

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

**EL DECRETO LEGISLATIVO 1070 Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO
A LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS
CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO-2016**

PRESENTADA POR:

ROXANA ZAPATA COACALLA

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CIVIL

PUNO, PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

MAESTRÍA EN DERECHO

TESIS

**EL DECRETO LEGISLATIVO 1070 Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO
A LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS
CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO-2016**

PRESENTADA POR:

ROXANA ZAPATA COACALLA

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CIVIL.

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE

.....
M.Sc. WILDER IGNACIO VELAZCO

PRIMER MIEMBRO

.....
M.Sc. JOSÉ EDGAR COILA AGUILAR

SEGUNDO MIEMBRO

.....
Dr. RICARDO ALVAREZ GONZALES

ASESOR DE TESIS

.....
Dr. BORIS ESPEZUA SALMON

Puno, 11 de octubre de 2018

ÁREA : Derecho Procesal Civil
TEMA : Tutela jurisdiccional en los Juzgados civiles de Puno
LINEA : Tutela jurisdiccional

DEDICATORIA

- A mis padres Celso y Brunilda por su aliento constante y acompañamiento durante todo el proceso de investigación.
- A los estudiantes y autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano quienes con sus inquietudes, interrogantes y aportes han fortalecido la presente investigación.

AGRADECIMIENTOS

- A la Universidad Nacional San Agustín y la Universidad Nacional del Altiplano que me albergaron en sus aulas y contribuyeron en mi formación profesional.
- Al Dr. Boris Espezúa Salmón por su apoyo y orientación en el proceso de elaboración de la presente investigación.
- A la Corte Superior de Justicia de Puno y a los señores jueces Néstor Velazco Peña, Martha Irene Aguilar Castillo y Guido Armando Chevarría Tizado por las facilidades brindadas en el acceso a la información y la revisión de los expedientes; sin el cual no hubiera sido posible la conclusión de la investigación.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
ÍNDICE DE FIGURAS	vii
ÍNDICE DE ANEXOS	viii
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I**PROBLEMATICA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	3
1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA	5
1.2.1 Interrogante General	5
1.3 OBJETIVOS	5
1.3.2 Objetivos Específicos	5
1.4 ANTECEDENTES	6
1.5 HIPOTESIS	6
1.5.1 Hipótesis General	6
1.5.2 Hipótesis Específicas	6
1.6 VARIABLES	7
1.6.1 Variable Independiente	7
1.6.2 Variable Dependiente	7

CAPÍTULO II**MARCO TEORICO**

2.1 NOCIONES PRELIMINARES	8
2.1.1 Jurisdicción	8
2.1.2 Competencia	11
2.1.3 Acción y Contradicción Procesal	13
2.2 EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE SOLUCION DE CONFLICTOS	17
2.2.1 El Proceso	17
2.2.2 Proceso y Tutela Jurisdiccional	18
2.2.3 Proceso y derecho material	20
2.2.4 Postulación del Proceso	21
2.3 EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL	36
2.3.1 Noción de tutela	40
2.3.2 Formas de tutela jurisdiccional de los derechos	41
2.3.3 Definición	50
2.3.4 Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional	51
2.3.5 Tutela Jurisdiccional y Tiempo	52
2.3.6 Contenido del Derecho a la Tutela Jurisdiccional	54
2.4 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS	65
2.4.1 Conciliación Extrajudicial	66
2.4.2 La Conciliación en la Ley 26872	73
2.4.3 Conciliación y Proceso Judicial	87

CAPÍTULO III**METODOLOGÍA**

3.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	89
------------------------------	----

3.2. TIPO DE INVESTIGACION	90
3.3. AMBITO O LUGAR DE ESTUDIO	90
3.3.1 Ubicación Espacial	90
3.3.2 Ubicación Temporal	90
3.4. DISEÑO DE TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS	91
3.4.1 Técnicas	91
3.4.2 Instrumentos	91
3.5 POBLACION Y MUESTRA	91
3.5.1 Unidades de Estudio	91
3.5.2 Fuentes de Estudio	92
3.5.3 Delimitación Geográfica	92
3.5.4 Delimitación Temporal	92

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 MODIFICATORIAS INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1070 EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y LA LEY DE CONCILIACION No. 26872	93
4.2 RESPECTO DE LAS NORMAS MODIFICADAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO No. 1070 EN LA LEY DE CONCILIACIÓN Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MATERIA DE ANALISIS	94
4.2.1 Respecto de la Reconvención	94
4.2.2 Respecto de la Medida Cautelar Fuera de Proceso	97
4.2.3 Respecto a la Improcedencia de la Demanda	100
4.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 1070 EN LOS PROCESOS CIVILES TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS CIVILES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO	101
4.3.1 Sobre los Expedientes Tramitados	101
4.3.2 Respecto de los Procesos Civiles Tramitados en los Juzgados Especializados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno	103

4.3.3 Expedientes Civiles sobre Pretensiones Conciliables Tramitados en los Juzgados Especializados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno donde se aplicó las modificatorias introducidas a la ley de conciliación y el Código Procesal Civil materia de análisis.	106
4.4 DE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 6 Y 15 DE LA LEY DE CONCILIACION Y LOS ARTICULOS 445 Y 636 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL A LA LUZ DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	110
4.4.1 Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva	110
4.4.2 Derecho a la Tutela Jurisdiccional en la Jurisprudencia Peruana	112
4.4.3 Presupuestos para Determinar las Limitaciones al Derecho a la Tutela Jurisdiccional	113
4.4.4. De las limitaciones establecidas en las modificatorias introducidas a la ley de conciliación (art. 6 y 15) y el Código Procesal Civil (art.445 y 636) que afectan el derecho a la tutela jurisdiccional	118
CONCLUSIONES	128
RECOMENDACIONES	130
BIBLIOGRAFÍA	131
ANEXOS	136



ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
1. Procesos Civiles tramitados en los Juzgados especializados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno.	105
2. Primer Juzgado Especializado Civil	106
3. Segundo Juzgado Especializado Civil.....	107
4. Tercer Juzgado Especializado Civil.....	108



ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Matriz de Consistencia.....	137
2. Fichas de Análisis	138
3. Proyecto de ley	140

RESUMEN

La investigación tuvo por propósito identificar y precisar qué repercusiones tiene la aplicación de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No.1070 a la Ley de conciliación y al Código Procesal Civil respecto del derecho a la tutela jurisdiccional. Es un estudio de diseño mixto. Los instrumentos utilizados para la recolección de datos son la ficha de resumen y la ficha de observación. Se concluye que las modificatorias introducidas por el Decreto legislativo No. 1070 a los artículos 445 del Código Procesal Civil y 15 de la Ley 26872 al imponer la exigencia de asistir a la conciliación y hacer constar la pretensión de la futura reconvención genera indefensión, mientras que el artículo 636 del Código Procesal Civil al sancionar con caducidad el incumplimiento de acudir a la conciliación dentro de los plazos establecidos afecta el derecho a la efectividad de la sentencia y el artículo 6 de la Ley 26872 que regula la obligatoriedad de la conciliación previa al proceso limita el acceso a la jurisdicción; vulnerándose así el derecho complejo de tutela jurisdiccional previsto en la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Civil. Asimismo se concluye que el 25% de expedientes sobre materia civil que versan sobre pretensiones conciliables tramitados en el año 2016 en los juzgados civil de la Corte Superior de Justicia de Puno fueron declarados improcedentes por no cumplir con la conciliación; por lo que las modificatorias introducidas por el decreto legislativo No. 1070 ha judicializado la conciliación generando efectos negativos en el proceso.

Palabras Clave: conciliación extrajudicial, medida cautelar, proceso civil, reconvención y tutela jurisdiccional.

ABSTRACT

The investigation was the purpose of identifying and specifying the repercussions of the application of the modifications introduced. by Legislative Decree No.1070 to the Law of Conciliation and the Civil Procedure Code regarding the right to judicial protection.It was a mixed design study. The instruments used for data collection are the summary form and the observation form. It is concluded that the amendments introduced by Legislative Decree No. 1070 to articles 445 of the Code of Civil Procedure and 15 of Law 26872 by imposing the requirement to attend conciliation and recording the claim of the future counterclaim generates defenselessness, while article 636 of the Code of Civil Procedure to sanction with expiration the failure to attend the conciliation within the established deadlines affects the right to the effectiveness of the sentence and article 6 of Law 26872 that regulates the obligation of conciliation prior to the process limits access to jurisdiction; thus violating the complex right of judicial protection provided in the Political Constitution of Peru and the Civil Procedure Code. It is also concluded that 25% of files on civil matters that deal with conciliable claims processed in 2016 in the civil courts of the Superior Court of Justice of Puno were declared inadmissible for not complying with the conciliation; therefore, the amendments introduced by Legislative Decree No. 1070 have judicialized the conciliation generating negative effects in the process.

Key words: civil process, counterclaim, extrajudicial conciliation, jurisdictional protection, precautionary measure.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva como derecho constitucional cuyo contenido contempla el acceso a la jurisdicción para solicitar la protección de una situación jurídica que es vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de garantías mínimas y el derecho a la efectividad de las resoluciones es analizado a la luz de la aplicación del Decreto Legislativo No. 1070 en tanto privilegia la exigencia de acudir a la Conciliación extrajudicial como requisito de procedencia para acceder a la jurisdicción o para hacer uso de los mecanismos procesales que la ley prevé para las partes; estos aspectos son analizados en la presente investigación; la misma que ha sido estructurada en cuatro capítulos.

En el capítulo I se presenta el planteamiento de la investigación en la cual se detalla las características del problema, los objetivos así como la hipótesis y la operacionalización de variables; mientras que en el capítulo II se realiza una revisión conceptual desde la perspectiva del derecho constitucional y procesal el marco teórico y conceptual, empezando por la jurisdicción y los derechos de acción y contradicción procesal como base para el desarrollo del proceso como instrumento de solución de conflictos; asimismo se define los actos postulatorios, demanda, contestación, reconvención; para continuar con el desarrollo de la tutela en sus diferentes momentos y ámbitos; poniendo especial énfasis en la tutela cautelar. Asimismo se desarrolla el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la conciliación extrajudicial como mecanismo de solución de conflictos institucionalizado.

En el capítulo III se procede a definir la metodología de la investigación, tipo, nivel, diseño, población y muestra de estudio. Asimismo se definen y operacionalizan las variables e indicadores de estudio, describiendo las técnicas e instrumentos de investigación.

En el capítulo IV se presenta el análisis de los artículos 6 y 15 de la Ley de conciliación y los artículos 445 y 636 del Código Procesal Civil modificados por el Decreto Legislativo No.1070 que repercuten en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, analizando las limitaciones impuestas al núcleo duro del derecho así como la discusión de los resultados obtenidos de la revisión de los expedientes civiles sobre materias conciliables tramitados en los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2016; los cuales se presentan en gráficos.

Finalmente se expone las conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos.

CAPÍTULO I

PROBLEMATICA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El Código Procesal Civil y la Ley de Conciliación -Ley 26872- fueron modificados por el Decreto legislativo N°1070, publicado el 28 de junio del 2008, con el propósito de reforzar la institución de la conciliación extrajudicial y así disminuir la cantidad de casos justiciables que lleguen al Poder Judicial.

Sin embargo, con éste propósito se han consagrado disposiciones de dudosa constitucionalidad, como por ejemplo sancionar la no concurrencia a los Centros de Conciliación extrajudicial con el rechazo liminar de la demanda, la improcedencia de la reconvenición o incluso declarar la caducidad de la medida cautelar.

En la práctica esta fórmula legislativa no produce un efecto positivo para las partes intervinientes en un proceso; ya que su aplicación vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al haberse introducido restricciones e impedimentos a la participación del justiciable en los diversos mecanismos que habilita la ley procesal dentro del proceso, repercutiendo ello en el acceso a la

justicia, el derecho de defensa de las partes y el derecho a la efectividad de la sentencia; garantías del que todo justiciable goza dentro de un proceso.

Un principio universal aplicable en el desarrollo de toda sociedad políticamente organizada y con un mínimo de respeto al Estado de Derecho, es el que abarca la contemplación, aplicación y amparo de la tutela jurisdiccional. Esta institución jurídica, vista más bien como un derecho fundamental resulta elemental en la organización estatal de cualquier nación, dirigida a proteger el respeto de los derechos y del Derecho.

Así, “todo, sujeto de derechos, sea persona natural o jurídica, concebido, patrimonio autónomo, órgano constitucional autónomo, órgano público despersonalizado o cualquier otro sujeto a quien el sistema jurídico le concede calidad de parte dentro de un proceso puede solicitar la intervención del Estado, en mérito a contar con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de éste”.

En suma, se pretende determinar cuáles son las modificaciones del Decreto Legislativo 1070 a la Ley de Conciliación y el Código Procesal Civil, cuyas consecuencias jurídicas limitan el derecho a la Tutela Jurisdiccional respecto de su núcleo duro irreductible que comprende el derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a un proceso con garantías mínimas dentro del cual se encuentra el derecho a la defensa y la efectividad de la sentencia.

1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA

1.2.1 Interrogante General

¿Cuáles son las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 a la Ley de conciliación y el Código Procesal Civil cuyas consecuencias jurídicas afectan el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno, durante el año 2016?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Identificar y precisar en las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1070 a la Ley de Conciliación y el Código Procesal Civil los fundamentos de las consecuencias jurídicas que afectan la Tutela Jurisdiccional efectiva en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno.

1.3.2 Objetivos Específicos

- a) Analizar y determinar los alcances y el contenido del derecho a la Tutela Jurisdiccional en la doctrina y la jurisprudencia peruana.
- b) Identificar y analizar las modificatorias introducidas a la Ley de conciliación y el Código Procesal Civil cuyas consecuencias jurídicas de la aplicación del Decreto legislativo No. 1070, afectan el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho de defensa y el derecho a la efectividad de las sentencias.

c) Identificar y analizar las consecuencias jurídicas de la aplicación del Decreto Legislativo 1070 en los procesos civiles tramitados en la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2016.

1.4 ANTECEDENTES

No se tiene referencias de tesis relacionadas a la presente investigación en la región Puno en cuanto aborda las repercusiones del Decreto Legislativo No. 1070 a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional.

1.5 HIPOTESIS

1.5.1 Hipótesis General

La aplicación del Decreto Legislativo No. 1070 en cuanto exige el cumplimiento de la conciliación extrajudicial para admitir la demanda, la reconvencción así como las medidas cautelares vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2016.

1.5.2 Hipótesis Específicas

Las modificatorias introducidas a la Ley de conciliación y el Código Procesal Civil mediante el Decreto Legislativo No 1070 vulneran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito del acceso a la jurisdicción, derecho de defensa y derecho a la efectividad de las sentencias.

1.6 VARIABLES

1.6.1 Variable Independiente

La variable independiente está constituida por las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 al Código Procesal Civil y la Ley de conciliación; específicamente a los artículos 6 y 15 de la Ley 26872 Ley de conciliación y los artículos 445 y 636 del Código Procesal Civil.

1.6.2 Variable Dependiente

La variable dependiente consiste en la repercusión del Decreto Legislativo No. 1070 en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en tanto se limita o se restringe los derechos de acceso a la jurisdicción, proceso con garantías mínimas-derecho de defensa y la efectividad de las resoluciones.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1 NOCIONES PRELIMINARES

2.1.1 Jurisdicción

Con la prohibición de la autodefensa la solución de los conflictos fue atribuída a un órgano estatal. Es el Estado quien asume la función de resolver las controversias mediante la creación de órganos investidos de autoridad, naciendo así, la jurisdicción como una manifestación del Estado de administrar justicia, mediante el establecimiento de formas que garanticen el respeto a las situaciones jurídicas legítimas.

Echandía (2009) señala que “la jurisdicción pueda ser considerada por un doble aspecto: Constituye un derecho público del Estado y su correlativa obligación para los particulares y como una obligación jurídica del derecho público del Estado de cumplir la función jurisdiccional (p. 98)

a) Teorías que explican su naturaleza jurídica:

- **Teoría organicista:** Sólo los actos que emanen de autoridad judicial constituyen actos jurisdiccionales; por lo tanto los actos que emanen de órganos administrativos no lo serán.
- **Teoría subjetiva:** Explica a la jurisdicción como aquella que busca la protección de los derechos subjetivos de los particulares con la aplicación de la norma al caso concreto.
- **Teoría objetiva:** Esta teoría propone la aplicación de la norma objetiva al caso concreto con el objetivo de asegurar su vigencia.
- **Teoría de la sustitución:** La jurisdicción aplica la norma de derecho para la solución del conflicto de intereses y lo hace porque quien debió cumplirla no lo hizo; sustituyéndose en la actividad que debieron realizar los particulares como sujetos pasivos de la norma jurídica.

Echandía, (2009) explica que “como una emanación de su soberanía, el Estado ejerce la función de administrar justicia, a través de los funcionarios del órgano judicial, para lograr así que las normas jurídicas que conforman su organización misma y regulan las situaciones de los asociados, de las entidades públicas en que aquel se descompone y de él mismo, adquieran vida y realidad para cada uno y en los casos concretos, gracias a lo cual es posible mantener la armonía y la paz sociales” (p.97); mientras que Monroy (2009) señala “la jurisdicción es el poder deber del Estado previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva,

a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde el caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia” (p.47).

Por lo tanto se concluye que la jurisdicción es el deber- poder del Estado de administrar justicia. La función jurisdiccional está reservada para el Estado quien con el deber-poder interviene en un conflicto de intereses para restablecer el orden jurídico alterado, aplicando el derecho al caso concreto y en concordancia así lo ha establecido el artículo 138 de la Constitución Política del Estado que prescribe “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes”; concordante con lo previsto en el artículo. 1 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prescribe “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de su órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y las leyes” y el artículo 1 del Código Procesal Civil que prescribe “La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la república”.

Así la jurisdicción en nuestro país es ejercitada por el Poder Judicial a través de los Jueces, quienes administran justicia premunidos de los poderes que le otorga la jurisdicción.

b) Poderes que otorga la jurisdicción:

- **Notio:** Es la facultad que tiene todo Juez de avocarse al conocimiento de un conflicto de intereses.
- **Vocatio:** Consiste en el poder de emplear los medios necesarios para hacer comparecer a las partes del proceso, estableciéndose las cargas procesales.
- **Coertio:** Facultad que tiene el Juez para imponer multas, apremios y medios compulsorios, con el fin de hacer cumplir los mandatos judiciales.
- **Iudicium:** Facultad que tiene el Juez de poner fin al conflicto de intereses mediante la sentencia con autoridad de cosa juzgada; toda vez que el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la norma.
- **Executio:** Atribución del Juez para ejecutar lo resuelto aunque para ello sea necesario acudir a otras autoridades.

La coertio, la iudicium y la executio son elementos esenciales para la jurisdicción si falta alguno de ellos no podemos hablar en estricto de jurisdicción. (Hurtado, 2009) señala "por lo tanto diremos que toda decisión que sea expedida dentro de un proceso, con posibilidad de adquirir calidad de cosa juzgada y sea susceptible de ser ejecutada pertenece a la esencia de la jurisdicción".

2.1.2 Competencia

Si la jurisdicción es el género, la competencia es la especie, considerada ésta como la medida de la jurisdicción. Según Zumaeta

(2008) “la competencia es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado” (p.138). Así en materia civil la competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud, y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario conforme lo establece el Art 8 del Código Procesal Civil, por tanto la competencia está determinada por ley.

Asímismo para determinar la competencia de un juez, se hace necesario verificar los criterios de competencia como los siguientes:

a)Competencia por Materia: Está determinada por la naturaleza de la pretensión contenida en la demanda y está íntimamente ligada a la especialización de los jueces.

b)Competencia por territorio: Llamada también competencia de fuero, ésta competencia está determinada por el ámbito territorial donde se ejerce la función jurisdiccional y es decidida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial quien distribuye el territorio por distritos judiciales, correspondiendo a cada Corte Superior distribuir la competencia por provincias y distritos.

c)Competencia por cuantía: Está determinado por el valor económico de la pretensión y/o pretensiones demandadas, tomando en cuenta el tipo de acumulación objetiva y subjetiva que contenga el petitorio; siempre que las pretensiones demandadas sean cuantificables.

d)Competencia por grado o función: Está basada en la instancia plural y se determina en función a la materia y la cuantía. Así diversos jueces conocen de un determinado proceso en diversas instancias o estadios procesales.

e)Competencia por turno: El turno es un criterio para fijar la competencia de Juzgados y Salas de igual jerarquía y que tienen la misma competencia por razón de materia, territorio y cuantía. En nuestro país esta competencia ha sido superada por el sistema de distribución judicial de mesa de partes del Poder Judicial que aleatoriamente asigna al juez competente por razón de turno.

Por lo tanto el juez al momento de calificar la demanda deberá verificar si es competente por razón de materia, cuantía, grado, territorio y turno; siendo la competencia por materia, cuantía y grado improrrogable, esto es que no admite prórroga de la competencia, debiéndose ceñir a lo establecido en la norma procesal.

