garantiza racionalmente nuestro conocimiento cuando somete un enunciado a su negación para hacer surgir (o no) su contradicción. También garantiza cualquier tipo de razonamiento ya que la posibilidad de construir una inferencia está asegurada por una conexión que además debe ser no contradictoria. Finalmente, el principio de no contrariedad permite el discurso en tanto actúa como criterio de significación, entendida como

condiciones de paridad”, siendo que siempre se prefiere una interpretación que prevea lo antes señalado: la necesidad de que en todo proceso esté garantizado el contradictorio, mas no la obligatoria participación del demandado (Chiarlioni 2013: p. 191).

¹¹⁰ Algún sector de la doctrina señala al derecho de defensa como aplicable a toda actuación de un litigante, independientemente de su condición de demandante o demandado (Nieva 2014, p. 139, volumen I); sin embargo, ello parece responder a una equiparación entre tutela y defensa que no compartimos, toda vez que desde su acepción etimológica, pasando por su concepción lógica y hasta jurídica, la defensa es una reacción frente a una ofensa, lo que “en el ámbito procesal significa que de defensa procesal solo puede hablarse a propósito de una actuación en el proceso que desenvuelve una parte como reacción ante otra previa de la contraria” (Carocca 2008: p.370).

condición que asegura que un nombre tiene un significado (excluyendo su contrario)”¹¹¹ (Sommaggio 2009: p. 190).

De lo señalado encontramos una distinción entre contradictorio y derecho de defensa que puede servir a los fines del trabajo. Así, en primer término, se tendría que el derecho de defensa es un concepto más amplio que el contradictorio, siendo que aquel, sustentado en el principio de efectividad que acompaña a todo derecho fundamental, consiste en recibir, irremediamente, la oportunidad de influir válida y realmente en la decisión del juzgador para evitar que se afecten sus derechos o intereses en forma excesiva; mientras que, por su parte, el contradictorio se refiere a una regla general instrumental – esto es, en relación de medio a fin- que propende la participación preventiva de las partes en todos los actos del proceso después de noticiadas del mismo, en la forma de un contraste dialéctico entre posiciones tendencialmente antitéticas dirigidas a sobreponerse una a la otra, como manifestación del principio dispositivo (Comoglio 2006 y otros: p. 211).

La doctrina ha señalado un sentido débil y un sentido fuerte del contradictorio. En la primera de ellas, se ha señalado que a partir de la concepción del carácter público y asimétrico del proceso, encargado a un “juez funcionario”, el contradictorio es útil pero no indispensable, bastando reconocer la posibilidad de que las partes –en igualdad de armas- puedan participar del diálogo frente a la posibilidad de que el Juez llegue a la verdad por sí mismo, representando ello a un proceso en una naturaleza lógica-formal; pero existe otra perspectiva, en la que el contradictorio debe tener en cuenta los valores de la igualdad sustancial y efectividad de la tutela jurisdiccional, que alcanza no solo a las partes –mediante la aplicación del principio de socialización del proceso, sino que se extiende hasta al juzgador y sus poderes respecto a la reconstrucción de la verdad de los

¹¹¹ Traducción libre de: “Il principio di non contraddizione viene considerato da Aristotele anche come ciò che permette di formulare ogni tipo di ipotesi perché esso non è, a sua volta, una ipotesi. Il principio di non contraddizione è, perciò, il principio ‘più accertante’, perché garantisce razionalmente la nostra conoscenza nel momento in cui sottopone una affermazione alla sua negazione per farne emergere (o meno) la contraddittorietà. Esso garantisce anche ogni tipo di ragionamento in quanto la possibilità di costruire una inferenza è assicurata da una connessione che deve anch’essa essere non contraddicibile. Ed in fine il principio di non contraddizione permette il discorso in quanto agisce quale criterio di significanza, intesa come condizione che assicura ad un nome un significato (escludendo il suo contrario)”.

hechos, la cual no se alcanzaría solo por el esfuerzo de este, sino que solo sería válidamente alcanzable desde el método dialéctico y la contribución de las partes, lo cual constituye un retorno a las nociones anteriores al pensamiento científico que influye el derecho procesal (Picardi 2006: p. 211).

2.2.3. ¿Limitaciones o exclusión el contradictorio?

Si bien el derecho de defensa constituye una condición de observancia irremediable en cualquier proceso que se precie de ser debido, su aplicación intrínseca en el debate – como oportunidad dialéctica- puede sufrir distintas manipulaciones de oportunidad e intensidad, siempre que se establezca una forma de que el contradictorio pueda llegar a expresarse. Ello en mérito a una reconocida interacción entre el derecho de acción y derecho de defensa, como derechos fundamentales de naturaleza procesal, por lo que no puede pretenderse la eliminación total de una o de otra, sino una armonización en su aplicación, siempre con observancia de los derechos fundamentales en conflicto y con respeto de su contenido esencial lo que, como se dijo anteriormente¹¹², constituye la verdadera noción de efectividad. De ese modo, se ha explicado que para ello se recurre a determinadas reglas “que buscan solo mejor proteger ambos derechos, sin la necesidad de hacer uno ceder frente al otro (reglas de adecuación y de necesidad), o de una regla que imponga la prevalencia de un derecho sobre el otro (regla de proporcionalidad en sentido estricto)”¹¹³ (Marinoni 2008: p. 332).

Como dijimos anteriormente¹¹⁴, el demandado se encuentra en una situación jurídica compleja en la que se presentan distintas facultades, deberes, poderes y cargas procesales, debiendo ser respetada en toda su extensión; no olvidando, además, que en mérito al principio de eventualidad, el demandado tiene la carga de proponer (alegar) la negativa de los hechos planteados en la demanda, proponer los hechos distintos a los

¹¹² Ver apartado 1.3. del Capítulo I.

¹¹³ Traducción libre de “(...) que objetivam apenas melhor proteger ambos os direitos, sem necessidade de fazer um ceder diante do outro (regras da adequação e da necessidade), ou de uma regra que imponha a prevalência de um direito sobre o outro (regra da proporcionalidade em sentido estrito).

¹¹⁴ Ver apartado 2.1. de este capítulo.

postulados en ella, y plantear todas las defensas (sustanciales y formales) así como la reconvencción, de ser viable.

Es exigible el respeto al derecho de defensa en cuanto los efectos de las decisiones son provisionales y revisables con la participación del demandado, o cuando se formulen estructuras procedimentales que hagan posible evitar la pérdida de oportunidad de ejercer situaciones procesales activas, sin que por su preclusión, como es el caso de la alegación¹¹⁵, más aun cuando puede referirse a la carga de alegar, que viene a ser “la respuesta a la cuestión de qué afirmaciones debe realizar una parte en el proceso si quiere evitar perjuicios procesales que pueden llegar hasta la pérdida del proceso” (Hess y Jauernig 2015: p.306).

En esa línea, la comparación valorativa entre el contradictorio y la celeridad en la adopción de medidas, sobre todo en el campo de la tutela sumaria, permite que la presencia de dicho principio no sea siempre previa a la decisión sino solo posterior y hasta eventual, con fórmulas estructurales que permitan no desatender el derecho de defensa más allá del momento en que se haga efectivo, siempre y cuando sea efectivamente deducible¹¹⁶.

En el derecho comparado, se tiene en consideración una posible disponibilidad del derecho de defensa, como sucede en el caso de la condena en reserva surgida en acuerdo previo de las partes, pero ello no puede significar su exclusión *a priori*.

Sobre la condena en reserva, en general, cobra rol importante la acreditación documental de los hechos constitutivos, en mérito a los cuales, se generan estructuras cambiales y documentales, por lo que el documento debe representar, con precisión y en su totalidad, el crédito alegado, frente a defensas con fundabilidad pendiente en una

¹¹⁵ “En, efecto, el objeto del proceso (la *res in iudicium deducta*, el *tema disputandum* o, lo que los alemanes llamen el *Streitgegenstand*, objeto litigios) se determina en base a las alegaciones que las partes formulen en esos dos actos (rigurosamente) escritos ya previstos en la normativa anterior: la demanda (art. 424 CPC) y la contestación de la demanda (art. 442 CPC). Siguiendo la ‘opción’ del CPC de 1912, el CPC vigente no ha previsto ni la réplica ni la réplica” (Ariano 2013: p. 105).

¹¹⁶ Piénsese en el caso de las medidas cautelares, aun las que como en nuestro país se concedan sin contradictorio previo, en las que, como toda medida provisional, permite una posible discusión a plenitud en el proceso principal; o en el propio proceso monitorio, en el que la contradicción se efectúa a elección del demandado.

larga instrucción, con una amplia participación del juzgador en su valoración (Scarselli 1989: p. 319). Así, explica que:

“estos elementos han tenido distinta fuerza y fortuna según la fuerza que, en cada momento, han tenido sus protagonistas. Precisamente por eso la condena condicional -y el argumento es válido *mutatis mutandi* también con referencia a nuestro sistema actual- se presenta inevitablemente como una institución híbrida y compuesta, donde los tres centros representados por las figuras del acreedor, el deudor y el estado (o, si se prefiere, representada por la prueba de los hechos constitutivos, por la excepción de la larga investigación y por la potestad del juez) coexisten siempre en mayor o menor medida”¹¹⁷ (1989: p. 320).

Proto Pisani, señala que “en base a esta el juzgador, conocidos solo los hechos constitutivos del derecho, emite un proveído jurisdiccional de mérito, reenviando a una fase procesal sucesiva la cognición sobre las excepciones del demandado; el proveído es inmediatamente ejecutivo, pero su eficacia esta resueltamente condicionada al acogimiento de las excepciones”¹¹⁸ (2006: p. 571).

Esta técnica de cognición sumariada, por parcial, permite que la carga del tiempo del proceso para plantear una instrucción sobre todos los hechos discutibles en la controversia, sea distribuido entre las partes y no solo enfrentado por quien busca una modificación en la situación jurídica inicial (Proto 2006: p. 571).

El supuesto más claro del acuerdo de disposición del derecho de defensa viene dado por el artículo 1462 del Código Civil italiano, que prescribe:

¹¹⁷ Traducción libre de: “Questi elementi hanno avuto forza e fortuna diversa a seconda della forza che, di volta in volta, hanno avuto i loro protagonisti. Proprio per questo la condanna con riserva -e il discorso vale *mutatis mutandi* anche con riferimento al nostro sistema attuale- si presenta inevitabilmente come un istituto ibrido e composito, ove i tre centri rappresentati dalle figure del creditore, del debitore e dello stato (o, si se preferisce, rappresentati dalla prova dei fatti costitutivi, dall'eccezione di lunga indagine e dal potere del giudice) coesistono sempre in maggiore o minore misura”.

¹¹⁸ Traducción libre de: “in base ad essa il giudice, conosciuti i soli fatti costitutivi del diritto, emette un provvedimento giurisdizionale di merito, rinviando ad una fase processuale successiva la cognizione in ordine alle eccezioni del convenuto; il provvedimento è immediatamente esecutivo, ma la sua efficacia è risolutamente condizionata all'accoglimento delle eccezioni”.

Art. 1462 del Código Civil italiano: Cláusula que limita la viabilidad de las excepciones.- La cláusula que establece que una de las partes no puede hacer excepciones para evitar o retrasar la prestación debida, no tiene efecto para las excepciones de nulidad, de anulabilidad y resolución del contrato. En los casos en que la cláusula es eficaz, el juez, si reconoce que existen motivos graves, puede no obstante suspender la sentencia, imponiendo, si es necesario, una caución¹¹⁹.

Del texto se desprende, *a contrario sensu*, que son viables las cláusulas que limitan el uso de ciertas defensas, siempre que no se trate de las que resultan indisponibles, facultando al juzgador la evaluación de la situación generada por esta prohibición, pudiendo adoptar alguna medida que permita proteger el interés del contratante que acordar limitar su derecho.

Si bien el texto daría lugar a una percepción de plena autonomía de las partes respecto a lo que pactan sobre el derecho de defensa, deben hacerse algunos reparos. Así, se tiene que, en principio, se asegura el cumplimiento inmediato de la prestación contractual, en una aplicación de la tradicional regla *solve et repete*, siempre permitiendo al juzgador – pese a ese acuerdo previo entre las partes- una valoración de los medios probatorios presentados por la demandada, lo que incluso se ha entendido en mayor extensión a los expresamente señalado en la disposición normativa, a partir de la noción de “motivos graves” (Scarselli 1989: p. 322)¹²⁰.

Así, resulta innegable que a través de la referida técnica existe una valoración de los argumentos de defensa, siendo vía para la reacción contra el abuso del derecho de

¹¹⁹ Art. 1462 del Código Civil italiano: Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni.- La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto. Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se nel caso, una cauzione.

¹²⁰ “Y en referencia a los graves motivos, que es argumento sobre el cual volveremos, la exposición de motivos del Código Civil recordaba cómo estos pueden entenderse presentes cuando ‘la excepción presenta elementos de fundabilidad, ya cuando exista una prueba semiplena o cuando sea posible una rápida investigación de las mismas” (Scarselli 1989: p. 323). Traducción libre de: “E con riferimento ai gravi motivi, che è argomento sul quale torneremo, la relazione ministeriale dal codice civile ricordava come questi possano ritenersi sussistenti quando ‘l’eccezione presenta elementi di fondatezza, quando vi sia già una prova semiplena, oppure sia possibile una pronta indagine sull’eccezione”.

defensa no exenta de cuidado por un sector doctrinario en Italia (Proto 2003: p. 370)¹²¹, y las posturas más entusiastas a la aplicación de los acuerdos procesales sobre el derecho de defensa, entienden que no se trata de una renuncia a la misma, sino la convención a la que llegan las partes en una forma de ejercerla, solo diferida o hasta eventual (Angioni 2014: p.112).

Esta forma de tutela, ha llegado, en cierta forma, a otras latitudes. Así, en el derecho brasileño, el nuevo Código de Proceso Civil del 2015 ha reformado las tutelas concedidas, recurriendo a una categoría denominada tutela de la evidencia¹²², integrante de la también novedosa tutela provisional¹²³, la cual expone en su artículo 311, señala:

¹²¹ “La peligrosidad de esta disposición, aunque mitigada por la cláusula de salvaguardia contenida en el segundo párrafo (donde el juez puede prescindir de ella ‘si concurren causas graves’), se manifiesta en un doble nivel: por un lado, de hecho, no se subordina explícitamente la eficacia de la cláusula *solve et repete* a la particular evidencia de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión del actor, del otro lado acaba con dejar el respeto del derecho de defensa del demandado –la igualdad formal de las partes- a la voluntad contractual de las mismas partes (que no puede verse afectada por situaciones de desigualdad sustancial). Por estas razones, no podemos dejar de compartir el desagrado con el que muchas personas miran esta disposición” (Proto 2003: pp. 374 y 375). Traducción libre de: “La pericolosità di questa disposizione, per quanto attenuata dalla clausola di salvaguardia contenuta nel secondo comma (là dove si consente al giudice di disapplicarla ‘se concorrono gravi motivi’), si manifesta su di un duplice piano: da un lato infatti non si subordina esplicitamente l’operatività della clausola *solve et repete* alla particolare evidenza della prova dei fatti costitutive della pretesa dell’attore, dall’altro lato finisce col rimettere il rispetto del diritto di difesa del convenuto –l’eguaglianza formale delle parti- alla volontà contrattuale delle parti stesse (sulla quale non potranno incidere situazioni di diseguaglianza sostanziale). Per questi motivi non si può non condividere lo sfavore con cui da molti si guarda a questa disposizione”.

¹²² Sobre el origen de esta, se ha señalado que “no obstante haya registros doctrinarios anteriores, la expresión ‘tutela de la evidencia’ apareció en la obra ‘Tutela de segurança y tutela da evidência’, de Luiz Fux, que analizó, en 1996, la tendencia de la época en conceder anticipación de los efectos de la tutela jurisdiccional de plano, con base únicamente en la probabilidad del derecho de parte” (Cambi y Schmitz 2020: p. 143). Traducción libre de: ‘Não obstante haja registros doutrinários anteriores, a expressão ‘tutela da evidência’ apareceu na obra ‘tutela de segurança e tutela da evidência’, de Luiz Fux, o qual analisou, em 1996, a tendência da época em conceder a antecipação dos efeitos da tutela jurisdiccional de plano, com base unicamente na probabilidade do direito de parte”.

¹²³ Respecto a la razón de escoger el nombre de Tutela Provisional, se ha señalado que: “Tutela provisional es aquella que, en razón de su natural limitación cognitiva, no es apta a proveer definitivamente sobre el interés en el cual incide y que, por tanto, sin perjuicio de su inmediata eficacia, en cualquier momento, podrá ser modificada o venir a ser objeto de un proveimiento definitivo en un procedimiento de cognición exhaustiva. La falta de exhaustividad en la cognición no es, por tanto, la única característica de la tutela aquí denominada provisional, porque (...) hay procedimientos con esa característica en la jurisdicción de conocimiento, en la jurisdicción de ejecución y en la llama jurisdicción voluntaria” (Greco 2016: pp. 186 y 187). Traducción libre de: “Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva. A não exaustividade da cognição não é, entretanto, a única característica da tutela aqui denominada provisória, porque, (...) há

La tutela de evidencia será concedida, independientemente de la demostración de peligro de daño o de riesgo al resultado útil del proceso, cuando:

I. Quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito de demora de la parte.

II. Las alegaciones de hecho puedan ser comprobadas solo documentalmente y haya un criterio sustentado en la decisión de casos repetitivos o en súpula vinculante.

III. Se trate de pedido reivindicatorio fundado en prueba documental adecuada del contrato de depósito, caso en el que será decretada la orden de entrega del objeto custodiado, bajo conminación de multa.

IV. El pedido inicial fuera instruida con prueba documental suficiente de los hechos constitutivos del derecho del demandante, a la que el demandado no oponga prueba capaz de generar duda razonable.

Parágrafo único: En las hipótesis de los incisos II y III, el juez podrá decidir liminarmente.¹²⁴

Con esta regulación puede apreciarse que se busca una distribución de la carga del tiempo entre ambas partes, permitiendo que mientras dure el proceso, el demandante pueda disfrutar del derecho que aparece cierto, dando cuenta de la prueba ofrecida, aunque también con observancia de otros criterios, como la propia conducta del demandado y sus alegaciones, sin requerir una situación de urgencia determinada. Sin embargo, debe tenerse que en la estructura procedimental presentada resulta presente la

procedimentos com essa característica na jurisdição de conhecimento, na jurisdição de execução e na chamada jurisdição voluntária”:

¹²⁴ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súpula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

provisionalidad de sus efectos, señalando que “no representa violación de las garantías constitucionales del contradictorio ni de amplia defensa, porque el demandado puede manifestarse posteriormente al mandato judicial que posibilita al autor el bien de la vida, así como puede producir todas las pruebas y tiene todos los plazos procesales previstos en ley para conseguir cesar los efectos de la decisión que concede la tutela de evidencia, buscando su revocación inclusive antes de la sentencia”¹²⁵ (Cambi y Schmitz 2020: p. 41).

En nuestro país la reflexión sobre el derecho de defensa continúa en la jurisprudencia, y se materializa a propósito de la Ley número 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar¹²⁶, sobre todo en cuanto a las disposiciones procesales que permiten la afectación de distintos derechos e intereses del supuesto agresor, llegándose incluso a hacerlo excluyendo su participación. Así, el Tribunal Constitucional Peruano¹²⁷ se ha pronunciado favorablemente a la concesión de medidas de protección en favor de la víctima prescindiéndose, incluso, de la audiencia dispuesta por ley, atendiendo a la gravedad y potencialidad dañosa de la situación de la agraviada. Aun cuando el Tribunal Constitucional haya recurrido para justificar su aprobación, entre otras afirmaciones, al test de proporcionalidad, es evidente de dicha sentencia que el sustento más compatible resulta el ya conocido por la doctrina procesalista: el derecho de defensa está garantizado a existir y materializarse, pero no siempre *audita altera pars*, sino que puede ser diferido, mientras cumpla con permitir una reversión de los efectos en la decisión final.

Punto adicional para configurar los límites del derecho de defensa y contradictorio viene dado por la autonomía de la posición demandante respecto del tipo de defensa que pueda elegir el demandado. Así, aun existiendo todas las manifestaciones antes

¹²⁵ Traducción libre de: “não representa violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porque o demandado pode se manifestar posteriormente ao comando judicial que possibilita ao autor o bem da vida, assim como pode produzir todas as provas e tem todos os prazos processuais previstos em lei para conseguir cessar com os efeitos da decisão que concede a tutela de evidência, buscando a sua revogação inclusive antes da sentença”.

¹²⁶ Publicada el 23 de noviembre de 2015 en el diario oficial El Peruano.

¹²⁷ Ver, sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente número 03378-2019-PA/TC.

señaladas del principio dispositivo, la rebeldía del demandado no frustra la continuación del proceso, cuando si bien existe una discrecionalidad regulada sobre su propio interés al poder elegir no participar del debate procesal (carga sobre el demandado) y no evita que deba someterse a algunas funciones del proceso (deber de colaboración del demandado), como es el caso de la actuación probatoria a la cual debe concurrir (medios probatorios: exhibiciones, declaraciones de partes, etc.).

3. SOBRE EL ALLANAMIENTO COMO ACTO DE VOLUNTAD EN EL PROCESO

En cuanto a nuestro objeto de estudio, importa delimitar la institución del allanamiento, que estaría incluida como una cláusula en el nuevo texto del artículo 594 del Código Procesal Civil desde la modificatoria introducida por la Ley número 30201.

Cabría iniciar señalando que la idea de un allanamiento al pedido del demandante, es una situación potencialmente existente en todas las controversias, incluso en ordenamientos en los que no se encuentra regulado normativamente, como el italiano. Así, lejos de que ello implique que no existe una respuesta frente a la conformidad manifestada del demandado frente a la demanda, se aprecia sendas discusiones doctrinarias y posiciones jurisprudenciales para darle un contenido¹²⁸ (Minoretti 2013: p. 10).

¹²⁸ Informaba sobre ello Sentís Melendo en varios de los códigos de procesales vigentes a medios del siglo pasado (1958: p. 262). Similar situación se presenta en España en donde la doctrina da cuenta de una regulación legal incompleta del artículo 21 original de Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, por lo que debía explicándose ello en que “Tal como afirma LIEBMAN se produjo una confusión en los países latinos, ya que lo que en derecho romano era un acto extrajudicial que sustituía a la sentencia y el juicio, deviene en una actividad instructora que sirve para decidir el litigio como fundamento de la sentencia; donde el derecho romano reconocía a las partes el poder de disponer de sus derechos privados, ahora se les reconoce un derecho sustancial de disposición sobre la verdad en el proceso (...) Sin embargo, en el derecho germánico se sigue analizando el derecho justiniano, regulando así la segunda forma de confesión conocida en Roma que consistía en la admisión total de la demanda (*confessio in iure*). Por este motivo los códigos de tradición latina recogen esta figura mientras que los de los países germánicos la incluyen: en el art. 307 de la ZPO alemana se regula esta institución otorgándole una eficacia vinculante, al igual que en el art. 395 del Reglamento procesal Austríaco, en el derecho francés se regula en el art.

El allanamiento se vincula directamente a una actitud de sometimiento del demandado a la posición del demandante, en atención al principio dispositivo y al poder de disponer del objeto del proceso al cual comparece por iniciativa del demandante.

Se ha señalado que por esta institución debe entenderse “el acto procesal del demandado que consiste en la declaración de voluntad admitiendo las pretensiones formuladas por el demandante con la intención de poner fin al proceso” (Pérez 2000: p. 26), resaltando desde siempre que allanarse resulta, sobre todo, “renunciamiento, ausencia de lucha; que es cosa distinta de un reconocimiento”, siendo que en uno habría referencia solo al pedido de la demanda mientras que en el otro aceptación de sus fundamentos y su razón (Sentís 1958: p. 271)¹²⁹. Sin embargo, debe recurrirse a la precisión lingüística a fin de no entender en el allanamiento algo más de lo que es: por ejemplo, una “renuncia” al derecho a defenderse”, que no podría permitirse en muchos casos¹³⁰.

Volvamos sobre lo dicho. Se dice que el allanamiento es un acto procesal, y habría que indicar que esta afirmación se basa en el análisis de la doctrina respecto a la naturaleza del allanamiento, como tal -acto procesal- o como contrato o negocio jurídico, terciando también la posición de considerarlo de naturaleza mixta (Pérez 2000: pp. 25 y 26)¹³¹.

410 del NCPC en el mismo sentido que en el derecho alemán; sin embargo, en el derecho italiano no existe precepto alguno que regule esta institución, aunque es admitido por la jurisprudencia y por la doctrina” (Pérez 2000: pp. 16 y 17).

¹²⁹ Apunta Sentís Melendo que “Y, en primer lugar, deslindar dos expresiones que muchas veces se emplean como sinónimas por razones idiomáticas que en seguida explicaremos. *Allanamiento* y *reconocimiento* circulan, sobre todo en los autores modernos, como valores equivalentes; ello es uno de los tantos resultados de la influencia de los trabajos alemanes e italianos; cuando esa influencia era menor, o en absoluto inexistente, la expresión *reconocimiento* no se empleaba por nuestros autores, y, aun hoy en día, puede decirse que carece de sentido en nuestro léxico procesal en el que su empleo no pasa de ser traducción directa del italiano” (1958: p. 268)

¹³⁰ “Tampoco nos parece aceptable la opinión según la cual por *allanamiento a la demanda* debe entenderse la declaración de voluntad de quien por él abdica de toda defensa o renuncia a impugnar la pretensión adversaria, que Goldschmidt describe como un ‘acto de disposición sobre derechos procesales, a saber: la participación de la voluntad de renunciar a la posibilidad de impugnación’ y Guasp como ‘una declaración de voluntad del demandado por la que no se opone o abandona su oposición a la pretensión del demandante’ (Chao 1957: p. 194)

¹³¹ Se da cuenta sobre todo en Alemania el debate sobre ambas posiciones, representadas por la *Theorie der Doppelnatur*, sobre la doble naturaleza del instituto, tanto procesal como sustancial, por lo que es una declaración que no se limita a permitir la emisión de sentencia, sino que genera, además, efectos materiales; y la *Theorie der reinen Prozesshandlung*, que se orienta a la naturaleza solo procesal del

En ese sentido, debe tenerse establecido que lejos de ser un acto de disposición material del objeto del proceso, con la consecuente existencia de una autocomposición de la controversia, consiste en la aceptación de la pretensión procesal y fin de la controversia o conflicto, aunque sea común encontrarse en la legislación una referencia contraria (Sentis 1958: p. 264, volumen II)¹³², teniendo en cuenta que en el derecho comparado, sobre todo en el más influyente en nuestra región, existe poco uso o referencia al concepto de pretensión¹³³.

De ello se tiene que con el allanamiento no hay una afectación directa al derecho contenido en la pretensión (lo cual sería el caso de la sustracción de la materia), por lo que frente a ella, es necesaria la expedición de una sentencia, sino que se trata de la valoración del comportamiento de la parte hacia la conclusión del proceso. Por esto, si bien es expresión, inicialmente del principio dispositivo, resulta también expresión del principio de economía procesal (Minoretti 2013: p. 84).

Resulta necesario que no solo se finalice con el proceso, mediante un proveído neutro, esto es, que no tenga otro contenido más que su extinción, sino que es necesario que se dicte sentencia, entendida como técnica procesal que permita el paso a la siguiente fase del proceso, para cumplir efectivamente la pretensión planteada.

instituto, en cuanto forma de conclusión (Minoretti 2013: pp. 2 y 3. Sentis Melendo expresaba duda sobre una u otra en mérito a la poca precisión del concepto negocio jurídico procesal (1958: p. 272).

¹³² Señala Sentis Melendo lo siguiente: “Se produce así la discusión de la pretensión; y aquí se ve a una parte frente a la otra; lo cual permite a ANGELOTTI concretar el pensamiento de CARNELUTTI diciendo que ‘lo que se demanda al juez es distinto de lo que la parte exige del adversario; mientras del adversario se exige que se ajuste a la *pretensión*, al juez se le pide que le ordene ajustarse a ella’. Esto nos podría bastar para dejar establecido que la expresión ‘allanamiento a la demanda’ puede dar lugar a confusión, y que lo que verdaderamente se debe tomar en consideración es el *allanamiento a la pretensión del actor*. Pero mayor importancia aun tiene para nuestro estudio el que en la monografía más importante que a literatura italiana posee sobre el problema que nos ocupa, se diga que “la *demanda* se entiende en su significado sustancial, equivalencia a *pretensión*, y, *para entendernos*, correspondiente al *Anspruch* germano” (1958: p. 264).

¹³³ Así, se ha explicado que en la doctrina procesal italiana más clásica, al contrario de la alemana, en cuanto al concepto de pretensión (“*pretesa processuale*”) destacando el carácter de equívoco e indeterminado, prefirió evitar su uso, aun cuando puede hacer referencia al mismo, como sucede en el instituto del *Riconoscimento della domanda* (Minoretti 2013: pp.22 y ss.). Distinto es el caso para la doctrina procesal alemana, en la que basta recordar la célebre polémica Windscheid-Muther, así como el desarrollo posterior de la misma, que decantó en los primeros estudios sistematizados del derecho procesal.

Pero el análisis no solo debe culminar allí, sino que debe tenerse por lo menos dos reflexiones más a raíz de ello.

En primer lugar, al ser un acto procesal, con efectos que únicamente pueden manifestarse dentro de un proceso, generan que sea, en principio, necesaria la emisión del pronunciamiento jurisdiccional. En cuanto a este pronunciamiento, se ha planteado en la doctrina comparada dos posiciones: la vinculación y la no vinculación del juzgador al contenido dispositivo del allanamiento, en donde existe una clara manifestación de la polémica doctrinaria sobre el rol de aquel en el proceso (Pérez 2000: pp. 32-41).

La teoría de la no vinculación, defendida entre otros por Chiovenda, Liebman y Rocco¹³⁴, que postula que el juzgador puede no acoger el allanamiento, se encontraría, en principio, fundamentada en evitar el fraude procesal y en la observancia del principio *iura novit curia*, como expresión del deber jurisdiccional de resolver en justicia y su naturaleza de función pública; a su vez, la teoría de la vinculación, que entiende que sí hay deber del juez de concluir el proceso en el sentido expresado por el demandante y aceptado por el demandado, con la atingencia de que evalúe favorablemente que puede emitir una decisión de fondo¹³⁵ y con la limitación impuesta por las normas de derecho público o la posibilidad de generar un perjuicio a terceros (Pérez 2000: p. 38). Se ha señalado que:

“Creemos que la correcta aplicación de los principios procesales determina el carácter vinculante del allanamiento en los procesos de carácter dispositivo. Si las partes pueden disponer del objeto del proceso en cualquier momento nada impide que puedan realizarlo a través de un acto

¹³⁴ Sentis (1958: p. 274)

¹³⁵ “Cuando el órgano jurisdiccional dicte sentencia deberá analizar si se han cumplido las condiciones que determina el ordenamiento jurídico para que pueda revolver la cuestión de fondo. El allanamiento solo determina la finalización del proceso, pero no puede afectar a su constitución porque se estima que es innecesaria su continuación después de la declaración de voluntad del demandado, ya que ésta, por sí sola, determina la resolución de la cuestión de fondo” (Pérez 2000: p. 39).

bilateral (transacción judicial) o de un acto unilateral (renuncia y allanamiento). Las partes pueden disponer del proceso en cualquier momento o dejarlo sin objeto a través de una satisfacción extraprocésal de la pretensión cuando rija el principio de conveniencia del proceso” (Pérez 2000: p. 39).

En segundo lugar, los alcances de la misma no pueden perjudicar a terceros, a quienes no se les puede extender los efectos de la decisión final.

De ello se tiene que con el allanamiento no hay una afectación directa al derecho contenido en la pretensión (lo cual sería el caso de la sustracción de la materia), por lo que frente a ella, es necesaria la expedición de una sentencia en mérito a que dicho acto procesal.

Con el allanamiento en sí no hay una disposición del bien u objeto (sustracción de materia u otra situación parecida) sino que es necesario un pronunciamiento del juzgador mediante la sentencia. No sería un modo de autocomposición del conflicto. De ello se tiene que con el allanamiento no hay una afectación directa al derecho contenido en la pretensión (lo cual sería el caso de la sustracción de la materia), por lo que frente a ella, es necesaria la expedición de una sentencia en mérito a que dicho acto procesal.

No resulta baladí que hagamos énfasis sobre el allanamiento en el contexto procesal, toda vez que la doctrina también ha reflexionado sobre ello en el ámbito –por así decirlo- extra procesal. Algún sector de la doctrina distingue el allanamiento a la pretensión, en su noción material (como acto de voluntad extrajudicial) y el allanamiento a la demanda. Así, se señala que :

“Cualquier otro comportamiento que no consista en el efectivo sometimiento a la pretensión podrá traducir una promesa, o la disposición de ánimo de sujetarse posteriormente a ella, o involucrar el reconocimiento de su legitimidad, pero no constituirá *allanamiento* entendido como el acto de *sujetarse* o *avenirse* a lo que se pretende, conformando o ajustando el

comportamiento del requerido a la exigencia del requiriente” (Chao 1957: p. 193).

Para esta posición, sería distinto el “allanamiento a la demanda”, porque en esta hay la participación del Juez, contra quien se dirige, y que debe manifestarse al respecto. Se ha explicado que:

“la institución que analizamos tiene un carácter exclusivamente procesal. Es un acto del demandado que tiene que realizarse en un proceso judicial, y en cuanto tal tiene esta consideración de acto procesal. El allanamiento consiste en una alegación del demandado en la que reconoce la pretensión del demandante. Esta declaración de voluntad solo va a ser eficaz en el proceso en el que se ha producido y en cuanto sea recogido por el órgano judicial en la sentencia. El allanamiento no va a producir efectos extraprocesales. El órgano jurisdiccional deberá dictar una sentencia que va a resolver el litigio planteado entre las dos partes” (Pérez 2000: pp. 27 y 28).

En cuanto a las formas del allanamiento, Sentis hizo referencia a una clasificación de la institución (1958: p. 289 y ss.), que incluiría: al allanamiento puro y al allanamiento condicional, al allanamiento total y al allanamiento parcial, al allanamiento genérico y al allanamiento expreso y al allanamiento tácito. Sin embargo, termina por descartar varios de los mismos, estableciendo con precisión los límites de la institución.

Así, si bien puede ser aceptado que exista un allanamiento total y un allanamiento parcial, cuando el mismo versa únicamente sobre una de las pretensiones, que significa la culminación del proceso solo respecto de esta; sin embargo, sería menos admisible un allanamiento condicional, que difiera la extinción del proceso a otro hecho aun por acontecer, así como también lo es un allanamiento genérico, en el sentido de entenderse como tal aquella actitud, conocida públicamente de un litigante, renuente a contradecir alguna pretensión, o un allanamiento tácito, en el sentido de darse un comportamiento

cumpliendo lo pedido en la demanda. Así, bien podría decirse que el allanamiento resulta, antes, con las siguientes características: ser expreso, concreto y sin condiciones.

En nuestro Código Procesal Civil, el artículo 330 ha previsto la configuración del allanamiento, conjuntamente con el reconocimiento. Así, el texto señala que:

Allanamiento y Reconocimiento

Artículo 330.- El demandado puede expresamente allanarse o reconocer la demanda, legalizando su firma ante el Auxiliar jurisdiccional. En el primer caso acepta la pretensión dirigida contra él; en el segundo, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta. El reconocimiento se regula por lo dispuesto para el allanamiento.

Efecto del allanamiento

Artículo 333.- Declarado el allanamiento, el Juez debe expedir sentencia inmediata, salvo que éste no se refiera a todas las pretensiones demandadas.

En ese sentido, se tiene la naturaleza de acto procesal del allanamiento para nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto se ha establecido que debe concluirse la instancia con un sometimiento expreso al pedido jurídico del demandante, y con la emisión de la sentencia de condena. Así, la doctrina (Ledesma 2016: p. 99) entiende como elementos del allanamiento en nuestro ordenamiento los siguientes: i) es una declaración de voluntad humana, ii) es una manifestación de conformidad con lo pedido por el actor; y, iii) Conlleva la intención de extinguir el proceso.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA DENOMINADA CLAUSULA DE ALLANAMIENTO A FUTURO COMO EXPRESION DE SUMARIEDAD

1. PROCESO DE DESALOJO EN EL PERÚ: TUTELA DIFERENCIADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

1.1. Precisiones sobre el tratamiento legislativo del contrato de arrendamiento y el proceso de desalojo

Según el artículo 1666 del Código Civil peruano de 1984, "por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida". Conforme se tiene del texto señalado, el contrato de arrendamiento tiene como objeto de la obligación el uso de bienes, a diferencia de lo sucedido en el anterior Código Civil de 1936, en donde ese contrato era más abarcante en cuanto incluía en dicha noción no solo la locación-conducción de cosas sino también la disposición en esos términos de prestaciones de servicios o de construcciones de obra, hoy separadas en otras figuras contractuales (Bigio 1994: p. 197).

Sobre esta figura contractual contenida en la disposición normativa antes señalada, se entenderían presentes los siguientes elementos¹³⁶:

- i) Es consensual, en cuanto se perfecciona con el acuerdo de voluntades, sin involucrar para ello la entrega de las cosas, siendo suficiente el consentimiento.
- ii) Es informal, al no contar con solemnidad bajo sanción de nulidad.
- iii) Tiene prestaciones recíprocas, porque cada parte asumen obligaciones respecto de la otra, siendo la más relevante para el arrendador la de ceder el uso del bien al arrendatario, y la más importante para este, la de pagar la renta (prestación y contraprestación).

¹³⁶ En este apartado se sigue a Bigio Chrem (1994: p. 199).

- iv) Es oneroso, al representar ventajas para las partes. Debe tenerse su distinción de la figura del comodato, que como señala en artículo 1728 del Código Civil, constituye en la entrega temporal gratuita de un bien por parte del comodante al comodatario. Asimismo, la doctrina (Bigio 1984: p. 200) entiende que el legislador no ha precisado que la renta a ser entregada como contraprestación del arrendamiento sea necesariamente una suma de dinero determinada, sino que puede ser un servicio prestado, la transferencia de propiedad de otro bien, o de frutos o, también, puede ser una renta mixta, esto es, con una parte líquida en dinero y otra ilíquida, o con una parte determinada y otra por determinar en mérito a, por ejemplo, ventas o ingresos en locales comerciales.
- v) Es conmutativo, porque las partes pueden prever los costos y beneficios que tendrán que asumir al momento de contratar.

Desde 1920 en adelante, la legislación sobre el contrato de arrendamiento ha tenido un tratamiento fuera del regulado por la codificación civil, y este se ha presentado con una intervención estatal, sobre todo en el arrendamiento urbano, en mérito a lo elevado del precio de renta y a los distintos períodos de crisis económica en nuestro país¹³⁷. Ello no tendría vinculación con algún tipo determinado de ideología política propugnada por los gobernantes de turno, toda vez que la doctrina ha evidenciado que incluso en los gobiernos a los que se identifica como defensores del libre de mercado “se ha mantenido una posición ambigua respecto de la legislación intervencionista, ya que - salvo el período de Benavides- se mantuvieron los antiguos contratos de arrendamiento y no se derogaron las normas que regulaban (...) tales antiguos contratos de arrendamiento” (Zas 2014: p. 241).

¹³⁷ “La legislación en materia de alquileres dictada a partir de 1920 nos indica que desde el gobierno de Leguía hasta hoy los momentos de libre mercado han sido pocos. Estos momentos de libre mercado se producen en el gobierno de Benavides; al final del primer gobierno de Belaunde; en el gobierno Velasco; en el gobierno de Morales Bermúdez, luego de un momento intervencionista; en el segundo gobierno de Belaunde; y a partir del primer gobierno de Fujimori (...) no obstante se mantenga en todo este período – hasta hoy- el intervencionismo contractual en un universo de contrato de arrendamiento”: (Zas 2014: pp. 241). También lo entiende así Polanco (2016: p. 35).

Incluso hoy, tenemos alguna legislación que se ha mantenido, aunque siempre en un grupo reducido de inmuebles, como es el caso del Decreto Legislativo número 709 y del Decreto Ley 21938¹³⁸, o también influyen en la voluntad contractual algunos aspectos de la tributación de primera categoría del Impuesto a la Renta, que a través de las ficciones legales hacen indispensable el cobro de la renta (ficción de la percepción del precio de la renta pese a incumplimiento), así como también el límite de 6% del autoavalúo del inmueble para el monto de la renta (Polanco 2016: p. 72).

Así se explica la situación, señalando que:

“El Código de 1936, al igual que el Código Civil colombiano, incluía en el contrato de arrendamiento la locatio-conductio ya de una cosa, ya de un servicio o de una obra, siguiendo el esquema del Derecho Romano. Sin embargo, estas tres clases de relaciones contractuales importan diferencias fundamentales, por lo cual se justifica su tratamiento diferenciado. Al separar estas categorías no se hace otra cosa que reconocer, a nivel teórico y normativo, la distinta naturaleza de estas relaciones jurídicas y regular con más propiedad la realidad socioeconómica, ya que no se pueden equiparar las relaciones originadas por la cesión del uso de un bien con las que se producen con motivo de la prestación de un servicio, que involucra la actividad humana. Por ello, las actuales legislaciones se han apartado del esquema anterior.” (Bigio 1994: p. 197)

La pretensión por la que el arrendador persigue la restitución del bien entregado contractualmente es el desalojo. Puestos a buscar una definición sobre el desalojo, las

¹³⁸ “Ya en 1984, el Código Civil promulgado ese año, reconoció que los presupuestos y la lógica de un derecho civil consagrador exclusivo del libre mercado no tiene validez universal ya que su aplicación no permite el acceso a la vivienda, a través del contrato de arrendamiento, en una regulación de libre mercado. Por esta razón, el Código Civil de 1984 se declara supletorio. Esta situación ha continuado en la década de los noventa del siglo XX y del siglo XXI, cuando el Decreto Legislativo No. 709 dispuso que a partir de su vigencia (noviembre del año 1991), en materia de arrendamiento de predios urbanos, regirían únicamente el Código Civil, el Decreto Legislativo No. 709 y ultractivamente el Decreto Ley No. 21938, el cual, por excepción y en forma temporal, se aplicaría en los casos de los artículos 10, 12 y 14 del Decreto Legislativo No. 709” (Zas 2014: pp. 252 y 253.)

fuentes consultadas resultan descriptivas de sus elementos principales. Así, se ha señalado que “es el acto por el cual alguien, invocando derechos al uso y goce de un inmueble, pide al órgano judicial su restitución, frente a quien lo ocupa sin título justificante, sea porque tiene una obligación reclamable de reintegro o bien porque se trata de un simple intruso que carece de aspiraciones a la posesión” (Kenny 2006: p. 3).

Como ha destacado la doctrina nacional, a fin de entender plenamente este proceso en el Perú, debe recurrirse a distintos artículos del Código Procesal Civil, pues en mérito a la definición del artículo 905 del Código Civil, se tiene que el desalojo es una protección a la posesión mediata, esto es, del poseedor que confirió el título al poseedor inmediato (Gonzales 2016: p. 216.). El artículo 585 del Código Procesal Civil vigente señala solo que “*La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo*”. Pero esta definición deberá ser complementada con lo señalado en el artículo 596 del mismo Código Procesal Civil que dispone la aplicación de las disposiciones de este procedimiento para el caso de pretenderse la restitución de muebles e inmuebles distintos a los predios (Ninamanco 2016, Tomo IV: p. 546).

Por su parte, el artículo 586 señalado reitera que con el desalojo se busca “una restitución” del bien al permitir la legitimidad para obrar al propietario, al arrendador, al administrador y todo aquel –menos el poseedor de interdictos - que se considere con derecho a ello.

Asimismo, existe una primera limitación a la controversia que importa a nuestra investigación: la “restitución del inmueble” en el desalojo no es privativa del propietario (tutela de la propiedad) sino que en mérito a quienes están autorizados para pretender hacerse del bien, puede tenerse que se trata de una pretensión que se centra en recuperar la posesión (tutela posesoria), con lo que, en principio, no debe ingresarse a una discusión respecto a la propiedad del inmueble.