2.1.3 Acción y Contradicción Procesal

Se hace necesario efectuar una revisión de la acción procesal, en tanto que todo justiciable accede a la jurisdicción en busca de tutela jurídica ejercitando su derecho de acción procesal cuando se trata del pretensor y tratándose del pretendido su derecho de contradicción procesal, siendo necesario en éste último caso que tenga tal calidad.

a) Acción procesal

El término acción viene del latín *actio* y a su vez éste de *agere* que estaba vinculado a la actuación mímica que debía hacer el actor para reclamar ante un tribunal. Aunque la doctrina ha señalado que su origen histórico proviene de la *actio* del proceso romano, en el cual Celso la encuadra en el *iusersequendi in iudicioquodsibidebeatur*.

Hurtado (2009) en busca de perfilar el contenido del derecho de acción señala que:

- “Es un derecho fundamental, derecho subjetivo, público, distinto al derecho subjetivo privado, regulado por la ley procesal pero reconocido por la Carta magna.
- Es un derecho subjetivo distinto al derecho sustancial o material.
- Es el derecho abstracto que pone en movimiento el órgano jurisdiccional, siendo un derecho de iniciativa y de impulso, capaz de provocar un acto procesal proveniente del juez.
- Es un derecho de orden procesal con fines de petición, pero a la vez un derecho subjetivo que busca tutela jurídica del Estado, buscando el dictado de una sentencia sobre el fondo.
- Es un derecho que impulsa la generación de un proceso.
- Con este derecho se busca la solución de un conflicto de intereses, se busca que la autoridad dirima un conflicto.
- Tiene como destinatario al estado, buscando tutela jurídica para el caso concreto.

- Busca la prestación del acto jurisdiccional por parte del estado, es un derecho a la jurisdicción.
- Su vehículo natural es la demanda” (p.33)

Por su parte Echandía (2009) “el derecho subjetivo, público, cívico, abstracto y autónomo que tiene toda persona, natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso.(p. 94)

b) Contradicción procesal

El demandado ejercita su derecho de contradicción procesal que es público ya que se contradice la acción contra el Estado que tiene el monopolio de la función jurisdiccional, es subjetiva, abstracta, pública, pero no es autónoma, porque sólo puede ejercitarla cuando se tiene la calidad de demandado o se ha sido emplazado con una demanda.

Según Rioja (2011) “es la potestad que tiene el demandado de ejercer su derecho de defensa frente al ejercicio previo del derecho de acción del demandante. Derecho correlativo como consecuencia del derecho de acción el cual genera una dualidad o bilateralidad concedida por la norma a través de la resolución admisorio dictada por el juez en el auto que admite y corre traslado a la demanda a fin de que ésta examine la pretensión demandada y proponga su punto de vista negando o afirmando los hechos y el derecho allí expuesto”. (p.241)

Formas de ejercitar el derecho de contradicción

El demandado puede asumir diversas actitudes en el ejercicio del derecho de contradicción:

- a) Negar lo peticionado por la parte demandante, respecto a hechos y respecto al derecho o de defensa relativa. Se configura cuando el demandado de manera simple precisa que el hecho invocado por su demandante nunca ocurrió (negación simple) o en su defecto ocurrió de manera distinta a la que se encuentra planteada en la demanda (contradicción), debiendo en ambos casos acreditar el hecho invocado (Rioja, 2011, p.241).
- b) Una actitud pasiva, cuando el demandado interviene en el proceso y contesta la demanda pero sin asumir una posición en favor ni en contra de las pretensiones del demandante.
- c) Cuando el demandado acepta expresamente la pretensión del actor; se produce cuando se allana o reconoce la demanda. En el caso del allanamiento el actor acepta la pretensión dirigida contra él; mientras que en el reconocimiento además de aceptar la pretensión dirigida contra él admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda así como los fundamentos jurídicos.
- d) Contrademandando: Planteando la reconvención para formular pretensiones siempre que tengan conexión con la pretensión demandada.
- e) Denuncia a un tercero ajeno al proceso relacionado con el grado de interés respecto de la relación sustantiva.

- f) Asume una defensa procesal, proponiendo excepciones de conformidad con el Art. 446 del Código Procesal Civil.
- g) Apersonarse al proceso, sin contestar la demanda ni proponer ningún tipo de defensa previa, limitándose a comparecer al mismo.
- h) No contestar la demanda, dejando transcurrir el plazo sea por estrategia o por otras circunstancias.

2.2 EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE SOLUCION DE CONFLICTOS

2.2.1 El Proceso

Es necesario precisar que la tutela jurisdiccional es realmente efectiva en el desarrollo de un proceso judicial, que se determinará de acuerdo a la esencia del derecho para el cual se requiere tutela.

Así el proceso se origina en la realidad cuando se presenta un conflicto intersubjetivo de intereses o una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica; encontrándose presente el conflicto cuando entre los sujetos se presentan intereses propios y opuestos entre sí respecto de un mismo bien jurídico; situación configurada por una relación jurídica sustantiva y que resulta el antecedente material inmediato que origina un proceso contencioso en el que se establezca una relación jurídica procesal y cuya finalidad es poner fin al conflicto, aplicando el derecho material al caso concreto.

“El proceso cual sustituto civilizado de la autotutela cumple dentro del sistema jurídico una función fundamental: el ser el instrumento para lograr la tutela de nuestros derechos o más en general, de aquellas posiciones subjetivas sustanciales que el propio ordenamiento jurídico

nos reconoce o atribuye. De allí que el proceso se presente como garantía, la garantía de que los derechos que el ordenamiento jurídico nos reconoce o atribuye abstractamente, bien en los supuestos de amenaza o violación de los mismos o bien en su concreta realización, podrán encontrar concreta tutela” (Ariano, 2014, p. 9).

Empero el proceso según Valencia Mirón citado por Priori (2003) “no es un mero instrumento, sino que además es un instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional, pues sin él, la función jurisdiccional no puede desplegarse. El proceso es pues, un instrumento necesario para que la tutela jurisdiccional pueda prestarse” (p.279)

2.2.2 Proceso y Tutela Jurisdiccional

Priori (2006) por su parte expresa “ el proceso es un instrumento de protección de las situaciones jurídicas de ventaja, pero un instrumento necesario, pues dentro de un ordenamiento jurídico en el que la autotutela se encuentra prohibida y donde la autocomposición depende de la voluntad de quien precisamente no ha cumplido con la previsión normativa, el proceso es el único medio con el que el sujeto de derechos puede pretender la efectiva protección de la situación jurídica de la cual es titular y que se encuentra lesionada o amenazada”(p.23).

Asímismo el Tribunal Constitucional ha considerado al proceso como un instrumento necesario para la actuación de la tutela jurisdiccional, en los siguientes términos:

“Que el proceso es el camino necesario y obligado para obtener una resolución judicial, demandando para ello el derecho a ser oído,

aportando los medios probatorios necesarios para su defensa, de tal forma que si el órgano judicial prescinde total o parcialmente de él, ello ya comporta una vulneración al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Mas aún si el reconocimiento o no del derecho o interés perseguido solo puede producirse al final del proceso, por lo que es suficiente para abrirlo la mera afirmación de tenerlos (STC Exp.265-2000-AA).

Por otro lado el artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; por lo tanto la dignidad es uno de los fundamentos sobre los que descansa el estado constitucional.

En este contexto el Tribunal constitucional expresa:

“(...) la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo (...).En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares” (STC Exp. 2945-2003-AA)

El proceso, entonces debe ser un instrumento jurídico con el que se respete la dignidad de los litigantes procurando para ello que en él los derechos de las personas sean respetados y no mancillados. En ese sentido Bustamante (2001) expresa que “el proceso, para ser justo, no puede ser ajeno a la supremacía de la dignidad humana, a los valores y derechos que derivan de ella (con sus correspondientes deberes), ni a la

realidad social donde se desarrolla, sino por el contrario, debe ser visto y desarrollado como un instrumento al servicio del hombre- y no el hombre al servicio del proceso- para la defensa y efectividad de sus derechos, así como para alcanzar la paz y la justicia” (p.69)

2.2.3 Proceso y derecho material

La evolución de la sociedad y del derecho pasó a exigir el ejercicio de la jurisdicción con el objetivo de tutelar el ordenamiento constitucional. El proceso está impregnado del derecho procesal, así el demandante alega hechos jurídicamente relevantes, esto es, aquellos que encuadrándose en el esquema de una norma generan determinadas consecuencias jurídicas. De allí que resulte necesario hablar de interés como la expectativa de obtener una ventaja material y cuando éste se encuentra previsto por el derecho, se le denomina interés jurídico. Cuando se logra este interés, desaparece entonces pasamos a un estado que se denomina satisfacción; mientras que la protección del interés jurídico relevante se le denomina tutela. (Monroy, 2003,p.275)

En cuanto a las situaciones jurídicas protegidas existen dos:

- a) Las situaciones jurídicas de ventaja; encaminada a asegurar al titular un resultado favorable.
- b) Las situaciones jurídicas de desventaja, funcionalmente coordinada con la consecución de tal resultado y por ello, impone, en este sentido un sacrificio de su titular.

La ruptura del procesalismo actual comienza a verificarse en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con el efectivo reconocimiento

de los derechos fundamentales, entre los cuales es pieza importante el llamado derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, adquiriendo el proceso una dimensión constitucional, en el entendido que la función pública del Estado a través del proceso asume la responsabilidad de dotar a los ciudadanos de un medio eficaz y oportuno que permita la convivencia pacífica; postulándose así la instrumentalidad del proceso.

2.2.4 Postulación del Proceso

Desde una perspectiva teórica didáctica el proceso transcurre por cinco etapas: postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y ejecutoria; constituyendo la etapa postulatoria la etapa inicial en la cual las partes procesales postulan su pretensión.

Monroy (2009) señala que los objetivos que el legislador ha querido se obtengan a través de la sección postulatoria del proceso son los siguientes: (p. 354-357).

- Proponer pretensiones y defensas; este primer objetivo reitera el propósito tradicional de la llamada etapa postulatoria, ser el momento para que las partes presenten sus proposiciones, las que durante el transcurso del proceso serán debatidas y posteriormente, reconocidas o rechazadas por el juzgador.
- Exigir preliminarmente el cumplimiento de los requisitos para una relación procesal válida; (...) le impone al Juez el deber de revisar el cumplimiento por parte del demandante de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda. Esta revisión preliminar

que realiza el juez, no cancela el tema de la validez de la relación procesal, sin embargo, constituye un aporte considerable al propósito de sanear en momento oportuno la relación procesal.

- Sanear la relación procesal por acto del juez o exigencia de las partes (...). De no faltar ningún requisito del ejercicio de la acción y haberse cumplido con los presupuestos procesales, declara la existencia de una relación jurídica procesal válida.
- Provocar la conciliación (...). Según la Ley 26872 ley de conciliación ésta se produce en el proceso civil peruano previa al proceso y ante un Centro de Conciliación extrajudicial autorizado por el Ministerio de Justicia; tratándose de materias conciliables.
- Precisar los puntos controvertidos.- (...) el juez está apto para, con la ayuda de las partes, fijar cuáles son los hechos respecto de los cuales las partes van a contender. El propósito es evitar que el proceso discurra respecto de la prueba de hechos que las partes no discuten y, consecuentemente, permite que el juez identifique con precisión los hechos sobre los cuales deberá centrar su apreciación para resolver la controversia; así no se actuará todos los medios probatorios ofrecidos por las partes en su demanda y contestación, sólo serán materia de actuación aquellos que prueben los hechos que no ha admitido el demandado como ciertos.
- Juzgar anticipadamente el proceso; situaciones en las que no se hace necesario que el proceso transcurra por todas las etapas; encontrándose expedito para ser resuelto.
- Crear las condiciones de desarrollo normal del proceso (...)

a) La demanda

Es el acto procesal por el que se materializa el derecho de acción procesal y para Ledesma (2008) “la demanda es toda petición formulada por las partes al Juez. Es un acto de iniciación procesal, no implica el planteamiento de un conflicto entre dos partes y el consiguiente reclamo de una sentencia que lo dirima, sino que se configura , con motivo de la petición formulada ante el órgano jurisdiccional, por una persona distinta de este , a fin de que se disponga la apertura y el ulterior trámite de un determinado proceso”(p.876).

La demanda es el acto procesal que da inicio al proceso, que va dirigido al órgano jurisdiccional en busca de tutela jurídica que alcanzará mediante la sentencia que resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses o elimine la incertidumbre con relevancia jurídica; por ello está orientada al logro de dos objetivos:

- a) El inmediato persigue el inicio del proceso y;
- b) El mediato que busca el pronunciamiento de la jurisdicción.

Requisitos de la demanda:

Código Procesal Civil (D. Leg. 638) modificado por Ley 30292

Lima, 23 de abril de 1993

Artículo 424.- Requisitos de la demanda:

“La demanda se presenta por escrito y contendrá:

1. La designación del Juez ante quien se interpone.
2. El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria, domicilio procesal del demandante y el domicilio procesal electrónico constituido por la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial de acuerdo a la Ley 30229.
3. El nombre, dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo.
4. El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora ésta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.
5. El petitorio que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.
6. Los hechos en que se funda el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.
7. La fundamentación jurídica del petitorio.
8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse.
9. El ofrecimiento de todos los medios probatorios
10. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos y de filiación de paternidad extramatrimonial. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto.

Anexos de la demanda:**Código Procesal Civil (D. Leg. 638)****Lima, 23 de abril de 1993****Artículo 425.- Anexos de la demanda:****:“A la demanda debe acompañarse:**

1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante.
2. El documento que contiene el poder de iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado.
3. Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas.
4. Los medios probatorios de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso.
5. Los documentos probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.
6. Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial en los procesos judiciales cuya materia se encuentra sujeta a dicho procedimiento previo”.

Calificación de la demanda:

Es la potestad que tiene el juez de examinar el cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales en la demanda para declarar su inadmisibilidad, improcedencia o en su caso admitirla a trámite; examen que se realiza con el fin de que el juez pueda emitir pronunciamiento válido sobre el fondo del proceso, esto es resolver el conflicto de intereses aplicando la norma que corresponda al caso concreto.

“...la calificación judicial de la demanda, considerada (...) como el primer filtro o dique para verificar la existencia y desarrollo válido de la relación jurídica procesal, así como para elaborar y emitir los juicios de admisibilidad y de procedibilidad sobre la demanda, comporta que el Juzgado (sic) examine los requisitos de forma y de fondo de la demanda, verificando la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones para el ejercicio válido de la acción; y para tal efecto, los artículos cuatrocientos veinticuatro y cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Civil, establecen los requisitos generales exigidos para esa finalidad...” (Casación No. 2554-03/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2005, p. 13445-13446)

Es el primer deber del juez la calificación de la demanda, pronunciándose sobre su admisibilidad y procedencia y en su oportunidad respecto a la reconvención. La calificación versa sobre dos aspectos: Que la demanda reúna los requisitos de admisibilidad o sobre los presupuestos de procedencia de la misma.

Inadmisibilidad de la demanda:

En caso que el juez advierta que la demanda no satisface las exigencias de orden formal el juez debe declarar inadmisibile la demanda, indicando la omisión u omisiones existentes que han impedido se admita a trámite; concediéndole un plazo no mayor a 10 días a fin de subsanar las deficiencias advertidas, vencido el cual se dispondrá su admisión o en su caso de no haber cumplido con subsanar satisfactoriamente disponer su rechazo, ordenando el archivo del expediente.

Echandía (2009) señala que "...se inadmite la demanda cuando le falta algún requisito o un anexo o tenga algún defecto subsanable y con el fin de que sea subsanado en el término que la ley procesal señale; por lo tanto la inadmisión es una medida transitoria..."(p.480)

Por tanto, el acto procesal deberá ser declarado inadmisibile cuando carece de un requisito de forma o éste se ha cumplido defectuosamente, siempre que resulte factible de ser subsanado.

Código Procesal Civil (D. Leg. 638)

Lima, 23 de abril de 1993

Artículo 426.- Requisitos de la demanda:

- a) No tenga los requisitos legales: Toda demanda debe cumplir con los requisitos previstos en el Art. 424 y 130 del Código Procesal Civil.
- b) No se acompañen los anexos exigidos por ley: El Art. 425 señala los anexos que deben ser aparejados a la demanda; por lo que de

advertirse la ausencia de un documento necesario para admitir la demanda el juez debe declararla inadmisibile.

En el caso que la pretensión de la demanda verse sobre materia conciliable se debe acompañar a la demanda copia certificada del Acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo; conforme lo prevé el numeral 6) del Art. 425 del CPC .

- c) El petitorio sea incompleto o impreciso :El petitorio constituye el pedido concreto que el demandante busca sea declarado por el órgano jurisdiccional mediante la sentencia, por lo que es de vital importancia que el pedido sea claro y preciso; ello en concordancia con el principio de congruencia procesal; pues el juez debe conceder de ser el caso sólo aquello que ha sido pedido por el actor.
- d) Contenga una indebida acumulación de pretensiones: Existe acumulación cuando en un proceso existe más de una pretensión o más de una persona en la parte activa o pasiva de la relación procesal, lo que en doctrina se conoce como la acumulación objetiva y subjetiva respectivamente.

Improcedencia de la demanda:

En este caso el Juez advierte que la demanda no cumple con un requisito de fondo establecido expresamente por la norma procesal y por tanto el proceso no puede iniciar o en su caso le es imposible emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

La improcedencia entonces opera cuando la omisión o defecto que se advierte en el acto procesal es de un requisito de fondo y por tanto no brinda margen a la parte para que pueda superarlo.

El juez declara improcedente la demanda cuando:

a) El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar:

La legitimidad para obrar o legitimatio ad causam se refiere a la licitud jurídica de accionar que corresponde a quien afirma ser titular de derechos. Consiste simplemente en las afirmaciones que realiza el demandante de la titularidad del derecho subjetivo que pretende hacer valer ante el juez.

La acción debe ser intentada por el titular del derecho y dirigida contra la persona obligada, es decir entre las partes de la relación jurídica sustantiva.

b) El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar: Al

respecto Rioja (2011) señala “Se entiende el interés para obrar como aquel estado de necesidad de tutela jurisdiccional en el que se halla un sujeto de derecho y que lo determina requerir mediante la vía jurisdiccional ante la inexistencia o ante el hecho de haber agotado otra alternativa eficaz, con la finalidad de que resuelva el conflicto de interés en el cual es sujeto interviniente”.(p.115).

Por lo tanto se debe haber agotado todas las vías directas y/o medios tendientes a la satisfacción de su pretensión material, no quedando otra alternativa que acudir al órgano jurisdiccional para poder

satisfacerla, como último medio para hacer efectiva la protección de su derecho.

Es inmediato, actual, irremplazable de tutela judicial y está constituido por la necesidad de acudir ante un juez cuando se han agotado las posibilidades de solucionar el conflicto en vía o forma distinta.

Nuestra norma procesal en su Art. VI del Título Preliminar del Código Civil señala que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico y moral; concordante con el Art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil el cual señala que el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar.

En nuestro sistema procesal, la Ley de conciliación Ley 26872 en su Art. 6 modificado por el Decreto Legislativo No. 1070 establece “si la parte demandante, en forma previa a la interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para la búsqueda de una solución consensual al conflicto, el juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”.

Por lo tanto, la ausencia de conciliación ya no constituye un requisito de admisibilidad de la demanda, sino un requisito de procedencia de la demanda.

c) Advierta la caducidad del derecho: Si el juez advierte prima facie que el derecho del actor ha caducado por el transcurso del tiempo, la declarará improcedente.

La caducidad según Cabanellas (1981) es el “lapso que produce la extinción de una cosa o un derecho. Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla. Cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello”. (p.456)

Se advierte del imperio de la ley de asegurar una situación jurídica, la cual se encuentra nítidamente vinculada al interés colectivo y a la seguridad jurídica, esta es la razón por la que el juez se encuentra facultado a aplicarla de oficio (Rioja, 2011,p.178)

Así el Código Civil en su Art. 2003 establece “la caducidad extingue el derecho y la acción correspondientes”; por tanto si la acción no se entabla en los plazos establecidos en la ley el juez de oficio debe declarar la improcedencia de la demanda por caducidad del derecho.

d) No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio: Toda pretensión tiene tres elementos: el petitorio y la causa de pedir; encontrándose dentro de ésta última los fundamentos de hecho y de derecho; por lo tanto debe existir conexidad entre el petitorio y los hechos alegados en el mismo como argumentos para amparar su pretensión.

e) El petitorio fuese física y jurídicamente imposible: Es físicamente posible en tanto que aquello que se pide sea de factible realización

mientras que es jurídicamente imposible aquella pretensión que no tenga un amparo jurídico.