Ello responde a un entendimiento tradicional en nuestro país. Como ha señalado Gonzales Barrón, en el Perú, se ha tenido ya la pretensión de desalojo en el Código de

Procedimientos Civiles de 1911, pero dividida en dos procedimientos: el proceso de desahucio y el proceso de aviso de despedida, siendo este último para el caso de contratos a plazo indeterminado donde ya se perfilaba como medio de tutela de la posesión mediata. Ambos procedimientos resolvían las controversias derivadas del arrendamiento, pero también conflictos análogos de restitución de posesión por distintos títulos posesorios (2016: p. 231).

Pero ¿cuál es el objeto del desalojo? Para Mejorada, el desalojo se trata solo de una evaluación somera del derecho a poseer, pues en lo que se resuelve, acogiendo el pedido o rechazándolo, no hay definición *per se* del derecho a poseer. Así, explica que “Si el demandante gana el desalojo no significa que es propietario. Asimismo, de admitirse el desalojo no significa que el demandado no tiene derecho a poseer, sino que no pasó el preexamen” (2013: p. 18).

Para Gonzales Barrón existe un conflicto social entre poseedores y propietarios que debe ser resuelto a favor de los primeros en cuanto no deberían ser vencidos en procesos sumarios con alegaciones recortadas, resaltando el fin económico de la posesión y la pacificación a través de esta. También da cuenta de una posición ideológica cuando se trata de desalojos frente a bienes inmuebles utilizados como viviendas. Señala:

“(…) los conflictos sociales entre propiedad y poseedor deben resolverse a través de procesos plenarios, definitivos, amplios, en los cuales se discuta el derecho del actor, pero en el que también se respete la condición expectante del poseedor, que por algo tiene una situación de hecho extendida y consolidada que merece respeto y tutela provisional (...) por lo cual la realidad material debe mantenerse hasta que se acredite un derecho superior, lo que solo puede ocurrir con un pronunciamiento de mérito (...)” (2016: p. 211).

Por ello, concluye el mismo autor que como toda acción posesoria, el desalojo ofrece una tutela provisional, en el sentido de que se centran en proteger un *status quo* posesorio y no otros aspectos de la propiedad, con una evidente cognición sumaria (2016: p. 196).

Este entendimiento de distinguir tutela de propiedad de tutela posesoria no es exclusivo de nuestro país. Así, según Di Majo, tutela posesoria y tutela de propiedad protegen distintos objetos, y presentan características que pueden hacer de aquella mucho más expeditiva que la segunda. Así, señala:

“La tutela posesoria, por tanto, no goza de especiales connotaciones cualitativas frente a la patrimonial en el sentido de estar a favor o en contra de ella. Se trata de una tutela diferente, operando a otro nivel y caracterizada por un modus operandi más rápido de carácter interdictal ('la restitución debe ser ordenada por el juez por la simple notoriedad del hecho, sin demora', art. 1168 último co.), precisamente porque no se trata de una protección otorgada a poderes o derechos, basada en títulos sino a poderes de facto y encaminada a reconstituir, de hecho. Es el principio de 'doble vía' mencionado anteriormente” (2003, p. 117)¹³⁹.

Pero la precisión del objeto en el proceso puede hacerse un poco más palpable en nuestra legislación. Así, sobre la pretensión de desalojo, además de su condición de pretensión que tutela la posesión- resulta importante señalar que en nuestro ordenamiento jurídico civil se han previsto la existencia de tres causales (Gonzales 2016: p. 235):

- i) Desalojo por Resolución del contrato por falta de pago o por incumplimiento de obligaciones.
- ii) Desalojo por Conclusión del contrato por vencimiento del plazo o por venta del bien a tercero o por hipótesis del artículo 1705 del Código Civil.
- iii) Desalojo por contar con una posesión precaria.

¹³⁹ Traducción Libre de: “La tutela possessoria non gode dunque di speciali connotazioni qualitative a fronte di quella proprietaria nel senso di essere pro o contro di essa. Essa è una tutela diversa, operante ad un diverso livello e caratterizzata da un modus operandi più rapido a carattere interdittale ('la reintegrazione deve ordinarsi del giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione', art. 1168 ult. co.), proprio perché non è una tutela accordata a poteri o diritto, fondati su titoli ma a poteri di fatto e mirante a ricostituire, sia pure in fatto, siffatti poteri. È il principio del 'doppio binario' più sopra ricordato”.

Entonces, siendo el objeto principal del desalojo la restitución de un bien, resulta claro que la cognición girará, en principio, en torno a los argumentos que justifican esa entrega del bien (hecho constitutivo).

En el caso del desalojo por las causales i) de falta de pago o ii) por causal de vencimiento de contrato, la obligación de restituir el bien es conocida, dado que el demandado se encuentre en posesión del bien porque este fue entregado, en los términos del artículo 1666 del Código Civil, por quien lo reclama ahora, siendo que la controversia a resolver se centra en si está justificado o no que continúe la posesión de aquel, justificación que solo puede estar en la vigencia de ese contrato de arrendamiento frente al cumplimiento del pago de la renta y a la vigencia del plazo para su término.

Para el caso del desalojo por falta de pago, se tiene que en los artículos 585, 586 y 591 del Código Procesal Civil se menciona, expresamente, dicha causal de desalojo. Debe recordarse que el inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil prevé la resolución del contrato si el arrendatario no ha pagado: i) la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días; ii) o de un período y quince días si la renta se paga en períodos mayores al mensual; o de tres períodos si son menores al mes. También el artículo 1698 del Código Civil precisa que la resolución por falta de pago de la renta se sujeta a lo pactado, pero en ningún caso procede, tratándose de casas-habitación comprendidas en leyes especiales, si no se han cumplido por lo menos dos mensualidades y quince días

Resulta relevante para esta causal el artículo 1220 del Código Civil que señala que la prueba del pago le incumbe (carga probatoria) a quien afirma haberlo hecho, que para esta obligación resulta el deudor arrendatario.

Una cuestión distinta surge para las otras causales. En el Cuarto Pleno Casatorio Civil – en voto en mayoría- las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República tomaron la decisión de adoptar una concepción amplia del presupuesto de posesión precaria, conforme lo permitía el propio artículo 911 del Código Civil,

siendo que ya no solo la falta de un título posesorio da lugar a la precariedad sino, además, diversos supuestos en los que ese se extingue. Entiéndase que uno de los fundamentos principales de dicha concepción es entender que cuando el artículo 911 del Código Civil hace referencia a “carencia o extinción de título”, no solo debe pensarse en tal como un documento (contrato) sino en distintos actos o hechos que hayan permitido la posesión. Con ello se deja de lado la otra posición, recogida en el voto minoritario de esa decisión, que restringía la precariedad exclusivamente a los supuestos de restitución de bienes entregados por quien los reclama.

En lo que concierne al contrato de arrendamiento, la posición en mayoría del IV Pleno Casatorio Civil vincula ambas figuras al establecer que la posesión tiene la condición de precaria cuando el contrato de arrendamiento concluye, en los supuestos del artículo 1700 y 1704 del Código Civil¹⁴⁰ y en el caso de la venta del bien arrendado, conforme al artículo 1708 también del Código Civil¹⁴¹.

Con el IX Pleno Casatorio Civil se precisa el contorno sobre la cognición en el proceso sumarísimo, en general, que es aplicable también al proceso de desalojo. Así, el IV Pleno permitía que el juez pudiera valorar el argumento de defensa consistente en la existencia de un título de posesión, para evitar pronunciamientos inhibitorios y resolver el fondo –piénsese en contratos adulterados o falsificados-; pero el IX Pleno señala que ello puede formar parte del objeto de pronunciamiento decisorio en la Sentencia¹⁴², con

¹⁴⁰ **Artículo 1700.- Continuación de arrendamiento de duración determinada:** Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.

Artículo 1704.- Exigibilidad de devolución del bien y cobro de penalidad: Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento.

¹⁴¹ **Artículo 1708.- Enajenación del bien arrendado:** En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo: (...) 2. Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación.

¹⁴² “La necesidad de conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, así como las

lo que, podría tenerse que en la valoración de la Corte Suprema, un pronunciamiento sumario (desalojo) no debería, pese a sus evidentes condicionantes, ser distinto a aquel de adoptado en el proceso posterior (Pasco 2017: p. 269).

El referido precedente señala en su regla 8:

“Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes adolece de nulidad manifiesta”.

El mencionado precedente contenido en el punto 5.3. del IV Pleno Casatorio Civil, señalaba que:

“Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia —sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico—, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta”.

Este precedente establecido por las Salas Civiles de la Corte Suprema se fundamenta en reconocer que el procedimiento sumarísimo planteado en el Título III de la sección quinta del Código Procesal Civil, es un proceso con sumariedad solo por su aceleramiento procedimental, pero sin afectación de la cognición. Si bien este razonamiento jurisdiccional se aplica, en principio, a la pretensión de otorgamiento por

ventajas que, en coherencia y economía procesal, determinada la ‘declaración’ de la nulidad manifiesta”, fundamento 65 del IX Pleno.

escritura pública¹⁴³ se hace extensible hacia otras pretensiones tramitadas en esa vía procedimental.

Con todo, como señala Pasco, el objeto de pronunciamiento en el proceso de desalojo por precario podría, en mérito a ello, ampliarse: así, el demandado podría cuestionar, incluso, la validez del propio título presentado por el demandante, con la potencial situación de que ambos títulos sean inválidos (2017: p. 270). Es más, algunas ejecutorias emitidas por la Corte Suprema posteriormente –identificada por el mismo autor– enrarece más el objeto del proceso de desalojo. Así, a) en la Casación 2156-2014-Arequipa, se ha señalado que la defensa del demandado con título no impide la procedibilidad de la demanda si la posesión es ilegítima (lo que llevaría a analizar la legitimidad de la posesión, y la validez del título por cualquier causal); b) en la Casación número 1784-2012-Ica, se admitió que en mérito al artículo 1028 del Código Civil, la extensión del derecho de uso a familiares podría justificar la posesión de los demandados, con lo que no solo es de conocimiento el análisis de un acto jurídico (como se tiene del IV Pleno) sino de otros hechos a los que se aplica la norma mencionada (Título legal); c) En la casación 4538-2015-Lima, se limita que el debate en el proceso de desalojo no se desarrolla en el ámbito de la propiedad, pero ingresa a analizar la compraventa ofrecida por el demandado, lo que entiende como acto que habilita su posesión, aunque en proceso anterior ya se había declarado infundada una demanda de prescripción adquisitiva de la demandada.

Más allá de esta extensión jurisprudencial del objeto, se tiene que ya el artículo 585 señalaba solo que *“La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo”* y con Ley número 29057, publicada el 29 junio 2007, se agregaron dos párrafos más que se vinculan con la figura de la acumulación, a fin de permitir el pronunciamiento judicial no solo de la restitución del bien sino del cobro de la renta debida. No existe mayor

¹⁴³ **Exigencia de partes del cumplimiento de la formalidad Artículo 1412° del Código Civil.-** 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.

precisión respecto a qué supuestos se presentan en este proceso, esto es, sobre las posibilidades del desalojo.

Revisado el Código Procesal Civil peruano, se tiene que, si bien se hace referencia a la “urgencia” en algunos pasajes, una lectura atenta de los mismos y su ubicación sistemática nos dan cuenta de sus limitaciones. Así, en el Título III de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, que regula el proceso de cognición sumarísimo, se hace referencia a la procedencia en esta vía de los asuntos contenciosos que presenten una urgencia de tutela jurisdiccional, señalándose en el inciso 6 del artículo 546° del C.P.C. que se tramitan en proceso sumarísimo los asuntos contenciosos que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo. Pero, la sumarización en la vía procedimental sumarísima no se encuentra vinculada a la profundidad del área cognitiva del juez, sino sobre aspectos procedimentales (los plazos y actos procesales), por lo que el pronunciamiento definitivo se toma a través de una cognición completa de la relación material que se ha puesto a conocimiento del Juez, previa sustanciación que garantiza el contradictorio y produce certeza.

1.2. Tutela jurisdiccional para el desalojo en el Sistema Procesal Civil peruano

Sin embargo, la pretensión de desalojo, entendida como aquella por la que se obtiene la restitución de un bien inmueble, es uno de los casos palpables de tutela diferenciada en nuestro país, y es que pueden encontrarse hasta cinco mecanismos que tienen como objetivo la restitución del bien dentro de un contrato de arrendamiento.

Estos son los siguientes: **i)** El proceso de desalojo regulado en el Código Procesal Civil (arts. 585 y ss.), vía proceso sumarísimo, que es un proceso declarativo cualquiera, esto es, de cognición ordinaria; **ii)** El proceso con sentencia de condena a futuro (del primer párrafo del art. 594 CPC), que es considerada una de las formas tradicionales tutela preventiva, que es un primer supuesto especial de desalojo; **iii)** El proceso de desalojo con cláusula de allanamiento a futuro regulado por la Ley N.º 30201 (que modifica el

mismo art. 594 del CPC, desde el segundo párrafo), que aplica una sumarización a partir del acuerdo previo de las partes para limitar el ámbito de defensas y alegaciones; iv) El proceso único de ejecución de desalojo (D. Leg. N.º 1177), establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda, orientado al leasing financiero; y, v) el proceso de desalojo notarial (Ley N.º 30933), que es un procedimiento extrajudicial para la formación de un título ejecutivo para que sea restituido un inmueble.

Como se aprecia, algunos de ellos (i y iii) se ubican sistemáticamente dentro de los procesos de cognición plena, en vía sumarísima; mientras que a otros se les ha beneficiado con una formación de título ejecutivo extrajudicial que les permite recurrir al proceso único de ejecución (iv y v), por lo que constituyen alternativas tradicionales para responder a la urgencia. Quizás el único de dichos procedimientos dispuestos que representa algún tipo de forma preventiva es la sentencia con condena a futuro¹⁴⁴ (ii). Así, la característica inicial de la tutela preventiva para el ámbito procesal es la reformulación de los criterios de aplicación de la tutela declarativa y de la tutela de condena para evitar la producción de daños o la existencia de conflictos de intereses, que puedan producirlos posteriormente.

¹⁴⁴ “Artículo 594.- Sentencia con condena de futuro: El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo (...)”. Sobre la condena de futuro se ha señalado, anteriormente, que

“La peculiaridad de esta institución procesal radica en que la pretensión promovida y la sentencia obtenida, si es declarada fundada, le imponen al demandado el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, pero sin que exista aún el requisito de la exigibilidad, es decir, sin que se haya presentado el incumplimiento del deudor. Por esto se presentan dos funciones en su utilización: una función de declarar el derecho y una segunda de preparar la ejecución mediante la elaboración de un título ejecutivo, toda vez que su finalidad es la del cumplimiento de la obligación” (Granados 2008: p. 80). La doctrina ha explicado, que, “Desde tiempo atrás la doctrina ha entendido que no siempre la sentencia de condena tiene como condición que se le haya provocado con anterioridad una lesión al derecho del actor. Se señalan casos en los que se faculta para obrar por una prestación no debida aún, y que no se deberá sino hasta después de la sentencia condenatoria, razón por la cual no existe violación alguna del derecho en el momento de dictarse el fallo. En estos supuestos, en que existe una pretensión anticipada de condena, la obligación que se impone al demandado no nace simultáneamente con la sentencia que acoge la pretensión, sino que se impone para un tiempo posterior. En tal caso, la decisión que adopte el órgano jurisdiccional se llama ‘condena de futuro’” (Kenny 2006: p. 351).

A las anteriores formas de tutela se agrega además la existencia del “desalojo anticipado”, regulada como medida cautelar en el artículo 679¹⁴⁵. Pero debe tenerse en cuenta que en nuestro Código Procesal Civil se ha regulado una estructura procedimental cautelar acorde al carácter de instrumentalidad respecto a un proceso de fondo, cuya efectividad se busca proteger y garantizar, por lo que cualquier pedido cautelar debe encontrarse en razón de la existencia de un proceso principal con el cual se encuentra ligado ¹⁴⁶, siendo además que los efectos que produce en la relación material no pueden devenir en irreversibles, dado que presenta una provisionalidad necesaria y debe ser posible su variación, por lo que no pueden producir satisfacción definitiva de la pretensión de fondo.

De ahí que los límites para la concesión de la medida cautelar se encuentran presentes en la regulación procesal peruana cuando se hace referencia a la variabilidad y a la adecuación de la medida según la naturaleza de la pretensión procesal, es decir, a la que se encuentra necesariamente ligada como muestra de su carácter instrumental. La doctrina nacional también lo entiende así¹⁴⁷, pese a la existencia una terminología errónea a lo largo de esa sección, se tiene que persiste una estructura cautelar (instrumentalidad-provisionalidad-reversibilidad) a la cual se agregan las consecuentes características de adecuación, en cuanto la medida debe tener congruencia y proporcionalidad para afectar en lo mínimo la esfera del demandado; y contingencia, que actúa como un límite en la concesión, existiendo un deber del juez de otorgar medidas adecuadas, conjugando tanto la necesidad de proteger la eficacia de la sentencia como los intereses del demandado (Monroy 2002: p. 160).

¹⁴⁵ “Artículo 679 C.P.C. Peruano.- En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien”.

¹⁴⁶ “Artículo 636° del C.P.C. Peruano.- Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.

¹⁴⁷ Respecto a los límites de las medidas cautelares atípicas Eugenia Ariano indica que “Nuestro legislador nada nos ha dicho específicamente, pero así como el primer límite es el de la instrumentalidad el segundo límite está en la provisionalidad. La medida cautelar no tiene vocación de estabilidad (...)” (2003a: p. 692).

Entonces, aun cuando la normatividad cautelar hace posible una anticipación del contenido de la sentencia, por lo cual el solicitante puede obtener concreta y realmente los mismos resultados que hubiese debido aguardar hasta que la demanda hubiese sido declarada fundada y se hubiera otorgado certeza a su derecho¹⁴⁸; no podría obtenerse mediante el proceso cautelar peruano la concesión de medidas que satisfagan plenamente los derechos, ya que no es posible la existencia de decisiones inmediatas que, tomadas en base a una cognición sumaria con efectos definitivos, no se encuentren destinadas a cautelar la efectividad de un proceso principal, ni siquiera a través del uso del Poder General de Cautela.

En el Código Procesal Civil se presentan junto con las medidas cautelares – de carácter netamente asegurativa- algunos casos típicos de anticipación de tutela, denominadas “medidas temporales sobre el fondo”¹⁴⁹. Dada la ubicación sistemática de las mismas, los elementos desarrollados anteriormente son de plena aplicación para su uso, esto es:

¹⁴⁸ Así, usando clasificación de incidencia de la medida cautelar sobre la relación material, se tiene que las medidas cautelares pueden consistir en conservarse la situación jurídica material existente al postularse el proceso –afectándola sin modificarla-, con las medidas conservativas, o consistir en una modificación; y recurriendo a la clasificación por similitud de efectos con lo principal, se aprecia que puede haber una coincidencia con lo que es materia de la pretensión.

¹⁴⁹ Artículo 677° del C.P.C. Peruano.- Asuntos de familia e interés de menores.- “Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella. Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53.”

Artículo 675° del C.P.C. Peruano.- Asignación anticipada de alimentos.- “En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiar. El Juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva”.

Artículo 678° del C.P.C. Peruano.- Administración de bienes.- “En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable.”

Artículo 679° del C.P.C. Peruano: Desalojo.- “En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien”.

Artículo 680 del C.P.C.: Administración de los bienes conyugales en casos de separación o divorcio.- “En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.”

Artículo 681 Ejecución anticipada en el interdicto de recobrar.- En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímelmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida.

son también medidas provisionales, instrumentales, revocables, que deben ser adecuadas a la tutela de fondo que debe reemplazarlas en el tiempo.

Al momento de regularse el subcapítulo de las medidas temporales sobre el fondo, se señala que “(e)xcepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o 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 solo en aspectos sustanciales de ésta (...)”, siendo que llama la atención el uso de la expresión “ejecución anticipada”, que se repite en los supuestos que conforman dicho subcapítulo.

La ejecución, en general, consiste en trasladar al mundo práctico el mandato legal, comprendiendo el conjunto de medidas con las cuales el juez produce o propicia la satisfacción del derecho de una persona a costa del patrimonio de otra, sea con la participación voluntaria de esta última o, independientemente, contra ella (Dinamarca 2009: p 32, volumen IV). Pero para dar lugar a la ejecución debe contarse con título ejecutivo -judicial o extrajudicial- que justifique la afectación de la esfera jurídica del ejecutado, resultando que ello se sustenta en la obligación que se encuentra representada en el mismo que es la que le otorga el mérito ejecutivo.

Si bien existe una posible discusión respecto a la obligación contenida en el título ejecutivo, a través de la contradicción, se tiene que su intensidad responde a la naturaleza judicial o extrajudicial del mismo, toda vez que no es posible asimilar la sentencia a los otros títulos ejecutivos. Así, se ha señalado que la sentencia (o decisión de fondo) y los otros títulos ejecutivos tienen diferencias de origen, de forma de sustancia y en consecuencia de efectos, toda vez que el juez tiene la potestad de hacer cumplir las sentencias que emite (Grieff 2006: p. 21).

Entonces al hacerse referencia a la anticipación de la ejecución, solo podría darse respecto a un título judicial (de primera instancia completa) que se encuentra impugnado y, por tanto, si bien tiene vedada la posibilidad de surtir sus efectos

plenamente, el pronunciamiento judicial ya emitido se presenta como sustento (Monroy 2002: p. 259); no siendo por eso correcto entender que podría haberse regulado en nuestro Código Procesal Civil una distinta categoría: proceder a una ejecución forzada sin título judicial que la justifique.

Por eso la lectura de la expresión “ejecución anticipada” en ese subcapítulo, debe ser entendida dentro de la estructura cautelar dispuesta; más aun cuando el propio Código ya determinó la posibilidad para que el demandante, contando con sentencia en primera instancia favorable, solicite la medida cautelar correspondiente¹⁵⁰. Ello parece plenamente ratificado con la modificación introducida por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 junio 2008, cuyo texto únicamente añadió el último párrafo que exige para las medidas temporales sobre el fondo su posible reversión y, no afecten el interés público.

Lo dispuesto específicamente por el Código Procesal Civil para el desalojo en el artículo 679 no da cuenta de otros elementos que permitan una lectura distinta del término “ejecución anticipada”, por lo que debe entenderse, en principio, como medida cautelar.

Debe apuntarse, finalmente, que se han llevado a cabo hasta dos versiones para la reforma del Código Procesal Civil peruano, en las que con mucha similitud a lo sucedido en el derecho brasileño¹⁵¹, se ha procedido a reconocer la categoría general de tutela provisional, siendo que el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, en el texto dado a conocer mediante Resolución Ministerial No. 0070-2018-JUS, de fecha 05 de marzo del 2018, se manifiesta sobre ello así:

¹⁵⁰ Artículo 615 del C.P.C. Peruano.- Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del Artículo 610.

¹⁵¹ Ver apartado 2.2.3 del capítulo II.

“Existe un cambio sustancial al enfrentar la tutela provisoria. El Código Procesal Civil establecía la tutela cautelar. Ahora esta forma de tutela se incorpora dentro de un capítulo más general que se denomina ‘tutela provisional’, con dos manifestaciones: la tutela cautelar y la tutela anticipada. La diferencia esencial entre ellas es el peligro en la demora que se exige como presupuesto esencial de la tutela cautelar y en la función satisfactiva o no de la tutela, característica que es esencial a la tutela anticipada”.

El articulado propuesto en esa oportunidad señala como Título IV, la Tutela provisional, y en el artículo 608, en el sentido de que “Todo juez competente, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, a solicitud de parte puede otorgar medidas provisionales idóneas para garantizar la eficacia de la sentencia estimatoria de la pretensión que pudiera dictar en el futuro o anticipar los efectos de la tutela solicitada, evitando que la duración del proceso afecte al titular de la pretensión”. Asimismo, en el artículo 610, se da cuenta de la tutela anticipada, señalando que “a solicitud de parte, el juez competente puede dictar medida provisional mediante la cual anticipe los efectos de aquello que se plantea como pretensión de la demanda o reconvención”.

Sin embargo, esta propuesta no altera lo desarrollado en esta sección, respecto a la anticipación del desalojo, siendo que la tutela anticipada incorporada continúa limitada a la provisionalidad, y si bien, como afirma el artículo 614 de la propuesta, puede ser satisfactoria (por coincidente con el pedido principal) y se da cuenta de supuestos para su concesión ajenos a la urgencia (la rebeldía, manifiesta inconsistencia de la defensa o su ejercicio abusivo), el artículo 616 establece como limitación de estas medidas la irreversibilidad de la medida.

2. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ALLANAMIENTO INTRODUCIDA POR LA LEY No. 30201 EL SISTEMA PROCESAL PERUANO

2.1. De la cláusula de allanamiento en la Ley No. 30201

2.1.1. Actividad legislativa respecto de la Ley No. 30201

Mediante la Ley No. 30201, promulgada el 28 de mayo del 2014, se introdujo la modificación del artículo 594 del Código Procesal Civil, con el siguiente texto:

“Sentencia con condena de futuro.- Artículo 594 del Código Procesal Civil.-

El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento solo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo. Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso. En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado. Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil. Es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento, el Juez del lugar donde se encuentra el bien materia del contrato. La deuda del arrendatario judicialmente reconocida origina la inscripción del demandado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos.

La mencionada ley No. 30201, lleva por título “Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos”, y su articulado principalmente está referido a

disponer la implementación del referido registro, como medida complementaria de coacción y de información a la deuda declarada y en ejecución forzada.

La Ley comentada provino de cuatro proyectos de ley presentados en épocas distintas¹⁵². Así, se tuvieron:

a) Proyecto No. 01106, de fecha 10 de mayo del 2012, titulado “Ley que crea el Registro Especial de Arrendatarios Morosos” y Proyecto No. 2585, de fecha 29 de agosto del 2013, titulado “Ley que crea el Registro de Arrendatarios Morosos”: Partiendo de la necesidad de proteger al propietario que desea arrendar su inmueble y de prevenir de conflictos, se propuso la necesidad de elaborar un Registro que brinde información sobre el cumplimiento de obligaciones por parte de los arrendatarios –también a través de certificados de registro-, esto en cuanto fueran declaradas judicialmente en sentencias de primera instancia, aun cuando se encuentren impugnadas, con registro de dichas deudas en Central de Riesgo de la Superintendencia Nacional de Banca, Seguros y AFP’s.

b) Proyecto No. 2117, de fecha 12 de abril del 2013, titulado “Ley que crea el procedimiento administrativo notarial-policial de desalojo de ocupante precario y restitución bien”: En la orientación de la desjudicialización del proceso de desalojo, se proponía un procedimiento extrajudicial para el caso de la falta de pago de renta o el vencimiento del contrato, en el cual mediante actuaciones notariales y policiales, se procedía al desalojo; con la consignación en el contrato de una cláusula de (sic) renuncia a la jurisdicción judicial y/o arbitral así como del sometimiento al uso de la fuerza pública para que se recupere la posesión. Para ello, el arrendador debería practicar una exhibición de documentos a notario y policía, para que sean calificados y se de lugar al desalojo.

¹⁵²La información señalada fue obtenida de la aplicación web “archivo digital” del Congreso de la República: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>.

c) Proyecto No. 3076, de fecha 12 de diciembre del 2013, titulado “Ley que modifica el artículo 692-A del Código Procesal Civil, modifica los artículos 34, 50, y 97 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal y crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos”: Buscando una tutela del crédito más efectiva, se postuló la eliminación del apercibimiento de disolución y liquidación a través de los Procedimientos Concursales por Mandato Judicial dispuesto por el artículo 692-A del Código Procesal Civil, que constituía el mecanismo predispuesto cuando no podía continuarse con la ejecución forzosa al no contarse con bienes conocidos para hacerlo; postulándose en su lugar, la declaración judicial del estado de deudor judicial moroso, que sería inscrita en un Registro.

Hasta aquí se tiene que, de los cuatro proyectos, solo uno se encontraba relacionado con dar lugar a una “desjudicialización” del proceso de desalojo y establecer una nueva vía procedimental para ello. Los Proyectos fueron acumulados y en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos se señaló que ello no sería posible al tener normatividad que lo prohibiría, como los artículos 62 y 138 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, al finalizar dichos documentos, se señala lo siguiente:

“En este orden de ideas y no obstante lo expresado con relación a la propuesta legislativa referida al procedimiento de desalojo notarial, esta Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República considera importante abordar y aportar soluciones a la grave problemática social generada en torno a la lentitud de los procesos de desalojo, teniendo en consideración no solo el auge del mercado inmobiliario y su efecto multiplicador en nuestra economía, la cual se dinamiza por la velocidad de rotación de los bienes, sino y en especial teniendo presente el constante perjuicio de los ciudadanos.

En tal sentido, creemos pertinente proponer un texto sustitutorio que permita, dentro del marco legal procesal existente, evitar la carga del Poder

Judicial y lograr celeridad que estos casos requieren, a través de la modificación del artículo 594 del Código Procesal Civil, referido a la sentencia de condena a futuro, adicionando un tercer párrafo que permita el allanamiento futuro del arrendatario para la restitución del bien por conclusión del contrato o por falta de pago de dos meses y quince días. De igual forma se dispone que el Órgano de Control del Poder judicial se encargue de mantener un registro de los arrendatarios morosos, por el solo mérito de haber sido demandados en este proceso”¹⁵³

En el acta de la novena sesión ordinaria de la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos, del 26 de noviembre del 2013, no se hace referencia a los fundamentos de la incorporación de la cláusula de allanamiento ni a la naturaleza de la misma, y en dicho debate los integrantes de la referida comisión no se centran en ello.

Hay un poco más de información en el debate ante el Pleno del Congreso de los tres proyectos que finalmente dieron lugar a la Ley No. 30201, el mismo que se llevó a cabo en la sesión matinal del día 03 de abril del 2014. En ella, el Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos señaló que el dictamen –además de la creación del Registro de Deudores Arrendatarios, preveía acelerar el procedimiento de desalojo, lo que explicó de la siguiente forma (sic):

“En nuestra legislación vigente –no se requiere ninguna modificación– existe la posibilidad de sentencia con condena de futuro. ¿Qué quiere decir ello? Que en el propio contrato se establece la obligación del allanamiento y que, además, estos contratos están escritos en Registros Públicos.

¹⁵³ Dictamen de la Comisión de Justicia Y derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 2117/2012_CR, 1106/2011-CR, y 2585/2013-CR, mediante los cuales se dispone el registro de arrendatarios morosos y la modificación del artículo 594 del Código Procesal Civil, con respecto al desalojo. Tomado de internet (último acceso: 13-07-2020). http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvirt?OpenForm&Seq=1&Db=201101106&View

En consecuencia, con esta norma, el juez va a poder tramitar inmediatamente la demanda, dando seis días de plazo para que el mal inquilino se retire.”¹⁵⁴

En el debate hubo la postura de suprimir la denominada “cláusula de allanamiento” como exigencia para el procedimiento especial que se creaba, por ser potencialmente una traba para la interposición de la demanda en sectores de poco acceso a su comprensión y se propuso que, en lugar de exigir la inscripción del mismo en los Registros Públicos, se proceda a certificación de la firma ante notario. Solo hubo una participación breve respecto a la cláusula de allanamiento y su impacto en el derecho de defensa¹⁵⁵, en la que se señaló:

“Y, en segundo lugar, se está diciendo ‘en los que se incluya una cláusula de allanamiento futuro del arrendatario para la restitución del bien por conclusión del contrato o por falta de pago de dos meses y quince días. Entonces, aquí existe la inconstitucionalidad, porque está limitando mi derecho de defensa. Yo no puedo firmar inmediatamente por el allanamiento, porque de repente el día de mañana puedo alegar alguna razón por la cual yo puedo hacer una defensa, argumentación algún sustento – obviamente- legal”.

A su vez, esta observación recibió una respuesta en el mismo debate¹⁵⁶,

¹⁵⁴ Segunda Legislatura Ordinaria de 2013, Tomo I – Diario de Debates, p. 412. Tomado de internet (último acceso: 14-07-2020).
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/\\$FILE/SLO-2013-5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/$FILE/SLO-2013-5.pdf)

¹⁵⁵ Segunda Legislatura Ordinaria de 2013, Tomo I – Diario de Debates, p. 423. Tomado de internet (último acceso: 14-07-2020).
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/\\$FILE/SLO-2013-5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/$FILE/SLO-2013-5.pdf)

¹⁵⁶ Segunda Legislatura Ordinaria de 2013, Tomo I – Diario de Debates, p. 425. Tomado de internet (último acceso: 14-07-2020).
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/\\$FILE/SLO-2013-5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/$FILE/SLO-2013-5.pdf)

“Yo entiendo que el arrendatario debe tener un derecho de defensa, pero en un caso de desalojo por falta de pago la defensa es muy simple: pagar y demostrar que se ha pagado; porque de lo contrario se está engañando, se está cometiendo –por lo menos, éticamente- un fraude en perjuicio del propietario.

Entonces, si cabe, me demandan el desahucio, pero ya he pagado la renta, estipulada. Esa es la defensa. Y si el arrendatario, por las razones que fueran, ha entrado en una situación de indigencia económica (...) Entonces, lo que tiene que hacer es irse”.

Aun tomando en cuenta estas posiciones, el debate parlamentario al respecto culminó, después de cuarto intermedio, señalándose, en forma escueta, lo siguiente¹⁵⁷:

“Justamente por ello, para no violentar ningún principio constitucional, es que el contrato tiene que tener la cláusula que contenga el allanamiento a futuro del arrendatario. Al darse la cláusula de allanamiento, ya no hay lugar –no tiene que haberlo- a un largo proceso, y menos con pluralidad de instancias.

Entonces, justamente, el procedimiento se reduce a la presentación de la demanda, la contestación de la demanda, y 15 días para que se proceda el desalojo (...)”.

2.1.2. Naturaleza de cláusula de allanamiento

Como puede apreciarse, no se discutió ni a nivel de Comisión Parlamentaria ni del Pleno del Congreso la naturaleza de la denominada cláusula de allanamiento a futuro. Tampoco se señaló la técnica procesal que se pretendía aplicar a través de ella. Aun así, consideramos que sí es posible obtener algunas conclusiones sobre

¹⁵⁷ Segunda Legislatura Ordinaria de 2013, Tomo I – Diario de Debates, p. 489. Tomado de internet (último acceso: 14-07-2020).
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/\\$FILE/SLO-2013-5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257CB00010C225/$FILE/SLO-2013-5.pdf)

dicho tema a partir del debate llevado a cabo en el procedimiento legislativo antes analizado:

- a) Por un lado, la intención de los legisladores, al no poder retirar (desjudicializar) el proceso de desalojo –aun¹⁵⁸- del ámbito jurisdiccional, buscaban plantear una sumarización del mismo, aun cuando no mencionaran ello ni recurrieran a los razonamientos doctrinarios que se han señalado en los capítulos previos de este trabajo, sino que se recurre a la noción de cláusula de allanamiento futuro, que nunca fue explicada ni definida.
- b) Se eligió modificar el artículo 594 del Código Procesal Civil por contener en su primer párrafo la figura de la sentencia con condena a futuro, en el entendimiento que con ella se podría conseguir algún tipo de aceleración al proceso. Si bien es cierto se ofrece una suerte tutela preventiva con dicho artículo¹⁵⁹, no se reparó en que el mismo no da lugar a una sumarización del proceso, sino que habilita a que el título ejecutivo se forme –dentro de un proceso de cognición común- antes de que exista interés para obrar que usualmente se presenta –como toda tutela de condena- una vez acaecido el incumplimiento y la mora del deudor. Recuérdese que con la condena a futuro no se busca que se adelante el cumplimiento de la prestación (en este caso, la restitución del inmueble), la cual aun no es exigible todavía, sino que se adelanta la formación del título ejecutivo, más no la ejecución forzada, que sigue siendo etapa posterior al incumplimiento de la prestación del arrendatario en el plazo original.
- c) Una vez cuestionada la constitucionalidad de la norma en el debate, el legislador entiende que cualquier posible afectación de derechos quedaría superada con el acto voluntario emitido por la parte para someterse a ese nuevo supuesto del artículo 594, el cual incluso debería dar lugar a evitar que puedan ser planteados recursos impugnatorios y, con ello, accederse a una segunda instancia.

¹⁵⁸ Como señaláramos anteriormente, hoy en día ya está vigente el denominado desalojo notarial.

¹⁵⁹ Ver pie de página 144.

- d) La estructura del procedimiento que se pretende implementar por parte de los legisladores consistía en una postulación –de demandante y demandado- y la emisión de la decisión definitiva, pero no hubo una argumentación respecto a cómo esta sumarización afectaría otros aspectos del proceso como la actividad probatoria o la necesidad de recurrir a una conciliación extrajudicial previa.

Un análisis sistemático del artículo 594 del Código Procesal Civil lo coloca dentro del proceso sumarísimo, el mismo que resulta un proceso especial pero siempre de cognición plena. Asimismo, como se ha señalado líneas arriba, el epígrafe del artículo tiene la denominación “sentencia de condena a futuro” lo cual podría dar luces sobre su naturaleza, siendo la condena a futuro una técnica procesal tradicional, que solo se caracteriza por acelerar la formación de un título ejecutivo, cuando aun no existen las notas típicas de la obligación: exigibilidad, certeza y de ser expresa, por lo que persiste en su naturaleza condenatoria.

Para Pozo, en opinión emitida en data reciente a la expedición de la norma analizada, en el artículo 594 del Código Procesal Civil se tenía un “procedimiento que aparentemente permite un rápido desalojo de inquilinos (desalojo exprés o ‘ejecutivo’)”, de donde se entiende que esta última es la vía que debía seguirse (Pozo 2014, p. 41). Asimismo, profundizando más sobre dicha cláusula, señala que la misma resulta un reconocimiento a futuro del arrendatario respecto a que, de presentarse la falta de pago de renta o el vencimiento del contrato, podrá iniciar la restitución en una vía especial de corte ejecutivo. (2014: p.40).

El siguiente término que se utiliza en el texto del artículo 594 es el de ser la cláusula una de allanamiento a futuro. Como se señaló anteriormente, el allanamiento implica un acto procesal por parte del demandado que, sin poder ser un acto jurídico material sobre la restitución o no del inmueble, tiene un contenido referido al pedido deducido en el proceso, por lo que debería implicar el cierre de una etapa del mismo mediante la emisión de la sentencia en la que el juzgador se pronuncie sobre la controversia de restitución del inmueble, con el fin acelerar la emisión de la sentencia de condena (título ejecutivo), en mérito a la conducta del demandado.

Por ello, se señaló que, de tratarse de un allanamiento, como se desprende de la denominación, esta cláusula no podría ser abstracta ni condicional (esto es a la prueba del o no del pago de renta o vigencia del contrato de arrendamiento) sino que debía ser expresa y concreta a fin de poder emitir el juzgamiento anticipado.

Siendo así, resulta evidente que la cláusula de allanamiento dispuesta en el artículo 594 del Código Procesal Civil no puede ser considerada en los términos del artículo 330 del mismo cuerpo normativo. Asimismo, al ser un acuerdo adoptado antes del inicio del proceso, no podría ser considerado un mero acto procesal como lo es el allanamiento regulado en el Código Procesal Civil. Esta posición parece ser la que prevalece en la doctrina nacional que ha tratado el tema.

Así, se ha señalado que el allanamiento supone la existencia de un proceso, “ya que quien se allana tiene que saber respecto de qué pretensiones lo hace”, siendo que por ello no se equipara a lo dispuesto por el texto modificado del artículo 594, siendo que también la posibilidad de contradecir la demanda hace que sea evidente que dicho instituto “posee una denominación que no obedece a un rigor técnico-jurídico en la forma de su concepción”. (Castillo y Chipana: p. 161)

Salirrosas señala que debería haberse propuesto otro nombre y no cláusula de allanamiento a futuro (2020: p. 50), apuntando que:

“Lo sensato es que se le hubiera concedido cualquier otro nombre como por ejemplo; cláusula de sujeción a expulsión inmediata, pero la denominación de allanamiento futuro, como reitero, es desacertada, tanto peor, si esa cláusula no surtirá ningún efecto procesal, como es la conclusión especial del proceso, ni la aprobación por el Juez a ese allanamiento; técnicamente hablando, no hay nada parecido a aceptación de la pretensión, más propio quizás sería denominar cláusula anticipada de allanamiento extraprocesal”.

Entonces, resulta claro que por la denominación de cláusula de allanamiento a futuro no puede entenderse que el artículo 594 contemple esta figura procesal.

Debe tenerse en cuenta que, en principio, el acuerdo al que se llegó no podría tampoco establecerse como un nuevo título ejecutivo extrajudicial. Una de las formas más importantes de incorporar la cognición sumaria al sistema de justicia, se presenta al dotar a diversos documentos de mérito ejecutivo para obtener el cumplimiento de las obligaciones que contienen a través de la ejecución forzada, sin necesidad de recurrir a los avatares de un proceso de cognición ordinaria en sede judicial, lo cual surgió en el ideario procesal por la expansión del derecho comercial en el medioevo, como ya señalamos anteriormente¹⁶⁰. Así, además de la eliminación de la *actio iudicati*, se otorgó ejecución aparejada (*executio parata*) no sólo a las sentencias de condena sino también a los *instrumenta garantegiata* o *confessionata* (durante los siglos XIII y XIV) generados -además de por el juez- por el notario que insertaba un mandato de “ejecutar la obligación” en atención al acuerdo o al reconocimiento que hacía el deudor de su obligación, ello, en el llamado *processus executivus*. Si bien el poder del monarca en el derecho francés produjo un declive de dichos documentos, en otros ordenamientos, como en el español, el *processus executivus* continuó su influencia, llegando a la región latinomericana por la influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855¹⁶¹. Frente a dicha falta de *accertamento* previo del derecho de crédito contenido en el título, debe apreciarse que existen por lo menos dos medidas, complementarias la una a la otra, a las cuales se recurre para evitar que la decisión sumaria genere una situación contraria al sentido de justicia que debe acompañar la actuación jurisdiccional de conformidad al debido proceso.

Por un lado, hay la posibilidad de que el deudor del título se oponga a que se lleve adelante la ejecución forzada siempre que la misma es irregular, ilegítima o injusta; esto es, que hayan defectos procesales, o cuando se carezca de título ejecutivo o este sea defectuoso, o cuando hay una discrepancia entre lo que representa el título ejecutivo y la

¹⁶⁰ Ver capítulo II, apartado 1.1.

¹⁶¹ Para el desarrollo más extenso ver: Liebman 1945: p. 388 y ss.

realidad sustancial. Ello se ha previsto también en nuestro Código Procesal Civil a través de la figura de la contradicción, que suspende la ejecución mientras se resuelve lo alegado; lo cual no debe ser entendido como la negación de la naturaleza ejecutiva del proceso analizado y la afirmación de una naturaleza declarativa, sino que resulta la inserción de un incidente de cognición sumaria, que permite atacar el mérito ejecutivo otorgado por la ley al título, según algunas causales y algunos medios probatorios predeterminados, determinando solo si se sigue o no con la ejecución.

Por otro lado, la limitación de la cognición en el proceso de ejecución no podría sostenerse por sí misma si no se otorga, además, la posibilidad de discutir lo resuelto sumariamente en un proceso de cognición plena posterior y con la consecuente afirmación de la falta de cosa juzgada material para las decisiones emitidas en el proceso ejecutivo; sin embargo, se tiene que el Código Procesal Civil no dispone nada al respecto, a diferencia de lo que ocurría en el CPC de 1912, que preveía la discusión plenaria posterior en los artículos 1803 y 1804. Más allá de la omisión del Código vigente, debe tenerse en cuenta que la limitación del contradictorio antes referida no podría ser justificada de otra forma que ser considerada provisional y a garantizar la posibilidad de recurrir a una pretensión declarativa amplia posterior, como por ejemplo, la de enriquecimiento indebido prevista en el artículo 1954 del Código Civil (Ariano 2003b: p. 580), que dispone “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”. Así, si emitido el mandato ejecutivo no se planteó la contradicción por el demandado, no habrá recaído pronunciamiento alguno sobre la obligación contenida en el título, siendo evidente la procedencia del plenario posterior; y si se ha promovido la contradicción, ya siendo la decisión en el proceso ejecutivo favorable o no a la continuidad de la ejecución, el perdedor en ella podrá plantear la revisión en proceso posterior.