Siendo la improcedencia gravosa para el accionante, Obando (2011) señala que debe tenerse en cuenta aquellos principios sobre las que reposan las facultades del juez de rechazo liminar de la demanda tales como:

- Principio de legalidad o especificidad; en virtud del cual la causal de improcedencia sólo se declara cuando la ley expresamente o implícitamente lo establece.
- Principio de favorecimiento del proceso; que constituye un régimen interpretativo en función del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en virtud del cual ante cualquier duda en el momento de calificar la demanda, se debe dar trámite al proceso.
- Principio de la relación jurídica procesal, esto es la existencia de la relación jurídica procesal se origina con la demanda dirigida al juez, a la que luego se integra.

b) Contestación de la demanda

Constituye la materialización del derecho de contradicción procesal y consiste en la respuesta que da el demandado a la situación jurídica que ha creado el demandante con la interposición de la demanda, con ella queda integrada la relación procesal y fijados los hechos sobre los cuales debe versar la controversia y recaer la sentencia.

La contestación debe reunir ciertas formalidades y requisitos los cuales son de obligatorio cumplimiento para su admisión a trámite.

Código Procesal Civil (D. Leg. 638)

Lima, 23 de abril de 1993

Artículo 442.- Contestación de la demanda:

“Al contestar el demandado debe:

1. Observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda.
2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda.
3. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados.
4. Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos.
5. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara.
6. Ofrecer los medios probatorios; y
7. Incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandado analfabeto”.

c) La reconvencción

Cabanellas (1981) en el diccionario de derecho usual la define “reconvencción es la demanda del demandado; la reclamación judicial, que al contestar la demanda, formula la parte demandada contra el actor, que hace ante el mismo juez y en el mismo juicio.” (p.14); mientras que para Monroy (2009) la reconvencción “puede ser confundida con la llamada contrademanda, que en nuestra opinión, aunque con distinto nombre, es la especie del género que es la reconvencción. En efecto la contrademanda es la pretensión intentada por el demandado dentro del mismo proceso, caracterizada porque guarda conexidad con la pretensión principal” (p.208) y Ledesma (2011) señala “es la facultad que tiene el demandado para deducir una pretensión procesal frente al demandante” (p.441).

El vocablo reconvencción tiene un uso generalizado en el derecho procesal, entendido como la nueva pretensión que introduce al proceso el demandado al ejercer el contradictorio, aprovechando los beneficios de los principios de economía y celeridad procesal, con el propósito que el juez resuelva esta pretensión en la sentencia conjuntamente con la del actor, evitando la multiplicidad de litis cuando se pueden acumular por criterios de conexidad.

La reconvencción según nuestra norma procesal (Código Procesal Civil) debe ser formulada dentro del plazo que tiene el demandado para contestar la demanda y sólo procede en los procesos de conocimiento y abreviado, salvo algunas excepciones.

La teoría francesa la denomina contrademanda, cuando la pretensión del demandado tiene conexión jurídica con la pretensión del actor, mientras que la teoría española llama reconvención a la pretensión del demandado, no exige conexidad entre ambos.

Siendo así nuestra ley procesal ha regulado la contrademanda bajo la denominación de reconvención; pero ha mantenido esta denominación debido a que seguimos el sistema francés que le otorga la denominación de reconvención.

Admisibilidad y procedencia de la reconvención

La reconvención debe proponerse en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y los requisitos prevista para ésta en lo que corresponda, esto es con observancia de los requisitos previstos en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

Para ser admisible la reconvención las pretensiones planteadas por el demandado no deben afectar la competencia por razón de materia, cuantía y territorio ni la vía procedimental originales; caso contrario el juez rechazará la reconvención.

Mientras que es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda; lo que significa que entre las pretensiones de la demanda principal y de la reconvención debe existir conexidad y tratándose de materia conciliable cumpla con los requisitos previstos en el Art. 445 del Código Procesal Civil, de lo contrario será declarada improcedente.

Entonces, en caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable su admisión está sujeta a:

- a) La verificación por el Juez de la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación extrajudicial.
- b) La verificación por el juez que en el acta de conciliación extrajudicial aparejada a la demanda conste la descripción de las controversias de la futura reconvenición así como la descripción de los hechos que la sustenten.
- c) La verificación por el juez que la parte que propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio extrajudicial al que fue invitado, bajo los supuestos de inasistencia de una parte a dos sesiones y decisión motivada del conciliador en audiencia efectiva por violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación.

En conclusión, la reconvenición permite al demandado ejercitar su derecho de defensa y contradicción sobre lo que alega el actor y responde a razones de economía procesal y de trato equitativo entre las partes del proceso pues permite al demandado ejercer su defensa frente al demandante quien busca tutela jurisdiccional y acceso a la justicia en el proceso judicial iniciado.

2.3 EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

Tiene sus primeras manifestaciones en Europa en los años cuarenta donde imperaba los actos de arbitrariedad en los actos de gobierno los cuales

estaban exentos de control judicial pese a la división de poderes, de allí que frente a la discrecionalidad que existía en los actos del ejecutivo y como un mecanismo garante del respeto de los derechos humanos, así como la sujeción del Estado y los individuos a la norma suprema, surge la tutela jurisdiccional como derecho.

Este derecho encuentra su antecedente en el derecho comparado en la Constitución italiana de 1947 que en su artículo 24 estableció el derecho a la tutela jurisdiccional dentro del apartado de los derechos y deberes de los ciudadanos; en el título primero relativo a las “relaciones civiles”, se consagró la posibilidad de que las personas acudan a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, prescribiendo a la defensa como un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento así como garantizando a los desprovistos de recursos económicos, mediante instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción y la Constitución Alemana de 1949 en su artículo 194 prescribía “toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios; derecho que se encuentra dentro del capítulo primero denominado “De los derechos fundamentales”.

Luego, este derecho fue evolucionando y se registra en el artículo 24 de la Constitución española de 1978, artículo 17 de la Constitución mexicana y el artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina; la misma que contiene un derecho fundamental de garantía constitucional, que se expresa como el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, es decir el

derecho de acceder al órgano jurisdiccional, ponerlo en movimiento con las debidas garantías y obtener del mismo una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas.

En igual sentido ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales, como recurso efectivo a través del cual se busca garantizar la eficacia de la jurisdicción. Así tenemos:

Declaración Universal de los derechos humanos

París, 10 de diciembre de 1948

Artículo 8) “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley” y en su Artículo 10) “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Convención Americana de Derechos Humanos

San José, Costa Rica 1969

Artículo 25. 1) “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Lo que es concordante con su artículo 8 de las garantías judiciales que consagra el derecho de las personas a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos

Asamblea General de las Naciones Unidas 1966:

Artículo 2 numeral 3) “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Artículo 14 1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial,

establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Es claro que todos estos instrumentos internacionales consagran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como la posibilidad de que las personas puedan proteger de forma eficaz sus derechos en sede judicial, dotado de muchas características como que el recurso sea conocido por un tribunal independiente e imparcial, que el recurso sea sencillo, efectivo y eficaz y que sirva para amparar derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales.

En nuestro país se consagra la tutela jurisdiccional en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política y artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil y se concibe como un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

2.3.1 Noción de tutela

Para Priori (2006) “La noción de tutela hace referencia a la necesidad de protección que surge a consecuencia del incumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico que lesionan los principios generales establecidos como base de la convivencia social o las situaciones jurídicas de ventaja de los particulares”(p.31). Cuando ésta protección es brindada por un órgano que ejerce potestad jurisdiccional se habla de tutela jurisdiccional; la misma que es entendida

como aquella forma de protección que brinda el Estado actuando en auxilio de la tutela jurídica; la misma que actúa en función de la necesidad de tutela de la situación sustancial protegida.

2.3.2 Formas de tutela jurisdiccional de los derechos

En función de la necesidad de protección de los derechos sustanciales las formas de tutela jurisdiccional son: tutela cognitiva, tutela ejecutiva y tutela cautelar.

a) Tutela cognitiva:

Llamada también tutela de conocimiento o declarativo y “lo que persigue es obtener del órgano jurisdiccional una resolución (meramente declarativa, constitutiva o de condena) que ponga término, por utilizar la expresión de nuestro Código Procesal Civil, en forma definitiva a un conflicto de intereses o a una incertidumbre jurídica (Artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil); con base en lo alegado y probado, resolución que adquirirá el más alto grado de certeza que puede otorgar el ordenamiento jurídico: la cosa juzgada” (Ariano, 2014,p.13)

Constituye; entonces, una forma de protección de situaciones jurídicas de ventaja y opera eliminando una incertidumbre jurídica o resolviendo el conflicto ordenando se cumpla aquella conducta que resulta necesaria para lograr la protección de la situación jurídica; ello luego de haber transitado por el proceso.

Se articula en un proceso de cognición o de conocimiento que lleva al juez a conocer una controversia entre sujetos y a resolverla mediante

una sentencia de fondo con calidad de cosa juzgada; las cuales pueden ser de tres tipos:

- Sentencias declarativas; declaran la existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada situación jurídica.
- Sentencias constitutivas; cuyo objeto es crear, modificar o extinguir una situación jurídica preexistente.
- Sentencias de condena; impone al demandado cumplir una determinada prestación o abstenerse de realizar una conducta.

b) Tutela ejecutiva:

Llamada también de ejecución y lo que persigue a decir de Ariano (2014) no es una resolución que ponga fin al conflicto de intereses o a la incertidumbre, sino una concreta actividad del órgano jurisdiccional que satisfaga materialmente el interés de quien ya tiene un derecho cierto (porque ya ha sido declarado por sentencia u acto equiparado a ella) o porque la ley lo considera cierto (casos de títulos ejecutivos extrajudiciales), constituyendo el punto de cierre de la tutela jurisdiccional: la tutela plena, concreta y definitiva” (p.16)

Mientras que para Obando (2011) “la tutela ejecutiva es aquella que tiene por objeto que el titular de un derecho cuya existencia ha sido declarada en un proceso de cognición o es considerada cierta por la ley, obtenga en la actividad del órgano jurisdiccional su concreta satisfacción.” (p.218).

Se trata de disponer la realización de determinadas conductas con la cual se logrará la efectiva protección de la situación jurídica de ventaja a

través de la actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional o a través de los medios de coerción previstos por el ordenamiento jurídico.

Este proceso de ejecución se regula por dos principios rectores: “No hay ejecución sin título” y “No hay título ejecutivo sin ley”.

c) Tutela cautelar:

El ordenamiento jurídico a fin de evitar la lesión que pudiera sufrir por la duración del proceso para obtener la protección de la situación jurídica de ventaja, justifica la existencia de la tutela cautelar; ello en un afán de “poder reducir la brecha entre la utilidad garantizada por el derecho sustancial y la utilidad que el proceso es capaz de asegurar, se hace necesario dotar al órgano jurisdiccional de una serie de instrumentos destinados a rendir posible una tutela efectiva” (Ariano, 2014.p.16), encontrándose entre ellos la tutela cautelar.

La tutela cautelar constituye una manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento del fallo; evitando así que el vencedor del juicio no torne en ilusorio la tutela definitiva y a decir de Ariano (2014) “las medidas cautelares se disponen, más que en interés de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento”(p.42)esto si consideramos que toda persona tiene no solo el derecho de pedir al órgano jurisdiccional la tutela de sus derechos e intereses, sino además de obtener del juez una tutela judicial efectiva y para lograr tal efectividad este derecho incorpora la posibilidad

de pedir y obtener una tutela cautelar provisional y urgente; la cual debe ser adecuada al caso concreto.

Constituye, entonces aquella que otorga el Estado con el objeto de asegurar que lo que se decida con sentencia estimatoria firme tenga viabilidad para ejecutarse, esto es que la sentencia no se torne ilusoria, ya sea porque no existen bienes realizables o porque la situación se ha tornado irreparable; por ello se debe entender a la tutela cautelar como “una de las formas de tutela jurisdiccional que brinda el ordenamiento jurídico” (Priori, 2006,p.35); buscándose combatir el tiempo que demorará el juez en decidir la controversia.

Es necesario anotar que la tutela cautelar produce efectos desde su otorgamiento hasta que la sentencia quede definitiva, después de ello ya se trata de ejecución de lo decidido; perdiendo su naturaleza cautelar para convertirse en medida ejecutiva.

La tutela cautelar tiene como elemento central las medidas cautelares, lo que el Código Procesal Civil lo ha regulado en su Título IV como proceso cautelar el mismo que “se entiende como el conjunto de procedimientos autónomos pero a la vez instrumentales, que ayudan al justiciable a asegurar el resultado del proceso principal, en el cual destacan las medidas cautelares, denominadas por la doctrina contemporánea como tutela urgente cautelar” (Hurtado, 2009,p.903-904). Empero la finalidad de la tutela cautelar no puede estar limitada solo a asegurar la eficacia de una forma de tutela jurisdiccional o en general a neutralizar los perjuicios irreparables que amenacen la

situación cautelar ya que la “finalidad de la tutela cautelar es hacer posible que la tutela jurisdiccional se efectivice”(Ariano, 2014,p.27)

Características de la medida cautelar:

Código Procesal Civil (D. Leg. 638) modificado por Ley 30292

Lima, 23 de abril de 1993

Artículo. 612.-

“toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”.

Hurtado (2009) señala que la institución de la tutela cautelar como cualquier otra estructura jurídica cuenta con caracteres comunes y propios que las diferencia de otras, así tenemos que las medidas cautelares son:

- Son instrumentales
- Son jurisdiccionales
- Son provisorias
- Son variables
- Son revocables
- Son discrecionales
- Implican responsabilidad
- Están sujetas a caducidad
- Se dictan in audita altera pars
- No generan cosa juzgada
- No constituyen un prejuzgamiento

- Son conducentes
- Están sujetas a ponderación

Sin embargo, en el presente trabajo se desarrollarán las características más importantes.

Instrumentalidad:

Propuesta por Calamandrei, denominada también accesoriedad, subordinación, dependencia, en razón de que no constituyen un fin en sí mismas, sino dependen del proceso principal al cual sirven asegurando el cumplimiento de la sentencia de mérito que en éste se expida.

Así para Ariano (2014) el proceso no es un fin en sí mismo, es siempre un medio, un instrumento al servicio de los titulares de situaciones jurídicas sustanciales reconocidas y garantizadas por el ordenamiento jurídico, que podrán obtener la pretendida tutela solo si efectivamente tienen la razón vía una declaración (en el proceso de cognición) o vía la actividad (normalmente) sustitutivo-satisfactiva del órgano jurisdiccional cuando el derecho es ya cierto (en el proceso de ejecución). Esta relación de medio (proceso) a fin (tutela), hace que califiquemos al proceso como instrumento de tutela.” (p.36); entonces hablar de instrumentalidad implica establecer una relación y en este caso la tutela cautelar es instrumental porque resulta ser el mecanismo para hacer posible la tutela de fondo.

Esta instrumentalidad se puede verificar en el caso de las medidas cautelares antes de proceso cuando se produzca la interposición de la demanda, su vigencia y los efectos que produzca estará sujeta a que la

demanda se presente dentro del plazo señalado en la norma procesal (CPC); ahora una vez obtenido sentencia favorable se extinguen los efectos de la medida cautelar por falta de fines; siendo la que determina su estadio final; debiendo tener estrecha relación con la pretensión principal pues asegura su efectividad, de no apreciarse esta correlación no es posible hablar de instrumentalidad.

Por tanto, es la instrumentalidad la que determina que “si bien la tutela cautelar actúa sobre la situación sustancial, en realidad no brinda aquella protección que en el proceso principal se está requiriendo para ella, sino que lo único que hace es garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando para ella en el proceso” (Ariano,2014, p.614)

Provisionalidad:

Esto significa que la medida cautelar existe mientras persista las condiciones que la provocaron, tiene una duración determinada en el tiempo la cual está condicionada a que se produzca un hecho futuro; esto es cuando se emite la resolución definitiva que ponga fin al proceso, con autoridad de cosa juzgada o cualquier resolución que la deje sin efecto; por ello Calamandrei (2005) señala que “ la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (...) sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional,

que en la terminología común, se indica en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva) el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera” (p.105).

Empero es real que las medidas cautelares dependen del proceso principal por lo que en muchos casos no será necesario que se expida sentencia para que cese su vigencia, sino que dependiendo del proceso principal mantienen su vigencia en tanto éstas se encuentren vigentes, pues si de algún modo el proceso principal ha concluido por otras formas de conclusión del proceso o de tiempo en tanto se produzca una circunstancias que la deje sin efecto.

Prejuzgamiento:

Si bien el Código Procesal Civil en su Art. 612 señala que importa un prejuzgamiento, ello no resulta ser tan real por cuanto prejuzgar según Cabanellas (1981) significa “juzgar de las cosas antes de tiempo o de encontrarse debidamente informado/ resolver acerca de una cuestión de la cual depende la prosecución de una causa o el ejercicio de otra acción” (p.106).

Siendo ello así es de advertir que el juez al momento de otorgar las medidas cautelares lo que hace es efectuar un juicio de probabilidad que la pretensión demandada sea declarada fundada en la sentencia; en

función del cual otorga la medida cautelar garantizando la ejecutabilidad de la sentencia a dictarse en el proceso principal, empero en la tutela cautelar el juez no se pronuncia sobre el fondo de la controversia; por lo que propiamente no estamos frente a un prejuzgamiento.

Al respecto concordamos con Hurtado (2009) que señala “no es prejuzgamiento, porque si en la cautela se decidiera sobre lo demandado (pretensión), mas por el contrario, se decide a pedido de parte (con posibilidad de adecuación por parte del Juez) sobre tutela que cautele la eficacia de la sentencia que se va a dictar, si en la demanda se pretende el otorgamiento de escritura pública de compra venta y seguimos la corriente que considera que existe prejuzgamiento, diremos en la cautela que es fundado el pedido de formalización de la compra venta, lo que se hace es un análisis de probabilidad de ésta pretensión, para dictar la medida cautelar que sirva para proteger los intereses del actor en el proceso y darle eficacia a la decisión final, en este caso si el inmueble está inscrito es indudable que operará la anotación de la demanda” (p.943-944).

Variabilidad:

Las medidas cautelares tienen un carácter variable, pudiendo ser modificadas o suprimidas en cualquier estado del proceso. Así se puede modificar la forma de la medida de cautelar, variar los bienes sobre los recae o su monto y sustituir a los órganos de auxilio judicial.

Jurisdiccionalidad:

Referida a que toda medida cautelar tanto su admisión y ejecución deben ser dictadas por quien ejerce la potestad jurisdiccional; es decir sólo por el Poder Judicial, por cuanto la potestad de administrar justicia es ejercida por dicho poder del Estado con exclusividad.

2.3.3 Definición

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto a acceder a un órgano que ejerza función jurisdiccional para solicitarle tutela sobre determinada situación jurídica; es el derecho a que el órgano jurisdiccional actúe a través de un proceso dotado con mínimas garantías; es el derecho a que dicho órgano emita una resolución fundada en derecho; y, finalmente, es el derecho a que dicha decisión tenga efectividad real. (Priori, 2003, p.289).

Por su parte Obando (2011) señala que “la tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin; es por ello, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva solo es aplicable dentro del proceso judicial. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que el proceso cumpla con sus fines. (p.53).

Continúa señalando que “el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultada a exigirle al Estado tutela jurídica plena y cuyo contenido básico

comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso a la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales” (p.56).

Este derecho contemplado en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil prescribe “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso”, tiene raíces constitucionales al haber sido regulada en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú y no admite limitaciones ni restricciones en su ejercicio conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Civil.

En cuanto a su naturaleza Martel (2015) señala que “es de carácter público y subjetivo...y se manifiesta procesalmente de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción (p.27)

2.3.4 Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional

Para Obando (2011) “La tutela jurisdiccional efectiva es propia de un sistema de derecho occidental, que involucra a la vieja Europa, de donde surge el sistema romano-germánico, en contraposición básicamente al derecho surgido en la isla británica (common law)(p.52); surge en una tradición donde el derecho evoluciona sobre la base de la doctrina.

El sistema anglosajón acuñó el concepto de debido proceso legal y la jurisprudencia de la Suprema Corte de estados Unidos lo desarrolló hasta convertirlo en el instrumento fundamental a partir del cual se

desarrollará un amplio conjunto de garantías de rango constitucional que los gobiernos deben observar antes de afectar un interés referido a los derechos de vida, propiedad y libertad.

Para Monroy (2009) entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología, es decir la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina. El primero es el postulado, la abstracción, en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es desde la perspectiva del derecho constitucional, expresión de uno de los derechos esenciales del hombre, tiene manifestaciones concretas dentro del proceso desde la mira del justiciable, vale decir del requerido de tutela jurisdiccional. Así tal derecho se empieza a materializar en el proceso a través del derecho de acción y del derecho de contradicción.

2.3.5 Tutela Jurisdiccional y Tiempo

Tiene dos planos de existencia.

a) Antes del proceso:

Consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. Lo trascendente es, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde al caso concreto, debe estar

siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia.