De lo dicho, se puede señalar que no existiría en la cláusula de allanamiento un título ejecutivo extrajudicial no solo porque no hay referencia expresa a la existencia de mérito ejecutivo, la que permitiría cumplir con el principio de legalidad de los títulos ejecutivos en nuestro ordenamiento, sino porque, además, el propio texto del nuevo

artículo 594 del Código Procesal Civil no permite establecer que, con la sola suscripción del contrato de arrendamiento con cláusula de allanamiento a futuro, exista una obligación con las exigencias del artículo 689 del Código Procesal Civil¹⁶², siendo que la obligación de restitución del inmueble aún requiere de la declaración judicial del incumplimiento o del vencimiento del contrato que, precisamente, son hechos que el propio acuerdo suscrito fija como hechos controvertidos.

No debe dejarse de apreciar, además, que al contarse con un documento que, con la certificación notarial respecto a la cláusula de allanamiento a futuro, puede acreditar plenamente la existencia de la obligación (pago de renta y restitución del bien), hubiera sido más acorde a nuestro sistema procesal recurrir a la técnica del proceso único de ejecución, con la posibilidad de un contradictorio limitado a iniciativa del demandado, resultando, eso sí, parcialmente redundante con lo ya dispuesto en el inciso 9 del artículo 688 del Código Procesal Civil¹⁶³ que confiere mérito ejecutivo a los instrumentos impagos de renta por arrendamiento –entendido como los recibos de arrendamiento no entregados por falta de pago-, previa acreditación del vínculo contractual. Sin embargo, ello no se hizo así.

Entonces, ¿Cuál sería la naturaleza de dicho acuerdo contenido en la cláusula prevista en el artículo 594? Parece innegable que se está ante un acuerdo de voluntades manifestada en la cláusula adherida al contrato de arrendamiento. Por ello, cabría señalar que, en mérito al texto del referido artículo y a lo debatido por el legislador al momento de plantear su modificación, se pretendería instaurar un negocio jurídico procesal, en cuanto se propugna que, en mérito a un acuerdo entre las partes, se presenten efectos que tengan influencia sobre el proceso.

¹⁶² **Requisitos comunes.- Artículo 689 del Código Procesal Civil.-** Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.

¹⁶³ **Artículo 688 del Código Procesal Civil.- Títulos ejecutivos:** Solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: (...) 9.- El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual”.

Para Soto-Guevara, se trata de un acto que es expresión de la autonomía privada:

La “cláusula de allanamiento futuro del arrendatario” encuentra fundamento en la autonomía privada, concretamente en la libertad contractual o libertad de configuración interna, debido a que producto de la negociación previa, las partes contractuales (arrendador y arrendatario) resuelven incorporar aquella estipulación dentro del contrato respectivo, sujetándose a los efectos de aquella y no pudiendo cuestionar posteriormente la misma debido a que fue producto de la manifestación de la libertad de voluntad de cada una de aquellas partes.

El fundamento señalado se debe a que la cláusula en mención no es de obligatoria inclusión en los contratos de arrendamiento, por lo que queda a criterio de las partes contractuales la incorporación o exclusión de aquella”. (2019: p.27)

Para Mendoza Valdivieso, se explica la modificación y la naturaleza de la cláusula de allanamiento de la siguiente forma:

“Así, de la citada modificatoria se estableció también la figura del ‘Allanamiento a futuro del arrendatario’, la cual, como ya se ha expresado, supone el acuerdo expreso entre las partes (arrendador y arrendatario), con la respectiva firma legalizada ante notario público o juez de paz en ausencia del primero, acuerdo en el cual el arrendatario expresa su voluntad de obligarse a restituir el inmueble objeto de arrendamiento en el caso de que se produzca la conclusión del contrato o la resolución del mismo por la falta de pago” (2016: p. 44).

El siguiente paso sería encontrar el tipo de negocio jurídico procesal que se estaría incorporando en el artículo 594 del Código Procesal Civil. Así, como se señaló

anteriormente¹⁶⁴, los negocios procesales podrían ser dispositivos u obligaciones, en cuanto establecen o un cambio en la estructura del proceso o la obligación de hacer o no hacer determinados actos procesales; siendo que del texto del referido artículo se aprecia que el legislador señala que al contar el contrato de arrendamiento con una cláusula de allanamiento a futuro por el arrendatario se daría lugar a un procedimiento especial que permitiría la emisión de una decisión después de transcurrido un plazo de seis días, limitándose la discusión a dos hechos posibles: i) la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago y ii) el vencimiento del contrato de arrendamiento. Con ello se tendría que la importancia de la reforma reside en la inclusión de esa cláusula, con la limitación del derecho de defensa solo a alegar y probar que el contrato está vigente o que se cumplió con el pago de la renta, siendo que la estructura señalada evitaría que se discutan otros temas (Polanco 2016: p. 136).

Nuestra posición al respecto es que, pese a la intención del legislador, no estaríamos frente a un negocio procesal propiamente dicho, como fuera descrito por la doctrina antes mencionada, pues no puede entenderse que la cláusula de allanamiento a futuro, a la que se refiere la Ley número 30201, consiga por la voluntad de las partes una verdadera limitación de la cognición en el sentido de evitar alegaciones y pruebas en la pretensión de desalojo por las causales de resolución por falta de pago y vencimiento del contrato.

Entendemos así, que el tratamiento del contradictorio, solo puede efectuarse por el legislador y en los sentidos antes manifestados, ello con el fin de evitar el abuso que puede presentarse entre las partes; asimismo, entendemos que, en esa misma línea restrictiva, no podrían presentarse modificaciones a la cláusula establecida en la norma, así como tampoco podría adicionarse otros acuerdos al texto establecido por la norma¹⁶⁵. No existe, tampoco, una renuncia previa al derecho de defensa ni al

¹⁶⁴ Ver el apartado 2.1. del Capítulo II.

¹⁶⁵ Se ha planteado, por ejemplo, la posibilidad de un procedimiento conciliatorio preventivo, sin conflicto existente, para establecer mecanismos de solución a partir del texto introducido en el artículo 594 del Código Procesal Civil, con la ley número 30201. Se le ha descrito así: “En ese sentido, a partir de dicha definición se establece la posibilidad de que las partes al amparo de su autonomía de voluntad acuerden de manera anticipada y preventiva la forma en la cual se solucionarán los conflictos potenciales

contradictorio, como parece fue la intención del legislador y de alguna parte de la doctrina, toda vez que, como se ha repetido anteriormente, la disposición de situaciones jurídicas procesales debe realizarse en aspectos en los que no se atente directamente contra derechos fundamentales o el orden público. Una renuncia total al derecho de defensa resulta inconstitucional.

Con todo lo señalado, se tiene que, entonces, en la estructura procedimental establecida por el artículo 594 del Código Procesal, según la modificatoria de la Ley número 30201, existe una vía de desalojo adicional, cuyo desarrollo fue determinado enteramente por el legislador, sin que el contenido de la cláusula de allanamiento influya sobre este debate procesal preestablecido. Este acuerdo de voluntades previo, entonces, se debe entender, a nuestro parecer, como un documento que es un requisito de procedibilidad de la demanda, para transitar la vía especial referida, y no un negocio jurídico procesal que actúe con la disposición o manipulación de la estructura procedimental o de algún derecho.

Para continuar, debería verificarse si la cognición del juzgador se encuentra limitada en el sentido de una cognición sumaria. Al establecerse en el artículo 594 que, vencido el plazo de seis días para acreditar la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado, y vencido el mismo, se debe emitir sentencia, existe una omisión de la citación a la audiencia única establecida para el procedimiento sumarísimo, lo cual implicaría, además, que no podrían ofrecerse medios probatorios que no sean de actuación inmediata. Tomando en cuenta que en el artículo 591 del Código Procesal Civil ya había una limitación de medios probatorios solo para el

que se pudieran desarrollar durante la relación jurídica que establezcan; siendo que dicho acuerdo solo se ejecutará en el caso de que se desarrolle o surja el conflicto ya conciliado preventivamente y que la parte obligada se niegue a cumplir su compromiso de manera voluntaria, *situación que bien se podría utilizar para el caso de los contratos de arrendamiento y un desalojo a futuro*, a partir del mismo razonamiento utilizado en la Ley N.º 30201, para lo cual podrían suscribirse dichos acuerdos preventivos en un acta de conciliación extrajudicial, e inclusive incorporarse la totalidad del contrato de arrendamiento en la citada acta, la cual, como hemos mencionado, tiene el mérito de título de ejecución con valor similar al de una sentencia” (Mendoza 2016: p. 47)

documento, la declaración de parte y la pericia¹⁶⁶, esta nueva exclusión de estos dos últimos, generaría que estemos ante una cognición sumaria por instrucción parcial, que no permitiría la determinación definitiva de los hechos de la controversia.

Sin embargo, aun siendo esta decisión de naturaleza sumaria, al tratarse de una pretensión que agota el debate sobre la restitución del inmueble en supuestos específicos vinculados a un contrato de arrendamiento, no cabe otra discusión posterior en un ámbito plenario, al ser un mecanismo de tutela posesoria que no permitiría reservar aspectos de la controversia a una eventual disputa sobre la tutela propiedad, a la cual no corresponde al debate, por ser una categoría distinta. Esta contrariedad, de no proveer de provisionalidad a una decisión de cognición sumaria, resulta insalvable a partir del texto impuesto por la Ley número 30201, pues habría una evidente afectación al derecho de defensa y al derecho a la prueba, que tienen connotación de derechos fundamentales.

A fin de evitar ello, creemos que debe efectuarse una interpretación sistemática de los artículos mencionados, que permita que en la vía procedimental establecida en el supuesto del artículo 594 no se emita una decisión a cognición sumaria, sino que se emita una decisión con cognición plenaria, dando lugar a un procedimiento solo con simplificación procedimental eventual, que no se inconstitucional. Así, tomando en cuenta que el texto del referido artículo 594 no señala expresamente -como ya se ha visto, sí lo hace el artículo 591- que haya una limitación de medios probatorios, estando a la ubicación sistemática del mismo, deberían aplicarse distintos artículos establecidos para el proceso de desalojo tradicional, en cuanto sean compatibles con la referida aceleración. En ese sentido, debería ser aplicable el artículo 591, permitiendo no solo el ofrecimiento de la prueba documental sino también, de ser el caso, la pericial y la declaración de parte siempre y cuando la misma cuente con fundamento expreso de su ofrecimiento respecto al hecho controvertido que será dilucidado: o el pago de la renta o la vigencia del contrato por no haber vencido el plazo, debiendo aplicarse para esas

¹⁶⁶ **Limitación de medios probatorios.- Artículo 591.-** Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso.

ofrecimientos los juicios de admisibilidad y relevancia de la prueba (medios de prueba) previstos en el Código Procesal Civil, a fin de que se actúen –mediante citación a audiencia- únicamente los medios probatorios afines a la materia, descartando intentos de entorpecer el trámite del proceso, que deberán ser analizados y sancionados con los apercibimientos de ley. Debe recordarse, que la noción de abuso del derecho de defensa, para el análisis subjetivo de la conducta del demandado que permita extraer conclusiones sobre el contenido de la defensa efectuada, ya es una categoría señalada por la doctrina.

Con ello, no habría una limitación *prima facie* del derecho de prueba por parte del legislador, sino la posibilidad de ofrecer medios probatorios cuya admisibilidad será calificada por el juzgador y, de no ser necesaria su actuación, se emitirá una decisión que pueda tener la autoridad de cosa juzgada.

Salvada la constitucionalidad del referido procedimiento, cabría señalar las exigencias formales establecidas por ley (Lama 2014: p.14), al permitir también reconocer presupuestos que dan una nota de especialización al procedimiento:

- i) Se aplica a contratos de arrendamiento que incluyen solo inmuebles.
- ii) Solo para contratos de arrendamiento celebrados por escrito.
- iii) Certificación notarial de legalización de firmas de los contratantes.
- iv) Clausula de allanamiento a futuro del arrendatario sobre la restitución del inmueble.

Lo que se aprecia entonces, es que existe una aceleración del procedimiento de desalojo, consistente en la posibilidad de no tener en cuenta la celebración de la audiencia única establecida por el procedimiento sumarísimo, y no propiamente la inserción de un proceso de cognición sumaria.

Así, se tienen presente las notas características de los procedimientos especiales:

- i) Legalidad, en cuanto el referido artículo 594 del Código Procesal Civil establece y estructura el procedimiento de desalojo a través de la ley, con pleno control del legislador.
- ii) Taxatividad y tipicidad, en cuanto el artículo 594 regula supuestos de hecho determinados, cerrados y excluyentes a los que se aplica la estructura especialmente establecida, como son: desalojos por contratos de arrendamiento resueltos por falta de pago o vencidos.
- iii) Excepcionalidad, en cuanto, frente a todos los supuestos de desalojo previstos se insta una estructura especial que permite omitir la audiencia única del procedimiento sumarísimo, aplicada a las situaciones predeterminadas por decisión de política jurisdiccional y no de las partes.
- iv) Indisponibilidad, en cuanto el acceso a la estructura procedimental establecida por el artículo 594 es una que ha previsto el legislador al cumplirse con unos requisitos de procedibilidad determinados, sin que se haya previsto que pueda accederse al mismo en otros supuestos según la voluntad de los demandantes.
- v) Inflexibilidad, en cuanto, en mérito a la legalidad de formas, debía tenerse presente la rigidez de la estructura procedimental determinada, como expresión de seguridad jurídica.
- vi) Infungibilidad, en cuanto no se ha previsto expresamente que pueda sustituirse la estructura predeterminada para este procedimiento de arrendamiento con la de otro o con la del procedimiento ordinario.
- vii) En cuanto a la exclusividad, es la única de estas características que no se aprecia en el procedimiento bajo análisis, y es el principal motivo por el que no puede estarse de acuerdo a la forma como fue diseñado por el legislador que sin invocar una técnica procesal sumaria correctamente, intentó implantar un proceso con cognición sumaria que solo podría tener vigencia recurriendo a una aceleración procedimental.

Así, es este desalojo una pretensión de condena, con su estructura tradicional: declaración de la existencia del derecho a recuperar el inmueble (el cual bien podría corresponderse con el referido acto procesal) y el incumplimiento de ello (sobre lo cual

recién se emitirá un pronunciamiento en el proceso). Es sobre esta declaración compleja (obligación e incumplimiento) que se deberá proceder a la ejecución forzada con total normalidad, que consistirá en el lanzamiento a realizarse, a decir del propio artículo 594, en los términos del artículo 593 del mismo cuerpo normativo¹⁶⁷, que es la forma tradicional de llevar a cabo la restitución definitiva del inmueble.

2.2. Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del año 2017

Un acercamiento a entender como la judicatura nacional entiende la naturaleza de referida cláusula de allanamiento puede encontrarse en el Pleno Jurisdiccional que se realizó sobre la materia¹⁶⁸. Se celebró los días 3 y 4 de noviembre del 2017, en la ciudad de Chiclayo, contando con la participación de señores jueces de nuestro país.¹⁶⁹

Debe notarse como la propia denominación otorgada por el Centro de Investigaciones Judiciales¹⁷⁰ al referirse al supuesto de desalojo por cláusula de allanamiento anticipado previsto en el artículo 594 del Código Procesal Civil como “Desalojo Express”, da cuenta de un entendimiento de celeridad y urgencia.

¹⁶⁷ Lanzamiento.- Artículo 593.- Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación. Se entiende efectuado el lanzamiento, sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento.

¹⁶⁸ De conformidad al artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

¹⁶⁹ El texto de las conclusiones de dicho evento, se encuentra en un documento titulado “Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional civil y procesal Civil”, disponible en la Página web del Poder Judicial (último acceso: 10.04.2022):

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0905e78043465ed5bdeaffe2da5cdfbc/Escaneado+en+impresora+multifunci%C3%B3n+Xerox.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0905e78043465ed5bdeaffe2da5cdfbc>

¹⁷⁰ El artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que “El Centro de Investigaciones Judiciales es el órgano de apoyo del Poder Judicial y depende del Consejo Ejecutivo. Este último dicta y aprueba sus Estatutos y Reglamento de Organización y Funciones, y asegura los recursos necesarios para su funcionamiento”. Asimismo, el artículo 114 de dicho cuerpo normativo, señala que este “se encarga en forma permanente de la investigación y estudio de la realidad socio-jurídica del país así como de la problemática judicial. Su objetivo es proponer la reforma judicial permanente, conforme a la realidad socio-jurídica peruana, orientando al mejoramiento y desarrollo de la administración de justicia. Para estos fines propone al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial los planes de reforma y las medidas conducentes a la realización de los mismos. Tiene a su cargo el registro sistemático de las ejecutorias supremas que se produzcan a partir del 1° de Enero de 1992 y el movimiento estadístico del servicio judicial en Salas y Juzgados de toda la República”.

En dicha oportunidad, se trataron cuatro temas, siendo que el Tema número 2 fue denominado “Desalojo Express”. Este, a su vez tuvo dos subtemas: i) El acta de conciliación en el llamado “Desalojo Express” y ii) las excepciones y defensas previas en “Desalojo Express”.

a) Sobre el subtema número 1: “Acta de conciliación en el proceso llamado “desalojo express”

En cuanto a la exigencia del acta de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la demanda, se planteó como problema si en los procesos con cláusula de allanamiento a futuro regulada en el artículo 594 del Código Procesal Civil ¿es exigible el acta de conciliación extrajudicial?

Frente a ello se presentaron dos ponencias. La primera de ellas señalaba que “De acuerdo a la Ley de Conciliación, el Acta de Conciliación Extrajudicial es exigible en el proceso de desalojo regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil, en tanto el desalojo es una materia conciliable”. La segunda ponencia señalaba que: “El Acta de Conciliación Extrajudicial no es exigible en el proceso de desalojo regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil, en tanto se trata de un proceso especial y rápido”. Finalmente, el Pleno adoptó por mayoría la segunda de estas ponencias.

Destacan como fundamentos expresados para la adopción del citado acuerdo, los siguientes fundamentos:

- Grupo 1: Al ser un proceso de tutela diferenciada el respeto de las garantías constitucionales se da con la observancia del propio texto del artículo 594 del Código Procesal Civil, que señala cuales son los mecanismos de defensa (vigencia del contrato y pago de arrendamiento). Además, estando a la figura jurídica del allanamiento realizado, debe remitirse a la norma, por lo que no hay un proceso cognitivo de tal manera que se respete el espíritu y finalidad de la ley, que busca agilizar el sistema de justicia para el arrendador, que en su caso es proteger su derecho de propiedad.

- El proceso se origina como consecuencia de un contrato, que viene a ser el acuerdo de voluntades, ya no cabe discusión alguna en la etapa de conciliación menos en la vía judicial, es decir, no se puede tramitar excepciones o cuestiones previas de defensa porque así lo han considerado ambas partes al firmar el contrato de arrendamiento.
- Grupo 2: Cuando hay una cláusula de allanamiento futuro, el demandado en forma previa ha manifestado su acuerdo con la pretensión (allanamiento) lo que elimina el conflicto sobre la misma y, por tanto, concede al demandante interés para obrar, que es lo mismo que busca la conciliación extrajudicial (concede la necesidad de tutela jurisdiccional). Es innecesaria la conciliación extrajudicial cuando ya había acuerdo previo.
- Grupo 3: No es exigible la presentación del Acta de Conciliación por cuanto el allanamiento a la futura demanda es claro indicador de que la invitación sería inoficiosa, si las partes voluntariamente han firmado los términos del contrato se debe respetar su cumplimiento en todos sus términos.
- Grupo 4: Debe realizarse una interpretación teleológica (espíritu y finalidad de Ley No. 30201), y si bien hay error en técnica legislativa, se busca instaurar procesos especiales y de trámite célere para la restitución del inmueble para seguridad de arrendador y no así ponerle trabas o cargas como conciliación.
- A través de acuerdo de voluntades, en un contrato de arrendamiento conviene una cláusula que importa una renuncia al procedimiento previo de conciliación, sino se afectaría lo perseguido por estas.
- Grupo 5: El artículo 594 ha establecido un proceso especial, urgente y rápido de restitución de la posesión al arrendador y está referido a la cláusula de allanamiento cuya exigencia en sede judicial no puede estar condicionada a la invitación a conciliación pues solo se permite la contradicción acreditando la vigencia del contrato de arrendamiento o el pago de la renta adeudada.
- Es diferente al proceso común y por ello no es exigible conciliación.
- Grupo 6: Acta de conciliación no es exigible en ese proceso por ser especial y rápido, tampoco proceden excepciones y defensas previas por lo que debe declararse su improcedencia de plano.

- Grupo 7: No es exigible el acta de conciliación extrajudicial por la finalidad del proceso de desalojo express que busca agilizar el sistema de justicia por el hecho de que previamente existe el asentimiento de allanamiento de la futura demanda por parte del arrendatario, por lo que la conciliación es inoficiosa.
- Grupo 8: La cláusula de allanamiento prevista en un contrato de arrendamiento implica la voluntad de los contratantes de acudir al Poder Judicial, proceder de acuerdo a ley, respetando garantías del debido proceso, para que se ordene de manera rápida y ejecutiva la restitución del inmueble ocupado. Es de carácter sumarísimo y resulta ser de carácter especial por la cláusula incorporada, que debe tramitarse como proceso único de ejecución.

b) Sobre el subtema número 2: Excepciones y Defensas Previas en el proceso llamado “Desalojo express”

En cuanto a las formas de defensa, se planteó como problema si en el proceso de desalojo con cláusula de allanamiento regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil procede o no darle trámite a las excepciones y defensas previas planteadas.