Así es imprescindible la existencia de un órgano estatal -autónomo, capaz y objetivo- encargado con exclusividad de la resolución de conflictos. Asimismo es deber del Estado contar con pautas reguladoras de la actividad a realizarse al interior de un eventual proceso, es decir, debe proveer con anticipación la vigencia de normas procesales que aseguren un tratamiento sencillo, didáctico y expeditivo del eventual conflicto que se pueda producir. Igualmente, el Estado debe proveer a la comunidad de una infraestructura adecuada a fin de que el servicio de justicia sea brindado en condiciones satisfactorias, cuando sea requerido.

b) Durante el proceso

La historia registra el 17 de junio de 1215 como la fecha en la que los barones ingleses arrancaron al Rey Juan Sin Tierra en las praderas de Runnymede, algunos derechos básicos que les aseguraran un “juicio correcto”. Este derecho al proceso fue en principio el derecho de todo ciudadano a no ser condenado sin que medie un juicio previo para más adelante conocerlo como debido proceso legal que implica no solo que nadie puede ser sorprendido con los resultados de un proceso que no conoció, sino también que debe proveérsele de un plexo de derechos esenciales durante el desarrollo de éste, lo que se conoce como derecho en el proceso.

La tutela jurisdiccional durante el proceso contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial.

Derecho en el proceso entonces consiste en que una vez que un ciudadano empieza a involucrarse en un proceso, el Estado debe asegurarle que durante su tramitación no se encuentre en desventaja para expresar su posición jurídica, sea probando su derecho, alegando, impugnando y asegurando la ejecución de lo decidido en definitiva.

2.3.6 Contenido del Derecho a la Tutela Jurisdiccional

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformado por una serie de derechos que lo determinan. Esta serie de derechos comprende: derecho de acceso a la justicia, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. (Obando, 2011, p 72)

a) Derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales

El derecho en mención implica la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión, sea cual fuese su fundamento u objeto; y también que los requisitos procesales que el justiciable deba cumplir sean siempre interpretados del modo más favorable para su admisión, dando la posibilidad de subsanar cualquier defecto antes que rechazar el acceso a la tutela solicitada. (Pérez, 2001, pág. 69).

“Si el Estado prohíbe a los particulares el recurso a la autotutela para que éstos puedan proteger sus intereses es evidente que el Estado debe garantizar que los particulares puedan acceder a la función jurisdiccional para que a través del inicio de un proceso se pueda lograr una tutela a la situación jurídica de ventaja que ha sido amenazada o lesionada. Si no se permite este acceso o éste se restringe, entonces ello sería lo mismo que admitir que el Estado no tiene ningún interés en tutelar determinado derecho” (Priori, 2003, p. 290)

El acceso efectivo a la justicia se reconoce como un derecho de importancia primordial puesto que la titularidad de derechos carece de todo sentido si no existen mecanismos efectivos para su aplicación. En tal sentido, se puede considerar que el acceso efectivo a la justicia es “el requisito más básico- el derecho humano más fundamental- en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos de todos”. (Cappelletti, 1973, p. 13).

b) Derecho a un proceso con garantías mínimas

Comprende varios derechos como el derecho de defensa, derecho a probar, a la jurisdicción predeterminada por ley, el derecho al juez imparcial, el derecho al proceso preestablecido por ley, derecho a la motivación, derecho a la pluralidad de instancia, derecho de acceso a los recursos, derecho al plazo razonable y a la cosa juzgada.

Bustamante (2001) resume su contenido citando los siguientes derechos de modo enunciativo:

- a) El derecho de contradicción o de defensa, que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa.
- b) El derecho a la publicidad del proceso.
- c) El derecho a que las resoluciones se encuentren adecuadamente motivadas.
- d) El derecho a ser asistido y defendido por un abogado técnicamente capacitado.
- e) El derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.
- f) El derecho a impugnar.
- g) El derecho a probar o a producir prueba (lo cual incluye el derecho a ofrecer medios probatorios, el derecho a que se admitan los medios probatorio ofrecidos, el derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba, y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios probatorios que hayan sido actuados o practicados).
- h) El derecho a que se asegure la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan o que hayan sido emitidas, y a que se dicten las medidas necesarias para que éstas se cumplan.
- i) El derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas.
- j) El derecho a que las decisiones que se emitan sean objetiva y materialmente justas entre otros. (p.215)

Para Bustamante (2001) “el debido proceso encuentra expresión concreta a través de los derechos e institutos procesales que gobiernan el acceso, el inicio, el desarrollo y la conclusión de un proceso, o de un procedimiento, a tal punto que éstos no sólo contribuyen a darle contenido sino también si ha sido efectivamente afectado. Por su naturaleza e importancia el Estado y los diversos grupos sociales deben promover las condiciones necesarias para lograr su vigencia real y efectiva, removiendo los obstáculos que dificultan su goce y ejercicio a plenitud. Ello implicará remover las barreras exógenas (pobreza, desigualdad, desconocimiento de los derechos, falta de jueces especializados) y las barreras endógenas (morosidad en las actuaciones procesales, purismos formales, tecnicismos irracionales), que impiden, retardan o dificultan llegar a la justicia concreta” (p.243)

En suma se trata de garantías que comprenden el debido proceso y que constituyen manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional; respecto de los cuales no existe consenso en la doctrina respecto a su enumeración; siendo de especial interés para la presente investigación el derecho a la defensa y el principio de igualdad.

c) Derecho de defensa

“El derecho constitucional de defensa en los procesos es uno de los más elementales y al mismo tiempo fundamentales del hombre y su reconocimiento forma parte imprescindible de todo orden jurídico y de cualquier Estado de Derecho” (Echandía, 2009, p.95)

El derecho de defensa garantiza a las partes la posibilidad de alegar y de justificar sus argumentos frente al órgano jurisdiccional, de practicar la prueba necesaria para sustentar dichas alegaciones y de ejercer un contradictorio, replicando oportunamente aquellas que sean formuladas por la contraparte, todo ello en condiciones de igualdad. (Pérez, 1989, p. 164).

El derecho de defensa contiene tanto el derecho de acción como el derecho de contradicción, es decir de gozar de las mismas oportunidades de defensa procesal que el actor (cuando se ejercita acción para iniciar el proceso) o de plenas oportunidades para la defensa.(Echandía, 2009, p. 95)

Nuestro Tribunal Constitucional expresa la prohibición de indefensión en el proceso:

“El derecho de defensa en referencia protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión al que se ha hecho alusión no sólo opera en el momento en que pese a retribírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle sin ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover”(Sentencia STC No. 2209-2002-AA)

“El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido

proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de éste último. Por ello en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.” (STC 5085-2006-AA).

Principio de igualdad ante la ley procesal: Priori (2006) señala la igualdad tiene dentro del estado Constitucional una doble configuración: la de ser un principio y la de ser un derecho fundamental. Así en su condición de principio rector del Estado constitucional, se constituye en un “valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar” y en su condición de derecho fundamental confiere a “toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación”.

Al interior de todo proceso se debe observar el principio de igualdad entre las partes, la misma que se debe entender como la igualdad de oportunidades para su defensa que tienen las partes dentro del proceso.

d) Derecho a una resolución judicial fundada en derecho y motivada:

No se limita al simple acceso sino a hacer efectivos los derechos e intereses del accionante, que se proteja el derecho material. Que cuando se promueva la acción procesal, se quiere desarrollar un

proceso que resuelva las cuestiones de fondo, este el derecho concreto que a través de la acción se pide” (Gozaini, 2004,p. 221)

En este contexto, será motivada la resolución cuando se expresa suficientemente las razones que determinan el sentido de la decisión adoptada; cuando se expone el camino lógico que se siguió hasta concluir que la pretensión del justiciable se encontraba o no amparada por el derecho. Además debe ser fundada en derecho, cuando la decisión finalmente tomada se sustente en una norma jurídica que impone la consecuencia finalmente adoptada, tras determinar que los hechos acreditados por las parte son el supuesto de hecho de la norma invocada por el juzgador.

Aquello que fundamenta que la motivación de las decisiones jurisdiccionales sea parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la necesidad de demostrar que el fallo no es un acto arbitrario del juzgador, sino una decisión razonada jurídicamente. La motivación permite que el justiciable conozca las razones que determinaron que el juzgador fallara en determinado sentido y garantiza que el fallo pueda ser sometido a un control jurisdiccional posterior. (Pérez, 1989, p. 270).

Bernal citado por Obando (2011) señala que la doctrina del Tribunal Constitucional español concluye que una resolución no estará fundada en derecho cuando:

- a) La norma seleccionada para su aplicación carezca patentemente de validez, no sea la adecuada, la selección sea errónea o cuando no se motive racionalmente su elección.

- b) No especifique el artículo o parte del mismo en que se basa, si no es posible deducirlo del contexto, no se citen las disposiciones concretas que se aplican o se limite a copiar artículos, de forma similar a lo que ocurriría en una demanda.
- c) La decisión sea arbitraria, irrazonada o irrazonable, absurda, errónea, se base en normativas contradictorias, no exista conexión entre la motivación y el fallo o la argumentación sea incoherente.
- d) Se omita todo razonamiento respecto de alguna de las pretensiones o causa de inadmisibilidad, o cuando la fundamentación no esté lo suficientemente particularizada o sea genérica.
- e) Se parta de un hecho erróneo, no se haya considerado realmente el objeto en cuestión o la fundamentación se refiera a los hechos distintos de los planteados.
- f) El juez a pesar de estar obligado a juzgar según la ley, no la respeta, resuelve más allá de su jurisdicción y por tanto lo hace sin fundamentación. No lo hace, sin embargo si rebaja una sanción por invidencia del infractor, ya que esa circunstancia es incardinable dentro de la equidad, prevista legalmente.
- g) La interpretación de la legalidad no sea adecuada a la dada por el Tribunal Constitucional.

No basta por tanto que se pronuncie sobre el fondo del conflicto de derecho objetivo sino que la sentencia que ponga fin al proceso contenga un discurso jurídico que se sustente en reglas de razonabilidad y racionalidad a fin de desterrar la arbitrariedad.

e) Derecho a la efectividad de las resoluciones:

La efectividad es consustancial al derecho a la tutela judicial, puesto que si la tutela no fuera efectiva, no sería tutela y consiste en la realización del derecho reconocido o establecido en la sentencia y los efectos previstos en ella; constituyendo deber del Estado adoptar las medidas para su cumplimiento.

Priori (2006) “es el derecho de toda persona a que la tutela jurisdiccional dictada con la sentencia sea eficaz. Por ello el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva garantiza la realización del derecho reconocido o establecido en la sentencia y de los efectos previstos por ella” (p.127)

En igual sentido Sumaria (2013) expresa que “la efectiva ejecución de las sentencias implica la actuación objetiva o irrevocable del derecho y previendo los mecanismos para asegurar o prever la conservación de los efectos de la sentencia, así como establecer los mecanismos necesarios para el desarrollo de la actividad jurisdiccional para hacer cumplir lo decidido”

Al respecto el tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que este derecho a la efectividad de la tutela consiste en la ejecución de lo decidido en la sentencia.

“La tutela sólo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. Dicha ejecución es por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional”.(STC Exp. No. 1546-2002-AA)

Así para lograr la plena efectividad de la tutela jurisdiccional se necesita dotar al órgano jurisdiccional de instrumentos que aseguren su eficacia, siendo uno de ellos la tutela cautelar cuya finalidad es neutralizar los probables daños que se ocasionaría a la parte vencedora a causa de la duración del proceso.

La constitucionalización de la tutela cautelar cual componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene su antecedente en la sentencia del tribunal de justicia de las Comunidades europeas de Luxemburgo del 19 de julio de 1990, dictada en el asunto Factortame (Arrét C-213/89) por la que se estableció el principio “que el juez nacional debe inaplicar las leyes nacionales que le impidan emitir resoluciones provisionales de índole cautelar en tutela de derechos fundados en normas comunitarias cuando aquello sea necesario con la finalidad de garantizar la plena eficacia satisfactiva de la decisión final de fondo y de asegurar una aplicación igual el uniforme de las norma comunitarias en relación a todos los destinatarios en los varios Estados”. Es en dicha sentencia que se exige que en toda disposición o práctica legislativa, administrativa o judicial nacional que pudiera impedirles tomar esas medidas cautelares a fin de garantizar la plena efectividad de la decisión jurisprudencial, es incompatible con el derecho comunitario.

En dicho contexto el Tribunal español en su jurisprudencia a establecido el principio que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”, así como el principio “ que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares

dirigidas a asegurar la efectividad de las sentencias, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Por su parte Sumaria (2013) reseña que “respecto a la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional se ha podido establecer cierta gradualidad con relación al conjunto de garantías que se van desarrollando en el proceso las cuales pueden ser:

- a) Tutela jurisdiccional de primer grado o garantía de acceso a la jurisdicción, que comprende el acceso a la jurisdicción y en el cual se respeten el principio de juez natural, el principio de legalidad y se den las condiciones materiales para tener un acceso real a este derecho, evitando situaciones que limiten el ejercicio del derecho de acción.
- b) Tutela jurisdiccional de segundo grado o garantía de un proceso justo, que comprende el derecho a un proceso justo, en equilibrio y debido, en el cual se debe validar el principio del contradictorio, de dualidad de posiciones e igualdad de partes en el desarrollo de todo el proceso, así como la imparcialidad e imparcialidad del juez en el desarrollo del mismo y se verifique el ejercicio del derecho de defensa, asistencia de letrado, y la actuación con desinterés objetivo de la función jurisdiccional.
- c) Tutela jurisdiccional de tercer grado o garantía a una respuesta cualitativa; que comprenda el derecho a obtener una respuesta que resuelva el conflicto, es decir, que responda al principio de congruencia con el objeto del proceso y evitar situaciones de

incongruencia, respuesta que debe ser en un plazo razonable y oportuna, que sea cualificada, manifestada y verificada en la calidad de la motivación y los fundamentos jurídicos basados en derecho.

d) tutela jurisdiccional de cuarto grado o susceptible de eficacia; que exige que esta respuesta que otorga el órgano jurisdiccional sea susceptible de ser ejecutada, estableciendo los mecanismos necesarios para el desarrollo de la actividad jurisdiccional para hacer cumplir lo decidido.

El grado determina la efectividad del derecho y éste en su conjunto es elevado al rango de derecho constitucional y fundamental, en consecuencia, genera en el Estado una doble obligación, por un lado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en cualquiera de esos grados y, en otro extremo, crea la obligación para el Estado, a través del actuar de sus distintos órganos, para la promoción y protección del ejercicio de este derecho a través del proceso en oposición a formas restrictivas a él”.

En conclusión el derecho a la tutela jurisdiccional para que sea efectiva debe estar presente durante todo el itinerario procesal desde la demanda hasta la expedición de la sentencia.

2.4 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS

Son aquellos medios institucionalizados que permiten resolver conflictos de carácter privado, entre dos partes, con la participación de un tercero, siendo su intervención neutral e imparcial; evitando a las partes acudir ante las instancias del Poder Judicial.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos propician una cultura de paz, entendida como aquel estado de convivencia pacífica entre los miembros de una sociedad, dispuestos a priorizar, en caso de algún conflicto, el diálogo y la comunicación en aras de obtener beneficios mutuos.

Entre los más usuales mecanismos alternativos de solución de conflictos tenemos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y la evaluación neutral.

2.4.1 Conciliación Extrajudicial

a) Antecedentes históricos:

La Constitución Política de 1823 la reguló en su artículo 120 que prescribía: “no podrá entablarse demanda alguna civil, sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz”

Además en los artículos 142 y 143 señaló que los alcaldes son los jueces de paz de su respectiva población, quienes conocían las demandas verbales civiles de menor cuantía, injurias leves y delitos menores.

La Constitución Política de 1826 también la reguló en su artículo 112 que prescribía: “Habrá jueces de paz en cada pueblo para las conciliaciones; no debiéndose admitir demanda alguna civilo criminal de injurias, sin previo requisito”; mientras que en su artículo 113 se estableció “el ministerio de los conciliadores se limita a oír las solicitudes de las partes, instruir las de sus derechos y procurar entre ellas un acomodamiento prudente”.

Por su parte la Constitución Política de 1828 señaló en su artículo 120 “en cada pueblo habrá jueces de paz, para las conciliaciones, sin cuyo requisito, o el de haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil o criminal de injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley”.

Dicha norma fue complementada con el Reglamento de Jueces de paz, promulgado en noviembre de 1839 que mantenía la facultad del juez de paz para intervenir como juez de conciliación antes de todos los procesos.

Asímismo las normas procesales en materia civil en nuestro país también reguló la conciliación: El código de procedimientos civiles de 1836 reguló esta institución en su art. 119 que señalaba “No se admitirá demanda civil, sin que se acompañe un certificado del Juez de paz, que acredite haberse intentado el juicio conciliatorio, bajo pena de nulidad, excepto en los casos en que no sea necesario”. De igual forma el Código de enjuiciamientos en materia civil de 1852 prescribió la conciliación en su artículo 284 “la conciliación debe preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito”.

b) Naturaleza jurídica:

Según Peña (2014) “existen dos posiciones opuestas. La primera considerar la conciliación como institución jurídica, mientras que la segunda lo considera como un acto jurídico”(p.227)

En el primer caso se inclina en considerar que la naturaleza jurídica de la conciliación es la de ser una institución jurídica porque el poner la

conciliación dentro de esta categoría significa respetar el origen y su definición establecida en la ley; mientras que será un acto jurídico porque el acuerdo al que arriban las partes nace de la voluntad de las mismas.

Sin embargo Quiroga (2000) afirma “el arbitraje y la conciliación, son esencialmente, instituciones procesales desde que tienen el mismo origen, cumplen la misma finalidad y se sirven de las mismas categorías básicas para su realidad. Son pues estas instituciones, formas pacíficas de solución de controversias en la sociedad, permitiendo mediante actos concatenados y sistémicos llegar a una solución que sea definitiva, definitiva y con calidad de *res iudicata*, eludiendo o evitando el proceso judicial jurisdiccional del Estado, pero dentro de la misma tutela del Estado, dentro del mismo sistema de justicia. Por ello comparten los elementos esenciales del debido proceso legal y de la tutela judicial efectiva, ocupando un importante rol y lugar dentro del derecho jurisdiccional”(p.777).

Entonces la conciliación comparte las características de la estructura y fundamento del proceso judicial; con la única diferencia que el conciliador no puede imponerla fórmula de solución; pero el acuerdo al que arriben las partes tendrá el mismo valor y efecto que una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada.

c) Institucionalización de la conciliación:

La institucionalización de la conciliación extrajudicial como mecanismo alternativo se declaró de interés nacional en el Perú con la

dación de la Ley 26872, dentro de un contexto internacional de promoción de los Marcs (mecanismos alternativos de solución de conflictos).

Esta institucionalización es entendida como un proceso por el cual una actividad se establece de modo formal y se manifiesta con la creación de centros de conciliación, creación de centros de capacitación, difusión y consultoría de mecanismos alternativos de solución de conflictos, surgimiento de entes estatales y privados que desarrollen labores mancomunadas en favor de la conciliación así como el establecimiento de políticas públicas en torno a la conciliación extrajudicial.

La declaración de interés nacional de la conciliación ha exigido que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia le haya otorgado una atención especial, difundiéndola y promoviéndola a todo nivel, tal es así que es el ente encargado de autorizar, acreditar, habilitar, registrar, renovar, supervisar y sancionar a los operadores del sistema conciliatorio.

Por tanto, en nuestro país la conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo de solución de conflictos institucionalizado mediante Ley 26872 publicada el 13 de noviembre de 1997 que en su primera disposición complementaria, transitoria y final estableció que su vigencia sería a los sesenta días de su publicación, entrando en vigencia a partir del 14 de enero del 2001; mientras que su tercera disposición, complementaria, transitoria y final dispuso que la obligatoriedad a que se refería el artículo 6) de la ley (requisito de admisibilidad de la demanda)

entraría en vigor a partir de los 24 meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley.

Dicha ley ha sufrido varias modificaciones hasta la actualidad. Así por Ley No. 27363 se modificó el artículo 6) que determinó las materias en la que no es obligatoria la conciliación; la Ley No. 27398 que estableció la conciliación como requisito de admisibilidad solo en el distrito conciliatorio de Lima y Callao, prorrogando su obligatoriedad en materias de familia y laboral. También se aprobó el reglamento de la ley de conciliación a través del Decreto supremo No. 001-98-JUS que fue reemplazado por el decreto supremo No.004-2005-JUS del 27 de febrero del 2005 y finalmente por el vigente decreto supremo No. 014-2008-JUS del 30 de agosto del 2008.

Asímismo la Resolución Ministerial No. 081-98-JUS que aprueba el modelo de reglamento tipo de los centros de conciliación y la Resolución Ministerial No 174-98-JUS que aprobó el reglamento de sanciones a conciliadores y centros de conciliación fue reemplazada por el Reglamento de la ley de conciliación Decreto Supremo No. 014-2008-JUS del 30 de agosto del 2008.

Finalmente la última reforma a la Ley de conciliación fue introducida por el decreto legislativo No. 1070 del 28 de junio del 2008 que modifica varios artículos de la ley de conciliación y del código procesal civil judicializando la conciliación respecto de la reconvención, la caducidad de las medidas cautelares y la improcedencia de la demanda por falta de interés para obrar.