Frente a ello también se presentaron dos ponencias. La primera de ellas señala que, en atención a la posición sistemática del artículo 594 del Código Procesal Civil, “el proceso sumario, admite las excepciones y defensas previas dentro de su tramitación, por lo que el mismo razonamiento debe aplicarse en los procesos de desalojo que contengan contratos con cláusula de allanamiento a futuro”. La segunda ponencia señala que, pese al error de técnica legislativa en la ubicación sistemática del mencionado artículo debe interpretarse el mismo, según su espíritu y finalidad, que es resumir los procesos de desalojo a favor del justiciable, por lo que al formularse excepciones y/o defensas previas debe declararse su improcedencia liminarmente, toda vez que lo contrario implica desnaturalizar la norma, porque la tramitación de los mecanismos de defensa señalados se traduce en un uso de tiempo prolongado. Apunta esta posición, además, a que el texto del artículo 594 literalmente solo autoriza a que luego de interpuesta la demanda se acredite vigencia de contrato de arrendamiento o la

cancelación de arrendamiento adeudado, excluyendo otro mecanismo de defensa. Finalmente, el Pleno adoptó por mayoría la segunda de estas ponencias

Destacan como fundamentos expresados para la adopción del citado acuerdo:

- **Grupo 1:** Igual fundamento utilizado para resolver la primera pregunta.
- **Grupo 2:** No proceden las excepciones y defensas previas planteadas por la parte demandada en el proceso de desalojo con contrato de arrendamiento que contengan cláusulas de allanamiento futuro.
- **Grupo 3:** No deben aceptarse las excepciones debido a que va contra la finalidad de la norma, si se aceptan las excepciones y defensas previas, existiendo una cláusula de allanamiento dentro del contrato, se estaría desnaturalizando el proceso.
- **Grupo 4:** Las excepciones y defensas previas son parte del ejercicio del derecho a la defensa, por lo que, sin distinción del tipo de proceso, no puede verse limitado o restringido, más aun si no hay norma expresa restrictiva.
- **Grupo 5:** a) es proceso especial, rápido y urgente, que se asemeja a proceso de ejecución y prevé mecanismo de pronta restitución. b) Dada su naturaleza especial no pueden admitirse excepciones ni defensas previas que promueva el demandado por cuanto éstas únicamente tienen carácter dilatorio. c) Al suscribirse la cláusula de allanamiento a futuro, ello implica allanarse a la demanda y por tanto ya no procede que el demandado promueva excepciones y defensas previas. d) La improcedencia de excepciones y defensas previas no restringe derecho de defensa pues según norma es proceso especial y solo se puede acreditar vigencia del contrato de arrendamiento o pago de renta adeudada. e) Admitir a trámite excepciones o defensas previas significaría desnaturalizar proceso especial, que es respuesta ágil y efectiva a una problemática social.
- **Grupo 6:** No proceden las excepciones y defensas previas planteadas por la parte demandada en el proceso de desalojo con contrato de arrendamiento que contengan cláusulas de allanamiento futuro.
- **Grupo 7:** No proceden las excepciones y defensas previas por el espíritu de la ley que como se ha indicado busca la agilización del sistema de justicia,

propiciando así la recuperación de la posesión del inmueble y porque además existe una cláusula de allanamiento a la futura demanda.

- **Grupo 8:** (en contra) Si bien este proceso se asemeja a un proceso único de ejecución ello no impide que el demandado pueda imponer defensas de forma como lo es una excepción; el Juez puede resolver la excepción que se plantee como incompetencia o representación defectuosa a fin de cautelar la existencia de una relación jurídico procesal válida.

Del mismo modo que sucedió en el debate parlamentario, ninguna de las conclusiones a las que arribaron los grupos en el pleno analiza la naturaleza de la cláusula de allanamiento, siendo que le da un valor privatista que, como ya se ha señalado, consideramos no puede ser aplicable al artículo referido.

Si bien la exclusión del intento de conciliación previa a la interposición demanda puede resultar una opción compartida en mérito a una postura crítica sobre la conveniencia y efectividad de dicha institución, no se llega a justificar en el Pleno, convenientemente, la razón por la que no se debe aplicar la norma general de obligatoriedad de intento conciliatorio previo como elemento de procedencia para los procesos con pretensiones disponibles.

Se ha señalado en el referido Pleno que es en mérito al acuerdo previo entre las partes -materializado en la cláusula de allanamiento a futuro- que podría prescindirse del intento conciliatorio previo; sin embargo, como hemos señalado anteriormente¹⁷¹, ese acuerdo entre las partes, no tiene ningún efecto establecido por la ley, respecto a la disponibilidad de la pretensión de desalojo, siendo que la autonomía de la voluntad, en nuestra legislación procesal, no puede ir más allá por no estar previsto ello. Es más, pese a la modificación introducida, se trata de una pretensión de desalojo (condena), que debe contarse dentro de los supuestos en los que resulta exigible el intento conciliatorio previo, por lo que la solución del Pleno nos parece desacertada. Así, la forma de agilizar este procedimiento debía incluir por parte del legislador de un análisis sistemático que

¹⁷¹ Ver apartado 2.1. de este capítulo.

permita el cuidado de la racionalidad de la norma, excluyéndolo expresamente del intento conciliatorio previo, modificando la Ley de Conciliación Extrajudicial.

En cuanto al segundo acuerdo, respecto a que no deben admitirse las excepciones y defensas previas, se aprecia que, nuevamente, se le otorga a la cláusula de allanamiento futuro un indebido valor de limitación al derecho de defensa. Así, no solo se ha mencionado que existiría una especie de sometimiento irrestricto del demandado a la pretensión del demandante sino, indirectamente, del propio juzgador, toda vez que las excepciones -y también las defensas previas- también importan el control de requisitos de procedibilidad sin los que no es posible que se emita una decisión de fondo válida.

Esto solo fue señalado por el grupo 8 de dicho Pleno, que sería a nuestro entender la solución correcta: el control de la validez del proceso no es –en los términos del artículo 594- ni puede ser un aspecto a disposición de las partes sino siempre del juzgador, por lo que cualquier pedido al respecto puede bien puede ser resuelto en procesos sumarios, más aun cuando ya el artículo 448 del Código Procesal Civil¹⁷² señala que el debate respecto a las excepciones se sustenta únicamente en medios probatorios documentales acompañados al pedido, lo que permitiría que, privilegiando eso sí la concentración de actos, se emita un pronunciamiento sobre la validez del proceso y sobre el fondo del asunto sin incurrir en una dilatación indebida.

2.3. Aplicación casuística de la cláusula de allanamiento a futuro en contratos de arrendamiento

En este apartado tomaremos en cuenta pronunciamientos de diversos Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima en procesos de desalojo iniciados en mérito a contratos de arrendamiento con la cláusula de allanamiento a futuro, de lo que podría determinarse la efectividad o no de la incorporación de dicho requisito de procedibilidad de la demanda. Las resoluciones judiciales se pueden ver en su extensión total a través de la aplicación Consulta de expedientes judiciales Cortes Superiores de

¹⁷² “Artículo 448.- Medios probatorios de las excepciones Sólo se admitirán los medios probatorios documentales que se ofrezcan en el escrito en que se proponen las excepciones o en que se absuelven.”

Justicia-CEJ de la página web del Poder Judicial a través del seguimiento de los actuados online¹⁷³.

a) En cuanto a la postulación de la demanda:

a.1. Sobre la determinación de la vía elegida para este tipo de proceso:

La norma no establece mayor indicación sobre el vínculo de este procedimiento con el trámite de la vía sumarísima, con lo que pueden presentarse dudas tanto para litigantes como para el propio juzgador sobre cómo proceder en el trámite de la causa.

En cuanto a la admisión de la demanda se encuentra que existen decisiones judiciales que señalaban como vías procedimentales la del proceso sumarísimo, como proceso especial y, en algún momento anterior, inclusive, como proceso único de ejecución¹⁷⁴. Resulta claro que la distinción entre dichas categorías puede dar luces a la forma como debe tramitarse la demanda presentada.

Esta elección por parte del juzgador al calificar la demanda resulta relevante en mérito a que en algunos expedientes que se tramitaron en la vía del procedimiento sumarísimo se corría traslado de la demanda solo por el término de los cinco días¹⁷⁵, sin la precisión sobre la controversia específica detallada en el artículo 594 del Código Procesal Civil, lo cual incluso puede generar articulaciones a fin corregir la vía señalada cuando el admisorio dispone como apercibimiento de la no contestación de la demanda la rebeldía y no la emisión del lanzamiento¹⁷⁶, como

¹⁷³ <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>.

¹⁷⁴ Resolución número dos emitida en el expediente número 02243-2015-0-1809-JP-CI-05, de fecha 04 de marzo del 2016; Resolución número uno emitida en el expediente 00105-2017-0-1802-JP-CI-02, de fecha 20 de enero del 2017; Resolución número dos, emitida en el expediente número 02004-2016-0-1802-JP-CI-02, de fecha 05 de enero del 2017; Resolución número dos, emitida en el expediente número 01794-2016-0-1802-JP-CI-02, de fecha 14 de noviembre del 2016; Resolución número seis, emitida en el expediente número 00783-2016-0-1802-JP-CI-05, de fecha 24 de octubre del 2016; Resolución número tres, emitida en el expediente 01463-2017-0-1802-JP-CI-05, de fecha 28 de setiembre del 2017.

¹⁷⁵ Resolución número dos emitida en el expediente número 01261-2015-0-1809-JP-CI-01, de fecha 12 de Junio del 2015.

¹⁷⁶ Resolución número cinco, emitida en el expediente 00007-2016-0-1802-JP-CI-04, de fecha 29 de abril del 2016; Resolución número cuatro, emitida en el expediente número 00400-2019-0-1802-JP-CI-02, de

dispone la norma. Inclusive, existen casos en los que aun efectuada la emisión del admisorio, incluyendo el apercibimiento dispuesto por el artículo 594 para el vencimiento del plazo de contestación, se da lugar a una citación a audiencia¹⁷⁷.

Las decisiones judiciales consultadas también dan cuenta que, al calificarse la demanda, a fin de evitar estos problemas en la vía seguida en el transcurso del proceso, se declara su inadmisibilidad para que, expresamente se señale si, al contar el contrato de arrendamiento presentado, con la cláusula de allanamiento, debería seguir esta vía especial¹⁷⁸.

Se generan dudas respecto al tipo de resolución que deberá emitirse, esto es: si por ser procedimiento especial la “orden de lanzamiento” a la que se refiere el artículo 594 correspondería a un auto final o a una sentencia. Así, en los admisorios analizados, en su gran mayoría, dictaban un apercibimiento de disponerse el lanzamiento en 15 días¹⁷⁹.

fecha 27 de agosto del 2019; Resolución número seis, emitida en el expediente 00105-2017-0-1802-JP-CI-02, de fecha 18 de mayo del 2017; Resolución número seis, emitida en el expediente número 00837-2017-0-1802-JP-CI-04, de fecha 20 de setiembre del 2017.

¹⁷⁷ Puede revisarse la resolución número dos emitida en el expediente número 01640-2016-0-1809-JP-CI-01, de fecha 18 de agosto del 2016, que admite la demanda y, a su vez, corre acta de audiencia de fecha del 01 de febrero del 2017, Resolución número cinco, emitida en el expediente número 00007-2016-0-1802-JP-CI-04, de fecha 29 de abril del 2016; Resolución número dos, emitida en el expediente 00368-2019-0-1802-JP-CI-05, de fecha 10 de abril del 2019; Resolución número dos, emitida en el expediente 01244-2017-0-1802-JP-CI-05, de fecha 22 de junio del 2017; Resolución número dos, emitida en el expediente número 02859-2015-0-1809-JP-CI-03, de fecha 20 de enero del 2016; Resolución número dos, emitida en el expediente judicial número 00020-2016-0-1814-JP-CI-01, de fecha 15 de junio del 2016.

¹⁷⁸ Resolución número uno, emitida en el expediente número 02004-2016-0-1802-JP-CI-02, de fecha 02 de noviembre del 2016; Resolución número uno, emitida en el expediente número 01088-2019-0-1802-JP-CI-03, de fecha 17 de junio del 2019; Resolución número cinco, emitida en el expediente número 00783-2016-0-1802-JP-CI-05, de fecha 03 de octubre del 2016; Resolución número uno, emitida en el expediente número 00267-2018-0-1802-JP-CI-05, de fecha 14 de marzo del 2018; Resolución número uno, emitida en el expediente número 01463-2017-0-1802-JP-CI-05, de fecha 29 de agosto del 2017; Resolución número uno, emitida en el expediente número 01603-2018-0-1802-JP-CI-05, de fecha 21 de setiembre del 2018; Resolución número uno, emitida en el expediente número 01784-2018-0-1809-JP-CI-03, de fecha 12 de setiembre del 2018; Resolución número uno, emitida en el expediente número 01692-2016-0-1809-JP-CI-05, de fecha 10 de agosto del 2016.

¹⁷⁹ Resolución número uno emitida en el expediente número 00786-2017-0-1809-JP-CI-01, de fecha 10 de abril del 2017; Resolución número uno emitida en el expediente número 00068-2019-0-1809-JP-CI-01, de fecha 21 de enero del 2019; Resolución número dos emitida en el expediente número 01170-2017-0-1809-JP-CI-01 de fecha 08 de junio del 2017; Resolución número dos, emitida en el expediente número 01640-2016-0-1809-JP-CI-01 de fecha 18 de agosto del 2016; Resolución número dos emitida en el

También se han encontrado decisiones en la que, al calificarse la demanda de desalojo, se admite la misma en la vía del proceso sumarísimo y se declara a la parte demandada allanada en el mismo acto, se entiende en mérito a la cláusula suscrita en el contrato. El apercibimiento dictado da cuenta de que, vencido el plazo de seis días para contestar, de no hacerlo, se emitirá sentencia según lo dispuesto en el artículo 333 del Código Procesal Civil.¹⁸⁰

Se tiene presente que existen admisorios en los que no se especifica la causal de desalojo, señalándose que el demandado deberá cumplir con acreditar la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado ¹⁸¹.

Esta problemática respecto a la proliferación de procedimientos especiales, había sido ya expuesta por la doctrina analizada anteriormente; siendo que se aprecia una

expediente número 01646-2018-0-1809-JP-CI-01, de fecha 01 de agosto del 2018; Resolución número diez, emitida en el expediente número 02092-2017-0-1809-JP-CI-01, de fecha 10 de octubre del 2017; Resolución número dos, emitida en el expediente número 02758-2017-0-1809-JP-CI-01, de fecha 08 de enero del 2018; Resolución número uno, emitida en el expediente número 00190-2016-0-1809-JP-CI-02, de fecha 04 de marzo del 2016; Resolución número uno, emitida en el expediente número 00199-2018-0-1809-JP-CI-02, de fecha 06 de febrero del 2018; Resolución número dos, emitida en el expediente número 00598-2019-0-1802-JP-CI-01, de fecha 17 de mayo del 2019. Resolución s/n, emitida en el expediente número 00446-2019-0-1802-JP-CI-01, de fecha 26 de marzo del 2019; Resolución número uno, emitida en el expediente 400-2019-0-1802-JP-CI-02; Resolución número uno, emitida en el expediente número 00571-2019-0-1802-JP-CI-02, de fecha 25 de abril del 2019.

¹⁸⁰ Resolución número uno, emitida en el expediente número 01620-2017-0-1802-JP-CI-01, de fecha 21 de setiembre del 2017. Así, se señala en dicha resolución “**CUARTO:** *Que, en cuanto al interés para obrar, siendo que las partes conforme al tenor del anexo 1-C de la demanda, contrato de arrendamiento de fecha doce de abril del año 2017, suscrito por ambas partes como arrendadora y arrendataria, se pactó que la posesión temporal sobre el bien a favor de ésta sería por el termino de tres meses, es decir hasta el 12 de julio de los corrientes, y conforme a la cláusula de allanamiento, contenido en la cláusula Novena, la demandada aceptaba que en caso de conclusión del contrato, en aplicación del artículo 1697 del Código Civil, concordante con el artículo 594 del Código Procesal Civil, modificado por Ley 30201, aceptaba el allanamiento futuro en caso se solicitara la restitución del bien inmueble, existe inherente actual y real del demandante para interponer la demanda, mediante el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva a través del derecho de acción.*”

¹⁸¹ Resolución número dos, emitida en el expediente número 02030-2017-0-1802-JP-CI-01, de fecha 05 de diciembre del 2017; Resolución s/n, emitida en el expediente número 00446-2019-0-1802-JP-CI-01, de fecha 26 de marzo del 2019; Resolución número uno, emitida en el expediente 400-2019-0-1802-JP-CI-02; Resolución número dos, emitida en el expediente número 01657-2018-0-1802-JP-CI-02, de fecha 5 de marzo del 2019; Resolución número dos, emitida en el expediente número 02004-2016-0-1802-JP-CI-02, de fecha 05 de enero del 2017; Resolución número dos, emitida en el expediente número 01794-2016-0-1802-JP-CI-02, de fecha 14 de noviembre del 2016; Resolución número cuatro, emitida en el expediente número 00400-2019-0-1802-JP-CI-02, de fecha 27 de agosto del 2019.

falta de precisión por el legislador, también apreciada en el poco debate efectuado en el Pleno del Congreso, en cuanto a la naturaleza del procedimiento que se incorporaba en el artículo 594 del Código Procesal Civil.

Como señaláramos anteriormente, no hay posibilidad de tramitar este proceso en la vía del proceso único de ejecución, debiendo además señalarse en el admisorio la especialidad de la vía elegida a fin de distinguir su tramitación de la sumarísima que importa la apertura de un debate a realizarse en audiencia, todo ello a fin de evitar confusiones en el demandado.

La vía a seguir es una declarativa, siendo que el acuerdo en la cláusula de allanamiento a futuro, como dijéramos anteriormente, no implica la constitución de un título ejecutivo, constituyendo un error de técnica legislativa al no implicar ninguna modificación respecto a la pretensión de desalojo tradicional, referida a las causales de vencimiento de contrato o resolución por falta de pago.

El admisorio a ser emitido debe responder a un procedimiento especial, por lo que en el mismo debería señalarse que el apercibimiento para la falta de prueba de pago o vigencia de contrato deberá ser la emisión de sentencia, de naturaleza condenatoria, por lo que se certificaría el incumplimiento de pago o la falta de vigencia del contrato que habilite la posesión, y con ello el dictarse el lanzamiento conforme dispone el Código Procesal Civil.

a.2. Exigencias en el juicio de admisibilidad de la demanda por el entendimiento de la cláusula de allanamiento a futuro:

Pese a lo señalado anteriormente, en el sentido que la denominada “cláusula de allanamiento a futuro” no resulta ser un allanamiento en la forma indicada en nuestra normatividad procesal¹⁸², es común que los órganos jurisdiccionales exijan la presentación del contrato en original, afirmándose que ello se tiene por ser el

¹⁸² Ver apartado 2.1.2. de este capítulo.

allanamiento un acto formal en los términos del artículo 330 del Código Procesal Civil¹⁸³.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en mérito a considerar la cláusula de allanamiento como un acto de disposición de la vía procedimental, existe una distinción entre los contratos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley número 30201 y los contratos suscritos con dicha cláusula, pese a encontrarse, tanto los arrendatarios como arrendadores, en situaciones similares. Incluso, ello no solo puede constituir una limitación a la elección de una vía más expeditiva, sino que también se ha presentado el caso que, llegados a la etapa de sentencia, en mérito a la ausencia de las firmas legalizadas en el contrato, se emita sentencia inhibitoria.¹⁸⁴

Todo ello da lugar a que existan dilaciones en el trámite del proceso solo en la etapa de preparación de la causa, existiendo con ello la profusión de actos procesales que contravienen el principio de economía procesal que debería inspirar el procedimiento especial regulado. Incluso, las partes podrían intentar modificar los términos de la cláusula de allanamiento, condicionando su efectividad a otros actos previos ¹⁸⁵, ello en mérito a considerar, erróneamente que el acuerdo de voluntades contenido en la cláusula de allanamiento a futuro puede actuarse sin los límites establecidos por la ley.

¹⁸³ Resolución número uno emitida en el expediente judicial número 628-2018-0-1809-JP-CI-03, de fecha 16 de mayo del 2018.

¹⁸⁴ Sentencia emitida en el expediente 02257-2018-0-1809-JP-CI-02, de fecha 10 de octubre del 2019; Resolución número cinco, emitida en el expediente número 00388-2018-0-1809-JP-CI-03, de fecha 02 de julio del 2018.

¹⁸⁵ Sentencia emitida en el expediente número 02299-2015-0-1809-JP-CI-02, de fecha 055 de julio del 2016: ***OCTAVO:*** *El contrato materia de evaluación en la presente causa también denota inconsistencias con relación a la demanda instaurada porque condiciona el accionar del arrendatario, en la medida que si bien acusa contar con cláusula de allanamiento futuro para restituirse el bien por falta de pago en la cláusula décimo segunda de su cuerpo vinculante, el documento también advierte la necesidad de que previamente se curse carta notarial por cualquiera de las partes hacia el otro contrayente si su voluntad fuese la de no continuar arrendando el inmueble materia del presente contrato -véase el íntegro de la cláusula tercera-, siendo esta una formalidad previa al requisito de ley pactada por las partes que se ha incumplido en el caso de autos por el propio demandante, ya que no ha realizado la misma y/o adjuntado dicha comunicación y toda vez que el contrato sigue vigente para sus suscriptores, más aun si no se tiene certeza sobre el cabal cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del demandado por defectos atribuidos al propio accionante tal como se ha expuesto precedentemente. Por consiguiente, procede desestimarse la demanda en los términos planteados dejando a salvo el derecho del accionante para hacer valer su derecho conforme a ley”.*

A pesar de que la cláusula de allanamiento a futuro no es un negocio procesal obligatorio, la inadmisibilidad de la demanda será un pronunciamiento correcto al considerarlo como un requisito de procedencia. Así, es necesario que se presente el documento original del contrato con firmas legalizadas, pero no por el requisito al que hace referencia el tratamiento del allanamiento en el artículo 330 sino por ser un documento necesario para presentar en correctamente la demanda y que habilite al procedimiento especial el cual podría permitir un pronunciamiento sin necesidad de fijarse audiencia.