Las modificaciones realizadas por este decreto legislativo deben entrar progresivamente en vigencia en los diferentes distritos conciliatorios según el calendario oficial aprobado mediante Decreto Supremo No. 005-2010JUS publicado el 30 de abril del 2010.

d) Concepto:

Etimológicamente la palabra conciliación proviene de las palabras latinas *conciliatio* y *conciliationis* y que se refieren a la acción y efecto de conciliar; a su vez, el verbo “conciliar” proviene del verbo latín “conciliare”, que implica componer o ajustar los ánimos de los que estaban contrapuestos, avenir sus voluntades, ponerlos en paz.

Sin embargo Ormachea citado por Pinedo (2017) precisa dos acepciones del término conciliación: La primera está relacionada con el acto de la autocomposición pura llamado audiencia de conciliación, dirigido por un conciliador o un juez; la segunda acepción está vinculada a la noción de resultado o acto de avenimiento plasmado en un acuerdo. De manera que contamos con conciliación en cuanto al procedimiento (actividad) y en lo relativo al resultado o acuerdo (la llamada finalidad).(p.27.)

Para dicho autor la conciliación es definida como “un proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales –conciliador o conciliadores- asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de objetivos que pueden ser:

- Lograr su propia solución

- Mejorar la comunicación, entendimiento mutuo y empatía
- Mejorar sus relaciones
- Minimizar, evitar o mejorar la participación en el sistema judicial
- Trabajar conjuntamente hacia el logro de un entendimiento mutuo para resolver un problema o conflicto.
- Resolver conflictos subyacentes
- Prevenir la recurrencia de conflictos”

Guzmán citado por Quiroga (2000) por conciliación se entiende “el proceso por el cual dos o más personas en conflicto logran restablecer su relación, gracias a la intermediación de un tercero llamado conciliador. El conciliador es un facilitador de la comunicación, no ejerce la función de juez, ni de árbitro. Por ello para los abogados ésta tarea resulta más difícil que para las demás personas dado que están acostumbrados a buscar las posiciones de las partes y aplicar la ley por encima de la razón de las partes”(p.241).

A la par el Art. 5 de la Ley 26872 Ley de conciliación la define como una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, pro el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de solución consensual al conflicto.

La conciliación constituye pues una institución consensual por el cual las partes con la asistencia de un conciliador debidamente autorizado y capacitado - cuando sea necesario proponiendo fórmulas de solución- arriban a una solución consensual que pone fin a las controversias,

siempre que se trate de derechos disponibles ya sea efectuando concesiones o renunciando con el objeto de lograr un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

2.4.2 La Conciliación en la Ley 26872

a) Principios que rigen la conciliación en el Perú:

Los principios son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que sirven para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos (Peña, 2014).

El art.2 de la ley de conciliación No. 26872 y su reglamento Decreto Supremo No. 014-2008-JUS establecen los principios éticos que rigen el procedimiento conciliatorio, equidad, neutralidad, imparcialidad, buena fe, veracidad, confidencialidad, legalidad, celeridad y economía.

- **Equidad:** Principio que es concebido como el respeto del sentido de la justicia aplicada al caso particular materia de conciliación. Así “la equidad en la conciliación significa que quien quiere conciliar debe entender que la manera más efectiva y justa de resolver los conflictos es aquella en que una parte reconoce el interés de la otra y a partir de allí busca una solución al problema existente” (Peña, 2014, p. 355).

En suma, el sentido de justicia, no es aquella que impone el conciliador sino aquella que los conciliantes imponen cuando arriban a sus acuerdos.

- **Veracidad:** El conciliador debe brindar información veraz a las partes sobre el procedimiento conciliatorio, efectos, alcances, costos, beneficios y efecto; evitando formular afirmaciones falsas y engañosas así como exhortará a las partes que brinden información veraz. Mientras que el reglamento de la ley señala que está dirigida a la búsqueda de lo querido realmente por las partes.
- **Buena fe:** Principio que implica conducirse de manera honesta y leal dentro del procedimiento conciliatorio, evitando la falsedad y la mala fe; debiendo presumir el conciliador que las partes actúan de buena fe.
- **Confidencialidad:** Toda información derivada del procedimiento conciliatorio es en principio confidencial y no debe ser revelada a persona ajena a las intervinientes en el procedimiento conciliatorio, por ello el conciliador está obligado a guardar reserva de todo lo que se proponga o sostenga durante el procedimiento de conciliación; por ello no tiene valor probatorio en ningún proceso judicial, arbitral o administrativa que se inicie con posterioridad.

Es confidencial también la información proporcionada en sesión conjunta como en sesión privada, encontrándose facultado el conciliador a revelar a la otra parte sólo aquello que se le autorice, conforme lo prevé el reglamento.

Sin embargo existen excepciones por las que el conciliador podrá revelar información, la cual se produce en los siguientes casos:

- a) Conocimiento de la existencia o comisión de un delito contra el cuerpo, la vida y la salud.

- b) Conocimiento de la existencia o comisión de un delito contra la libertad sexual.
- c) Cuando la trascendencia social del hecho no deba ser privilegiada con la reserva.
- d) Cuando la información atenta contra los principios o fines de la conciliación.

Sin embargo, “esa confidencialidad no solo es atribuida al conciliador sino a todos los que participan en la conciliación y se va a expresar en la reserva de lo actuado y la carencia de valor probatorio en cualquier proceso judicial o arbitraje que se promueva posteriormente, aún en aquellos que se originen en hechos distintos a los que dieron origen a la controversia materia de conciliación.(Ledesma, 2014,p. 495)

- **Imparcialidad:** Exige que el conciliador esté libre de tendencia o favoritismo, tanto en la palabra como en la acción, por lo que no debe identificarse con los intereses de las partes, debiendo supeditarse a colaborar con las partes sin imponer propuestas de solución; debiendo mantener una postura objetiva sobre el conflicto; identificando intereses para arribar a soluciones satisfactorias para ambas partes.
- **Neutralidad:** Consiste en que no exista vínculos de parentesco, afinidad, hereditarios, legatario o crediticios, de amistad, enemistad o de otro tipo entre el conciliador y las partes del procedimiento conciliatorio; salvo que las partes autoricen expresamente su intervención.

Cualquier vínculo de este tipo podría afectar la neutralidad aparente o real del conciliador en el cumplimiento de sus deberes, y debe descalificarse él mismo y apartarse del procedimiento conciliatorio.

- **Legalidad:** Todo el procedimiento conciliatorio se encuentra regulado por la ley de conciliación (ley 26872) y su reglamento (D.S.No. 014-2008-JUS) y dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente. Asimismo el conciliador cuando promueva acuerdos conciliatorios debe sujetarse a la ley; acuerdos cuya legalidad deberán ser verificados por el abogado verificador del Centro de Conciliación.
- **Celeridad:** Este principio permite la búsqueda de una pronta y rápida solución al conflicto, de allí que el procedimiento conciliatorio tenga una duración máxima de 30 días.

El conciliador en virtud de este principio no podrá exceder los plazos previstos para cada acto dentro del procedimiento conciliatorio, así como la necesidad de contar con los medios necesarios para remover los obstáculos que se opongan a este cometido.

- **Economía:** Implica el ahorro en tiempo y dinero; por lo que en el procedimiento conciliatorio debe adoptarse los medios técnicos, logísticos y humanos más eficaces, evitando los trámites superfluos en beneficio de la pronta solución al conflicto.
- **Autonomía:** de la voluntad: Según Ledesma (2014) la conciliación es la expresión máxima de la autonomía de la voluntad, porque a

través de ella se permite el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas para la satisfacción de todos aquellos intereses o necesidades en conflicto” (p. 518)

Vidal Ramirez citado por Ledesma (2014) define a la autonomía privada como “(...) el poder conferido a la persona por el ordenamiento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades”(p. 518).

Es en la conciliación pues que las partes del conflicto tienen libre voluntad para crear, regular, extinguir, derechos y obligaciones pues sólo habrá acuerdo en la medida que ambas partes se encuentren conformes con los términos de la solución arribada. Sin embargo la autonomía de la voluntad no es ilimitada, tiene como límite el orden público, las buenas costumbres o la afectación a terceros así como el derecho positivo.

b) Distritos conciliatorios:

La obligatoriedad del intento conciliatorio previo a un proceso judicial“ tiene por finalidad el descongestionar la carga procesal del Poder Judicial, bajo una adecuada técnica jurídica de negociación y persuasión, buscando que las partes interesadas en su conflicto, reflexionen acerca de los puntos comunes que les acercan, quitándole la innecesaria litigiosidad y con ello instaurar una “cultura de paz” por la cual aquellos particulares que tengan un conflicto de intereses, de modo previo a la solicitud de actuación de la autoridad judicial competente, busquen la posibilidad de arribar a un acuerdo razonable y satisfactorio para ambas” (Quiroga,2000,p.795).

Esta norma que impone tal obligatoriedad se encuentra en vigencia en diversos distritos conciliatorios del país según calendario de implementación publicado por el Ministerio de Justicia; siendo los distritos conciliatorios los siguientes:

- Lima y Callao (28/08/2008)
- Trujillo (28/08/2008)
- Arequipa (28/08/2008)
- Cuzco (01/07/2010)
- Huancayo (01/08/2010)
- Cañete y Huaura (01/09/2010)
- Santa (01/10/2010)
- Piura (01/11/2010)
- Ica (01/09/2011)
- Chiclayo (04/10/2011)
- Cajamarca (03/11/2011)
- Puno (01/12/2011)
- Huamanga (07/11/2012)
- Huánuco (14/11/2012)
- Tacna (12/12/2012)
- Maynas (03/04/2013)
- Huaraz (05/06/2013)
- San Martín (07/08/2013)
- Tumbes (04/09/2013)
- Coronel Portillo (02/10/2013)

- Mariscal Nieto (06/11/2013)
- Abancay (01/10/2014)
- Pasco (22/10/2014)
- Huancavelica (05/11/2014)
- Tambopata (26/11/2014)
- Chachapoyas (11/11/2014)
- San Román (30/09/2015)
- Sullana (28/10/2015)
- Barranca (25/11/2015)
- Moyobamba (16/12/2015)
- Chincha (27/04/2016)
- Pisco (22/06/2016)
- Rioja (24/08/2016)
- Satipo (21/09/2016)
- Ilo (26/10/2016)
- Andahuaylas (23/11/2016)
- Huanta (15/05/2017)
- Camaná (05/04/2017)
- Leoncio Prado (17/05/2017)
- Cajamarca (14/06/2017)
- Jaen (16 /08 /2017)
- Acobamba (20/09/2017)
- Nazca (18/10/2017)
- Lambayeque (15/11/2018)
- Huaral (21/03/2018)

- Ferreñafe (18/04/2018)
- Huaylas (16/05/2018)
- Caylloma (20/05/2018)

c) Materias conciliables:

Son las pretensiones y controversias sobre las cuales se pretende conciliar en un procedimiento conciliatorio, las cuales deben ser verificadas por el Centro de Conciliación previo a la apertura del expediente y siempre que se trate de materias obligatorias, facultativas y siempre que importe derechos disponibles.

- **Obligatorias:** Son las pretensiones sobre las cuales es necesario agotar el intento conciliatorio previo al proceso judicial; en tanto que la obligación es la de solicitar y asistir a la conciliación mas no la de conciliar, entendida ésta como la imposición de arribar a acuerdos entre las partes.
- **Facultativas:** Son las pretensiones respecto de las cuales no existe la obligatoriedad de acudir al centro de conciliación previa al proceso; en razón a que no constituye requisito de procedibilidad de la demanda.
- **No conciliables:** Son controversias que no son de libre disposición, es decir no se encuentran dentro del ámbito de disponibilidad de las partes, ya sea por sus fines, por su trascendencia o por haber sido excluidas por ley, por lo que existe imposibilidad de someterlo a conciliación; bajo sanción administrativa.

d) Derechos disponibles:

Son derechos disponibles aquellos que tienen un contenido patrimonial, es decir son susceptibles de ser valorados económicamente y en caso de no tener un contenido patrimonial siempre que sean de libre disposición. Para Díaz (2016) según la doctrina los actos de disposición son tres:

- Transmitir derechos
- Limitar derechos
- Extinguir derechos

e) Conciliación requisito de procedibilidad:

Es obligatorio someter la controversia- que constituirá la pretensión de la futura demanda- a conciliación ante un centro de conciliación extrajudicial debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia así como asistir a las audiencias convocadas.

Este intento conciliatorio debe ocurrir previa al proceso judicial siempre que se trate de materias conciliables y se encuentre dentro del ámbito de un distrito conciliatorio. Así lo ha establecido el Art. 6 de la Ley de conciliación concordante con lo dispuesto en el Art. 427 numeral 2) del Código Procesal Civil, pues la incomparecencia de las partes (solicitante e invitado) al procedimiento conciliatorio tiene efectos en el futuro proceso judicial a instaurarse.

Para Ledesma (2014) la efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene mediante sanciones ya sean de carácter personal

o pecuniario, por lo tanto debemos asumir que la asistencia a la invitación a conciliar asume la connotación de un deber y no de una facultad; y como tal, el ausente es pasible de sanciones”(p.499).

Respecto del demandante: Diaz (2016) señala que constituirá requisito de procedibilidad el acta de conciliación que cumpla dos obligaciones o condiciones legales: a) Que, el futuro demandante solicite la conciliación y b) Que, el futuro demandante concurra a la audiencia (p.126).

Respecto del demandado:El invitado -futuro demandado- en un procedimiento conciliatorio debe cumplir con asistir a la audiencia de conciliación; pues constituye requisito de admisión de la reconvencción siempre que haya hecho constar la controversia a reconvenir y los hechos que sustentan la misma.

f) El acta de conciliación:

Para Peña (2014) el acta de conciliación es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la conciliación. (p.371).

“De la audiencia de conciliación se confeccionará un acta, la misma que constituye título de ejecución, cuando de su contenido se desprenda válidamente una obligación exigible en razón del tiempo, lugar y modo” (Quiroga,2000,p.797)

El acta constituye el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes conciliantes y para constituir título de ejecución debe contener acuerdos ciertos, expresos y exigibles y para constituir

requisito de procedibilidad debe contener una de las formas de conclusión conforme al Art. 15 de la Ley 26872.

Ley 26872 Ley de conciliación extrajudicial

Lima, 29 de octubre de 1997

Art. 16: "(...) El acta de conciliación debe contener:

- a) Número correlativo.
- b) Número de expediente.
- c) Lugar y fecha en la que se suscribe.
- d) Nombres, número del documento oficial de identidad y del domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso del testigo a ruego.
- e) Nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador.
- f) Número de registro y de ser el caso, registro de especialidad del conciliador.
- g) La descripción de la o las controversias. Para estos efectos, se deberá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante del Acta, en el modo que establezca el Reglamento.
- h) El acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la Audiencia o la decisión motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador.
- i) Firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso

- j) Huella digital del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales de ser el caso.
- k) El nombre, registro de colegiatura, firma y huella del Abogado del centro de conciliación extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial.

En el caso que la parte o las partes no puedan firmar o imprimir su huella digital por algún impedimento físico, intervendrá un testigo a ruego quien firmará e imprimirá su huella digital. En el caso de los analfabetos, también intervendrá un testigo a ruego, quien leerá y firmará el acta de conciliación. La impresión de la huella digital del analfabeto importa la aceptación al contenido del acta. En ambos casos se dejará constancia de ésta situación en el acta.

Respecto de los requisitos de todo acta de conciliación cualquiera que fuese el tipo es importante anotar que la omisión de alguno de los requisitos establecidos en los literales a), b), j) y k) del artículo 16 de la Ley no enervan la validez del acta.

Sin embargo, la omisión de alguno de los requisitos establecidos en los incisos c),d), e), g), h), i); esto es la omisión del lugar y fecha en la que se suscribe, nombre, número de documento de identidad y domicilio de las partes, nombre y número oficial del conciliador; descripción de las controversias, el acuerdo conciliatorio y la firma del conciliador, las partes o sus representantes dará lugar a la nulidad documental del acta y no podrá ser considerada título de ejecución, ni posibilitará la

interposición de la demanda. Por tanto la nulidad por quebrantamiento de forma es al documento, al acta en sí, mas no al acuerdo.

Tipos:

Acuerdo total de las partes:

Cuando las partes han arribado a acuerdos respecto de todas las controversias contenidas en la solicitud de conciliación o en su caso de aquellas que fueron admitidas en audiencia efectiva. “Es la máxima satisfacción a que puede aspirar el conciliador, cuando producto de su participación se llega a un arreglo provechoso para ambas partes”(Peña,2014,p.256).

Acuerdo parcial de las partes:

Se produce cuando las partes se han puesto de acuerdo sólo respecto de algunas controversias; dejando otras sin resolver; debiéndose dejar claramente delimitados y descritos los puntos sobre los cuales no hubo solución para que respectos éste extremo se pueda incoar demanda ante el Poder Judicial

Falta de acuerdo entre las partes:

Se produce cuando las partes intervinientes en un procedimiento conciliatorio luego de participar de la respectiva audiencia de conciliación y discutido las controversias sometidas a conciliación no arriban a soluciones satisfactorias por existir divergencias y/o expresan su voluntad de no conciliar, por lo que el conciliador no tiene otra opción que concluir el procedimiento.

Inasistencia de una parte a dos sesiones:

Le ley de conciliación No. 26872 establece que el conciliador debe cursar invitaciones hasta en dos oportunidades con el objeto de lograr la solución del conflicto, empero si una parte no concurre a dos sesiones alternas o consecutivas se debe concluir el procedimiento.

Inasistencia de ambas partes a una sesión:

Se dará por concluido el procedimiento conciliatorio cuando ambas partes no asistan a una sola sesión, no existiendo la posibilidad de convocar a otra sesión de conciliación. En este supuesto se produce la ineficacia de la suspensión del plazo de prescripción generada con la presentación de la solicitud de conciliación.

Decisión motivada del conciliador en audiencia efectiva:

Si se produjesen la violación a los principios de la conciliación, retirarse alguna de la partes antes de la conclusión de la audiencia o negarse a firmar el acta de conciliación se da por concluida la audiencia de conciliación con decisión motivada del conciliador y siendo el que incurra en estas conductas el solicitante la prescripción reanuda su curso así como la reconvencción sólo será admitida si la parte que la propone no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado.

g) Mérito del acta de conciliación:

Las actas de conciliación con acuerdo total tienen valor de título de ejecución según el Art. 18 de la Ley de conciliación No. 26872;

mientras que el reglamento D.S. No. 014-2008-JUS expresa que tienen mérito ejecutivo; lo que implica que los acuerdos que contengan derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes que consten en dicha acta son exigibles a través del proceso único de ejecución conforme al Código Procesal Civil.

Mientras que las actas de conciliación sin acuerdo (falta de acuerdo, inasistencia de una o ambas partes a la audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador) “constituye título de procedibilidad que no ha definido el conflicto y por lo tanto permite trasladar la discusión a sede judicial para su judicialización” (Ledesma, 2014, p.491).

Por otro lado, las actas de conciliación con acuerdo parcial tienen doble valor legal, así constituye título de ejecución sobre las controversias en las que hubo acuerdo y título de procedibilidad sobre las controversias en que no hubo acuerdo.

2.4.3 Conciliación y Proceso Judicial

a) Antes del proceso judicial: Al respecto debemos señalar que la conciliación debe realizarse antes del proceso judicial en caso de tratarse de distrito conciliatorio siendo obligatorio que el demandante agote el intento conciliatorio ante un Centro de Conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia.

b) Durante el proceso judicial: Durante el proceso no existe impedimento para conciliar, así lo ha establecido el Art 327 del CPC señala que habiendo proceso abierto no existe impedimento para que

las partes puedan recurrir a un Centro de Conciliación con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones materia del proceso.

c)Después del proceso judicial: Después del proceso aún es posible conciliar conforme lo establece el Art. 339 del Código Civil que prescribe “aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia”, ello en concordancia con lo previsto en el Art.323 del CPC “las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia”.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1.DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación se ha utilizado un diseño mixto, resultante de la fusión de los modelos cualitativo y cuantitativo utilizando las fortalezas de ambos; por el que se aborda el problema de manera integral pues se ha recolectado los datos de los juzgados especializados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno en cuanto aplican las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 respecto de la admisión de demandas, reconvencciones y medidas cautelares y por otro lado se ha analizado las repercusiones de la aplicación de esta norma en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Este tipo de diseño para Pineda (2017) consiste en un enfoque que implica un proceso de recolección, estudio (p.29) y vinculación de datos cuantitativos cualitativos en un mismo estudio para tener una visión más completa del fenómeno.

3.2. TIPO DE INVESTIGACION

La investigación cuantitativa es aquella en la que se recogen y analizan datos cuantitativos sobre variable y la investigación cualitativa es un método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales que se basa en cortes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología hermenéutica, la interacción social empleando métodos de recolección de datos que son no cuantitativos, con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan los correspondientes.

Es una investigación de tipo mixta porque involucra problemas tanto teóricos como prácticos; buscando la aplicación de los conocimientos que se adquieren

3.3. AMBITO O LUGAR DE ESTUDIO

3.3.1 Ubicación Espacial

Las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 y su repercusión en la tutela jurisdiccional efectiva es de alcance nacional, sin embargo, se verificará en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno.

3.3.2 Ubicación Temporal

El horizonte temporal del Decreto Legislativo No. 1070 está referido del año 2008 a la fecha. Su afectación se verificará en los expedientes tramitados en el año 2016 en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno.

3.4. DISEÑO DE TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS

3.4.1 Técnicas

En la variable independiente se ha aplicado la técnica de observación documental por cuanto el objeto de la observación está constituido por documentos.

En la variable dependiente: revisión documental y observación directa de expedientes en materia civil tramitados en los Juzgados Civiles de Puno en el año 2016.

3.4.2 Instrumentos

Para la variable independiente se ha utilizado la libreta de apuntes y fichas de resumen; con la finalidad de acopiar información y profundizar sobre la variable.

Para la variable dependiente. Fichas de resumen y de observación que se aplicó en la revisión y análisis de los expedientes civiles tramitados durante el año 2016 en la Corte Superior de Justicia de Puno.

3.5 POBLACION Y MUESTRA

3.5.1 Unidades de Estudio

Estarán constituidas por el Diario Oficial El Peruano, libros, artículos científicos y páginas de internet de instituciones públicas, complementariamente expedientes donde se haya declarado la inadmisibilidad de la demanda; improcedencia de la demanda liminarmente o en la sentencia, improcedencia de la reconvenición o en

su caso se haya declarado la caducidad de la medida cautelar por las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070.

3.5.2 Fuentes de Estudio

Legislación nacional, doctrina y jurisprudencia referente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, el proceso como instrumento de solución de conflictos y la conciliación extrajudicial como límite al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.5.3 Delimitación Geográfica

La investigación se encuentra circunscrita geográficamente a la ciudad de Puno, específicamente ala Corte Superior de Justicia de Puno.

3.5.4 Delimitación Temporal

La investigación se ubica en el año 2016, por cuanto durante su ejecución sólo se contaba con datos de dicho año.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 MODIFICATORIAS INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1070 EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL Y LA LEY DE CONCILIACION No. 26872

El Decreto Legislativo No. 1070 publicado el 28 de junio del 2008 fue expedido con el propósito de modernizar el marco normativo de la Conciliación Extrajudicial así se sustentó que para elevar la producción, productividad y competitividad del país era necesario que los ciudadanos puedan acceder a una administración de justicia más moderna y eficiente, para lo cual la efectiva aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos-MARCS cumple una función importante.

En dicho contexto era necesario modernizar la Conciliación Extrajudicial de manera integral e impulsarla como mecanismo institucionalizado para asegurar su eficacia; lo que implicó la modificación de la Ley de conciliación No. 26872 así como el Código Procesal Civil.

En este contexto, el Decreto Legislativo No. 1070 modificó los artículos 5, 6, 7, 8, 9,10, 11,12, 14, 15, 16, 18, 19,20,21,22,24,25,26,28 y 30 de la Ley No. 26872 Ley de conciliación de los cuales cobran importancia por su repercusión en el derecho a la tutela jurisdiccional las modificatorias introducidas a los artículos 6 y 15. Mientras que en cuanto a las modificatorias introducidas al Código Procesal Civil éstas fueron reguladas en la única disposición modificatoria del Decreto Legislativo No. 1070 por el que se modificó los artículos 87, 30, 308, 309, 324, 327,445, 468, 473, 491 inc. 8),493, 526, 530, 554, 555, 557, 636 y 760; siendo materia de la presente investigación los artículos 445 y 636.

4.2 RESPECTO DE LAS NORMAS MODIFICADAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO No. 1070 EN LA LEY DE CONCILIACIÓN Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL MATERIA DE ANALISIS

4.2.1 Respeto de la Reconvención

Hasta antes de la vigencia del Decreto Legislativo No.1070 la reconvención era admisible según nuestra norma procesal (CPC) si la pretensión contenida en ella fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda, no afecte la competencia del juez ni la vía procedimental originales; esto es que:

- a) Que la pretensión a reconvenir sea conexa con la pretensión de la demanda.
- b) La competencia originaria no sea modificada por ningún factor de la competencia sea materia, cuantía, grado y territorio, por tanto el juez competente será el juez de la demanda.

c) La vía procedimental en que se tramitará las pretensiones reconvenidas sea la vía procedimental de la demanda originaria.

Sin embargo; con la vigencia del Decreto Legislativo No. 1070 se modificó el texto del Art.445 del Código Procesal Civil regulando los requisitos de admisibilidad de la reconvenición aplicable a los distritos conciliatorios donde se encuentra vigente la Ley de conciliación No. 26872; siempre que la pretensión a reconvenir sea materia conciliable.

Código Procesal Civil (D. Leg. 638) modificado por el D.Leg.1070

Lima, 23 de abril de 1993

Artículo 445: Reconvenición.-

“(…) En caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable el juez para admitirla deberá verificar la asistencia del demandado a la Audiencia de conciliación y que conste la descripción de la o las controversias planteadas por éste en el Acta de conciliación extrajudicial presentada anexa a la demanda”

Esta norma exige que si la pretensión reconvenida es materia conciliable, será necesario que el juez califique el intento conciliatorio por parte del demandado en el procedimiento conciliatorio extrajudicial.

Empero, ello no queda ahí, pues concordante con dicha exigencia el Decreto Legislativo No. 1070 modificó también el Art. 15 de la Ley 26872 Ley de conciliación en la que también se reguló sobre la admisibilidad de la reconvenición cual es verificar que el procedimiento conciliatorio no haya concluido por la inasistencia del invitado a dos

sesiones y que éste no haya dado motivo a que el conciliador expida el acta por decisión motivada del conciliador.

Ley 26872 Ley de conciliación extrajudicial

Lima, 29 de octubre de 1997

Artículo 15: Conclusión del procedimiento conciliatorio

“(…)La formulación de reconvencción en el proceso judicial, sólo se admitirá si la parte que la propone, no produjo la conclusión del procedimiento conciliatorio al que fue invitado, bajo los supuestos de los incisos d) y f) contenidos en el presente artículo.

-Inasistencia de una parte a dos sesiones

-(…) Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación

La inasistencia de la parte invitada a la audiencia de conciliación, produce en el proceso judicial que se instaure, presunción legal relativa de verdad sobre los hechos expuestos en el Acta de conciliación y reproducidos en la demanda. La misma presunción se aplicará a favor del invitado que asista y exponga los hechos que determinen sus pretensiones para una probable reconvencción, en el supuesto que el solicitante no asista (…)”

Por lo tanto el Juez, al momento de calificar la reconvencción deberá verificar no solo la conexidad, competencia y vía procedimental sino que tratándose de materia conciliable la pretensión a reconvenir adicionalmente deberá verificar en el acta de conciliación aparejada a la demanda el cumplimiento de dos exigencias para su admisión:

a) Asistencia del demandado a la audiencia de conciliación:

Una vez iniciado el procedimiento conciliatorio por el solicitante (futuro demandante) y convocada que sea a la audiencia de conciliación el invitado (futuro demandado), deberá asistir a dicha audiencia si pretende formular reconvencción.

b) Descripción de la o las controversias en el acta de conciliación:

Es obligatorio que el invitado (futuro demandado) durante la audiencia de conciliación consigne y describa la o las controversias de su probable reconvencción; las que deberán ser registradas en el acta de conciliación, consistentes en la descripción de las pretensiones que versan sobre los derechos disponibles patrimoniales y no patrimoniales.

4.2.2 Respetto de la Medida Cautelar Fuera de Proceso

En relación a la medida cautelar antes de proceso el Decreto Legislativo No. 1070 modificó el Art.636 del Código Procesal Civil con el texto siguiente:

Código Procesal Civil (D. Leg. 638) modificado por el D.Leg.1070**Lima, 23 de abril de 1993****Artículo 636: Medida cautelar fuera de proceso.-**

“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. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior la medida cautelar requiere nueva tramitación”

Por tanto cuando todo justiciable solicite medida cautelar fuera de proceso y la pretensión de la demanda principal deba ser sometida al procedimiento de conciliación extrajudicial por tratarse de materia conciliable, el Juez al calificar la demanda deberá verificar que el demandante haya cumplido con observar lo siguiente:

- a) Que, el procedimiento conciliatorio haya sido iniciado dentro de los cinco días hábiles contados desde la ejecución de la medida cautelar.

- b) Que, la demanda se interponga dentro del plazo de 10 días hábiles de concluido el procedimiento conciliatorio.
- c) Que, el procedimiento conciliatorio no haya concluido por inasistencia de las partes a dos sesiones (cuando quien falte sea el solicitante) o por decisión motivada del conciliador (cuando quien haya provocado ello sea el solicitante)

Por tanto la observancia de dichos requisitos para la admisión de la demanda principal repercutirá en la medida cautelar ejecutada, pues operará la caducidad de la medida cautelar en caso de encontrarse en los siguientes supuestos:

- a) Cuando no se interponga la demanda oportunamente; esto es que el demandante tiene el plazo de 10 días hábiles para interponer la demanda una vez concluido el procedimiento conciliatorio.
- b) Cuando la demanda sea rechazada liminarmente; lo que se producirá cuando la demanda incurra en causales de improcedencia previstas en el Art. 427 del Código Procesal Civil; constituyendo la falta del intento conciliatorio causal de improcedencia por manifiesta falta de interés para obrar conforme lo prevé el Art. 6 de la Ley 26872 Ley de conciliación modificado por el D.Leg.1070.
- c) Cuando no se acude al Centro de conciliación en el plazo indicado, esto es en el plazo de 05 días hábiles de producida la ejecución de la medida cautelar.

4.2.3 Respeto a la Improcedencia de la Demanda

Ley 26872 Ley de conciliación extrajudicial

Lima, 29 de octubre de 1997

Artículo 6:Falta de intento conciliatorio

“Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”

Por tanto con la modificatoria se pretende incentivar la conciliación extrajudicial sancionando con la improcedencia de la demanda cuando:

- a) El demandante no somete a conciliación extrajudicial la controversia que será materia de su futura demanda; siempre que se trate de materia conciliable.
- b) El demandante no haya concurrido a la audiencia de conciliación convocada por el centro de conciliación extrajudicial y se haya concluido el procedimiento conciliatorio por :
 - b.1 Inasistencia de una parte a dos sesiones cuando el inasistente sea el solicitante.
 - b. 2 Inasistencia de ambas partes a una sesión.

El poder de rechazar in limine la demanda es recogida en nuestro Código Procesal Civil con la denominada declaración de improcedencia

prevista en el Art. 427 del CPC y en consonancia con la Ley de conciliación y las modificatorias introducidas en la Ley 26872 Ley de conciliación es que el Art. 427 numeral 2) del Código Procesal Civil fue modificado por Ley 30293 publicada el 28/12/2014 incorporando como causal de improcedencia de la demanda la Falta de interés para obrar; la que operará cuando el actor no solicite la conciliación o no acuda a la audiencia de conciliación en forma previa al acceso a la jurisdicción.

4.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 1070 EN LOS PROCESOS CIVILES TRAMITADOS EN LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS CIVILES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO

Conforme a lo expuesto, es materia de verificación las consecuencias jurídicas de la aplicación de los artículos 6 y 15 de la Ley de conciliación No. 26872 y de los artículos 445 y 636 del Código Procesal Civil en los expedientes de materia civil tramitados en los tres juzgados especializados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno.

4.3.1 Sobre los Expedientes Tramitados

En la presente investigación se ha analizado la totalidad de expedientes en material civil ingresados en los Juzgados especializados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2016 que comprende el período del 02 de enero al 31 de diciembre del 2016; habiéndose registrado un ingreso total de 933 expedientes civiles.

Cabe señalar que los juzgados especializados civiles de Puno no sólo tramitan expedientes de materia civil sino también conocen de materia

constitucional, laboral, comercial; por no existir dichas especialidades en la Corte Superior de Justicia de Puno; los cuales no son materia de análisis en la presente investigación.

Por lo tanto es necesario hacer la atinencia que los expedientes que ingresan a los juzgados civiles sólo pueden ser registrados con los siguientes códigos:

- Materia civil (CI):
- Materia laboral (LA)
- Materia contencioso administrativo (CA)

Habiéndose solicitado a la oficina de Administración de la Corte Superior de Justicia de Puno el reporte de los expedientes registrados en el año 2016 sobre materia civil; dentro de los cuales se ha detectado expedientes constitucionales, medidas cautelares antes de proceso y solicitudes de procesos no contenciosos.

A continuación se procede a especificar a detalle los expedientes analizados de cada uno de los juzgados:

a) Primer Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

El primer juzgado especializado civil de la provincia de Puno en el año 2016 reporta un ingreso total de 299 expedientes con el código de materia civil; dentro de los cuales se registran 41 procesos de materia constitucional, 58 procesos no contenciosos, 01 expediente cautelar fuera de proceso y 199 expedientes contenciosos civiles

b) Segundo Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

El segundo juzgado especializado civil de la provincia de Puno en el año 2016 reporta un ingreso total de 306 expedientes con el código de materia civil dentro los cuales se registran 65 procesos de materia constitucional, 54 procesos no contenciosos, 15 expedientes de medida cautelar fuera de proceso y 172 expedientes contenciosos en materia civil.

c) Tercer Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

El tercer juzgado especializado civil de la provincia de Puno en el año 2016 reporta un ingreso total de 328 expedientes con el código de materia civil dentro los cuales se registran 60 procesos de materia constitucional, 52 procesos no contenciosos, 42 expedientes de medidas cautelares fuera de proceso y 174 expedientes contenciosos en materia civil.

4.3.2 Respecto de los Procesos Civiles Tramitados en los Juzgados Especializados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno

Es materia de análisis de la presente investigación sólo los expedientes contenciosos en materia civil; por lo que dentro de los procesos contenciosos sobre materia civil tramitados durante el año 2016 en los tres juzgados especializados de la Corte Superior de Justicia de Puno, se ha verificado que no todas las pretensiones se encuentran dentro de los alcances de la Ley de conciliación No. 26872 y de las modificatorias analizadas introducidas por el Decreto legislativo No. 1070; por lo que es necesario determinar el número de expedientes

cuyas pretensiones sean materias conciliables y el número de expedientes cuyas pretensiones no son conciliables (Art.7-A de la Ley 26872) o en su caso no le sea inexigible cumplir con el procedimiento conciliatorio previo al proceso (Art. 9 de la Ley 26872 entre las cuales un porcentaje mayor corresponde al proceso único de ejecución).

a) Primer Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

En el Primer Juzgado especializado Civil de la provincia de Puno, se han tramitado 199 procesos contenciosos civiles de los cuales versan sobre materias conciliables 45 expedientes y dentro de materias no conciliables o es inexigible la conciliación 154 expedientes.

b) Segundo Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

En el Segundo Juzgado especializado civil de la provincia de Puno se han tramitado 172 procesos contenciosos civiles de los cuales versan sobre materias conciliables 38 expedientes y dentro de materias no conciliables o es inexigible la conciliación 134 expedientes.

c) Tercer Juzgado Especializado Civil de la provincia de Puno:

En el Tercer Juzgado especializado civil de la provincia de Puno se han tramitado 174 procesos civiles de los cuales versan sobre materias conciliables 36 expedientes y dentro de materias no conciliables o es inexigible la conciliación 138 expedientes.

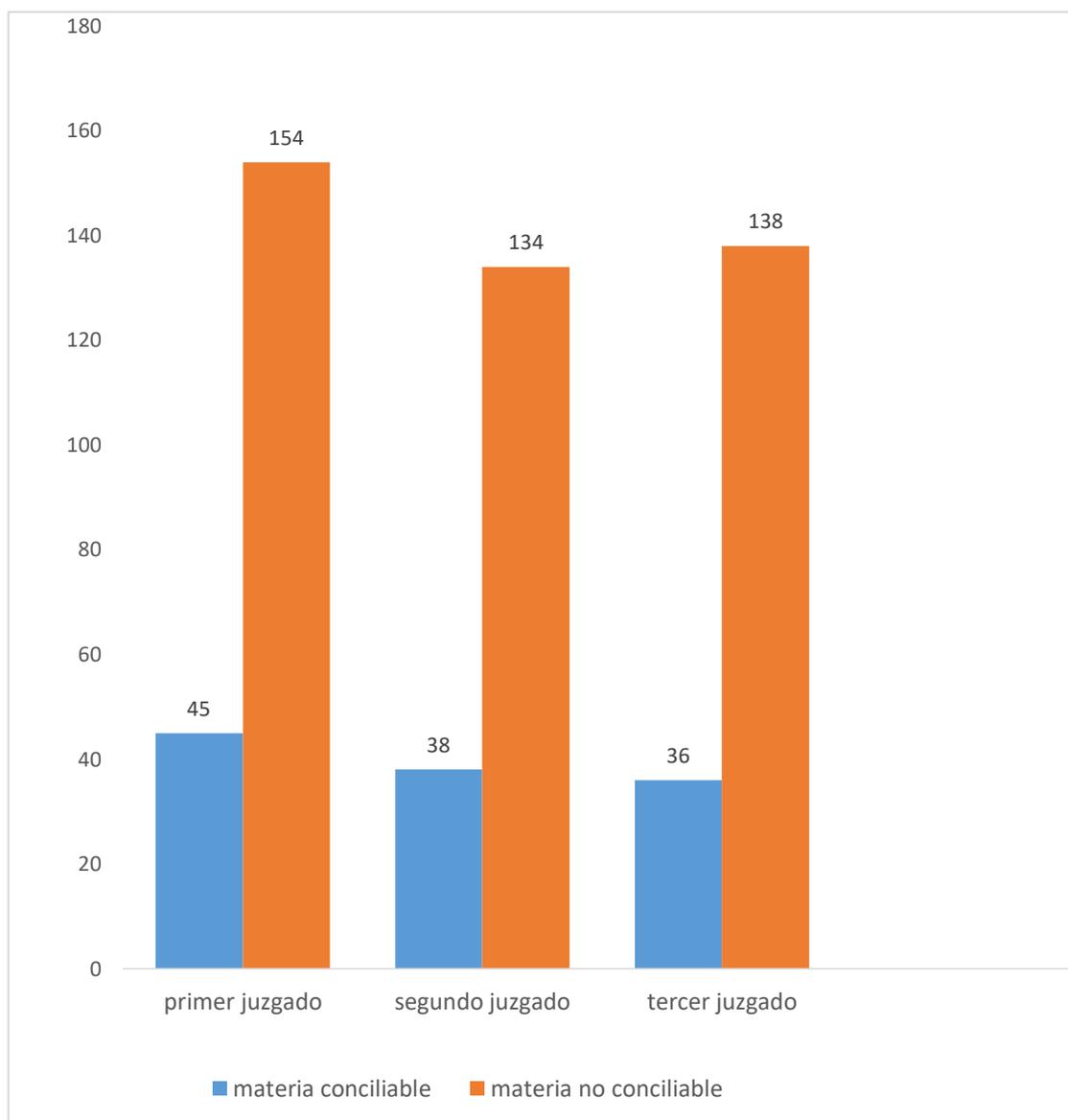


Figura 1. Procesos Civiles tramitados en los Juzgados especializados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno.

4.3.3 Expedientes Civiles sobre pretensiones conciliables Tramitados en los Juzgados Especializados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno donde se aplicó las modificatorias introducidas a la ley de conciliación y el Código Procesal Civil materia de análisis.

a) Respecto a la improcedencia de la demanda por falta de intento conciliatorio o inasistencia a la conciliación:

Durante el año 2016 de los 45 expedientes tramitados en el Primer Juzgado especializado Civil sobre materias conciliables se declaró la improcedencia de la demanda en 09 expedientes y en 01 expediente se declaró inadmisibile la demanda por falta de intento conciliatorio y 02 expedientes fueron declarados improcedentes expedientes por otros motivos.

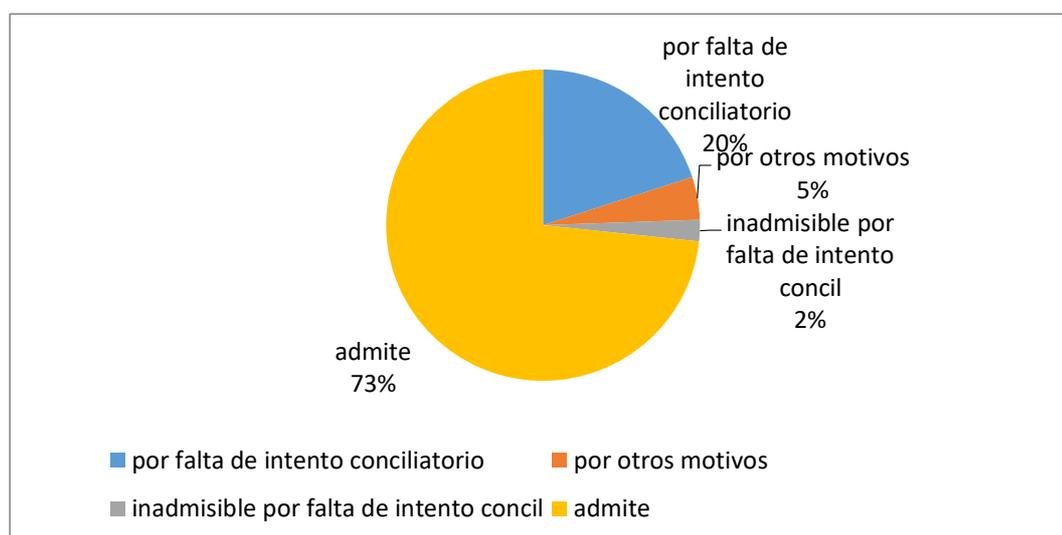


Figura 2. Primer Juzgado Especializado Civil

De lo que se concluye que el 22% de expedientes fueron rechazados por falta de intento conciliatorio previo al proceso o por inasistencia del solicitante a la audiencia de conciliación en aplicación de lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley 26872 modificado por el Decreto Legislativo No. 1070; verificándose con ello la limitación del acceso a la jurisdicción.