Dado que la vía especial de desalojo se encuentra establecida por el legislador y no por la voluntad de las partes, no debe admitirse la modificación de la cláusula de allanamiento a futuro hacia otros supuestos, en mérito a que la aceleración del procedimiento responde a una decisión de política jurisdiccional del legislador sobre los procesos de desalojo por las causales de resolución de contrato por falta de pago y vencimiento del mismo.

b) En cuanto a la acumulación en la demanda:

No se permite el cobro de renta impagas como pretensiones accesorias al pedido principal de restitución del inmueble, en mérito a que entregándole un valor que, como ya fuera señalado no le corresponde, a la cláusula de allanamiento, solo se tendría efectuado este acto de disposición del derecho de defensa respecto a la pretensión principal y no a la falta de pago que se entiende no debería ser incluida como objeto de conocimiento del proceso¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Resolución número dos, emitida en el expediente número 01657-2018-0-1802-JP-CI-02, de fecha 5 de marzo del 2019; Resolución número uno, emitida en el expediente número 02054-2018-0-1802-JP-CI-03, de fecha 03 de diciembre del 2018; Resolución número dos, emitida en el expediente número 01171-2018-0-1802-JP-CI-04, de fecha 24 de agosto del 2018; Resolución número dos, emitida en el expediente número 02052-2017-0-1802-JP-CI-04, de fecha 14 de diciembre del 2017; Resolución número dos, emitida en el expediente número 00267-2018-0-1802-JP-CI-05, de fecha 09 de abril del 2018; Resolución número uno, emitida en el expediente 01890-2016-0-1802-JP-CI-05, de fecha 20 de octubre del 2016: **“CUARTO:** *Asimismo, pretende acumular a su pretensión principal, el pago de la renta insoluta y de arbitrios, al amparo del artículo 585 del Código Procesal Civil; sin embargo, si bien es cierto tal norma*

Como lo señaláramos anteriormente, resulta que la modificación planteada se hizo en el contexto de implementar un Registro Judicial de Morosos al pago en el proceso de desalojo, por lo que, en principio, a fin de incorporar a algún demandado al mismo, debe tenerse seguridad del incumplimiento en el pago de rentas.

Así, ya existiendo el incumplimiento determinado en una sentencia de condena, esto es, un pronunciamiento declarativo, ¿existiría incompatibilidad con que se haga efectivo el cobro de la deuda en esta vía? En ese sentido entendemos que no y la negativa solo puede corresponder a dos entendimientos, ambos erróneos. Por un lado, no entender que en el artículo 85 del Código Procesal Civil se han instaurado más excepciones al requisito de mismas vías procedimentales para la acumulación¹⁸⁷, amparadas en permitir que la parte demandante pueda poner a discusión la demanda (principio *pro actione*) haciendo uso de la técnica de cognición, que mientras más amplia y abarcante, puede permitir el tratamiento de las pretensiones aun cuando el

*faculta a la demandante acumular el pago de arriendos, también lo es, que ello es factible siempre y cuando, su pretensión de desalojo se ampare en la causal de falta de pago; y, no como en el presente caso en que quiere hacerse valer de la cláusula de allanamiento a futuro que tiene un trámite especial y distinto al del proceso sumarísimo, conforme preceptúa el artículo 594 del citado Código; por lo que tiene que aclarar su petitorio conforme al artículo 424 numeral 5 del mismo Código”. Resolución número uno, emitida en el expediente número 01603-2018-0-1802-JP-CI-05, de fecha 21 de setiembre del 2018: “**TERCERO:** De la calificación de la demanda que antecede, se tiene que la recurrente demanda el desalojo haciéndose valer de la cláusula de allanamiento futuro, sin precisar la causal en la que la sustenta (sea por falta de pago o vencimiento de contrato); además de solicitar acumulativamente el pago de los arriendos sin considerar que su pretensión de desalojo se tramita en una vía especial conforme establece el artículo 594 del Código Procesal Civil; y la de pago de arriendos, en una distinta (único de ejecución o sumarísimo), por lo que tiene que aclarar su petitorio atendiendo a estas observaciones; y, en el caso de persistir en la acumulación pretendida, tendrá que tramitarse bajo las reglas del proceso sumarísimo conforme al artículo 85 del mismo Código”; Resolución número uno, emitida en el expediente número 01973-2018-0-1809-JP-CI-02, de fecha 06 de setiembre del 2018: “A que según lo preceptuado en el artículo 85° inciso 3° del Código Acotado, salvo disposición expresa de la ley, solo se acumulan pretensiones que se tramitan en la misma vía procedimental, pero en el caso de autos, la pretensión principal se tramita en la vía del proceso especial, y la pretensión accesoria corresponde tramitarse en la **VÍA DEL PROCESO SUMARÍSIMO ó ÚNICO DE EJECUCIÓN**, según fuere el caso, es decir, se tramitan en vías procedimentales distintas e incompatibles”*

¹⁸⁷ **Requisitos de la acumulación objetiva Artículo 85 del Código Procesal Civil.**- Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que estas: 1. Sean de competencia del mismo Juez; 2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; 3. Sean tramitables en una misma vía procedimental. Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código y leyes especiales.

También son supuestos de acumulación los siguientes: a. Cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental, en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas. b. Cuando las pretensiones sean de competencia de Jueces distintos, en cuyo caso la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado” (resaltado nuestro).

legislador haya previsto alguna vía distinta. Por otro lado, entender que es solo el acuerdo de las partes, a través de la suscripción de la cláusula de allanamiento a futuro, la que establece una negación del derecho de defensa frente a la demanda, y que esta disposición del derecho no sería extensible a otras pretensiones más allá de la que habría sido pactada, esto es, la de restitución del bien.

Como lo señalamos anteriormente, a nuestro entender, la cláusula de allanamiento podría ser únicamente un requisito de procedibilidad para una determinada vía especial establecida por el legislador, pero no importa la renuncia de un derecho en mérito del cual deba conocerse solo de la restitución del proceso por quedar así convenido por las partes. Al tratarse de un mismo hecho discutido (la falta de pago de renta) tanto para la resolución del contrato de arrendamiento como para la restitución del mismo, la actuación probatoria y el análisis de las alegaciones deducidas implicar ser una misma actividad, lo que permite un único pronunciamiento y, con ello, debe ser procedente la acumulación del cobro de la renta.

c) Limitación sobre el derecho de defensa y motivación del demandado:

Por el Pleno Jurisdiccional Nacional explicado anteriormente, se rechazan de plano excepciones y defensas, sin enunciarse motivación en las mismas. Así, en algunos de los pronunciamientos analizados se tiene que el rechazo tanto de contestación como de las excepciones planteadas es genérico y no son motivadas las razones por las que los argumentos serían desatendidas, siendo que incluso ello se presenta frente a cuestionamientos de competencia¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Resolución número cuatro, emitida en el expediente número 01572-2018-0-1809-JP-CI-05, de fecha 31 de octubre del 2018: “**Segundo.-** Que, conforme lo dispone el tercer párrafo del Artículo 594 del Código Procesal Civil: *En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado. Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado, el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil. Siendo esto así el escrito presentado por*

Nuestra posición, como adelantáramos en el apartado anterior, es contraria a ello, por no tener la referida cláusula de allanamiento una renuncia a la defensa. Debe tenerse en cuenta que existen algunas excepciones que solo son proponibles por la demandante, como es la excepción por convenio arbitral. Si bien respecto a la causal de falta de pago, puede argüirse que la misma implicaría ya el fin del contrato por resolución, sin lugar a ninguna controversia a dilucidarse en la vía arbitral, cuando la causal se trata del vencimiento del contrato, puede darse la situación que la extensión o no del mismo sí sea objeto de controversia.

Tampoco puede dejarse de lado que el artículo 594 del Código Procesal Civil ha establecido que, para el desalojo con cláusula de allanamiento a futuro, la competencia territorial del órgano jurisdiccional está determinada por el lugar donde se encuentre el inmueble. Si bien podría entenderse que el juzgador deberá efectuar de oficio el control sobre dicho presupuesto procesal de competencia al calificar la demanda, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no solo ha ratificado la relatividad de la competencia territorial y, con ello, la plena vigencia de la prórroga de la misma, sino que también ha confirmado lo señalado por el artículo 37 del Código Procesal Civil, que prevé que la competencia de los juzgados de Paz Letrado solo se cuestiona vía excepción procesal¹⁸⁹. Habría que agregar a ello que, a nivel doctrinario, no está del todo claro si esta referencia del artículo 594 a la competencia

*la parte demandada no resulta amparable toda vez que no se sustenta en ninguna de las causales previstas en la norma glosada. **Tercero.-** Que asimismo conforme al pleno jurisdiccional nacional en materia civil y procesal civil, en el presente proceso no proceden las excepciones y defensas previas planteadas por la parte demandada".* Igual sucede en Resolución número dos, emitida en el expediente 01645-2018-0-1809-JP-CI-05, de fecha 17 de octubre del 2018.

¹⁸⁹ En la decisión emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el expediente signado como competencia 353-2021, ha fijado como principios jurisprudenciales que deberán ser atendidos por los jueces que decidan causas civiles:

- a) Primero: En los casos de competencia territorial, los jueces especializados de la República, bajo responsabilidad funcional, deberán de abstenerse de cuestionarla de oficio, tanto porque así lo prescribe el artículo 35 del Código Procesal Civil, como porque es posible la prórroga tácita de la misma por disposición contenida en el artículo 26 del mismo cuerpo legal.
- b) Segundo: En los procesos seguidos ante los jueces de paz letrados, no cabe incompetencia de oficio, por disposición expresa del artículo 37 del Código Procesal civil.
- c) Tercero: La regla general señalada en el párrafo precedente no significa que deban ignorarse los supuestos de normas específicas, tales como –sin que se trate de enumeración taxativa- el caso de incompetencia territorial improrrogable, los temas de medidas de cautelares y los casos relacionados a menores regulados en los artículos 19 y 637 del Código Procesal Civil y artículo 135 del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente.

territorial resulta una norma de competencia improrrogable o no, lo cual bien podría dar lugar a un debate justificado dentro del proceso respecto a la aplicación de los artículos 25 y 26 del Código Procesal Civil sobre la prórroga de la competencia. Así, la discusión respecto a este presupuesto procesal debe ser permitida y merece una respuesta por parte del juzgador que no puede solo obviarla

Otro dato importante resulta el posible cuestionamiento de la competencia en el desalojo a propósito del IV Pleno Casatorio y su extensión de la noción del concepto de poseedor precario, que implicaría que la controversia, en muchas situaciones de vencimiento de contrato, debería ser conocida por un Juzgado Especializado. En estos casos, incluso, el control de este presupuesto procesal debe ser hecho de oficio.

Existe, además, un entendimiento respecto a la cláusula de allanamiento como un negocio jurídico procesal por el cual el demandado condiciona su derecho a defenderse solo si la renta se encuentra cancelada o si el contrato se encuentra vigente con lo que cualquier discusión o debate al respecto resulta no solo limitado sino hasta excluido de considerarse ajeno¹⁹⁰. Ello podría limitar, incluso, la atención de las alegaciones de defensa si se entiende que la emisión del apercibimiento de lanzamiento debe ser inmediata a la contestación tenida por fallida –siempre según criterio del juzgador–; ello podría tenerse incluso cuando efectuado el traslado de la demanda, la defensa alegada podría incluir la alegación un hecho nuevo que requiera la participación de la parte demandante, como puede ser la alegación de alguna de las presunciones legales sobre el pago dispuestas por la ley¹⁹¹.

¹⁹⁰ Sentencia emitida el 06 de noviembre del 2018 en el expediente número : 01572-2018-0-1809-JP-CI-05: “**Quinto:** Que, a fojas 3 a 6, obra copia legalizada del documento denominado contrato de arrendamiento de inmueble suscrito por las partes con fecha veinte de agosto del año dos mil dieciséis, con respecto del bien inmueble ubicado en la Calle Tejada N° 463 Interior Letra E, distrito de Barranco, donde en la cláusula octava las partes pactaron que la arrendataria se somete a la cláusula de allanamiento a futuro, prevista en el artículo 594 del Código Procesal Civil. En consecuencia, en caso de incurrir en más de dos meses y medio de incumplimiento en el pago de la renta convenida o de haberse **concluido el plazo del contrato**, deberá desocupar y restituir inmediatamente el bien a la arrendadora conforme a los términos del mencionado artículo. **El arrendatario se compromete a contradecir dicha demanda solo si ha pagado las rentas o el contrato aun sigue vigente**”.

¹⁹¹ Sentencia emitida en el expediente número 02234-2018-0-1809-JP-CI-05,d e fecha 17 de enero del 2019: “**Quinto:** Que, en este orden de ideas ambas partes demandadas contradicen la demanda señalando haber cancelado a la demandante la renta correspondiente al mes de setiembre del 2018,

Todas estas situaciones implican limitaciones al derecho de defensa que, en principio, el texto del artículo 594 no contempla, ni podría ser permitido en un negocio procesal si se considera tal a la cláusula de allanamiento. Ese texto solo permite una vía especial, con omisión de audiencia, pero sigue siendo un pronunciamiento de cognición plena, en el que se debe permitir la defensa de las partes respecto a aspectos puntuales del contrato de arrendamiento: el pago de renta o su vigencia.

Igual razonamiento se aplica a otras situaciones previstas en el Código Civil. Así, se establece algunas situaciones que bien podrían ser parte de una defensa, aun en los términos del texto del artículo 594 del Código Procesal Civil, con la necesidad de abrir un contradictorio más amplio:

- i) El artículo 1669 del Código Civil, señala que el copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes, siendo necesario que exista ratificación de los demás, expresa o tácita.
- ii) El artículo 1669 del Código Civil, que se encarga de la prelación de arrendatarios cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, situación en la cual es necesario acreditar la buena fe, la inscripción registral del contrato y la propia posesión.
- iii) El artículo 1710 del Código Civil que trata sobre la posibilidad de continuar el arrendamiento con herederos del arrendatario, para lo cual debe acreditarse la posición de estos a fin de determinar si se extingue o no.
- iv) El pago de tercero permitido por el artículo 1226 del Código Civil, en cuanto, si bien, quien debería acreditar el pago debe ser el arrendatario, podría ser necesario la actuación de otros medios probatorios.

conforme a copia legalizada de recibo que presentan y obra en autos a fojas 33 y 44, por lo que se debe presumir el pago de las rentas anteriores, es decir que los meses de julio y agosto 2018 ya se encuentran cancelados; el mismo que corrido traslado a la demandante absuelve señalando que ello no es cierto ya que los demandados dejaron de pagar la rente desde el mes de junio del 2018 y que a su insistencia se le canceló junio 2018 en el mes de setiembre conforme consta la fecha de dicho recibo, habiendo agregado de forma maliciosa la parte demandante que corresponde a renta del "mes de setiembre".

En estos casos, la respuesta del juzgador al calificar la contestación de la demanda no podría ser la simple omisión del argumento, sino que importan un acto procesal adicional de poner en conocimiento a la demandante de ello a fin de no dejarla en indefensión. Piénsese además en los medios probatorios que pueden plantearse respecto al pago de renta en cuentas de ahorro personales del sistema financiero a la que no pueden acceder los demandados para acreditar su alegación.

Tampoco puede dejarse de lado que el propio IX Pleno Casatorio –como ya se dijo anteriormente- se deja por sentado que la cognición del proceso de desalojo en la vía sumarísima puede presentar algunos aspectos que podrían tenerse como de derecho público -como es la nulidad manifiesta del contrato de arrendamiento- los mismos que deben, por lo menos, ser pasibles de alegación y traslado a la otra parte.

Del mismo modo, en muchas de las sentencias emitidas, el juzgador recurre a una fórmula genérica señalando que no se cumple con acreditar de modo alguno el haber acreditado la vigencia del Contrato de Arrendamiento del indicado inmueble, sin resolver las alegaciones¹⁹². Esto solo puede responder a la equivocada noción de que un negocio procesal celebrado entre las partes excluye el conocimiento del magistrado sobre aspectos de la controversia. Como se dijo, la controversia es la misma que ya existía para el proceso de desalojo en las causales señaladas antes de la modificatoria, por lo que persiste el deber de motivar correctamente las decisiones judiciales.

¹⁹² Sentencia emitida en el expediente número 00756-2018-0-1809-JP-CI-03, de fecha 24 de julio del 2018, en la que se indica el argumento de la contestación: “conforme se advierte del Aviso y Cargo de Notificación de fojas 10 y 11; esta da Contestación a la demanda, con su escrito de folios 35 a 37, señalando el haber recibido en pésimas condiciones la casa, con filtraciones de agua que indica dañaron su televisor, señalando el haber acordado verbalmente que realizaría mejoras y que se descontarían de la renta mensual; invocando derecho de retención, al encontrarse reclamando los pagos que ha realizado por las mejoras y/o descuento de pago de la renta, solicitando se declare improcedente la demanda.”. Sentencia emitida en el expediente número 01570-2018-0-1809-JP-CI-03, de fecha 22 de abril del 2019: “**Trámite.**- Mediante Ingreso Nro. 11012-2018, la demandada KARINA MARGARITA ACASIETE RUIZ, da contestación a la demanda, sin embargo no acredita, la vigencia de contrato de arrendamiento; correspondiendo a su estado el de emitir Resolución Final, éste despacho procede a expedirla”, y agrega: “**SETIMO:** En el orden expuesto, la parte demandada al dar contestación a la demanda, no viene en acreditar la vigencia de contrato de arrendamiento, en virtud a lo establecido en el artículo 594 del Código Procesal Civil”

Aparte de la posible afectación del derecho de defensa y a la motivación de decisiones jurisdiccionales que señalamos con ello, debe tenerse en cuenta, que debería tenerse presente la posibilidad de que el juzgador pueda o reconducir la pretensión hacia un proceso con mayor amplitud de cognición en la discusión del derecho a poseer de las partes o, de ser el caso, dar por concluido el proceso cuando la definición correcta de quien le corresponde permanecer con el inmueble no pueda ser definida en este proceso. Así, como se señaló al iniciar este capítulo, la discusión entre arrendadores y arrendatarios implica un problema social que incluye aspectos como el derecho fundamental a la vivienda, por lo que si bien estamos de acuerdo que ante la simplicidad de la controversia, debe favorecerse la solución de la misma centrándose en los hechos constitutivos de pago y vigencia del contrato, la casuística puede presentar situaciones en las que un debate mayor al establecido por el artículo 594 del Código Procesal Civil se necesaria, debiendo tener presente, lo ya mencionado en el Capítulo I, respecto a que la efectividad de la tutela jurisdiccional no puede ser irracional ni buscada aun en situaciones en las que se pueda cometer una injusticia evidente. No existe un negocio jurídico procesal en la cláusula de allanamiento a futuro que obligue al magistrado a dejar de lado los aspectos de dicho conflicto que pueden surgir y merezcan discusión y, aun si fuera el caso de que ese negocio jurídico procesal existiera en el futuro y se admita en nuestro ordenamiento, tampoco podría limitar o afectar la actuación del magistrado que, en ejercicio de función jurisdiccional, debe emitir una sentencia lo más correcta posible.

CONCLUSIONES.

Primero: La sumariedad aparece por una necesidad de respuesta jurisdiccional que sea oportuna y adecuada, exigencia que hemos encontrado presente desde tiempos del derecho romano, pero nuevamente resaltada por lo constitucionalización del proceso y la exigencia de efectividad; se ha podido comprobar que, más allá de construcciones y denominaciones contemporáneas, la esencia de su fundamento permanece y es sobre técnicas tradicionales que se debe orientar su aplicación. Así, junto con la sumarización cognitiva, que da lugar a pronunciamiento mediante juicios de verosimilitud y probabilidad, existe la aceleración procedimental que debe entenderse como constante mejoramiento a la estructura declarativa del proceso, con una tendencia a flexibilizar dicha estructura.

Segundo: El derecho de defensa, conforme se ha desarrollado, es un concepto más amplio que el contradictorio, siendo que aquel, sustentado en el principio de efectividad que acompaña a todo derecho fundamental, es una regla general instrumental que debe convivir con otras, como la efectividad de las decisiones judiciales, por lo que su aplicación intrínseca en el debate –como oportunidad dialéctica- puede sufrir distintas manipulaciones de oportunidad e intensidad, siempre que se establezca una forma de que el derecho de defensa pueda llegar a expresarse aun en el caso que la sumariedad se aplique al procedimiento, pues esta no puede, por sí sola, eliminar la contradicción.

Tercero: Se ha probado que la autonomía de las partes sobre el proceso ha sufrido una evolución histórica. Así, partiendo desde una naturaleza innegablemente privativa, la estatalización de la Administración de Justicia ha generado una corriente de carácter publicista que ha atenuado la participación de las partes en aspectos reservados para el legislador; sin embargo, siempre han existido pactos entre las partes que pueden determinar la elección de distintas opciones preestablecidas en la norma. Aun así, existe una tendencia por brindar mayor participación a las partes que represente un beneficio

para la efectividad que están buscando, limitándose a casos que no afecten el orden público ni derechos fundamentales; en ese sentido, se ha podido establecer que en el derecho y doctrina comparados no se aceptaría una renuncia previa inequívoca del derecho a defenderse, sino que se presentan estructuras procedimentales con contradictorio diferido o eventual, siempre presente para el ejercicio de la parte.

Cuarto: Desde que el allanamiento por parte del demandado implica un acto procesal respecto al pedido deducido en proceso, resulta evidente que la cláusula de allanamiento dispuesta en el artículo 594 del Código Procesal Civil no puede ser considerada en los términos del artículo 330 del mismo cuerpo normativo. Por ello, si bien es innegable la existencia de un acuerdo en las partes al suscribir un contrato con dicha cláusula, este solo tendrá la naturaleza de constituir un requisito de procedencia para acceder a una vía especial, preestablecida por el legislador. En este caso, el acuerdo de la voluntad de las partes, por sí misma, no genera ningún efecto relevante sobre la tutela a recibir y no implica la renuncia a ningún derecho ni la formación, de por sí, de un título ejecutivo.

Quinto: El texto establecido en el artículo 594 del Código Procesal Civil, refleja una falta de precisión por parte del legislador en cuanto a la sumariedad aplicada a través de la cláusula de allanamiento a futuro. Así, siendo el resultado de la misma la emisión de una sentencia de condena, con verificación plena de la falta de pago de renta o el vencimiento del contrato, estamos frente a una pretensión declarativa, sin cognición sumariada, y con un intento de aceleración procedimental. El referido artículo no establece mayor indicación sobre el vínculo de este procedimiento con el trámite de la vía sumarísima prevista en la norma procesal, con lo que pueden presentarse dudas tanto para litigantes como para el propio juzgador sobre cómo proceder en el trámite de la causa, toda vez que no se establece la naturaleza declarativa de dicha pretensión, siendo que con ello tampoco se tiene criterio uniforme sobre la emisión de una sentencia, como proveimiento final.