Mientras que en el Segundo Juzgado especializado civil de los 38 expedientes sobre materias conciliables se declaró la improcedencia de la demanda liminar en 06 expedientes y 01 expediente se declaró la improcedencia mediante auto de saneamiento procesal; mientras que 03 expedientes fueron declarados improcedentes por otros motivos.

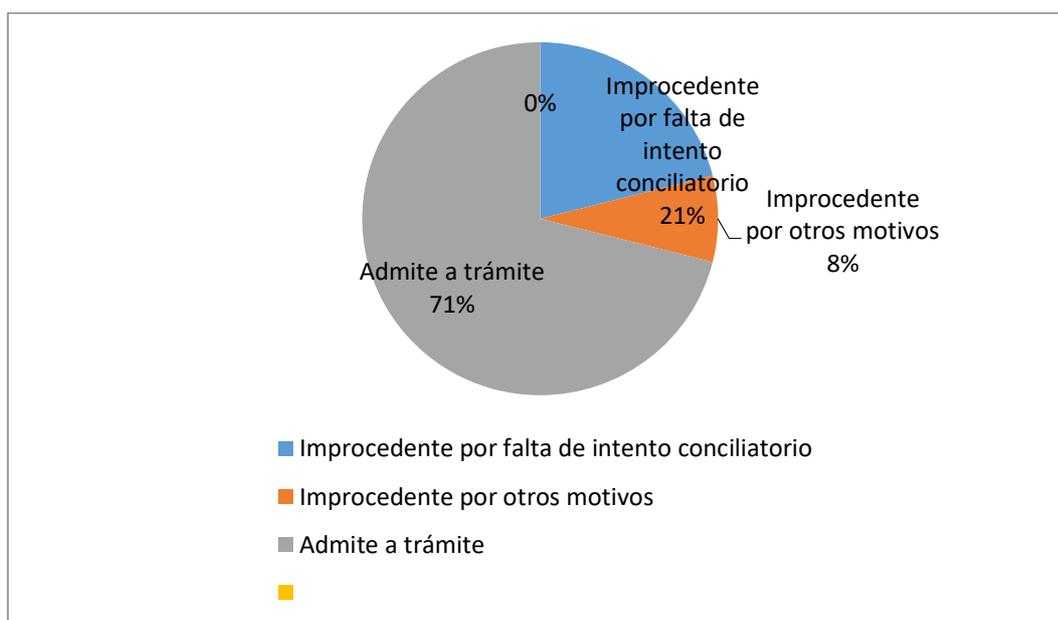


Figura 3. Segundo Juzgado Especializado Civil

Concluyéndose que el 21% de expedientes ingresados que versan sobre materias conciliables fueron rechazados por falta de intento conciliatorio previo al proceso o por inasistencia del solicitante a la audiencia de conciliación en aplicación de lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley 26872

modificado por el Decreto Legislativo No. 1070; verificándose con ello la restricción en el acceso a la jurisdicción.

En el Tercer Juzgado especializado civil de los 36 expedientes sobre materias conciliables se declaró improcedente la demanda en 14 expedientes, de los cuales 12 expedientes por falta de intento conciliatorio y 02 expedientes por otros motivos.

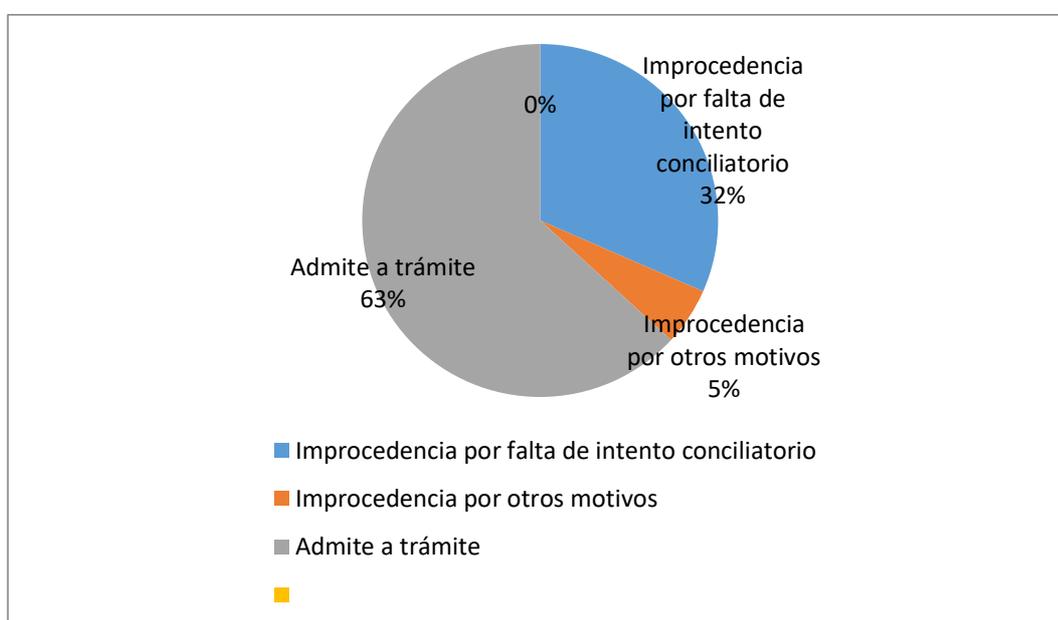


Figura 4. Tercer Juzgado Especializado Civil

De lo que se concluye que el 37% de expedientes ingresados sobre materias conciliables fueron rechazados por falta de intento conciliatorio previo al proceso o por inasistencia del solicitante a la audiencia de conciliación en aplicación de lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley 26872 modificado por el Decreto Legislativo No. 1070; con lo que se verifica la limitación del acceso a la jurisdicción.

b) Respecto a la caducidad de las medidas cautelares:

En cuanto a las medidas cautelares antes de proceso durante el año 2016 el Primer juzgado civil tramitó solo 01 expediente, el Segundo juzgado civil tramitó 15 expedientes y el Tercer juzgado civil tramitó 42 expedientes; sin embargo estos expedientes corresponden en su gran mayoría a medidas cautelares de inscripción que garantizan procesos de ejecución donde no es exigible la conciliación o se trata de medidas cautelares cuya pretensión futura a dilucidar en el proceso principal no es materia conciliable.

En consecuencia no se ha podido verificar la aplicación del Art.636 del CPC modificado por el Decreto legislativo No. 1070 en las medidas cautelares tramitados en los juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno durante el año 2016.

c) De la reconvención:

Del análisis de los expedientes sobre materia civil que fueron admitidos a trámite durante el año 2016 tramitados ante los tres juzgados civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno que versan sobre pretensiones conciliables no se ha verificado ningún expediente en el que se haya formulado reconvención sobre materia conciliable en el que se haya aplicado el Art.445 del CPC modificado por el Decreto Legislativo No. 1070.

4.4 DE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 6 Y 15 DE LA LEY DE CONCILIACION Y LOS ARTICULOS 445 Y 636 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL A LA LUZ DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

4.4.1 Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

Es un derecho que tiene fundamento en instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte, consagrado como recurso efectivo a través del cual se busca garantizar la eficacia de la jurisdicción.

En el ámbito nacional el derecho a la tutela jurisdiccional se encuentra regulado en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política y artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil y se concibe como un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

Está compuesto por un “complejo de derechos” como el derecho de acceso a la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”.

Este derecho se despliega durante el proceso y contiene un haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial y es desde la perspectiva del derecho constitucional, fundamento y razón de ser de la sociedad y el Estado;

siendo ello así cualquier instituto jurídico que se pretenda implementar debe tener como finalidad el respeto y la defensa de la persona humana y de su dignidad.

Dentro de este contexto se presenta un irrestricto respeto de los derechos fundamentales, pues el Estado tiene el deber de garantizar la protección y la vigencia de los derechos fundamentales así lo ha establecido el Tribunal constitucional.

“Si los derechos fundamentales cumplen una función de legitimación jurídica de todo el ordenamiento constitucional, y, al mismo tiempo tienen una pretensión de validez, entonces también tienen la propiedad de exigir del Estado (y de sus órganos) un deber especial de protección para con ellos. Y es que si sobre los derechos constitucionales, en su dimensión objetiva, sólo se proclamara un efecto de irradiación por el ordenamiento jurídico, pero no se obligara a los órganos estatales a protegerlos de las asechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado” (STC Exp.No. 858-2003-AA)

En suma este derecho ha sido reconocido por el constitucionalismo moderno como parte integrante del catálogo de derechos fundamentales obligando a los Estados a poner a disposición de sus ciudadanos mecanismos de tutela efectiva a efecto que sus derechos sean determinados o protegidos.

4.4.2 Derecho a la Tutela Jurisdiccional en la Jurisprudencia Peruana

En igual sentido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado respecto a este derecho, asumiendo la postura que se trata de un derecho fundamental que comprende un complejo de derechos para su realización, conforme se puede verificar de las siguientes sentencias constitucionales:

“Mediante ambos derechos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la declaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo estos derechos poseen un contenido complejo (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139, el segundo párrafo del artículo 103 u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio derecho de dignidad de la persona humana. (STC No. 23-2005-AI)

“ El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por

decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos (...), entre otros, el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, siendo que jurisprudencialmente se han desarrollado en cada caso particular derechos relacionados en forma directa a estos, como los derechos al juez natural ,la ejecución de resoluciones judiciales, la independencia judicial, entre otros”. (STC No. 5-2006-AI)

“El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que) se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente y; como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales” (STC No. 0015-2001-AI)

4.4.3 Presupuestos para Determinar las limitaciones al derecho a la Tutela Jurisdiccional

Considerando que este derecho está presente durante todo el proceso y se encuentra categorizado como un derecho fundamental en la medida que los derechos que la componen son exigibles por los justiciables a los órganos jurisdiccionales quienes a su vez tienen el deber de garantizar su cumplimiento; se hace necesario determinar algunos presupuestos necesarios para determinar la existencia de limitaciones al contenido esencial del derecho.

a) Exigencia de no establecer requisitos irrazonables:

Bustamante (2001) “el contenido esencial de cada derecho fundamental debe identificarse con la totalidad del contenido del derecho, el deber del legislador de respetarlo a limitar su ejercicio y de adoptar medidas de desarrollo normativo necesarias para su realización” (p. 161).

b) Igualdad de condiciones en el acceso:

Un elemento esencial del acceso a los órganos judiciales es el derecho a ser oído en igualdad de condiciones. Una vez accedido al órgano jurisdiccional es importante que las partes situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia; ninguna de ellas obtenga indebida ventaja respecto de la otra.

El ordenamiento jurídico no puede aceptar que una de las partes se vea perjudicada con las exigencias formales establecidas en la norma, diseñadas precisamente para protegerla; pues por el principio de igualdad “se impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos” (Priori, 2006.p.123).

Para Echandía (2009) “La libertad del ejercicio de los derechos subjetivos de acción y contradicción debe ser efectiva y real en la práctica; siendo injurídicas todas las medidas legales, reglamentarias o de hecho que conduzcan a vulnerar el libre, eficaz y práctico ejercicio del derecho de acción y contradicción. Entre tales sistemas o medidas podemos indicar las siguientes:

- Suprimir u otorgar menguadamente de manera que en la práctica resulte ineficaz, la oportunidad de descargo en lo penal y de respuesta en lo civil, frente a las imputaciones o pretensiones que contra el imputado o demandado se formulen.
- Suprimir u otorgar menguadamente de manera que en la práctica resulte ineficaz, la oportunidad de solicitar, aducir y hacer practicar pruebas, tanto por quienes demandan o denunciar o imputan, como por los demandados o imputados o por posteriores intervinientes y también por los jueces oficiosamente, y de contradecir o discutir las pruebas que puedan ser perjudiciales.
- Suprimir o el hacer inoperante en la práctica la oportunidad de alegación para fundamentar la defensa en su doble aspecto mencionado.
- Dejar sin resolver el litigio... (p.99)

c) Principio del pro actione:

Las normas jurídicas y cualquier acto jurídico en general, deban ser interpretadas y aplicadas de tal forma que favorezcan su eficacia y contenido, implicando además que los órganos estatales y los particulares deban adecuar sus conductas al pleno respeto de los derechos fundamentales en la medida que al ser elementos esenciales del ordenamiento jurídico los obliga y vincula (Bustamante, 2001, p. 172)

Dicho principio tiene su sustento en sub principios:

- El antiformalismo; entendida como el privilegio de la finalidad antes que el respeto a las formas.

- Principio de razonabilidad que excluye lo contradictorio y lo absurdo, entendiéndose que es irrazonable aquello que es en sí mismo contradictorio, que conduce a un resultado absurdo, que no respeta las reglas de la lógica, que viola el principio de identidad o que carece de sentido y;
- La obligación del Estado de promover y proteger el derecho a la Tutela Jurisdiccional en tanto derecho fundamental que atraviesa todo el ordenamiento jurídico en forma vertical y horizontal.

Limitaciones en la jurisprudencia española:

En igual sentido el Tribunal Constitucional español señala cuatro criterios para determinar si se está vulnerando el derecho:

- a) La resolución debe dar una respuesta genérica a las pretensiones pero debe resolver la cuestión principal, por lo tanto, solo la omisión o falta total de respuesta entraña la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Se debe hacer una distinción entre las alegaciones que fundamentan la pretensión y la propia pretensión, de ésta manera la respuesta a las alegaciones puede ser genérica o global, pero la respuesta a las pretensiones debe ser concreta y pormenorizada aunque en estos casos también se admite una respuesta tácita.

- b) La falta de respuesta debe haber provocado una efectiva indefensión material, es decir, se debe ocasionar un efectivo perjuicio al derecho de defensa del afectado.

c) En los casos en que en la sentencia, además, se debe resolver sobre otros derechos fundamentales, se exige un mayor detalle en la respuesta judicial a las pretensiones planteadas.

Por su parte, Chamorro citado por Obando (2011) señala que se infringirá la tutela jurisdiccional efectiva en los siguientes casos:

“...a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva puede producirse en múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de legalidad ordinaria, o en su caso, serán incumplimientos de otras concretas garantías procesales,, pero no derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva”.

(p.54)

4.4.4. De las limitaciones establecidas en las modificatorias introducidas a la ley de conciliación (art. 6 y 15) y el Código Procesal Civil (art. 445 y 636) que afectan el derecho a la tutela jurisdiccional

a) Sobre la limitación al derecho de acceso a la jurisdicción y derecho de defensa en la reconvención:

La reconvención debe entenderse como la nueva pretensión que introduce al proceso el demandado al ejercer el contradictorio, aprovechando los beneficios de los principios de economía y celeridad procesal; sin embargo el Decreto Legislativo No. 1070 al incorporar en el procedimiento de conciliación extrajudicial la reconvención; exige como uno de los requisitos a ser verificado por el juez del proceso que el invitado de un procedimiento conciliatorio asista y en audiencia efectiva deba hacer constar su deseo de reconvenir así como formular las pretensiones de su futura reconvención y los hechos que la sustentan.

Esta situación, trastoca la naturaleza de la conciliación extrajudicial basado en la autonomía de la voluntad, pues imponer requisitos para la procedencia de la reconvención a observarse en el procedimiento conciliatorio genera indefensión y limitación en el acceso a la justicia por las siguientes razones:

1.- La conciliación extrajudicial es un procedimiento consensual donde prima la voluntad de las partes y donde no es obligatorio que éstas se encuentren asesoradas por un Letrado- como ocurre en el proceso judicial donde las partes deben apersonarse obligatoriamente con sus

abogados a efectos de garantizar su derecho de defensa-, conforme al Reglamento de la Ley de conciliación D.S. No. 014-2008-JUS que en su Art. 21 establece que las partes puedan ser asesoradas durante la audiencia por personas de su confianza o especialistas que coadyuven en el logro de la conciliación; por tanto el asesor no necesariamente será un abogado.

En dicho contexto y en concordancia con lo previsto en el artículo 21, numeral 1 del Reglamento de la Ley de conciliación (D.S. No. 014-2008-JUS) establece que los asesores tienen como finalidad brindar información especializada a las partes sin asumir un rol protagónico, sin embargo, ello no sería suficiente frente a la necesidad de verificar cuándo reconvenir o no y de plantear la futura pretensión reconvenzional; colocando a las partes en un estado de indefensión.

2.- La exigencia de formular la pretensión de la futura reconvección no resulta acorde con la naturaleza jurídica de la conciliación extrajudicial constituyendo una desventaja para las personas que concurren a la audiencia pues la "solicitud de conciliación no es igual a una demanda judicial y la estrategia de defensa jurídica del demandado se formula con la demanda judicial y no con la solicitud de conciliación (DIAZ, 2016. P.163) cuando lo que corresponde es que lo haga en el plazo otorgado para contestar la demanda dentro de un proceso judicial.

3.- Que, establecer limitaciones para formular reconvección, quiebra la esencia de la reconvección, esto es hacer efectiva una pretensión aprovechando el principio de economía y celeridad procesal, además del

principio de no contradicción de resoluciones judiciales ya que la reconvencción evita la expedición de fallos contradictorios al emitirse una sola sentencia que se pronuncie sobre pretensiones conexas, simplificándose así la sustanciación del proceso; sin embargo esta limitación obliga al demandado a instaurar un nuevo proceso judicial con la pretensión reconvenccional para finalmente solicitar a posteriori la acumulación de procesos.

Por tanto, exigir al invitado (futuro demandado) concurrir a la audiencia de conciliación y formular las pretensiones de su futura reconvencción constituyen limitaciones impuestas que afectan el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado en el acceso a la jurisdicción así comparte Díaz (2016) al señalar que “sancionar al invitado que no asista a la audiencia de conciliación con el rechazo a su reconvencción de la demanda, constituye a nuestro parecer una vulneración a su derecho de contradicción, de defensa y a un debido proceso para el demandado” (p. 157); por lo que éstas situaciones constituyen limitaciones al libre acceso que tiene el demandado para solicitar tutela jurisdiccional vía reconvencción, produciendo asimismo una situación que propicia el quebrantamiento del principio de igualdad en el proceso al quedar impedido de proponer una pretensión conexas con la contenida en la demanda; obligándolo a hacerla en otro proceso.

b) Sobre la limitación al derecho de acceso a la jurisdicción y la efectividad de la tutela jurisdiccional con la caducidad de la medida cautelar antes de proceso:

Debemos reafirmar la necesidad de contar con un sistema cautelar eficiente en la actividad procesal, evitando el ejercicio de la autotutela, pues al apreciar la parte accionante que la ley procesal no garantiza la ejecución futura, se incentiva el ejercicio de la autotutela que en nuestro sistema se encuentra proscrita.

Siendo una característica de la tutela cautelar la instrumentalidad -para medidas cautelares dentro o fuera del proceso-, requiere siempre de la existencia o vigencia de un proceso principal; sin el cual no podría existir; por lo que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, pues dependen de otro proceso denominado principal al cual sirven y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que en éste se expida; por ello es que cuando se obtiene una medida cautelar fuera de proceso se debe presentar la demanda principal en un plazo perentorio, caso contrario la medida cautelar perderá vigencia.

La caducidad de las medidas cautelares entonces tiene íntima vinculación con la provisoriedad y la instrumentalidad de las mismas, pues siendo provisorias tienen un punto de partida que es cuando son otorgadas; un tiempo de vigencia y un tiempo en que terminan que es precisamente la caducidad e instrumentales porque estos momentos se encuentran relacionados con la existencia del proceso principal; pues solo pueden concebirse en tanto exista el proceso principal donde se

discuta el derecho que se pretende asegurar; siendo ello así si el proceso principal no ha sido interpuesto dentro del plazo o ha sido rechazado liminarmente la medida cautelar caducará de pleno derecho.

Considerando que la caducidad implica el cese de los efectos legales y materiales que producía la medida válidamente otorgada, y la pérdida de sus efectos se producen de pleno derecho, para lo cual no se requiere resolución expresa que así lo declare; opera entonces cuando la demanda no ha sido interpuesta en el plazo de 10 días de concluido el procedimiento conciliatorio; en caso que la pretensión se trate de materia conciliable; o cuando el procedimiento conciliatorio no fuese iniciado dentro de los 5 días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Opera también la caducidad de la medida cautelar si la demanda principal ha sido declarada liminarmente improcedente o es rechazada por haberse subsanado deficientemente luego de haberse declarado su inadmisibilidad; ello en razón a que no se puede admitir la vigencia de una medida cautelar sin la existencia de un proceso principal al cual garantizar.