Sexto: Se ha encontrado que las interpretaciones del artículo 594 del Código Procesal Civil efectuadas en la jurisprudencia consultada, llevan una noción de la cláusula de

allanamiento como renuncia anticipada del derecho a defenderse, al comparar dicho acuerdo con el allanamiento procesos. Con ello, se ha generado no solo que exija las formalidades del artículo 330 del Código Procesal Civil, sino que exista distinción en la tutela entre contratos de arrendamiento que tengan la referida cláusula, pese a que la misma, por sí sola, no tiene ningún impacto sobre la estructura procedimental establecida por el legislador. Adicionalmente, se genera que no se acepte la acumulación de pretensiones, con otras conexas como la de pago de renta, en creencia que es la cláusula de allanamiento a futuro la que permitiría una cognición incompleta, que restrinja el derecho de defensa; ello también genera que las sentencias emitidas no presenten motivación respecto a los argumentos de defensa de fondo ni de excepciones planteadas.



BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier

2012 Derecho probatorio. Barcelona: Librería Bosch.

ANDOLINA, Italo

2009 “Il tempo e il processo”. Revista de Processo. São Paulo, número 176, pp. 259-274.

2008 “Cognición” y “ejecución” forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional. Lima: Communitas.

ANGIONI, Enrica

2014 Negozio giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea. Tesis de doctorado en investigación. Cagliari: Università degli studi di Cagliari. Consulta: el 21 de febrero del 2022

https://iris.unica.it/retrieve/handle/11584/266654/345053/PhD_Thesis_AngioniE.pdf

ANSANELLI, Vincenzo

2017 “Pruebas e instrumentos cognoscitivos del juez” en: DONDI, Angelo y otros. Procesos civiles en evolución: una perspectiva comparada. Traducción de José María Salgad. Barcelona: Marcial Pons, pp. 47-102.

ALFARO VALVERDE, Luis Genaro

2014 El Principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil. Barcelona: Bosch Editor.

APOLIN MEZA, Dante Ludwig

2005 “Apuntes iniciales en torno a la acumulación de pretensiones”. Derecho & Sociedad, Lima, número 25, pp. 20-36.

ARIANO DEHO, Eugenia;

2016 “La acumulación de pretensiones y los dolores de cabeza de los justiciables”. En: In limine Litis. Estudios crítico de derecho procesal civil. Lima. Instituto Pacífico S.A.C. pp. 293-344.

2013 Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993. Lima: Ara Editores.

2003a “El poder general de cautela”. En: Problemas del Proceso Civil, Lima: Jurista Editores, pp. 673-694.

2003 “Ejecución injusta, proceso penal y enriquecimiento sin causa”. En: Problemas del Proceso Civil, Lima: Jurista Editores, pp. 565-584.

ARIETA, Giovanni

2010 Trattato di diritto processuale civile. Diez volúmenes. Segunda edición. Padova: CEDAM.

BARBERIS, Mauro

2015 Introducción al estudio del Derecho. Lima: Palestra editores.

BEDAQUE, José dos Santos

2009 Direito e processo. Quinta edición. Ed. São Paulo: Malheiros editores.

2008 Efetividade do Processo e técnica processual. Segunda edición. São Paulo: Malheiros Editores.

BELDA INIESTAS, Javier y Michela CORETTI

2016 “Reflexiones doctrinales en torno a las Clementinas Dispendiosam y Saepe contingit: El proceso sumario a la luz del utriusque iuris”. GLOSSAE European Journal of Legal History número 13, pp. 31-70. Consulta: 16.07.2020.
<http://www.glossae.eu/wp-content/uploads/2016/11/Belda-Coretti-Clementinas.pdf>

BIGIO CHREM, Jack;

1994 “El contrato de arrendamiento”. *THEMIS Revista De Derecho*. Lima, número 30, pp. 197-205.

BONATO, Giovanni;

2012 “I référéés nell’ordinamento francese”. En: CARRATA, Antonio. La Tutela Sommaria in Europa – Studi. Nápoles: Jovene Editore, pp. 35-76.

CADIET, Loic

2012 “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. *Civil Procedure Review*, volumen 3, número 3.; pp. 3-35.

CALAMADREI, Piero

2019 Opere Giuridiche. Diez volúmenes. Roma: Fondazione “Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei”. Roma Tre Press. Consulta: 16 de julio del 2020.
<http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-iv-istituzioni-di-diritto-processuale-civile/>.

CAPONI, Remo

2016 “Rigidità e flessibilità del processo civile”. *Revista di Diritto Processuale*. Roma/Milán, volumen setenta y uno, número seis. pp. 1442-1458. Consulta: 10 de enero del 2020.
https://flore.unifi.it/retrieve/handle/2158/1074680/210861/RDP_06_2016_1442-CAPONI.pdf.

2010 “Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo) procedimento ex art. 702-bis ss. C.P.C.)”. Consulta: 10 de enero del 2020.
https://www.academia.edu/271491/R._Caponi_Sulla_distinzione_tra_cognizione_piena_e_cognizione_sommaria_in_margine_al_nuovo_procedimento_ex_art._702-bis_c.p.c._2009.

2008 “Autonomia privata e processo civile”. En: *Accordi di parte e processo*. Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milán: Giuffrè editore, pp. 99-119.

CAMBI, Eduardo y Nicole Naiara SCHMITZ
2020 Tutela da evidência no processo civil. São Paulo: Editora D’Plácido.

CAPPELLETTI, Mauro

2010a ¿Jueces legisladores? Traducción de Claudia Ochoa. Lima: Communitas.

2010b “As ideologías no direito processual”. En: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologías e sociedade*. Traducción de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor.

CARNACINI, Tito

2011 Tutela jurisdiccional y técnica del proceso. Traducción de Mario Monroy Palacios. Lima: Communitas.

CARROCCA PEREZ, Alex

2008 “Garantía constitucional de la defensa”. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, número II. pp. 367-375.

CARPI, Federico

2008 Introduzione. En: *Accordi di parte e processo*. Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milán: Giuffrè editore. pp. 1-4.

CARRATA, Antonio

2012 “Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionale sommari”. En: CARRATA, Antonio. *La Tutela Sommaria in Europa – Studi*. Nápoles: Jovene Editore, pp. 1-34

CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALAN

2017 “El Registro de deudores judiciales morosos y la cláusula de allanamiento a futuro”. En: AAVV., *Todo sobre el contrato de arrendamiento. Un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 151-172.

CHIARLONI, Sergio

2013 “Justo Proceso (Derecho Procesal Civil)”. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, número 17. pp. 171-198.

CHIZZINI, Augusto

2015 “*Konventionalprozess* e poteri delle parti”. Revista di Diritto Processuale. Roma/Milán, volumen setenta número uno. pp. 45-60.

2013 “Anticam Exquirita Matrem. Romanismo y germanismo en las fuentes del justo proceso civil”. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima, año XVII número 17, pp. 199-222.

CHAO LAURENTI, Ricardo;

1957 “Del reconocimiento y del allanamiento a la demanda”. En: AAVV; Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, pp. 181-214.

COMOGLIO, Luigi Paolo, Corrado FERRI y Michele TARUFFO

2006 Lezioni sul processo civile. Dos volúmenes. Quinta edición. Bolonia: Il Mulino.

COMOGLIO Luigi Paolo

2003 “Le garanzie fondamentali del ‘Giusto Processo’”. En: COMOGLIO, Luigi Paolo. Etica e Tecnica del “Giusto Processo”. Turín: G. Giappichelli editore, pp. 39-94.

2008 “Garantías constitucionales y 'proceso justo' (modelos comparados)”. Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, número XI, pp. 7-98.

COMOGLIO, Paolo

2017 “Cuestiones atinentes a garantías jurisdiccionales y acceso a la Justicia Civil en: DONDI, Angelo y otros. Procesos civiles en evolución: una perspectiva comparada. Traducción de José María Salgad. Barcelona: Marcial Pons, pp. 47-102.

CONSOLO, Claudio

2015 Spiegazione di diritto processuale civile. Dos volúmenes. Torino: G. Giappichelli Editore.

COSTA, Eduardo José da Fonseca;

2012 “Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo”. En: DIDIER JUNIOR, Fredie. Reconstruindo a Teoria Geral do Processo. Salvador de Bahía: Editora JusPodivm.

COUTURE, Eduardo

2010 Estudios de derecho procesal. Tres Tomos. En: COUTURE, Eduardo. Buenos Aires; La Ley S.A.

CRUZ e TUCCI, José Rogério y Luiz Carlos DE AZEVEDO

2013 Lições de história do processo civil romano. Segunda Edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés

2012 El papel del juez en el proceso civil. Frente a ideologías, prudentica iuris. Navarra: Civitas- Thomson Reuters.

DENTI

2004 La giustizia civile. Boloña: Il Mulino.

DIDIER JR., Fredie

2015 “Cláusula general de negociación sobre el proceso”. Traducción de Renzo Cavani. En: NOGUEIRA, Pedro Henrique y CAVANI, Renzo (Coord.), Convenios Procesales. Lima: Raguel Ediciones, pp. 161-186.

2012 Sobre a Teoria geral do processo, essa desconhecida. Salvador de Bahía: Editora JusPodivm.

2009 Curso de direito processual civil. Cinco Volúmenes, Undecima edición. Salvador: Jus Editora Podivm

DIDIER JR., Fredie, Antonio do PASSO CABRAL y Leonardo CARNEIRO DA CUNHA

2022 Por uma nova teoria dos procedimentos especiais. Tercera edición. Salvador: Jus Editora Podivm.

DI MAJO, Adolfo

2003 Problemi e metodo del diritto civile: La tutela civile dei diritti. Tres volúmenes. Milan: Giuffrè editore.

DINAMARCO, Cândido Rangel

2010 Fundamentos do processo civil moderno. Dos volúmenes. São Paulo: Malheiros editores.

2009 Instituições de direito processual civil. Cuatro volúmenes. 6ª. Ed. São Paulo. Malheiros editores.

EBERLE, Edward J.

1987 “Procedural due process: The Original Understanding”. Constitutional Commentary, volumen 4, número 2. University of Minnesota Law School. Consulta: 15 de diciembre del 2020.

<https://core.ac.uk/download/pdf/217202773.pdf>

FAIREN GUILLEN, Víctor

2006 Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente. Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

1953 El juicio ordinario y los plenarios rápidos. Barcelona: Bosch.

FALCON, Enrique M.,

2003 Tratado de la Prueba. Dos Volúmenes. Buenos Aires: Editorial Astrea.

FAZZALARI, Elio

2006 Instituições di direito processual. Traducción de Elaine Nassif. SãoPaulo: Editora e Distribuidora Bookseller.

GARBERI LLOBREGAT, José

2009 Constitución y derecho procesal. Los Fundamentos constitucionales del Derecho Procesal. Pamplona: Civitas.

GILLES, Peter

2014 Civil justice systems and Civil Procedures in a Changing World: Main Problems, Fundamental Reforms and Perspectives – A European View. Russian Law Journal, volume II, tema 1, pp. 41-56. Consulta: 20 de abril del 2022.
https://www.researchgate.net/publication/281365819_Civil_Justice_Systems_and_Civil_Procedures_in_a_Changing_World_Main_Problems_Fundamental_Reforms_and_Perspectives_-_A_European_View

GONZALES PEREZ, Jesús

2001 El Derecho a la tutela jurisdiccional. Tercera edición. Madrid: Civitas.

GRANADOS MANZANEDA, Hugo Jorgen

2008 *Importancia de la tutela jurisdiccional diferencia y su presencia en el Código Procesal Civil peruano de 1993*. Tesis para optar al Título Profesional de Abogado. Arequipa: Universidad Católica de Santa María, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Programa de Derecho.

GRECO, Leonardo

2016 A Tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. En: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.), Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Segunda edición. Salvador de Bahía Editora JusPodivm, pp. 185-208; pp. 186 y 187.

GRIEF, Jaime;

2006 “La ejecución forzada”. En: AA.VV. Estudios sobre el proceso de ejecución, en homenaje a Enrique E. Tarigo. Montevideo: pp. 17-42.

GONZALES BARRON, Gunther

2016 Proceso de desalojo (y posesión precaria). Tercera edición. :Lima: Jurista editores.

GUASP, Jaime

1997 Derecho procesal civil. 4a. Ed. Madrid: Thomson-Civitas.

1996 “Reducción y simplificación de los procesos civiles y especiales”. Estudios Jurídicos, Madrid: Editorial Civitas S.A., 555-564.

HESS, Burkhard y JAUERNIG, Othmar

2015 Manual de derecho procesal civil. Traducción de Eduard Roig Molés, Trigésima edición. Madrid: Marcial Pons.

- LAMA MORE, Héctor Enrique;
2014 “Sentencia con condena de futuro con nuevas reglas. Crítica a la nueva regulación”. *Gaceta Civil & Procesal*. Lima, número 12, junio 2014; pp. 13-17.
- LEDESMA NARVAES, Marianella
2016 Artículo 30. En: CAVANI, Renzo (Coordinador). *Código Procesal Civil Comentado*. Cinco volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica.
- LIEBMAN, Enrico Tulio
1945 “Sobre el juicio ejecutivo”. En: CASTRO, Máximo (organizador). *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar, pp. 385-407.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María
2011 “Garantismo y proceso: Una lectura de la Constitución Peruana a propósito del garantismo como metodología de estudio del Derecho Procesal”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (organizador). *Proceso y Constitución*. Limas: ARA Editores, pp. 29-58.
- LUPOI, Michele Angelo
2018 *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all’italiana?* Bologna: Bologna University Press.
- KENNY, Héctor Eduardo
2006 *Proceso de desalojo*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- MANDRIOLI, Crisanto
2009 *Diritto processuale civile*. Tres volúmenes. Turín: G. Giappichelli editore.
- MANZIN, Maurizio
2008 “Del contraddittorio come principio e come metodo”. En: MANZIN, Maurizio y PUPPO, Federico (Coordinador), *Auditur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*. Milán: Giuffrè Editore, pp. 3-21.
- MEJORADA CHAUCA, Martín
2013 “La amplitud del precario”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, número 3, pp. 13-19.
- MARINONI, Luiz Guilherme
2010 *Antecipação da tutela*, Undécima edición. São Paulo: Editora. *Revista dos Tribunais*.
2008 *Curso de processo civil*. Cuatro volúmenes. Tercera edición. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*.

- MAULTZSCH, Felix y Stefan KLINGBEIL
2022 Contractualisation of civil litigation. German Report. Consulta 20 de junio del 2022.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4037353
- MENDOZA VALDIVIESO, César
2016 “Los acuerdos preventivos o preconflicto a propósito del allanamiento o del arrendatario previsto en la Ley N.º 30201”. *Actualidad Civil*. Lima, número 21, pp. 42-51.
- MINORETTI, Silvia,
2013 Il riconoscimento della domanda. Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas. Milán: Università degli studi di Milano. Consulta: 21 de febrero del 2022.
https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/218728/266617/phd_unimi_R08042.pdf
- MONTERO AROCA, Juan y otros
2010 Derecho jurisdiccional. Tres volúmenes. Decimoctava edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MONROY PALACIOS, Juan José;
2002 Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima: Comunidad, 2002.
- MOREIRA, Jose Carlos Barbosa.
1984 “Convenções das partes sobre matéria processual”. En: Temas de Direito Processual (Tercera Serie). São Paulo: Saraiva. Consulta 15 de enero del 2021.
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5523311/mod_resource/content/1/BARBOSA%20MOREIRA%20Jos%C3%A9%20Carlos%20-%20Conven%C3%A7%C3%B5es%20das%20partes%20sobre%20mat%C3%A9ria%20processual.pdf
- MORELLI, Augusto M.
2002 Problemas actuales del derecho procesal. Querétaro: Fundación Universidad de Drecho, Administración y Política.
- MORELLO, Augusto M. y QUEVEDO MENDOZA, Efraín
2004 “Proceso y procedimiento. Ciencia y técnica (replanteos y nuevas perspectivas)”. *Revista Latinoamericana de Derecho*. México, año 1, número 2, pp.195-214. Consulta: 29 de mayo del 2020.
https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana_derecho/article/view/21297/18971

NIEVA FENOLL, Jordi

2014 Derecho procesal, Tres volúmenes. Madrid: Marcial Pons.

2007 Enjuiciamiento *Prima Facie*. Barcelona: Atelier.

NINAMANCCO CORDOVA, Fort

2016 Comentario artículo 585. En: Código Procesal Civil Comentado. Cinco volúmenes. Lima: Gaceta Jurídica.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. de

2008 Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas.

2007 Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo). Traducción Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra editores.

ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo

2007 Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación de la demanda. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

ORTH, John V.

2003 Due process of law. A Brief History. Kansas: University Press of Kansas.

OTEIZA, Eduardo (Coord.)

2018a Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI. Madrid: Marcial Pons.

2018b “Introducción. Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad”. En: MITTIDIERO, Daniel y otros, Los principios procesales de la Justicia civil en Iberoamérica. Lima: Palestra editores, pp. 13-30.

PATTI, Salvatore;

2011 “La disponibilità delle prove”. En: La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant’anni dopo). Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 13. Milan: Giuffrè Editore, pp.75-100.

PASCO ARAUCO, Alan

2017 “La posesión precaria antes y después del Cuarto Pleno Casatorio: De la ansiada predictibilidad a la confusión absoluta”. En: AAVV. Los Plenos Casatorios Civiles. Evaluación Dogmática y Práctica. Lima: Instituto Pacífico, pp. 251-298.

PEREZ DAUDI, Vicente

2000 El Allanamiento en el Proceso Civil. Barcelona: José María Bosch.

PEYRANO, Jorge W.

2010 “Sobre el activismo judicial”. En: PEYRANO, Jorge W., Nuevas tácticas procesales. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

PICARDI, Nicola

2008a “A Vocação do nosso tempo para a jurisdição”. En: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Traducción de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Río de Janeiro: Editora Forense, pp. 1-32.

2008b “Do juízo ao processo”. En: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Traducción de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Río de Janeiro: Editora Forense, pp. 33-68.

2006 *Manuale del Processo Civile*. Milán: Giuffrè Editore.

PICO i JUNOY, Joan;

2018 “A vueltas con los pactos probatorios”. En: AAVV: La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona: Atelier libros Jurídicos, pp. 667-675.

PODETTI, Ramiro

1963 *Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso*. Buenos Aires: EDIAR,

POZO SANCHEZ, Julio Eduardo

2014 “Breves comentarios al nuevo Proceso Único de Ejecución de Desalojo”. *Actualidad Civil*, número 1, pp. 38-45.

PROTO PISANI, Andrea

2014 “Necesidad de deshacer los nudos y los equívocos de la expresión ‘Tutela jurisdiccional diferenciada’”. Traducción de Giovanni Priori Posada. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Lima, volumen 5. Consulta: 16 de noviembre del 2021.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/169-184/10827>.

2006 *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Quinta edición. Nápoles: Jovene Editore.

2003 *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi. Nápoles: Jovene Editore.

POLANCO GUTIERREZ, Carlos

2016 *Arrendamiento y desalojo. Doctrina, Jurisprudencia y Casuística*. Arequipa: Cromeo editores.

RICCI, Gian Franco

2015 *Principi di diritto processuale generale*. Sexta edición. Turín: G. Giappichelli.

ROCCO, Ugo

1970 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Cinco volúmenes. Traducción Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Bogotá-Bueno Aires: Temis – Depalma.

SALIRROSAS GUERRA, Maritza

2020 Contienda judicial por la ausencia de la cláusula exprés en las Villas Militares de Chorrillos año 2020. Tesis para obtener el Título de abogada. Lima, Universidad Autónoma del Perú. Consulta: 16 de noviembre del 2016. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/1117/Salirrosas%20Guerra%2c%20Maritza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SCARSELLI, Giuliano

1989 La condanna con riserva, Milán: Giuffrè Editore.

SCHUMANN BARRAGAN, Guillermo

2022 Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons.

SENTIS MELENDO, Santiago

1958 “El allanamiento a la demanda”. En: Teoría y Práctica del Proceso. Ensayos de Derecho Procesal. Tres volúmenes. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

SILVA, Ovidio A. Baptista da

1993 Teoría de la acción cautelar. Traducción de Por Martha Olivar. Porto Alegre: SAFE.

2005 Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica. Lima: Palestra Editores.

SIVESTRI, Caterina

1998 “Il sistema francese dei *référé*”. Il Foro Italiano. Roma, volumen 121, número. 1, pp. 9/10-25/26.

SOTO-GUEVARA, Edwin

2019 *La falta de uniformidad de criterios judiciales sobre competencia en materia de desalojo y su repercusión sobre el procedimiento de desalojo generado por la cláusula de allanamiento futuro* Trabajo de investigación de maestría en Derecho de la Empresa con Mención en Derecho Corporativo. Piura: Universidad de Piura. Consulta: 29 de junio 2021. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4015>

SOMMAGGIO, Paolo

2008 “Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo”. En: En: MANZIN, Maurizio y PUPPO, Federico (Coordinador), *Auditur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*. Milán: Giuffrè Editore, pp. 159-216.

TARUFFO, Michele

- 2011 “Per una rilettura dell’art. 115 c.p.c.”. En: La disponibilità della Tutela Giurisdizionale (cinquant’anni dopo). Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 13. Milán: Giuffrè Editore, pp. 101-128.
- 2009 La garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado", en: Páginas sobre justicia civil. Madrid, Marcial Pons.
- 2006 “La protección judicial de los derechos en un estado constitucional”. En: Páginas sobre justicia civil. Bogotá: Editorial Temis. pp. 31-38.
- 2005 La prueba de los hechos. Segunda edición. Madrid: Trotta editores.

TISCINI, Roberta

- 2010 “L’ accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria”. Consulta 01 de marzo del 2021.
<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/48/tiscini%20I.pdf>

TROCKER, Nicolò

- 2015 “Processo e Costituzione nell’opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista” (Elementi di una moderna ‘teoria del processo’”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, año LXIX, número 2, pp. 425-461.
- 2010 “Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: Las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa”. *Teoría y Derecho*, número 7, pp. 107-130. Consulta 01.04.2022.
<https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/242/239>

VERDE Giovanni

- 2012 Il difficile rapporto tra giudice e legge. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- 2008 Profili del processo. Tres volúmenes. Sétima edición. Nápoles: Jovene editore.

WATANABE, Kazuo

- 1987 Da cognição no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

WYNES MILLAR, Robert

- 1945 Los principios formativos del procedimiento civil. Buenos Aires: EDIAR S.A. editores.

ZAS FRIZ BURGA, Jhony

- 2012 La legislación sobre arrendamiento de predios urbanos en el Perú 1920-2014. Lima: edit. por Johny Zas Friz Burga.