Y en el caso que la resolución de improcedencia o rechazo haya sido impugnada y el Superior revocando la misma disponga la admisión de la demanda, la medida cautelar no recupera su vigencia, pues ésta ya caducó de pleno derecho, debiéndose realizar nuevo trámite para obtener otra medida cautelar la que será dentro de proceso.

Sin embargo con la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo No. 1070 obtenida una medida cautelar fuera de proceso y tratándose de materia conciliable, el beneficiario no podrá iniciar el proceso judicial si no apareja a su demanda el acta de conciliación extrajudicial emitido por un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia, resultando relevante el momento en que se solicita la conciliación correspondiendo al Juez la tarea de efectuar el control de los plazos siguientes:

- a) Control del plazo del inicio del procedimiento conciliatorio, por el cual se debe verificar que el beneficiario de la medida cautelar haya presentado su solicitud de conciliación ante un centro de conciliación extrajudicial en el plazo de 5 días de ejecutada la medida cautelar.
- b) Control del plazo de la presentación de la demanda, el cual debe ser formulada en el plazo de 10 días de concluido el procedimiento conciliatorio.

Dichas exigencias, imponen limitaciones al derecho a la tutela jurisdiccional por las siguientes razones:

1.- Se debe verificar que no en todas las medidas cautelares el peticionante interviene en la ejecución de la medida, siendo muchas veces ejecutado con auxilio de terceros, sin embargo el futuro demandante que se aproxime a la jurisdicción para solicitar tutela cautelar antes de proceso- se le impone la carga no sólo de interponer la demanda dentro de los 10 días de concluido el procedimiento conciliatorio- sino que deba haber solicitado la conciliación dentro del

quinto día de ejecutada la medida respecto al cual no existe consenso en la práctica respecto al inicio del plazo; además que el juez no tiene forma de verificar dicho cumplimiento por cuanto no tiene forma de enterarse de la fecha de presentación de la solicitud ante el Centro de conciliación extrajudicial.

2.- En el caso que el auto cautelar comprenda varias medidas cautelares la norma no especifica si el plazo se computa una vez ejecutadas todas o aquellas que garanticen adecuadamente mejor lo que se busca cautelar; quedando en el ámbito discrecional del juez determinar el inicio del cómputo del plazo.

3.- Que, sancionar la inobservancia de los plazos para interponer la demanda y para presentar la solicitud ante el Centro de Conciliación extrajudicial con la caducidad de la misma, resulta ser la sanción más drástica al operar de pleno derecho; limitando con ello la verdadera eficacia de la resolución que se pretende garantizar, la sentencia.

4.-Que, al no existir unanimidad respecto al inicio del plazo para determinar su cómputo y sancionarse su incumplimiento con la caducidad según la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo No. 1070 al Art.636 del CPC ello vulnera la tutela jurisdiccional efectiva al limitar el acceso a la justicia y la efectividad de la tutela, pues se ha desnaturalizado la urgencia de la tutela cautelar y ello compartimos con Priori (2006) quien plantea que “el fundamento constitucional de las medidas cautelares está precisamente en reconocer que, parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho a

la efectividad de las sentencias, en ese sentido en tanto que las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la efectividad de la sentencia judicial, son instrumentos para realizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; sin ellas el derecho sería una mera declaración, en consecuencia un ordenamiento que consagre como uno de sus derechos y principios fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva debe permitir necesariamente un régimen de medidas cautelares adecuado”

Por lo tanto imponer el cumplimiento de plazos perentorios a verificarse en un procedimiento previo al proceso para el acceso a la jurisdicción que repercuten en la vigencia de la tutela cautelar implantadas como una forma de compeler a las partes a concurrir a la audiencia de conciliación y robustecer el sistema de conciliación extrajudicial ha determinado que el legislador haya regulado disposiciones que constituyen trabas en el acceso a la justicia vulnerándose el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en tanto que la efectividad se alcanza a través de un sistema adecuado de medidas cautelares que aseguren la satisfacción del derecho.

c) Sobre la limitación al derecho de acceso a la jurisdicción con el rechazo liminar de la demanda por falta del intento conciliatorio:

Que, el Decreto Legislativo No. 1070 ha establecido que la incomparecencia al centro de conciliación extrajudicial previa al proceso inhabilita al demandante en el acceso a la jurisdicción; en consecuencia el demandante en un proceso civil no podrá aparejar a su demanda en

cumplimiento del Art. 425 numeral 5) del CPC el acta de conciliación por inasistencia de ambas partes o por inasistencia de una parte cuando el inasistente sea el solicitante (en buena cuenta el demandante); por cuanto la demanda será declarada improcedente en virtud del Art. 427 numeral 2 del C.P.C, lo que es concordante con el Art. 6 de la Ley 26872 Ley de conciliación.

Por lo tanto las modificatorias introducidas por el decreto legislativo No. 1070 establecen que no basta solicitar el procedimiento conciliatorio previo al proceso, sino impone la carga al solicitante (futuro demandante) a concurrir a la audiencia para cumplir con el interés para obrar, con lo que se asume la teoría finalista del interés para obrar pues impone a todos los justiciables una carga como condición para el acceso a la jurisdicción, limitando en forma razonable la garantía del acceso.

Así en los distritos conciliatorios donde se encuentra vigente la Ley 26872 (Ley de conciliación) que en materia civil regula la obligatoriedad de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos se ha impuesto el cumplimiento de la conciliación; el mismo que es entendido por las partes como mero formalismo; desnaturalizando la institución de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos al que las partes deben concurrir para arribar a acuerdos pues se ha impuesto sanciones gravosas ante su incumplimiento, lo que tiene un efecto negativo.

Debe considerarse que la norma ha establecido limitaciones al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por las siguientes razones:

1.-Se asume la teoría finalista del interés para obrar imponiendo una carga al demandante para el acceso a la jurisdicción, con la obligatoriedad de la conciliación previa al proceso en caso de pretensiones conciliables.

2.-Se ha dado un tratamiento a la conciliación como una formalidad y no como un mecanismo de solución de conflictos, imponiéndose la conciliación previa al proceso bajo sanción de declarar la improcedencia de la demanda; negándose acceso a la jurisdicción; pues toda persona que desee ejercitar su derecho de acción procesal no puede ser compelido primero a cumplir con cargas por cuanto este derecho no admite limitaciones ni restricciones.

3.-No debe cerrarse al ciudadano la vía para el ejercicio de un derecho si una interpretación lógica de la norma permite otras alternativas, como es el caso que tratándose que el legislador lo que pretende es evitar la carga procesal cuando la controversia pueda ser solucionada vía conciliación, deberá otorgarle un plazo para llevar a cabo el procedimiento conciliatorio, empero deberá admitir provisionalmente la demanda; pues el proceso es concebido como el instrumento que busca la realización de los derechos fundamentales de la persona.

CONCLUSIONES

- El derecho a la tutela jurisdiccional tiene por contenido los derechos de acceder al órgano jurisdiccional, a un proceso con garantías mínimas, que en concreto es el debido proceso, a una decisión motivada y congruente y finalmente a la efectividad de la sentencia; por lo tanto es un derecho complejo cuya realización se presenta durante todo el proceso.
- Las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No.1070 a los artículos. 445 del Código Procesal Civil, 15 y 6 de la Ley de conciliación No. 26872 cuando se trata de materias conciliables imponen la exigencia de verificar la asistencia a la audiencia de conciliación y la incorporación de la pretensión de una probable reconvencción en el acta de conciliación; instituyendo requisitos de procedibilidad que ponen en situación de desventaja al demandado provocándole indefensión, afectando su derecho de acceso a la jurisdicción y de defensa; mientras que la regulación establecida en el artículo 636 del Código Procesal Civil sanciona con la caducidad de la medida cautelar cuando el demandante no cumpla con solicitar la conciliación e interponga la demanda en los

plazos establecidos; cuyo cómputo se encuentra sujeta a la discrecionalidad del juez, así como su verificación en un procedimiento previo al proceso; situaciones que limitan el acceso a la jurisdicción y la real efectividad de la sentencia.

- Del análisis efectuado en los expedientes civiles tramitados en la Corte Superior de Justicia de Puno sobre procesos contenciosos que versan sobre materias conciliables durante el año 2016 se ha verificado que el 25% de expedientes fueron rechazados in limine ante el incumplimiento del intento conciliatorio previo al proceso o al verificarse la inasistencia del demandante en el procedimiento conciliatorio; lo que determina que el libre acceso a la jurisdicción se ha visto limitado.

RECOMENDACIONES

-Se propone la derogatoria de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No. 1070 al Código Procesal Civil en tanto exige que en el procedimiento conciliatorio previo al proceso se haga constar la pretensión de la futura reconvención (artículo 445) y en cuanto sanciona con caducidad el incumplimiento de acudir a la conciliación en el plazo de 5 días de ejecutada la medida cautelar (artículo 635) por vulnerar el derecho de tutela jurisdiccional.

-Se propone que la falta del intento conciliatorio así como la inasistencia del demandante al procedimiento conciliatorio se sancione con inadmisibilidad de la demanda, otorgando la posibilidad al demandante para cumplir con la conciliación sin negarle el acceso a la jurisdicción; por lo que en dicho caso el plazo deberá ser el suficiente para cumplir con el procedimiento conciliatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Torres, J. (2016). *Nuevos enfoques de la conciliación y arbitraje*. Breña: Pacífico Editores SAC.
- Apicj, A. P. (2010). *Teoría general del proceso*. Lima: San Marcos.
- Ariano Deho E., Ledesma, M., Hurtado M., Guerra C., Zela A., Merino R., Gonzales B., Galvez A., Ivan L. (2010). *Manual de actualización civil y procesal civil*. Lima 34: El Buho E.I.R.L.
- Ariano Deho, E. (2014). *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: El Buho E.I.R.L.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima: Ara Editores E.I.R.L.
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario de derecho usual*. Heliasta.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Arequipa: Ara Editores E.I.R.L.

- Cappelletti, M. (1973). *El proceso civil en el derecho comparado*. Buenos Aires:Ejea.
- Cardenas Manrique, C. (2017). La tutela cautelar. *Gaceta civil y procesal civil*,53, 255-265.
- Cerezo, R. M. R. (1982). El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimacion.*Revista de administracion pública*,Vol. I., 25.
- De Bernardis, I. (1985). *La garantia procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cusco.
- Diaz Honores, J. (2016). *Manual de conciliación extrajudicial*. Lima: Lamgraf E.I.R.L.
- Echandía, D (2009). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires. Ed. Universidad
- Gonzáles Alvarez, R. (2008). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el mito de una serendipia procesal. *Revista iberoamericana de derecho procesal garantista*, 3, 271-301.
- Gozaini, O. (2004). *Derecho procesal constitucional el debido proceso*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gozaini, O. (2005). *Elementos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar.
- Hurtado Reyes, M. (2009). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.
- Inaki Sparza, I. (1995). *El principio del debido proceso*. España: Bosh.
- Jurídica, D. (2015). *Manual del proceso civil*. Lima: El Buho E.I.R.L.

- Ledesma Narvaez, M. (2008). *Comentarios al código procesal civil*. Lima 38: El Buho E.I.R.L.
- Ledesma Narvaez, M. (2014). *Estudios críticos de derecho procesal civil y arbitraje*. Lima 18: El Buho E.I.R.L.
- Lorca Navarrete, A. (2016). La constitucionalización del proceso. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, 557.
- Marinoni, I. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra.
- Marinoni, I. G. (2016). *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. Lima: Palestra Editores.
- Martel Chang, R. (2015). *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Breña: Instituto Pacifico SAC.
- Martel Chang, R. (2015). Tutela jurisdiccional efectiva: desafío y respuesta de los jueces de la especialidad comercial de Lima. *Actualidad Civil*. 11, 445.
- Monroy Gálvez, J. (2009). *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas.
- Obando Blanco, V. (2011). *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima 39: Ara Editores EIRL.
- Ormachea Choque, I. (2000). *Manual de conciliación procesal y pre procesal*. Lima: Perfect Laser S.R.L.
- Peña Gonzales, O. (2014). *Conciliación extrajudicial-teoría y práctica*. Lima: Segrapeac SAC.

- Pinedo Aubian, M. (2015). Al final lo mismo. La coincidencia de objetivos entre el empleo de la conciliación extrajudicial y el derecho de acceso a la justicia como formas de resolución de conflictos. *Actualidad Civil*, 10, 429.
- Pinedo Aubian, M. (2015). La conciliación extrajudicial y el derecho de acceso a la justicia como formas de resolución de conflictos. *Gaceta Civil y Procesal Civil*. 25, 350.
- Pinedo Aubian, M. (2015). Mejorando la conciliación procesal. *Actualidad civil*; 07, 431.
- Pinedo Aubian, M. (2017). *La conciliación extrajudicial -problemas más frecuentes y soluciones*. Lima: Editorial El Buho E.I.R.L.
- Pinedo Aubian, M., Ladron de Guevara C., Manuel C., (2016). Estudios críticos de derecho procesal civil y arbitraje. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 335.
- Priori Posada, G. F. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius Et Veritas*, 26 , 273-292.
- Priori Posada, G. (2006). *La tutela cautelar*. Lima 39: Ara Editores E.I.R.L.
- Proto, P. A. (2014). *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores.
- Quiroga León, A. (2000). Conciliación y arbitraje en el Perú: presente y futuro. *Conciliación y Arbitraje*, 771.
- Ramirez Prado, F. (2009). *Conciliación para el desarrollo*. Lima: fondo Editorial Universidad Alas Peruanas.

Rioja Bermudez, A. (2011). *El nuevo proceso civil peruano*. Arequipa peru:
Adrus S.R.L.

Rioja Bermudez, A. (2017). El proceso cautelar- una mirada a sus
particularidades en el proceso civil. *Gaceta civil y procesal civil*, 344.

Sagastegui Urteaga, P. (1993). *Instituciones y normas de derecho procesal
civil*. Lima: San Marcos.

Sumaria Benavente, O. (2013). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*.
Lima 39: Ara Editores.

Zumaeta Muñoz, P. (2008). *Temas de derecho procesal civil*. Lima: Jurista
Editores E.I.R.L.



ANEXOS

Anexo 1. Matriz de Consistencia

EL DECRETO LEGISLATIVO 1070 Y SU REPERCUSIÓN EN LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LOS JUZGADOS CIVILES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO-2016

PREGUNTA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
¿Cuáles son las modificaciones del Decreto Legislativo 1070 a la Ley de Conciliación y el Código Procesal Civil, cuyas consecuencias jurídicas afectan el a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno, durante el año 2016?	-Precisar en las modificaciones del Decreto Legislativo 1070 a la Ley de Conciliación y el Código Procesal Civil, los fundamentos de las consecuencias jurídicas que afectan a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.	La aplicación del D. Leg. 1070 en cuanto exige el cumplimiento de las formalidades de la conciliación extrajudicial para admitir la demanda, la reconvención así como declarar la caducidad de la medida cautelar vulnera el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Corte Superior de Justicia de Puno, durante el año 2016.	VARIABLE INDEPENDIENTE: Modificaciones por el Decreto Legislativo 1070 en relación a la tutela jurisdiccional efectiva.	Consecuencias Jurídicas en: - Ley de conciliación N°26872: Art. 6° Art. 15° - Código Procesal Civil: Art.445°. Art. 636°	-Improcedencia por falta de intento conciliatorio. -Improcedencia por inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial en caso de reconvención -Improcedencia por no hacer constar la pretensión reconvencional. - Caducidad de medida cautelar por no acudir al Centro de Conciliación.
	<p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <p>-Analizar y determinar los alcances y el contenido del derecho a la Tutela Jurisdiccional en la doctrina y en la Jurisprudencia peruana.</p> <p>-Identificar y analizar las modificatorias introducidas a la Ley de conciliación y Código Procesal Civil cuyas consecuencias jurídicas de la aplicación del Decreto legislativo 1070, afectan el derecho de acceso a la jurisdicción; derecho de defensa y el derecho a la efectividad de las resoluciones.</p> <p>-Identificar y analizar las consecuencias jurídicas de la aplicación del Decreto Legislativo 1070 en los procesos civiles de la Corte Superior de Justicia de Puno, durante el año 2016</p>	<p>HIPOTESIS ESPECIFICAS</p> <p>- Las modificatorias introducidas a la Ley de conciliación y el Código Procesal Civil mediante el D.Leg. 1070 vulneran el derecho a la Tutela Jurisdiccional en el ámbito del acceso a la jurisdicción.</p> <p>-Las modificatorias introducidas a la Ley de conciliación y el Código Procesal Civil mediante el D.Leg. 1070 vulneran el derecho a la Tutela Jurisdiccional en el ámbito del derecho de defensa.</p>	VARIABLE DEPENDIENTE: Repercusión del Decreto legislativo 1070 en los derechos a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Corte Superior de Justicia de Puno, durante el año2016.	Contenido del derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva.	-Derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales. -Derecho con garantías mínimas (derecho de defensa). - Derecho de obtener una decisión fundada en derecho. -Derecho de la efectividad de las decisiones jurisdiccionales.

Anexo 2. Fichas de Análisis**FICHA DE RESUMEN N° 1**

VARIABLE: Modificaciones por el Decreto Legislativo 1070 en Ley
N°26872, Ley de Conciliación

ARTÍCULO	CONTENIDO	SENTIDO	ALCANCE
Art. 6° Falta de intento conciliatorio 15° Conclusión del procedimiento conciliatorio			

FICHA DE RESUMEN N° 2

VARIABLE: Modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1070
en Código Procesal Civil

ARTÍCULOS	CONTENIDO	SENTIDO	ALCANCE
445° Reconvención 636° Medida cautelar fuera de proceso			

FICHA DE RESUMEN N° 03

VARIABLE: Repercusiones del D.L. 1070 en la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Derechos afectados por las consecuencias de la modificación	Derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales	Derecho de defensa	Derecho a obtener una decisión fundada en derecho	Derecho a la efectividad de las decisiones
Fundamentos				
Doctrina				
Jurisprudencia				

FICHA DE OBSERVACIÓN DE EXPEDIENTES

VARIABLE: Repercusiones del D.L. 1070 en la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Derechos afectados por las consecuencias de la modificación	Derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales	Derecho de defensa	Derecho a obtener una decisión fundada en derecho	Derecho a la efectividad de las decisiones
N° de Exp.				

Anexo 3. Proyecto de ley**PROYECTO DE LEY****I.- EXPOSICION DE MOTIVOS:**

- Que, el derecho a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Estado ha sido reconocido por el constitucionalismo moderno como parte integrante del catálogo de derechos fundamentales y consiste en el derecho de todo ciudadano a gozar de las condiciones necesarias para que éste pueda presentar, ante un órgano jurisdiccional, una solicitud de tutela jurisdiccional y tiene por contenido el derecho de acceder al órgano jurisdiccional, el derecho a un proceso con garantías mínimas, que en concreto es el debido proceso, el derecho a una decisión motivada y congruente y el derecho a la efectividad de la sentencia; en dicho contexto toda limitación al núcleo duro del derecho debe ser removida por atentar al derecho fundamental.
- La conciliación extrajudicial institucionalizada en el país mediante la Ley 26872 no constituye actividad jurisdiccional, por tanto es ajena a las disposiciones procesales que rigen el proceso civil conforme lo dispone la 7ma disposición complementaria, transitoria y final de la referida ley; sin embargo es política del Estado reforzar la conciliación como mecanismo de solución de conflictos dentro del marco de una cultura de paz, brindando la oportunidad al ciudadano de solucionar a su conflicto a través de un mecanismo rápido y sencillo.
- Dentro de un estado constitucional de derecho es base fundamental el ser humano y el respeto de su dignidad, por lo que la realización de los

derechos de los ciudadanos debe ser una realidad en el desarrollo de un proceso desde el acceso a la jurisdicción hasta la real efectividad de la sentencia; por lo tanto el Estado está obligado a no obstaculizar el acceso a la jurisdicción ni excluir el conocimiento de las pretensiones en razón a su fundamento; siendo contrarios al derecho todos aquellos requisitos procesales que, en lugar de generar las condiciones adecuadas para posibilitar el acceso a la jurisdicción, representen un verdadero obstáculo; en virtud al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por lo que se debe establecer los mecanismos necesarios para que el justiciable acceda a la jurisdicción.

II.-IMPACTO EN LA LEGISLACION ACTUAL:

La presente ley garantizará la real efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional.

III.-ANALISIS COSTO-BENEFICIO:

La promulgación y vigencia de la presente ley no generará egresos provenientes del presupuesto de la república

IV.-FORMULA LEGAL:

Artículo primero: Incorporarse al artículo 426 del Código Procesal Civil el numeral 5) El demandante no cumpla con la conciliación previa al proceso en caso que la pretensión sea materia conciliable.

Artículo segundo: En caso del numeral 5) el plazo será hasta 30 días.